

40 ans des Juristes  
Démocrates de Suisse (JDS) :  
résolu-e-s, impertinent-e-s,  
engagé-e-s.

*40 Jahre Demokratische  
Jurist\_innen Schweiz (DJS):  
unbequem, kritisch, engagiert.*

ARJEN | SPERRE

(0)300.8/714

E J P D | ZUSAMMENFASSUNG UND BEGLEITBLATT | Folia Nr. | 2

VERTRAULICH

20.8.82

24. NOV. 1982

(0)300.8/714

Zu 3 Vereinigung demokratischer Juristen der Schweiz (DJS)

(0)300.8/714 8.3.82

Die seit 1976 bestehenden Sektionen "Demokratische Juristen" und "Juristes progressistes" haben sich im November 1978 zur "Vereinigung demokratischer Juristen der Schweiz" zusammengeschlossen mit dem ... "in Zusammenarbeit mit gewerkschaftlichen und politischen Organisationen der arbeitenden Bevölkerung die demokratischen Rechte und Freiheiten zu verteidigen und auszubauen." Neben Parteilosen umfassen der Vorstand DJS Mitglieder der PdA und POCH. Als Generalsekretär amtiert der PdA-Mann Rudolf Schaller. 1979 zählte die DJS ca. 300 Mitglieder (seither keine Angaben). An einem Kongress der Organisation vom 3./4. November 1979 in Lausanne mit ca. 200 Teilnehmern zur "Grauzonentheorie" und "Kündigungsschutz im Arbeitsrecht" waren unter anderem ca. 70 Gewerkschaftsfunktionäre vertreten.

Die DJS vertreten meist Anliegen der extremen Linken, so zum Beispiel Engagements gegen das KIS-Projekt, gegen die Haftbedingungen des Walter Stuerm, gegen Trennscheiben zwischen Klienten und Verteidigern gegen den Entzug des Anwaltpatentes von vier Mitgliedern des Anwaltskollektivs und vor allem gegen jede Ausdehnung des Staatsschutzgesetzes.

Bisher waren die Aktionen der DJS legal und entbehrten Diffamierung zu Rechtsverletzungen.

... und RECHT, dem Organ

# Table des matières

## *Inhaltsverzeichnis*

## Impressum

### Editrice / Herausgeberin

Demokratische Jurist\_innen Schweiz  
Juristes Démocrates de Suisse  
Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri  
Giuristas e Giurists Democratics Svizzers  
DJS-JDS-GDS  
Bern, 2018

### Coordination / Koordination

Melanie Aebli

### Relecture / Lektorat

Blandine Guigner, Tyna Fritschy, Annina Mullis

### Réalisation / Gestaltung

Moana Bischof  
hallo@moanabischof.com

### Impression / Druck

Abächerli Media AG, Sarnen

### Contact / Kontakt

DJS JDS GDS  
Schwanengasse 9  
3011 Bern  
Schweiz  
www.djs-jds.ch  
info@djs-jds.ch  
+41 78 617 87 17

### Sections / Sektionen

Basel: DJS Basel, djs.basel@djs-jds.ch  
Bern: djb, djb@djs-jds.ch  
Genève: Association des Juristes Progressistes AJP, contact@ajp-ge.ch  
Luzern: DJL, djl@djs-jds.ch  
Neuchâtel: Juristes Progressistes Neuchâtelois JPN  
Vaud: Juristes progressistes Vaudois JPV, info@juristesprogressistesvaudois.ch  
Zürich: DJZ, info@djz.ch

## I. 40 ans des JDS : introduction, histoire et anecdotes *40 Jahre DJS: Einleitung, Geschichte und Anekdoten*

- Melanie Aebli
- 9** 40 Jahre DJS: Wider die Instrumentalisierung des Rechts durch die Macht! Eine Einleitung  
**13** 40 ans des JDS : contre l'instrumentalisation du droit par le pouvoir ! Une Introduction
- Regula Mader
- 17** Kein Bundesgericht nur für Reiche: Ein unerwarteter Erfolg
- Catherine Weber
- 21** Die Krux mit dem Logo
- Guillaume Beausire
- 25** Les Juristes progressistes vaudois (1968 – 2017) :  
Récit d'un processus d'intégration politico-juridique

## II. Juristes de gauche : critiques, enseignement et organisation *Linke Jurist\_innen: Kritik, Ausbildung und Organisation*

- Stephan Bernard
- 35** Justiz- und Rechtskritik von links und rechts
- Manuela Hugentobler und FRI
- 39** Legal Gender Studies und feministische Rechtswissenschaft  
als Kernprojekt von demokratischen Jurist\_innen
- Peter Albrecht
- 43** Kritische Stimmen aus der Justiz im rechtspolitischen Diskurs

- Giulia Walter e Filippo Contarini  
**49** **Giovani, giurist\* e di sinistra: come organizzarsi?**
- Claire Dechamboux et Valerie Debernard  
**55** **Réconcilier l'enseignement dudroit et l'approche progressiste**
- Manuela Hugentobler  
**59** **Disziplinierung und Dissidenz an der Rechtsfakultät  
 Was Demokratische Jurist\_innen an der Universität zu suchen haben**

### III. **Analyse des problèmes actuels par les membres des JDS** *Mitglieder der DJS äussern sich zu aktuellen Fragestellungen*

- Marc Spescha  
**65** **Vom Geist der Abwehr und von toten Buchstaben des Gesetzes  
 Am Beispiel des aktuellen Migrationsrechts**
- Anne-Sylvie Dupont  
**73** **La surveillance des personnes assurées, ou l'urgence soudaine de légiférer**
- Pascal Ronc und Laurence Steinemann  
**81** **Präventionsstrafrecht – strafrechtshistorisch betrachtet**
- Pierre-Yves Bosshard  
**91** **La Convention européenne des droits de l'homme,  
 un instrument essentiel à la défense des droits**
- Thomas Leuner  
**97** **Die zivilrechtliche Dreiklassengesellschaft  
 Einige Anmerkungen mit Blick auf Referenzländer in der EU**
- Déborah Sangsue  
**103** **Notre vie privée sera-t-elle bientôt un lointain souvenir ?**
- Thomas Geiser  
**107** **Wie steht es in der Schweiz um den Arbeitnehmer\_innenschutz?**
- Tania Nicolini et Lucien Bachelard  
**115** **Contrat de durée déterminée :  
 bien plus qu'un bail à l'essai, un musellement des locataires**

- Pierre Heusser  
**121** **Von der Fürsorge zur Repression  
 Etappen hin zur fortschreitenden Schwächung des Sozialhilferechts**
- Clara Schneuwly et Camille Maulini  
**129** **La violence dans le couple en questions**
- Markus Husmann  
**135** **Über Gebühr bestraft  
 Zur Problematik der Kostenüberwälzung bei Demonstrationen**
- Christophe Tafelmacher  
**141** **Une protection juridique au rabais pour les candidat-e-s à l'asile**
- Remy Zraggen  
**147** **Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz: Rechtsquellen,  
 FATF-Empfehlungen und ausgewählte Fragen im europäischem Kontext**
- Nadia Meriboute  
**153** **Traite d'êtres humains et le trafic de migrant-e-s : sens et non-sens d'une distinction**
- David Mühleemann  
**159** **Zugang zum Recht – für Gefangene versperrt**
- Camille Maulini et Clara Schneuwly  
**167** **Protéger les victimes de violences sexuelles**
- Alain Joset  
**173** **Andrej**

### IV. **Biographies sommaires** *Kurzbiografien*

I. 40 ans des JDS :  
introduction, histoire  
et anecdotes

*40 Jahre DJS:  
Einleitung, Geschichte  
und Anekdoten*

# 40 Jahre DJS: Wider die Instrumentalisierung des Rechts durch die Macht!

Die Demokratischen Jurist\_innen der Schweiz (DJS) haben sich vor 40 Jahren zum Ziel gesetzt, das Recht zu demokratisieren, gesellschaftliche Machtstrukturen anzugreifen, die Positionen der schwächeren Parteien zu verteidigen, den Zugang zum Rechtsschutz für alle zu erleichtern und schliesslich auch füreinander einzustehen.<sup>1</sup> Trotz der Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse braucht es die DJS und ihre Verbündeten mehr denn je. Damals wie heute gilt es zu erkennen, wo das Recht durch die Macht instrumentalisiert wird und wo das Recht als wirksames Mittel gegen die Macht einzusetzen ist.

<sup>1</sup> Vgl. Protokoll der Gründungsversammlung und Pressecommuniqué der DJS vom 11. November 1978.

<sup>2</sup> In der Gründungsversammlung von 1978 wurde der Verein «Demokratische Juristen Schweiz» benannt. In den 1990er-Jahren wurden der Name mit «Juristinnen» ergänzt und seit 2012 benutzen die DJS die Schreibweise mit dem Gendergap um alle Geschlechter und Geschlechtsidentitäten zur Darstellung zu bringen. Die Redaktion dieser Jubiläumspublikation entschied sich zu einer sprachlichen Intervention: Wir erlaubten uns, in einigen der hier abgedruckten Beiträgen, selbst in Zitaten oder festen Namen und Bezeichnungen, den Gendergap

Über 100 Jurist\_innen versammelten sich am 11. November 1978 im Volkshaus in Bern, um den Verband der «Demokratischen Jurist\_innen\* Schweiz»<sup>2</sup> zu gründen, nachdem in den Jahren zuvor die regionalen Vereine in Basel,<sup>3</sup> Bern, Genf, Waadt und Zürich entstanden waren. Getragen vom Gedanken der Kollektivität einigten sich die Gründungsmitglieder auf ein gemeinsames Handeln, eine bessere Vernetzung und mehr Informationsaustausch. Mit der Zeitschrift Volk + Recht, der Vorgängerin des heutigen plädoyer, wurde ein gemeinsames Publikationsorgan geschaffen.

Die Gründung der DJS und der regionalen Vereinen erfuhr vom vorwiegend bürgerlich geprägten Umfeld von Jurist\_innen viel Ablehnung und Mitgliedern der DJS drohten in den Anfangsjahren Disziplinierungsmassnahmen – zum Beispiel weil während des sogenannten «Pruntrut Terrorist\_innen\*-Prozesses» eine Pressekonferenz abgehalten und öffentlich Stellung bezogen wurde. Neben politischen Aktionen, etwa zur Bekämpfung des Staatsschutzes oder der Stärkung der Verteidigungsrechte im Strafverfahren war denn in den Anfangsjahren auch die Unterstützung der eigenen Mitglieder ein zentrales Anliegen des Vereins.

reinzumontieren, sofern die jeweiligen Autor\_innen damit einverstanden waren. Wir beabsichtigen mit diesem Regelbruch des korrekten Zitierens die geschlechtliche Missrepräsentation in Gesetzestexten und einem Grossteil der juristischen Literatur zu markieren und jene Geschlechter einzuschreiben, die durch das generische Maskulinum zum Verschwinden gebracht werden. Diese durch die Redaktion vorgenommenen Änderungen sind jeweils mit einem \* markiert.

3 Gemäss der Dokumentation rund um die Gründung spielte die Arbeitsgruppe Kritjur der Universität Basel eine tragende Rolle.

4 Vollständiges Zitat auf der Einstiegsseite von [www.djs-jds.ch](http://www.djs-jds.ch), besucht am 17. Oktober 2018.

Auch wenn nun, 40 Jahre später, die Ziele des Vereins kaum andere sind, haben sich die Schwerpunkte und auch die Arbeitsweise verändert. Viele Tätigkeiten wurden institutionalisiert, etwa wenn gegen gewisse Gesetzesvorlagen nur noch im Rahmen der Vernehmlassungsverfahren Stellung bezogen wird. Auch vom Leitgedanken der Kollektivität ist meiner Ansicht nach etwas verloren gegangen, da die gemeinsame politische Arbeit nicht mehr immer im Zentrum steht und sich das Selbstverständnis von demokratischen Jurist\_innen eher nur noch in der Einzelfallarbeit niederschlägt. Die DJS seien «braver, vielleicht zu brav» geworden, meint Catherine Weber, ehemalige Geschäftsleiterin der DJS.

In einer Reتراite im Sommer 2015 wurde die Diskussion über das aktuelle Selbstverständnis und die Arbeitsweise wieder aufgenommen. Es wurde etwa festgehalten, dass Wege gefunden werden müssen, die hohe Fachkompetenz der mittlerweile über 1000 Mitglieder der DJS wieder besser nutzen zu können, um gesellschaftspolitische Forderungen zu stützen. Ebenfalls einigten sich die Demokratischen Jurist\_innen darauf, wieder vermehrt ausserhalb von formalisierten Gesetzgebungsverfahren die politische Einmischung zu wagen.

Ein Jahr zuvor wurde zum Zweck der Vernetzung, der Diskussion aktueller Fragen und zum Zweck des Wissens- und Erfahrungsaustausches das erste Ausbildungs- und Austauschwochenende zwischen jungen Anwält\_innen und erfahrenen DJS Mitgliedern durchgeführt. Etwa gleichzeitig hat Stephan Bernard unter dem Titel «Insistieren auf die Sprengkraft des Rechts» einen strategischen Ankerpunkt gesetzt, indem er festhielt, dass demokratische Jurist\_innen «konsequent wider die Instrumentalisierung des Rechts durch die Macht eintreten und für eine lebendige und gegen eine gebändigte Demokratie streiten».<sup>4</sup> Damit unterzog Bernard ebenfalls das – durchaus auch streitbare – Attribut «demokratisch» einer notwendigen Aktualisierung.

So wollen wir also streiten um eine emanzipatorische Bestimmung vom Demokratischen! Gesetze sind nicht «demokratisch», wenn sie nur einem Teil der Bevölkerung dienen. Von einem Zugang zum Recht für alle und von einer starken Durchsetzung der Grundrechte sind wir weit entfernt – oder entfernen wir uns gar immer mehr. So wie wir uns wieder vermehrt über die Aktionsformen austauschen müssen, ist es notwendig, auch immer wieder neue Schwerpunkte zu setzen, zu erkennen, wo Grundrechte bedroht sind, und sich vermehrt wieder mit neuen Bewegungen zu vernetzen und zu solidarisieren, wobei der Blick auf alle asymmetrischen Machtbeziehungen nicht zu verlieren ist.

Zu erwähnen bleibt, dass die DJS, welche in den Anfangsjahren von vielen Mitgliedern auch als Alternative zum Schweizerischen Anwalt\_innenverband\* gesehen wurde, neben gesellschaftspolitischen Ansprüchen auch wichtige Aspekte eines Berufsverbandes aufweist. Für einen grossen Teil der Mitglieder der DJS steht denn auch die Vernetzung und der berufliche Austausch untereinander im Vordergrund und in verschiedenen Sektionen finden Veranstaltungen unter anderem auch zur beruflichen Weiterbildung statt.

## Zur Publikation

Zum vierzigjährigen Bestehen der Demokratischen Jurist\_innen Schweiz entstand die Idee, mit einer eigenen Publikation einen Blick auf aktuelle Fragestellungen zu werfen und Mitgliedern die Möglichkeit zu geben, über Themen zu schreiben, die sie beschäftigen. Im Frühling 2018 wurde ein entsprechender Aufruf an alle Mitglieder der DJS verfasst.

5 Etwa in Luzern ([www.studunilu.ch/kritische-juristinnen-luzern](http://www.studunilu.ch/kritische-juristinnen-luzern)), Zürich ([www.facebook.com/kriJurUZH](http://www.facebook.com/kriJurUZH)), Bern/Fribourg ([www.facebook.com/kritJurFribourgBern](http://www.facebook.com/kritJurFribourgBern)) oder die AJP Uni in Genf.

Entstanden sind vielerlei Beiträge, die grundsätzliche und konkrete Themen aufgreifen und insgesamt ein Bild darüber abgeben, in wie vielen Themenbereichen sich die Mitglieder der DJS bewegen und welche rechtspolitischen Entwicklungen im linken juristischen Spektrum einer Aufmerksamkeit bedürfen.

In einem ersten Teil wird zum einen Bezug auf die Vergangenheit der DJS genommen, am Beispiel der Geschichte der Juristes progressistes Vaudois oder mit der Anekdote zum erfolgreich von den DJS geführten Referendum gegen das Bundesgesetz zur Organisation der Bundesrechtspflege, einem Thema, das mit der anstehenden und von den DJS erneut zu bekämpfenden Revision des Bundesgerichtsgesetzes wieder aktuell geworden ist. Zum anderen wird am Beispiel der Diskussion um ein gemeinsames Logo aufgezeigt, wie die DJS und deren sieben Sektionen organisiert sind und dass es sich bei den Regionalgruppen um autonome Vereine handelt.

Der zweite Teil beginnt mit einem Appell, der im Trend liegenden Justizkritik von rechts wieder mehr Kritik von links entgegenzusetzen und in diesem Bereich sozusagen wieder Terrain «zurückzuerobern». Zwei Beiträge leisten eine kritische Bestandesaufnahme über das Jusstudium und befragen, was es überhaupt heissen könnte, sich als Jurist\_in links zu verorten. In den letzten Jahren haben sich in verschiedenen Städten wieder Gruppierungen kritischer Jusstudent\_innen<sup>5</sup> gebildet und ein grosser Teil der Neumitglieder der DJS ist an den Universitäten zu finden. Ein weiterer Beitrag nimmt sich der Frage an, wie sich gerade junge, linke Jurist\_innen am besten organisieren. Da es auch einige Richter\_innen unter den Mitgliedern gibt, wird in einem weiteren Beitrag die Frage aufgeworfen, weshalb und wie sich diese kritisch im rechtspolitischen Diskurs beteiligen sollen.

Der dritte Teil umfasst Beiträge zu konkreten Rechtsgebieten und aktuellen Entwicklungen. Einige davon behandeln Themen, die auch mit den Vereinstätigkeiten der letzte Jahre zu tun haben. So wurde etwa Stellung genommen gegen die Entstehung eines Präventionsstrafrechts unter dem Deckmantel der Terrorismusbekämpfung, das Recht zu demonstrieren verteidigt oder der Kampf gegen das sich stets verschärfende Migrationsrecht geführt. Vor allem die Bekämpfung der Asylgesetzrevision mit den beschleunigten Verfahren und der organisierten Rechtsvertretung hat die DJS sehr beschäftigt. Die DJS lehnten das neue Gesetz vehement ab; trotzdem wurden intern heftige Diskussionen geführt, ob man für die Abstimmung am 5. Juni 2016 über das Asylgesetz die Nein-Parole verabschieden sollte, da das Referendum gegen das Gesetz von der SVP ergriffen worden war und sehr viele Mitglieder bei einer Ablehnung des Gesetzes eine noch weitergehende Verschärfung dessen befürchteten. Ein Beitrag berichtet über den sehr eingeschränkten Rechtsschutz in den neuen Asylverfahren.

Auch zum Zeitpunkt des Erscheinens dieser Publikation stehen wir wieder kurz vor zwei sehr wichtigen Volksabstimmungen. Am 25. November 2018 wird über die gesetzliche Grundlage zur Überwachung von Versicherten und über die sogenannte «Selbstbestimmungsinitiative» oder auch «Anti-Menschenrechts-Initiative» abgestimmt. Die DJS haben zu beiden Themen mehrmals Stellung bezogen und bekämpfen beide Vorlagen. Ein Beitrag widmet sich der Wichtigkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) für die Verteidigung fundamentaler Rechte. Ein weiterer Beitrag beleuchtet die Gesetzesgrundlage für die Observation von Versicherten und das eilige Verfahren zur Schaffung dieser.

Begleitet werden die Texte von Zitaten verschiedener DJS Mitglieder und Auszügen aus der Fiche der DJS und den Staatsschutzakten der ersten zehn Jahre des Vereins.

Die vorliegende Jubiläumspublikation der Demokratischen Jurist\_innen Schweiz ist sowohl an die Mitglieder des Vereins selbst adressiert, als auch darüber hinaus an eine interessierte Öffentlichkeit. Die Auseinandersetzung mit dem Recht als einer der zentralen Institutionen, die das gesellschaftliche Zusammenleben regelt, darf nicht einer spezialisierten Fachschaft überlassen werden, sondern soll auch einer Befragung der Öffentlichkeit offenstehen. Die hier versammelten kritischen Analysen und Stimmen laden dazu ein, sich mit der gegenwärtigen Verfasstheit des Rechts aus einer linken Perspektive zu befassen. Die Redaktion hat entsprechend darauf geachtet, dass die Publikation auch für eine nicht juristisch gebildete Leser\_innenschaft zugänglich bleibt.

Die Publikation feiert ebenfalls das vierzigjährige Bestehen der DJS und will zur Standortbestimmung des Vereins beitragen. Als Standortbestimmung ist eine historische Rückbesinnung sicher unerlässlich: Welche Werte und Haltungen waren in der Vergangenheit für die Vereinstätigkeit prägend? Welche Tätigkeiten und Praktiken sind heute in den Hintergrund gerückt und bedürften einer Aktualisierung? Auch wenn diese Fragen nur angeschnitten und kaum abschliessend beantwortet werden, so weisen doch zahlreiche Beiträge auf die Frage hin: Wo stehen wir heute? Ebenfalls dürfte im Geschriebenen und auch an den Rändern der Publikation, also in dem, was erst angedeutet wird, aufscheinen, was morgen für die DJS von Bedeutung sein wird. Die Publikation soll also auch, so hoffe ich, eine Idee von der DJS in der Zukunft abgeben – als unbequem, kritisch und engagiert.

# 40 ans des JDS : contre l'instrumentalisation du droit par le pouvoir !

Les Juristes démocrates de Suisse (JDS) se sont donné pour but, il y a 40 ans, de démocratiser le droit, de supprimer les structures sociétales du pouvoir, de défendre les positions des parties faibles, de faciliter l'accès à la protection juridique pour tous et enfin de se porter garant les uns pour les autres.<sup>1</sup> Bien que les rapports sociaux aient connu des changements, les JDS et leurs associations régionales restent plus nécessaires que jamais. Il s'agit encore aujourd'hui de percevoir où le droit est instrumentalisé par le pouvoir et où le droit doit être utilisé comme moyen efficace contre le pouvoir.

Plus de 100 juristes se sont réuni-e-s le 11 novembre 1978 à la Maison du peuple à Berne pour fonder l'association des «Juristes démocrates de Suisse» après l'apparition d'associations régionales à Bâle,<sup>2</sup> Berne, Genève, Vaud et Zurich. Empreinte d'une idée collectiviste, la structure a permis d'améliorer l'interconnexion de ses membres et d'étendre l'échange d'information. Un organe de publication commun a même été créé avec la revue *Peuple + Droit* qui a précédé l'actuel plaidoyer.

La création des JDS et des associations régionales a soulevé beaucoup de désapprobation dans le milieu des juristes à prédominance bourgeoise et, les premières années, des membres des JDS ont été confrontés à la menace de mesures disciplinaires ; par exemple, pour avoir tenu une conférence de presse pendant le « procès des terroristes de Porrentruy ». En plus des actions politiques, notamment pour lutter contre la Protection de l'Etat ou pour renforcer les droits de la défense dans la procédure pénale, les JDS ont eu pour tâche, dans les premières années, de défendre leurs propres membres.

Même si, 40 ans après, les buts de l'association n'ont guère changé, les priorités et aussi la méthode de travail ont été passablement modifiées.

1 Procès-verbal de l'assemblée constitutive et du communiqué de presse des JDS du 11 novembre 1978.

2 Selon la documentation relative à la création des JDS, le groupe de travail Kritjur de l'Université de Bâle a tenu un rôle essentiel dans le processus.



3 Voir la citation complète sur la page de garde du site [www.djs-jds.ch](http://www.djs-jds.ch), consulté le 17 octobre 2018.

Bien des activités sont « institutionnalisées » comme la désapprobation de certains projets de loi qui ne s'exprime plus que dans une prise de position dans le cadre de la procédure officielle de consultation. A mon avis, même l'idée collectiviste a perdu un peu de son impact dans la mesure où le travail politique commun n'a plus systématiquement une place centrale et où l'idée qu'un ou une juriste démocrate a de soi-même a tendance à se focaliser sur le travail concernant des cas particuliers. Les JDS seraient devenus « plus sages », peut-être trop sages, selon Catherine Weber, ancienne secrétaire centrale des JDS.

Lors d'une retraite en été 2015, la discussion a repris sur l'auto-compréhension actuelle et le mode de travail. Il a par exemple été relevé que des voies devaient être trouvées pour mieux utiliser les compétences hautement spécialisées des désormais 1000 membres des JDS afin de soutenir certaines revendications socio-politiques, notamment en dehors des procédures législatives institutionnalisées et débats officiels. Il y a un an, le premier week-end de formation et d'échange a été organisé dans le but d'interagir, de discuter des questions actuelles ou encore de partager des connaissances et expériences. Les anciens membres ont ainsi pu y partager leurs expériences avec de jeunes avocat-e-s.

A la même époque, Stephan Bernard a repris, dans une citation sous le titre « Insister sur la force du droit », l'idée maîtresse que « les juristes démocrates s'engagent de manière conséquente contre l'instrumentalisation du droit par le pouvoir ; l'association lutte pour une démocratie vitale et non domestiquée ». <sup>3</sup> Il a ainsi soumis également l'attribut « démocratique », – qui est tout à fait aussi combatif – à une actualisation nécessaire.

Nous voulons donc lutter pour une définition émancipatrice du démocratique ! Les lois ne sont pas « démocratiques » si elles ne servent les intérêts que d'une partie de la population et nous sommes loin d'un accès au droit pour tous et toutes et d'une concrétisation efficace des droits fondamentaux. Il semblerait même que nous nous en éloignons toujours plus.

Nous devons à nouveau avoir davantage d'échanges sur les formes d'action, tout comme il est nécessaire de nous fixer constamment de nouveaux objectifs et de repérer où certains droits fondamentaux sont menacés. Il est nécessaire aussi de nous interconnecter et de nous solidariser plus avec de nouveaux mouvements et ce, sans perdre de vue toutes les relations asymétriques du pouvoir.

Reste à mentionner que les JDS ne se définissent pas uniquement par leurs revendications socio-politiques. Bien des membres ont également envisagé au départ l'association comme une alternative à la Fédération suisse des avocats et elle revêt en ce sens les aspects importants d'une association professionnelle. Pour une grande partie des membres des JDS, l'interconnexion et l'échange sur le plan professionnel se situent en effet au premier plan; dans diverses sections, il y a du reste aussi des séminaires à des fins de formation professionnelle continue.

## A propos de la publication

Pour marquer le quarantième anniversaire des Juristes démocrates de Suisse, l'idée est née d'examiner des thématiques actuelles importantes dans une publication et de donner la possibilité aux membres d'écrire sur des sujets qui les occupent. Au printemps 2018, un appel a été rédigé dans ce sens à l'attention de tous les membres des JDS.

Cet appel a généré toutes sortes de contributions sur des sujets fondamentaux et concrets. Le résultat donne une image d'ensemble des divers domaines

4 Par exemple à Lucerne ([www.studunilu.ch/kritische-juristinnen-luzern](http://www.studunilu.ch/kritische-juristinnen-luzern)), Zurich ([www.facebook.com/kriJurUZH](http://www.facebook.com/kriJurUZH)), Berne/Fribourg ([www.facebook.com/kritJurFribourgBern](http://www.facebook.com/kritJurFribourgBern)) ou l'AJP Uni à Genève.

thématiques pris en considération par les membres des JDS et des développements juridico-politiques situés dans le spectre juridique de gauche auxquels on doit prêter attention.

La première partie a trait au passé des JDS, à l'exemple de l'histoire des Juristes progressistes vaudois ou du succès anecdotique du référendum des JDS contre la loi fédérale d'organisation judiciaire, un sujet redevenu d'actualité avec l'opposition actuelle des JDS à la révision de la loi sur le Tribunal fédéral. A l'exemple aussi du débat sur un logo commun, qui montre comment sont organisés les JDS et ses sept sections et qui rappelle que les groupes régionaux sont des associations autonomes.

La deuxième partie commence par un appel demandant d'opposer à la critique de la justice émanant en nombre de la droite, davantage de critique venant de la gauche, pour de « reconquérir » du terrain sur ce plan. Deux contributions présentent un bilan critique des études de droit et s'interrogent sur le sens possible du choix, en tant que juriste, de se situer à gauche. Ces dernières années, des étudiant-e-s en droit critiques de diverses villes<sup>4</sup> ont, en effet, formé des groupements et une grande partie des nouveaux membres des JDS provient des universités. Une autre contribution aborde la question de la meilleure façon de s'organiser pour les jeunes juristes de gauche.

Comme il y a aussi quelques juges parmi les membres, une autre contribution traite de la question de savoir pourquoi et comment ces membres devraient participer de manière critique au discours juridico-politique.

La troisième partie contient des contributions sur des domaines du droit et développements concrets. Certaines d'entre elles reflètent aussi le contenu des activités des JDS de ces dernières années, comme les prises de position contre l'adoption d'un droit pénal préventif sous le couvert de la lutte contre le terrorisme, sur la défense du droit de manifester ou la lutte contre le durcissement constant du droit des migrations. Nous avons, en effet, mis beaucoup d'énergie dans la lutte contre la révision de la loi sur l'asile introduisant la procédure accélérée et une représentation juridique organisée. Les JDS refusaient avec force la nouvelle loi ; malgré tout, il y a eu de vives discussions à l'interne pour savoir s'il fallait voter non le 5 juin 2016 parce que le référendum contre la révision de la loi avait été demandé par l'UDC et que bien des membres craignaient qu'un rejet de la loi entraîne les durcissements voulus par ce parti. Une contribution s'intéresse ainsi à la protection juridique très limitée dans les nouvelles procédures d'asile.

Au moment de la parution de la présente publication, nous nous trouvons encore une fois très proches de deux votations populaires très importantes. Le 25 novembre 2018, on votera, d'une part, sur la base légale de la surveillance des assuré-e-s et, d'autre part, sur l'initiative dite « pour l'autodétermination » ou « anti-droits humains ». Les JDS ont à plusieurs reprises pris position sur ces objets et s'opposent aux deux projets. Une contribution réitère ainsi l'importance de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) pour la défense de droits fondamentaux. Une autre explique la base légale de l'observation de personnes assurées et la procédure hâtive menée pour la créer.

Des citations actuelles de divers membres des JDS, des extraits de la fiche sur les JDS et des dossiers des services de la protection de l'Etat, datant des dix premières années de l'association, viennent compléter les textes des juristes.

La présente publication du jubilé des Juristes démocrates de Suisse s'adresse tant aux membres de l'association qu'à toute personne intéressée. L'examen du droit en tant qu'institution centrale réglant la vie en société ne saurait être



l'apanage des spécialistes, mais devrait être ouvert à une remise en question plus générale. Les analyses et les avis critiques réunis ici invitent les lectrices et les lecteurs à s'intéresser à une perception actuelle du droit au travers d'une perspective de gauche. La rédaction a ainsi veillé à ce que la publication reste accessible aux lectrices et lecteurs n'ayant pas de formation juridique. Les détails concernant certains textes de lois, qui n'intéressent que les juristes, n'embarassent pas les textes, mais font l'objet de notes de bas de page.

Pour fêter les 40 ans d'existence des JDS, la publication se devait de parler de l'association. On y trouve bien entendu un retour sur son histoire : quelles valeurs et quelles positions prédominantes ont marqué l'activité de l'association par le passé ? Quelles activités et pratiques se retrouvent désormais à l'arrière-plan et auraient besoin d'une réactualisation ? Même si ces questions ne trouvent que des réponses fragmentées et incomplètes, de nombreuses contributions abordent la question « où en sommes-nous aujourd'hui ? ». De même, ce qui sera important aux yeux des JDS à l'avenir devrait ressortir des textes eux-mêmes et du contexte entourant la publication. Cette publication devrait donc, je l'espère, donner une idée de ce que seront les JDS dans le futur – toujours résolu-e-s, impertinent-e-s, engagé-e-s

# Kein Bundesgericht nur für Reiche: Ein unerwarteter Erfolg

Die Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG), insbesondere die Änderung vom 23. Juni 1989, war für die DJS in der zweiten Hälfte der 1980er-Jahre eines der zentralen Themen: Sie ergriffen das Referendum gegen diese Gesetzesvorlage. In diesem Artikel wird die Geschichte des Referendums beleuchtet – aus der Sicht einer direkt Beteiligten, welche die Unterschriftensammlung zum Referendum als politische Sekretärin organisierte.

An der Vorstandssitzung der DJS vom 1. Februar 1985 in Lausanne wurde das Thema OG-Revision erstmals aufgenommen. Die allgemeine Einschätzung des Vorstandes war, dass es sich bei der vom Bundesrat geplanten Revision um einen inakzeptablen Vorschlag handle. Die DJS musste sich als Hauptaktivität in den Jahren 1985/86 für die Wahrung des Zugangs zum Recht einsetzen, da die vorgesehene Revision Beschränkungen des Zugangs zum Bundesgericht für einen Grossteil der Bevölkerung vorsehe. Die Botschaft des Bundesrates war auf Sommer/Herbst 1985 zu erwarten. Deshalb lancierten die DJS das Thema verbandsintern an der Delegiertenversammlung (DV) vom Mai 1985, erstellten eine Dokumentation zuhanden der parlamentarischen Kommissionsmitglieder und klärten politische Koalitionen ab. Das «plädoyer» widmete seine Herbstnummer schwerpunktmässig diesem Thema. Zudem wurde eine interne Arbeitsgruppe eingesetzt, welche sich mit der Thematik vertieft auseinandersetzte und Einfluss auf die parlamentarischen Kommissionen und die Debatte zu nehmen versuchte.

Im Laufe des politischen Verfahrens wurde klar, dass die von den DJS bekämpften Änderungen im Revisionsentwurf verbleiben würden. Mit Schreiben vom 7. Oktober 1988 beantragte Peter Bohny aus Basel dem Vorstand deshalb die Traktandierung der OG-Revision für die DV vom 19. November 1988. Er begründete dies wie folgt: «In der Wintersession kurz nach unserem Kongress findet die Differenzbereinigung zu dieser Vorlage statt, die meines Erachtens für die Rechtsuchenden keinen Vorteil bringt. Unser Verband war seit der Vorstellung der Vorlage inhaltlich treibende Kraft der Opposition, die in der Folge glücklicherweise von breiteren Kreisen aufgenommen wurde. Es ist aber zu befürchten, dass diese Opposition in der Zwischenzeit abgebröckelt ist und das Interesse verloren hat». Der Vorstand diskutierte dieses Schreiben an der Sitzung vom 4. November 1988 in Bern und hielt fest, dass ein Referendum lanciert werden

müsse, wenn die Vorlage in dieser Form verabschiedet würde; die grösste Problematik sei jedoch das Finden von starken Partner\_innen: «Il nous est impossible de nous y lancer seuls».

Der Vorstand nahm Kontakt auf mit verschiedenen Partner\_innen wie unter anderen mit dem Schweizerischen Mieter\_innenverband\* (SMV) und dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB). Am 17. März 1989 beschloss der Vorstand, an der DV die Ergreifung des Referendums gegen die Revision zu beantragen: «Un tel référendum rentre dans nos buts; le comité décide – par principe – le lancement du référendum».

An der Vorstandssitzung vom 19. Mai 1989 diskutierte der Vorstand, in Vorbereitung der DV, das konkrete Vorgehen. Zentraler Argumentationspunkt sollte die Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht durch die Erhöhung der Streitwertgrenze von CHF 8000 auf CHF 30000 sein. Der Vorstand legte ebenso die zu sammelnden Quoten für die Unterschriftensammlung in den Sektionen fest. Zudem wurde beschlossen, für drei Monate zu 50% Regula Mader als politische Sekretärin anzustellen, um die Unterschriftensammlung zu koordinieren. Problematisch war bereits zu diesem Zeitpunkt die Frage, wie das Referendum und ein allfälliger Abstimmungskampf zu finanzieren seien; für das Referendum wurden CHF 24000 vorgesehen.

Die Delegiertenversammlung vom 20. Mai 1989 in Lausanne diskutierte die Lancierung des Referendums ausführlich. Es wurde befürchtet, dass es schwierig werde, für ein «so technisches Thema» die Bevölkerung zu mobilisieren, die DJS müssten sich aber trotzdem in diesen Kampf begeben, da die geplante Revision keinesfalls akzeptiert werden könne. Man müsse mit einfacher Sprache an die Bevölkerung treten, zum Beispiel mit dem Slogan: «Sie haben keinen Zugang mehr zum Bundesgericht». Die Delegierten beschlossen die Ergreifung des Referendums mit 31 Ja- zu einer Nein-Stimme bei drei Enthaltungen.

Die Bundesversammlung verabschiedete die OG-Revision am 23. Juni 1989. Sie beinhaltete den Ausbau gewisser richterlicher Vorinstanzen, die Vereinfachung des Entscheidungsverfahrens, die Erhöhung der Streitwertgrenze und die Einführung eines Vorprüfungsverfahrens für staatsrechtliche Beschwerden. Für die DJS waren dies nicht akzeptable Erschwerungen des Zugangs zum Bundesgericht, insbesondere die Erhöhung der Streitwertgrenze für Zivilrechtssachen von CHF 8000 auf CHF 30000 sowie das Vorprüfungsverfahren für die staatsrechtlichen Beschwerden.

Am 3. Juli 1989 lancierten die DJS mit ihren Partner\_innen (SGB, SMV, SP, Grüne, Stiftung für Konsument\_innenenschutz\* SKS) das Referendum mit einer Medienkonferenz. Sie begründeten die Lancierung unter anderem damit, dass die Erhöhung der Streitwertgrenze einzelne Bevölkerungsschichten besonders treffe und insbesondere Streitigkeiten aus Arbeits- oder Mietverhältnissen so stark betroffen seien, dass hier die überwiegende Mehrheit kaum mehr Zugang zum Bundesgericht hätte. Ebenso wurde das Vorprüfungsverfahren kritisiert, welches für einen demokratischen Rechtsstaat unannehmbar sei. Die Medienkonferenz wurde in der Presse breit aufgenommen, so zum Beispiel in der Berner Zeitung (BZ) vom 4. Juli 1989 mit dem Titel «Gegen die Klassenjustiz» oder im Le Matin «Laissez la porte ouverte! ».

Der Start der Referendumsfrist fiel mitten in die Sommerferien. Unterschriftenkarten und -bogen wurden schweizweit verschickt, unter anderem an alle DJS-Sektionen sowie viele weitere Organisationen und Parteien. Ein Grossteil

der DJS-Sektionsmitglieder war nicht erreichbar in dieser Zeit oder nicht bereit, auf der Strasse Unterschriften zu sammeln. An der Vorstandssitzung vom 17. August 1989, also in der Hälfte der Sammelzeit, lagen erst 6000 Unterschriften vor. Im Protokoll der Vorstandssitzung steht: «Une explication pour ce «désastre»: Les vacances ». Es herrschte eine betrubte Stimmung und die Sekretärin betonte, dass ab sofort pro Tag 200 Unterschriften gesammelt werden müssten, wenn das Referendum zustande kommen soll. Die Gewerkschaften wurden nochmals angeschrieben und aufgefordert aktiv zu sammeln.

Die Telefone im Sekretariat liefen heiss. Die Sekretärin forderte bei den Sektionen die beschlossenen Quoten ein, organisierte Standaktionen und erhöhte den Druck auf die Sektionen. Pro geplanter Standaktion mussten pro Person und Stunde rund 30 Unterschriften gesammelt werden, um bis am 2. Oktober die genügende Anzahl beisammen zu haben. Die Sekretärin musste sich Verschiedenes anhören, so zum Beispiel es würden «stalinistische Methoden» eingesetzt und Ähnliches.

Gleichzeitig wurden Leser\_innenbriefe in den verschiedenen Zeitungen lanciert. Für das Abstimmungswochenende vom 23./24. September 1989 wurden schweizweit Standaktionen organisiert. Die Zeit wurde knapp, nicht zuletzt, da ja auch alle Unterschriften noch beglaubigt werden mussten. Dies erforderte Telefone an sehr viele Gemeinden, Absprachen mit diesen und auch Absprachen mit der Bundeskanzlei. Am 30. September 1989 stand fest, dass genügend Unterschriften vorlagen. Am 2. Oktober konnten die Unterschriftenbogen fristgerecht bei der Bundeskanzlei abgegeben werden.

An der Vorstandssitzung vom 26. Oktober 1989 wurde festgehalten, dass die Unterschriftensammlung (doch noch) gut gelaufen ist. Hingegen gab es ein grosses finanzielles Loch. Die unterstützenden Organisationen wurden nochmals angeschrieben, finanziell zu unterstützen, ebenso alle Sektionen der DJS. Im Hinblick auf die anstehende Abstimmung vom 1. April 1990 wurde geplant, regionale Abstimmungskomitees zu gründen, ein Argumentarium und eine Referent\_innenliste zu erstellen, Medienkontakte zu pflegen und die gesamte Abstimmungskampagne wurde grob vorbereitet. Im Vorstand vom 14. Dezember 1989 wurde diese Planung konkretisiert. Die DV vom 27. Januar 1990 beschloss diese geplanten Massnahmen und es wurden ab März 1990 Infokampagnen in allen Regionen durchgeführt.

In der Volksabstimmung vom 1. April 1990 wurde die Änderung vom 23. April 1989 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege mit 52.6% tatsächlich abgelehnt. Einzig die Kantone NW, AI, SG, GR, AG, TG, VD und VS nahmen die Vorlage, grösstenteils sehr knapp, an. Die Stimmbeteiligung betrug 40.74%.

Für die DJS war die Lancierung dieses Referendums ein Meilenstein in der Geschichte. Erstmals lancierten sie ein nationales Referendum, das zustande kam, und erstmals gewannen sie eine Abstimmung auf nationaler Ebene. Dass dies ein eher unerwarteter Erfolg war, zeigt die Sichtung der Protokolle des Vorstands.

Die Lancierung des Referendums und der Sieg in der Abstimmung hat die Positionierung der DJS schweizweit sicherlich gestärkt. Sie sind ihren Zielen, die gesellschaftlichen Machtstrukturen abzubauen und gleiche Möglichkeiten für alle zu erreichen, gerecht geworden. Der letzte Eintrag der DJS Fiche lautet denn auch am 24. Juli 1989: Die DJS lancieren ein Referendum «gegen einen erschweren Zugang zum Bundesgericht – Kein Bundesgericht nur für Reiche».

« Etre une juriste démocratique signifie pour moi, veiller à ne jamais perdre de vue la diversité des réalités existentielles et sociales et à aiguïser, inlassablement, mes connaissances en ce sens en vue d'appréhender avec le plus de justesse possible les questionnements de la pratique. »

*Caroline Strasser, Biel/Bienne*

«Der regelmässige Austausch mit anderen demokratischen Juristinnen und Juristen hilft mir, im Umgang mit staatlicher Repression und Behördenwillkür nicht ohnmächtig oder sogar zynisch zu werden.»

*Thomas Heeb, Zürich*

## Die Krux mit dem Logo

Die Diskussion, ob die DJS ein Logo brauchen, wie dieses aussehen und ob es für alle Sektionen ein einheitliches Logo geben soll, wurde alle Jahre wieder aufgegriffen. Neben der Auseinandersetzung mit der Frage, wie wichtig ein Auftritt mit einem Logo für die Arbeit der DJS ist, geben diese Diskussionen auch das Verhältnis zwischen den DJS und den sieben Sektionen wieder.

Der (rechts)politische Alltag verlangt viel von einem kleinen Verband, der den Anspruch hat, sich politisch und fachlich einzumischen, dem Abbau von Rechten entgegenzutreten und konsequent die Grundrechte zu verteidigen. Wer sich in die Vorstands- und DV-Protokolle der DJS der vergangenen Jahrzehnte vertieft, stellt schnell fest: Es waren und sind aktive, teils turbulente Zeiten. Da blieb und bleibt oft nur wenig Zeit für vereinsstrategische Fragen wie Statuten-Anpassungen, Vorbereitung der Mitglieder-Jahresversammlung, Administratives et cetera. Im Hinblick auf die Delegiertenversammlung (DV) vom Juni 2001 in Lausanne beantragte die Sektion Bern aber, dem DJS-Vorstand den Auftrag zu erteilen, die Einführung eines einheitlichen Logos zu prüfen. Die Sektion Genf war die einzige, die bereits ein Logo hatte, welches sogar bis heute verwendet wird. Mit zwei Gegenstimmen erteilten die rund 30 an der DV anwesenden Mitglieder dem Vorstand den Auftrag, die Einführung eines allgemeinen Logos abzuklären – allerdings unter «Berücksichtigung der Kosten».

Die Demarchen des DJS-Vorstands scheiterten zunächst an der Genfer Grafik: Die Genfer Kolleg\_innen wollten auf keinen Fall auf ihr Logo verzichten, ein zusätzliches nationales hielten sie für eher schwierig und verwirrend. Die DJS dürften aber gerne das Genfer Logo übernehmen. Das hingegen kam für die anderen Sektionen wie auch für die DJS nicht in Frage. Sie konnten sich mit der doch recht vollbusigen Justitia mit verbundenem linken Auge nicht wirklich identifizieren.

### DJS JDS GDS

So stand das Logo-Thema zwar einige Jahre zuoberst auf der Pendenzenliste des DJS-Vorstands, es wurde aber aus zeitlichen Gründen (es gab immer Wichtiges zu besprechen) jeweils auf eine nächste Sitzung verschoben, bis es plötzlich ganz verschwand. Falls doch noch darüber diskutiert wurde, war es offensichtlich nicht des Protokollierens wert und so wurde denn auch die neue Website 2006 vorerst mal ohne Extra-Logo gestaltet.

Der DJS-Vorstand konnte also innert nützlicher Frist keine konkreten Vorschläge unterbreiten. Die Vorstandsmitglieder taten sich auch schwer damit, Geld für etwas auszugeben, das dann doch alle (oder die meisten) abgelehnt hätten. Ein gesamtschweizerisches Logo erschien nun auch dem DJS-Vorstand ein Ding der Unmöglichkeit, zumal sich in der Zwischenzeit weitere Sektionen mit einem eigenen schmückten und wie zuvor die Genfer\_innen signalisierten, dass sie nicht (mehr) darauf verzichten wollten – es sei denn, man fände eine grafische Lösung, die zwischen allen bestehenden Logos eine Verbindung herstellen könnte oder aber es gäbe einen Vorschlag, von welchem alle derart überzeugt (oder gar begeistert) wären, dass sie auf ihre bisherigen Erscheinungsformen verzichten wollten. Den jüngsten Anlauf, im Jahr 2017 nach einem einheitlichen DJS-Logo zu suchen, ereilte im Übrigen schnell dasselbe Schicksal wie alle vorhergehenden Bemühungen: Der basisdemokratische Findungsprozess wäre sehr langwierig, Begeisterung war nicht wirklich zu spüren und damit die Aussicht auf Erfolg minimal. Auch stellte sich einmal mehr die Kostenfrage.

## Eine Frage der Definition oder der Vernunft

«Das Wort Logo leitet sich indirekt vom vieldeutigen griechischen Begriff λόγος (λόγος) ab. Der altgriechische Ausdruck logos verfügt über einen ausserordentlich weiten Bedeutungsspielraum. Er wird unspezifisch im Sinne von «Wort» und «Rede» sowie deren Gehalt («Sinn») gebraucht, bezeichnet aber auch das geistige Vermögen und was dieses hervorbringt (zum Beispiel «Vernunft») wie auch ferner ein allgemeineres Prinzip einer Weltvernunft oder eines Gesamtsinns der Wirklichkeit. [...] In den Fragmenten Heraklits hat der Ausdruck logos eine prominente Rolle und wird klassischerweise gedeutet als eine die Welt durchwirkende Gesetzmässigkeit. Platon abstrahiert den Ausdruck logos dann so weit, dass er mit der Bedeutung «Darstellung» oder «Erklärung» als philosophisches Vokabular nutzbar wird. Dabei ist im Dialog Theaitetos (201 d) der Gedanke leitend, dass nur das, was in erklärender (oder erklärbarer) Form sich als Teil des λόγος wiederfindet, Gegenstand des Wissens sein kann. Aristoteles verwendet logos unter anderem im Sinne von «Definition»» (Quelle Wikipedia).

Wollte man diesen alt-griechischen Grundsätzen folgen, wäre die Suche nach einem nationalen DJS-Logo, welches den «Gesamtsinn der Wirklichkeit des Verbandes wiedergibt» oder gar ein «allgemeineres Prinzip einer Weltvernunft» darstellt, äusserst anspruchsvoll. Dass die DJS bis heute lediglich mit einem Schriftzug als Logo präsent sind, ist eigentlich auch nicht weiter schlimm, im Gegenteil: Die Abkürzungen DJS JDS GDS machen sich im Grunde ganz gut. Sie entsprechen sowohl modernen als auch herkömmlichen Formen eines Logo. Ein Schriftlogo ist zeitlos und mit einem Untertitel selbsterklärend. Abänderungen sind jederzeit einfach und kostenlos zu bewältigen. Zahlreiche, rein grafische Logos benötigen immer noch einen erläuternden Hinweis, in welcher Form auch immer – oder aber viel Phantasie, um herauszufinden, um wen oder was es sich handelt. Es sei denn, sie sind in der Öffentlichkeit derart omnipräsent, dass alle wissen, worum es geht.

Zudem sind die DJS mit ihrem einfachen und kostenlosen Schrift-Logo in bester anwaltschaftlicher Gesellschaft. Der SAV hat zwar noch eine kleine Waage zwischen der deutschen und französischen Abkürzung, er erklärt aber darunter in Worten, dass es sich um den Schweizerischen Anwälte\_innenverband\*

handelt. Mit Abkürzungen präsentieren sich auch die Kolleg\_innen zum Beispiel in Deutschland oder Frankreich: der RAV (Republikanischer Anwälte\_innen-Verein\* e.V.), die vdj (Vereinigung Demokratischer Jurist\_innen\* e.V.), der akj (Arbeitskreis kritischer jurist\_innen), die AFFJ (L'association française des femmes juriste) oder auf europäischer Ebene die EJDJ (Europäische Vereinigung von Jurist\_innen\* für Demokratie und Menschenrechte in der Welt). Ihre Logos (teils farblich unterlegt) sind die Abkürzung des Namens, direkt darunter oder daneben wird erklärt, um wen oder was es geht.

Die sowieso immer knappen finanziellen Ressourcen können somit anderweitig (und sinnvoller) eingesetzt werden und das DJS-JDS-GDS-Schriftlogo bleibt – im Sinne von Aristoteles – eine einfache Definition. Und letztlich gibt es für die DJS nach wie vor viel zu tun – auch ohne Logo.



# Les Juristes progressistes vaudois (1968–2017) : Récit d'un processus d'intégration politico-juridique

D'abord marginalisée et considérée comme une fauteuse de troubles, l'association de juristes a été progressivement intégrée au système politique et juridique cantonal. Retour sur près de 50 ans de militantisme.

S'intéresser aux Juristes progressistes vaudois (JPV) revient finalement à se préoccuper de la rencontre entre le droit et le militantisme, et donc à l'usage du droit dans l'action des mouvements contestataires. Pourtant, cette combinaison ne va a priori pas de soi. En témoigne la décennie 1970 et l'avènement de nombreux mouvements et courants d'inspiration marxistes, réfractaires à l'usage militant d'un droit considéré comme « bourgeois » et à la solde du pouvoir d'Etat<sup>1</sup>. En effet, le droit ordonnant nos sociétés, il incarne le langage ex officio de l'Etat, soit le produit officiel<sup>2</sup> de l'officiel, si bien qu'on l'associe plus facilement à l'ordre qu'au désordre.

Pourtant, le droit est aussi une source possible de contestation. Alors que les mouvements sociaux se mobilisent souvent contre le droit, puisque la protestation engage de s'y confronter, ces mêmes acteurs et actrices protestataires militent parfois avec lui. C'est donc dans ce volte-face que l'on saisit toute l'ambivalence que suscite le droit du point de vue des mouvements sociaux, qui sont littéralement ballottés entre une « demande d'encadrement et un refus de l'ordre imposé »<sup>3</sup>. Ainsi, « parce que l'Etat agit par le droit, l'Etat peut être contraint par le droit »<sup>4</sup>, de sorte que le droit est une contrainte en même temps qu'il est une « arme » pour l'action contestataire<sup>5</sup>.

En conséquence, envisager le droit sous l'angle de sa possible capacité subversive implique de s'arrêter un instant sur ce que le droit fait aux mouvements sociaux lorsqu'il est mobilisé. A cet égard, et en premier lieu, le droit offre aux groupes protestataires une aide dans la construction des causes défendues, entendu qu'il permet de nommer des préjudices, d'identifier les causes et les responsables de ceux-ci, et de réclamer réparation<sup>6</sup>. Autrement dit, il rend audible la contestation en étant un langage légitime. Pourtant, au-delà de ces avantages, il est à noter quelques obstacles que le droit est susceptible d'entraîner. A ce sujet, des travaux ont souligné que la transformation d'un conflit en litige peut contribuer à déposséder les acteurs et actrices de la cause défendue, en les dessaisissant de la maîtrise du conflit au profit d'un-e avocat-e, par exemple<sup>7</sup>. Ici, il est question de l'évidente coupure à l'œuvre entre professionnel-le-s et profanes, engendrée par un droit toujours plus hermétique et prompt à disqualifier le commun des mortels.

- 1 Liora Israël, (2009), *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), p. 22 ; Eric Agrikoliatsky, (2010), « Les usages protestataires du droit », in. Eric Agrikoliatsky, Olivier Fillieule et Isabelle Sommier, *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*, Paris, La Découverte, p. 227
- 2 Pierre Bourdieu, (1986), « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, pp. 3–19
- 3 Liora Israël, *op. cit.*, p. 13
- 4 Richard Abel, (1998), « Speaking Law to Power. Occasions for Cause Lawyering », in. Austin Sarat et Stuart Scheingold, *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford University Press, p. 69
- 5 Liora Israël, *op. cit.*, p. 13
- 6 Richard Abel, William Festiner et Austin Sarat, (1991), « L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer », *Politix*, Vol. 4, n°16, pp. 41–54
- 7 Eric Agrikoliatsky, *op. cit.*, p. 234

Année	Date	Objet
(0)300.8/714	13.11.78	...Fortsetzung. Ziel der Vereinigung ist es, in Zusammenarbeit mit den gewerkschaftlichen und politischen Organisationen der arbeitenden Bevölkerung die demokratischen Rechte und Freiheiten zu verteidigen und auszubauen.
	20.11.78	aus VO: Die DJS spricht sich gegen die BUSIPO aus (Abstimmung vom 3.12.)
	6.12.78	v. SD BS: Notiz über die neugegründete V., als dessen Generalsekretär der PDÄ-Mann SCHALLER Rudolf 42 gewählt worden ist. Weiter im Vorstand tätig sind vier Parteilose, ein PDÄ- und ein POCH-Mitglied. Man nimmt an, dass auch das Zürcher ANWALTSKOLLEKTIV an der Sache interessiert ist.
	12.12.78	aus 'Der Bund' Nr.291: 'Kollektiv-Anwälte bangen um Anwaltspotent - Demokratische Juristen der Schweiz prangern das gegen sie angestrebte 'disziplinarverfahren an'. Die 'Demokratischen Juristen in der Schweiz' wandten sich an einer Pressekonferenz im Hotel Bellevue in Bern gegen die Disziplinarverfahren, die in den Kantonen Bern und Zürich gegen die Verteidiger von [redacted] und [redacted] eingeleitet worden sind.
Dokumentation	11.12.78	aus 'Tout va bien': Artikel wie oben. Die im November konstituierte V. soll bereits 210 Mitglieder zählen.
(0)300.8/714	7.12.78	aus POCH-Zeitung: Interview mit DJS-Vorstandsmitglied [redacted] über die nationale Gründung.

Année	Date	Objet
(0)300.8/714	22.9.83	aus TELL: Die DJ-Zürich planen eine 'Anlaufstelle und Sammelstelle über Übergriffe der Polizei' (fragwürdige notorisierte Verfolgungsfälle u.a.)
do -(50)/4/33	14.11.83	v. [redacted] ersuchen um Erkenntnisse über allfällige Verbindung der V. zum IVDJ (Internat. Verband demokrat. Juristen).
(0)300.8/714	5.12.83	v. SRS-GE: Auflistung von Teilnehmern des Abordnatenkongresses der V. vom 11./12./13.11.83 in Genf.
	22.12.83	aus TA: Artikel zum Ausschluss von RA [redacted] aus dem 'Berein. Zürcherischer Rechtsanwälte', weil er Mitarbeiter beschäftigt, die nicht diesem Verein angeschlossen sind sondern, wie [redacted] der V. angehören.
	24.1.84	aus 'Flüchtlings': Artikel von [redacted] Jurist c/o Rechts- & Beschwerdedienst GS/EVD, unter dem Titel 'Meine Anwesenheit bringt Auseinandersetzungen - Absage eines Verwaltungs-Juristen an Anwaltskollektiv'.
(0)300.8/714	1.3.84	v. SD-BG: Melden Zusammensetzung des Basler Mitarbeiterstabes des 'Flüchtlings'. Pro memoria: Das Organ ersetzte Anfang 83 das bisherige 'Volk und Recht'. Beilage: Kopie Impressum.
(0)300.8/714	7.6.84	v. Stapo ZH: Bericht über eine Veranstaltung '90 Jahre Reichstagsbrand-Prozess' vom 2.6.84 in Zürich. Organisatoren: DEMOKRATISCHE JURISTEN ZH in Zusammenarbeit mit der Bulgar. Bots. Bern. Ca 100 Teilnehmer. MITCHEV Dobrin 29 sprach über die Bedeutung Dimitroffs im Kampf gg. den Faschismus, VERGÈS Jacques 25 über 'Politische Prozesse heute'.

- 8 Citons ici l'ouvrage le plus emblématique de ce courant : Michel Miaille, (1977), Une introduction critique au droit, Paris, Editions F. Maspero
- 9 Entretien réalisé avec Philippe Nordmann, Juriste progressiste vaudois
- 10 Ibid.
- 11 Ibid.

Après cette introduction d'ordre théorique, il convient de se pencher sur l'histoire des JPV sous l'angle d'une appréhension spécifique du droit au service d'une action militante, qui ambitionne de réformer certains traits du monde social. Plus spécifiquement, il s'agit de retracer l'évolution de ce mouvement né des cendres de Mai 68, et ce jusqu'à la période contemporaine. De cette façon, traverser cette seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle en compagnie de ces juristes engagé-e-s permet de comprendre comment l'association est passée de la dissidence à l'institutionnalisation, et ce, au travers de son intégration progressive au sein des espaces politique et juridique vaudois.

## Droit et militantisme, une rencontre épiphanique (1968 – 1980)

Dix ans avant la création des Juristes démocrates de Suisse (JDS) en 1978, la séquence très spécifique de Mai 68 a vu naître, au sein d'un champ universitaire vaudois marqué par la contestation d'une Alma Mater jugée surannée, la rencontre inédite entre une poignée d'étudiant-e-s en droit et le militantisme de gauche. Une rencontre improbable, sachant que les études de droit étaient à l'époque réservées à une élite plutôt conservatrice et ainsi vraisemblablement réfractaire aux promesses du Grand Soir et des « lendemains qui chantent » ... Pourtant, la frénésie de Mai 68 contagiona ces quelques étudiant-e-s encore fraîchement abonné-e-s (d'office) à la revue de la Ligue vaudoise et initia la première critique du droit de celles et ceux que l'on pourrait appeler les « proto » Juristes progressistes. Inspirée des réflexions du mouvement français « Critique du droit », développé notamment par Michel Miaille<sup>8</sup>, leur contestation mobilise une lecture marxiste, matérialiste et opposée au positivisme ambiant, défendant une approche synthétique plutôt qu'analytique du raisonnement juridique. Elle invoque la maxime *summum jus, summa injuria* (« L'application excessive du droit conduit à l'injustice. ») plutôt que *dura lex, sed lex* (« La loi est dure, mais c'est la loi. »)<sup>9</sup>. Des assemblées extraordinaires sont organisées, des tracts sont distribués, en même temps que ces apprenti-e-s juristes revendiquent l'importance de proposer une formation pluridisciplinaire capable de faire passer les études de droit « d'un stade constatant à un stade créateur »<sup>10</sup>, et de former des juristes plutôt que « des petits perroquets »<sup>11</sup>.

Quelque temps plus tard, et après avoir rompu avec la mélodie mandarinale de leur faculté, ces jeunes juristes progressistes célèbrent leur diplôme et se lancent à la conquête du Barreau vaudois. Nous sommes dans les années 1970, et malgré les largesses d'un marché de l'emploi encore largement béni par la fin des Trente Glorieuses, l'entrée dans la vie active s'avère passablement difficile. En effet, les études d'avocats orientées à gauche ne courent pas les rues à une époque où, faut-il le rappeler, la profession se fond pleinement dans le bloc bourgeois. Stigmatisé-e-s par leur appartenance gauchiste, ces jeunes diplômé-e-s peinent à trouver un stage et se trouvent finalement forcé-e-s de rentrer dans le rang. Cette parenthèse, nécessaire en vue de satisfaire les exigences du stage et du brevet, ne dure qu'un temps. Une fois impétrant-e-s, ces jeunes avocat-e-s se retrouvent pour fonder des études axées sur la défense de la partie faible au contrat et officialiseront la création des Juristes progressistes, comme section cantonale vaudoise des Juristes démocrates de Suisse en 1978.

- 12 Alexandre Afonso, (2006), « Les métamorphoses de l'étranger utile. Internationalisation et politique d'immigration dans la Suisse du tournant néolibéral », *A contrario*, Vol. 4, n°1, pp. 99 – 116
- 13 Bertil Cottier, (21.10.1982), « Ultime et houleuse audience à Montbenon. Sursis pour les accusés de Lôzane Bouge », 24 heures
- 14 Bertil Cottier, (16.10.1982), « Procès de Lôzane Bouge : la parole à la défense. Champagne, chansons et confettis », 24 heures
- 15 Colette Muret, (03.11.1982), « Le respect ? Bof ! », *Gazette de Lausanne*
- 16 Bertil Cottier, (21.10.1982)
- 17 Ibid.

## De la rupture juridique à l'intégration politique (1980 – 1990)

Stimulée par cet élan fédéraliste, la jeune section s'embarque alors dans une décennie 1980 marquée par les suites du choc pétrolier et par une récession économique que les autorités suisses cherchent à atténuer par des tentatives d'exportation du chômage à l'étranger<sup>12</sup>. On observe alors les premiers signes d'une réponse néo-libérale à la crise, avec le retranchement progressif de l'Etat, et c'est dans ce contexte bien spécifique qu'émerge le mouvement « Lôzane Bouge » à l'automne 1980. Notamment mobilisée contre l'homophobie, le nucléaire ainsi que pour plus d'espaces de liberté, la jeunesse lausannoise transformera la ville chaque weekend en un terrain d'affrontement avec les forces de l'ordre.

Toutefois, notre intérêt dans tout cela est moins le cours des événements en lui-même que ses suites judiciaires qui se sont déroulées peu de temps après. En effet, en 1982 sont réunis au Tribunal cantonal de Montbenon les onze militants accusés ainsi que leurs trois avocats : Jean Lob, Jean-Pierre Garbade et Rudolf Schaller. A l'exception du premier, tous sont juristes démocrates, ce qui confèrera au procès une allure quelque peu politique. Ainsi, cet épisode judiciaire a littéralement réactivé la vague de protestation qui s'était interrompue une année auparavant, en témoigne cet extrait d'un quotidien romand qui atteste d'une atmosphère largement déboutonnée :

« La lecture du jugement a eu lieu dans un Palais de Justice de Montbenon où régnait l'état de siège. Tous les volets étaient fermés ; de très nombreux gendarmes avaient été postés dans les pas perdus, dans la partie réservée au public et même dans le prétoire. Les supporters des accusés qui n'avaient pas pu trouver place dans la salle étaient massés sur l'esplanade de Montbenon. A l'aide de mégaphones, ils ont, tout au long de l'audience, cherché à troubler l'audience. Slogans du style : « Un bon juge est un juge mort » ou « Frossard au placard », siffllements, caquètements et autres bêlements, tout était bon pour manifester sa désapprobation. »<sup>13</sup>

Durant l'audience, Jean-Pierre Garbade achèvera sa plaidoirie en chantant les vers de Michel Böhler : « Ici, interdit de rêver, interdit de rire et de chanter »<sup>14</sup> ... Et l'on terminera par sabrer le champagne au moment du verdict qui exigera le sursis.

Parallèlement au procès, Rudolf Schaller organisera des « audiences parallèles » ainsi que de nombreuses conférences de presse avec des mouvements de la gauche alternative, dans l'optique de dénoncer les irrégularités du procès et plus largement celles de l'appareil judiciaire. C'est donc un véritable remue-ménage dans une justice vaudoise profanée par ceux que l'on nomme partout dans les médias « les nouveaux avocats »<sup>15</sup>. Cependant, la sanction ne se fera pas attendre, et c'est Rudolf Schaller qui sera le principal visé. On l'accuse d'être un « ennemi de la justice »<sup>16</sup>, d'avoir organisé un « procès de rupture »<sup>17</sup> et de ne pas avoir respecté les « Usages du Barreau vaudois ». Mobilisé-e-s, les JPV vont largement défendre l'avocat visé et dénoncer la sanction jugée disproportionnée. Par ailleurs, l'équivalent d'un fonds de grève sera constitué pour soutenir les avocat-e-s politiques poursuivi-e-s par la justice pour délits d'opinion, et Franz Weber lancera l'initiative cantonale « Pour une justice pénale à visage humain », dans le but de mettre un terme à certaines facettes jugées archaïques de la justice vaudoise.

- 18 Archives privées JPV, « Procès-verbal de l'Assemblée générale du 12 novembre 1984 », Vevey, (12.11.1984)
- 19 Sandro Cattacin, Marco Giugni et Florence Passy, (1997), *Mouvements sociaux et Etat : Mobilisations sociales et transformations de la société en Europe*, Arles, Actes sud
- 20 Michel Foucault, (1994), *Dits et Ecrits II. 1976 – 1979*, Paris, Gallimard ; Pierre Lascoumes, (2004), « La Gouvernamentalité : de la critique de l'Etat aux technologies de pouvoir », *Le Portique*, n°13, pp. 1 – 15
- 21 Statistique Vaud, (février 2003), « 35000 chômeurs de plus en 2002 : vers une nouvelle escalade ? », *Numerus*, n°1, p. 6

Mais ce n'est pas tout, puisque simultanément se déroule à Nyon l'affaire de Bernard Rambert. Cet avocat zurichois, figure de proue des JDS, est jugé pour différents motifs que les Juristes progressistes ne manqueront pas de trouver abusifs, considérant ainsi que la justice fait le procès de la couleur politique de l'avocat. A nouveau, leur mobilisation conduira à une conférence de presse et à une manifestation devant le tribunal de Nyon, ceci en parallèle d'un véritable procès de rupture. En effet, c'est moins Bernard Rambert qui est au centre de l'attention que la problématique des conditions carcérales en Suisse, lors d'une audience marquée par la présence de Jacques Vergès qui parviendra par ailleurs à faire acquitter l'avocat militant. En définitive, ces deux affaires révèlent comment les JPV ont été les porte-paroles et les moteurs d'une véritable remise en cause de l'invulnérabilité de l'institution judiciaire vaudoise.

Malgré cet épisode de rupture vis-à-vis de l'ordre juridique vaudois, il semble que celui-ci ait paradoxalement conduit l'association à une intégration très rapide au sein des institutions politiques du canton. En effet, ce n'est que peu de temps après, en 1984, que les représentant-e-s des JPV sont invité-e-s à rencontrer le conseiller d'Etat Jean-François Leuba, alors à la tête du Département vaudois de justice et police. Ce rendez-vous marquera le début d'une forte institutionnalisation puisque les JPV seront par la suite systématiquement invités à participer aux procédures de consultations législatives cantonales. Autrement dit, cette victoire va permettre au mouvement d'acquiescer une légitimité certaine, entendu qu'il est désormais considéré comme le nouvel interlocuteur « d'office de la gauche en matière de droit et de justice »<sup>18</sup>.

Pourtant, un paradoxe réside ici dans le fait qu'il revienne à un gouvernement à majorité de droite, et plus particulièrement à un conseiller d'Etat libéral, de convier les Juristes progressistes à la table de l'Etat. Ceci d'autant plus à un moment où la réputation de l'association est largement ternie par sa forte dissidence à la suite des affaires Schaller et Rambert. Mais comme beaucoup de relations antinomiques, « conflit » et « coopération » ne sont pas forcément deux logiques qui s'opposent<sup>19</sup>. En effet, cette situation est en réalité paradigmatique et correspond aux stratégies de négociation inclusives chères aux institutions politiques suisses : il s'agit de canaliser la contestation en l'intégrant au processus de prise de décision politique. Cette méthode, théorisée par le philosophe français Michel Foucault, suppose qu'il est bien plus efficace, pour contrôler une dissidence, d'organiser les conditions de son expression plutôt que de déployer un arsenal coercitif voué à l'interdire<sup>20</sup>.

## Consolidation de l'intégration politique et dissidence juridique (1990 – 2000)

Alors que l'intégration politique a finalement conduit les JPV à abandonner certaines formes d'action politique moins conventionnelles, à l'image de la manifestation, ce processus d'institutionnalisation n'a eu cesse de se renforcer durant les années 1990.

Pour comprendre les tenants de cette consolidation, il faut revenir un instant sur le contexte politique et économique de l'époque, qui, contrairement aux années 1980, a cette fois-ci atteint des sommets en matière de chômage avec un taux avoisinant les 8.4% en 1997 dans le canton de Vaud<sup>21</sup>. Aussi, le budget du canton est à cette période largement déficitaire et quelques scandales vont

- 22 Gilbert Coutaz, (2007), *Histoire de l'administration cantonale vaudoise : pouvoir exécutif et administratif, 1970 – 1998*, Chavannes-près-Renens, Archives cantonales vaudoises (ACV), p. 4
- 23 Par exemple, en 1987, seul 6% des avocats inscrits au Barreau vaudois ne sont pas membres de l'OAV. Giovanni Busino (et al.), (1989), *Les avocats vaudois. Recherche sociologique*, Cours, Séminaires et Travaux n°11, Institut d'anthropologie et de sociologie de l'Université de Lausanne, p. 175
- 24 Archives privées JPV, Correspondance des Juristes progressistes vaudois adressée au Président du Tribunal cantonal, « Concerne : requête d'inscription au tableau des avocats-stagiaires », (03.10.1989), p. 6

éclater pour finalement déboucher sur ce que certains ont nommé la « faillite du canton de Vaud »<sup>22</sup>. En vue de répondre à cette crise, de grands moyens vont être mis en œuvre à travers une importante réforme de l'administration vaudoise et du service public. Le mot d'ordre est à la modernisation et à la rationalisation du système vaudois, dont la concrétisation est notamment rendue possible par l'essor de la fameuse « Nouvelle gestion publique ».

D'autre part, ce grand chambardement va engendrer le virage à gauche de l'exécutif cantonal. Il s'agit là d'un tournant historique : alors que la composition gouvernementale n'avait pas évolué depuis des décennies, plusieurs figures de gauche rejoignent finalement le Conseil d'Etat. Il s'agit des conseillers Jean-Jacques Schwaab, socialiste, de Philippe Biéler des Verts et de Josef Zisyadis du POP. Du côté législatif, les années 1990 sont également marquées par l'arrivée massive des Verts et notamment celle du député Luc Recordon. De plus, il se trouve qu'un grand nombre de ces personnalités politiques récemment élues sont des membres actifs des Juristes progressistes vaudois. Parmi eux, Jean-Jacques Schwaab, Philippe Biéler et Luc Recordon, le troisième s'avérant en outre être à la tête de l'association entre 1990 et 1998. En conséquence, le mouvement jouit soudainement de puissants relais politiques au sein des instances exécutive, législative et même judiciaire du canton. Cette multipositionnalité va considérablement renforcer l'assise politique des JPV et rendra possible leur participation active à quelques grands chantiers, à l'image de la refonte de l'Organisation judiciaire vaudoise. En effet, le juriste progressiste et conseiller d'Etat à la tête du Département de justice et police, Philippe Biéler, va régulièrement solliciter l'association pour ce projet, en même temps qu'il mandatera deux juges cantonaux pour rédiger un rapport critique du système judiciaire – l'un d'entre eux, Roland Bersier, étant lui aussi membre des JPV.

C'est donc directement ou indirectement que ce réseau de partenaires va contribuer à consolider la place des JPV dans l'espace politique vaudois. Et alors que l'association dénonçait dix ans auparavant – et plutôt à la marge – l'appareil judiciaire vaudois à la suite des affaires Schaller et Rambert, elle se positionne dix ans plus tard comme un acteur à part entière de cette réorganisation judiciaire.

Toutefois, cette intégration politique ne trouve pas directement son pareil dans le champ juridique. Jusqu'à la fin des années 1990, les relations que l'association entretient vis-à-vis des représentant-e-s officiel-le-s de la profession, soit avec l'Ordre des avocats vaudois (OAV), ne sont pas des plus cordiales. En effet, le statut hégémonique de l'OAV<sup>23</sup> dans la structuration et la régulation du champ professionnel a vraisemblablement retardé leur intégration, et ceci en raison de leurs fortes divergences politiques. A cet égard, rappelons le rôle incontournable de la corporation dans la définition du cursus honorum de la profession d'avocat. L'exigence de la thèse est notamment restée une condition sine qua non à l'obtention du brevet dans le canton de Vaud, et ce, jusqu'à ce que les JPV initient la suppression de ce dispositif de sélection sociale en 1993<sup>24</sup>. Par ailleurs, le rôle disciplinaire de l'OAV, par l'intermédiaire de la mise en application de ses « Usages du Barreau », s'est illustré dans la sanction d'études d'avocats qui n'étaient pas uniquement composées de membres appartenant à la corporation. L'intégration juridique des Juristes progressistes s'est donc présentée plus tardivement, en raison du rôle joué par l'OAV dans la régulation conservatrice de l'espace professionnel juridique vaudois, cantonnant l'association à un statut hétérodoxe et dissident.



25 Pour approfondir la question du tournant néo-libéral qui prend place dans les années 1990 en Suisse, voir : André Mach, (2006), *La Suisse entre internationalisation et changements politiques internes. La législation sur les cartels et les relations industrielles dans les années 1990*, Zurich, Verlag Rüegger, pp. 113 – 146

26 Pour plus d'informations sur le profil sociologique des avocats vaudois jusqu'à la fin des années 1980, voir : Giovanni Busino (et al.), (1989), *Les avocats vaudois. Recherche sociologique, Cours, Séminaires et Travaux n°11*, Institut d'anthropologie et de sociologie de l'Université de Lausanne

27 Annuaire statistique de l'Université de Lausanne, 1990 – 2000, « Etudiants inscrits au semestre d'hiver – Faculté de droit », p. 2

28 Annuaire statistique de l'Université de Lausanne, 2013 – 2014, « Etudiants inscrits au semestre d'automne – Faculté de droit », p. 18

29 Giovanni Busino (et al.), op. cit., p. 175

30 Dominique Dreyer, (24.02.2017), « La réglementation de la profession d'avocat » – Cours dispensé aux avocats stagiaires par Me Dominique Dreyer à Fribourg », p. 4

31 Annuaire statistique de l'Université de Lausanne, 1990 – 2000, op. cit., p. 2

32 Annuaire statistique de l'Université de Lausanne, 2013 – 2014, op. cit., p. 18

## Métamorphose du champ juridique et intégration juridique (2000 – 2017)

Néanmoins, les années 2000 vont contribuer à renverser cette situation d'éviction, étant donné l'avènement d'une véritable transformation structurelle du paysage juridique suisse que l'on peut brièvement résumer en trois évolutions.

La première est la redéfinition des contours de l'ordre juridique suisse à la suite des nombreuses réformes d'inspiration néo-libérale apparues dès le milieu des années 1990<sup>25</sup>. En effet, jusqu'alors le système accorde de nombreuses prérogatives spécifiques aux cantons, favorisant ainsi une répartition largement fédéraliste du champ juridique. Cette organisation est chamboulée dès le refus de l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen en 1992, qui va amorcer un important processus de centralisation et d'unification du système suisse dans son ensemble, impliquant la levée des barrières cantonales. Plus concrètement, et sans entrer dans les détails, il s'agit de l'adoption de la Loi sur le marché intérieur (LMI) en 1995, de la Loi sur la libre circulation des avocats (LLCA) en 2002, et bien sûr de l'unification des codes de procédure civile et pénal en 2011. Ces réformes ont eu globalement pour effet d'amenuiser le pouvoir des cantons, et en toute logique de limiter considérablement l'influence et l'emprise de l'OAV sur le champ juridique vaudois.

La seconde transformation concerne la démocratisation de l'accès à la profession d'avocat. En effet, les formes de sélection sociale se sont adoucies au tournant des années 2000 – bien qu'elles demeurent –, et la figure de l'avocat a conséquemment radicalement changé à mesure que la fonction n'est plus strictement réservée à une élite au bénéfice de capitaux bien définis<sup>26</sup>. Cette réalité s'observe par exemple à travers l'augmentation du nombre d'étudiant-e-s inscrit-e-s en droit à l'Université de Lausanne : alors qu'on en compte 1'152 en 1994<sup>27</sup>, 1'897 étudiant-e-s sont recensé-e-s vingt ans plus tard en 2014<sup>28</sup>. De surcroît, le nombre d'avocat-e-s inscrit-e-s à l'OAV en 1987 était de 174<sup>29</sup>, contre 545 en 2014<sup>30</sup>.

Enfin, la dernière évolution structurelle se rapporte à la féminisation du champ juridique, qui s'illustre notamment par l'avènement de la parité des sexes au sein de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne dès le milieu des années 1990<sup>31</sup>, avant que les femmes ne deviennent majoritaires à presque 64% en 2014<sup>32</sup>. Bien que cette augmentation ne soit pas aussi nette parmi la profession d'avocat, elle s'observe toutefois de manière moins marquée.

En définitive, ces profondes transformations du champ juridique semblent expliquer pourquoi les Juristes progressistes vaudois ne sont finalement plus considéré-e-s, dès le tournant des années 2000, comme particulièrement dissident-e-s ou subversifs-ves. Bien au contraire, ils et elles parviennent peu à peu à s'instituer comme une seconde voix plus institutionnalisée, comme une véritable alternative au sein de l'espace juridique. Cette convergence entre les JPV et le champ juridique s'est notamment illustrée par des collaborations répétées entre l'association et l'OAV, par exemple en 2011 à la faveur d'un mandat cantonal pour la mise en place d'une permanence des « Avocats de la première heure ». Enfin, et il s'agit peut-être ici de la plus haute consécration symbolique à l'aune de cette dynamique intégrative, en 2016 a été élu Antonella Cereghetti à la tête de l'Ordre des avocats vaudois. Cet événement est important puisqu'il s'agit de la première femme à accéder à la fonction de bâtonnière dans le canton, en même temps que la première juriste progressiste.

33 Liora Israël, op. cit., p. 13

34 Cécile Robert, (2008), « Expertise et action publique », in. Olivier Borraz, *Politiques publiques I*, Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), pp. 309 – 335

35 Jacques Commaille, Patrice Duran, (2009), « Pour une sociologie politique du droit : présentation », *L'Année sociologique*, n°1, Vol. 59, p. 20

36 Pierre Bourdieu, op. cit., p. 3

37 Entretien réalisé avec Rodolphe Petit, Juriste progressiste vaudois

De la production d'un discours critique d'avant-garde dans les années 1960 à l'institution d'une véritable seconde voix quelques décennies plus tard, ces juristes engagé-e-s semblent être finalement parvenu-e-s à se saisir de « l'arme du droit »<sup>33</sup> pour œuvrer à la défense de leurs idéaux.

Ainsi, tout en maintenant une distance critique vis-à-vis de la raison juridique, ces derniers ont maîtrisé le potentiel de ce « langage de vérité »<sup>34</sup> qu'incarne le droit, puisant ainsi dans sa puissance positiviste en vue de consolider leur action militante. Autrement dit, il s'agit ici « d'un jeu subtil entre les apparences d'une fidélité à la loi, nécessaire pour assurer l'efficacité spécifique et légitime, et ses contournements plus ou moins prononcés »<sup>35</sup>. En somme, c'est peut-être dans ce jeu de l'ambivalence que réside la « force du droit »<sup>36</sup>, saisie par ces juristes progressistes à qui nous laisserons le soin de conclure par ces mots :

« [...] Le droit naturalise, le droit fige un jeu de langage, il fige une réalité sociale, culturelle et donnée ... Mais il le sait qu'il le fait, il ne se leurre pas sur ce pouvoir énorme qu'il a de produire des réalités et de reconduire la réalité telle qu'elle est. »<sup>37</sup>

II. Juristes de gauche :  
critiques, enseignement  
et organisation

*Linke Jurist\_innen:  
Kritik, Ausbildung und  
Organisation*

# Justiz- und Rechtskritik von lechts und rinks

Während die Kritik an Justiz und Recht einst das Terrain der Linken war, ist es heute die Rechte, die auf die Justiz und das Recht einprügelt. Von der gravierenden Umgestaltung der Raumordnung zwischen rechts und links

## lichtung

manche meinen  
lechts und rinks  
kann man nicht  
velwechsern.  
werch ein illtum!  
*Ernst Jandl*

- 1 Vgl. Kurt Tucholsky, Politische Justiz, Hamburg 1970, S. 91.
- 2 Vgl. Anatole France, Die rote Lilie (übers. v. F. zu Reventlow), München 1925, S. 116.
- 3 Vgl. Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, Bd. 1, Berlin/DDR 1976, S. 109–147.

Sie kam beinahe stets von links, die bissige Rechts- und Justizkritik. Die neue Linke hinterfragte von den 1960er-Jahren bis weit in die 1990er-Jahre Recht und Justiz oft gekonnt, jedenfalls immer gründlich. Linke Angeschuldigte und ihre Anwält\_innen versuchten, in Gerichtssälen den Spiess umzudrehen und der Justiz den Prozess zu machen – um aufzuzeigen, dass der Rechtsstaat gar keiner sei. Die linke Öffentlichkeit begleitete dieses Wirken und sympathisierte damit. Teils trieb dies auch seltsame Blüten: Walter Stürm, ein letztlich unpolitischer Dieb und Ausbrecherkönig mit Witz («Bin beim Ostereier suchen, Stürm») wurde in den 1980er-Jahren über Wochen von der WOZ und der unruhigen Jugend gefeiert und tatsachenwidrig zu einer Mischung zwischen Che Guevara und Robin Hood hochstilisiert. Aber schon viel früher hatte Justiz- und Rechtskritik von links eine durchaus ernst zu nehmende, hochstehende Tradition: Kurt Tucholsky oder Anatole France beispielsweise waren Meister literarischer Justiz- und Rechtskritik und ihre Gerichtsbeschreibungen gehören zu ihren besten Werken. Beide verfassten diese von einem pointierten Standpunkt aus. Ersterer prägte 1930 das Bonmot, er habe nichts gegen Klassenjustiz, ihm gefalle nur die Klasse nicht, die sie mache.<sup>1</sup> Letzterer hielt Ende des 19. Jahrhunderts sarkastisch fest, dass das Recht in seiner majestätischen Gleichheit den Armen und Reichen gleichermassen verbiete unter Brücken zu schlafen, auf den Strassen zu betteln und Brot zu stehlen.<sup>2</sup> Und niemand anderes als Karl Marx legte 1842 einen wichtigen Grundstein seines Œuvre als Reporter der Rheinischen Zeitung in den «Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz». Er wies darin eine Instrumentalisierung des Rechts nach, weil der Staat bei der Gesetzgebung ein Gewohnheitsrecht der Armen unter Strafe stellte und damit die Interessen der Grossgrundbesitzer\_innen gegen die wenig vermögende Schicht vertrat.<sup>3</sup>

## Verstummen der bissigen Linken

In den letzten 15 bis 20 Jahren verstummte die Justiz- und Rechtskritik von links immer mehr. Dafür drosch die Rechte zunehmend munter auf die Justiz ein. Ihr Narrativ ist simpel: Ob das Bundesgericht, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) oder die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) – kein Zweig der Judikative ist davor gefeit, dass ihm nicht undemokratische Lebensferne, ein Piesacken des rechtschaffenen helvetischen Mittelstandes und ein Kuscheln mit frech gewordenen «Scheininvaliden» oder schauspielern den «Scheinasyllant\_innen», überall lauern den «Sexualdelinquent\_innen» oder omnipräsenten Kriminaltourist\_innen vorgeworfen wird. Ein Tsunami an Volksinitiativen soll hier angeblich Remedur schaffen.

Die eingemittete Linke dagegen verteidigt immer beflissener das nach wie vor bürgerliche Recht, die nach wie vor bürgerliche Justiz und die letztlich bürgerlichen Errungenschaften wie die Rechtsstaatlichkeit sowie die Einhaltung der elementarsten Grund- und Menschenrechte – was glänzend zu ihrem heutigen Auftreten passt. Es ist ohnehin links etwas bieder geworden. Das linke Personal ist, von einigen Ausnahmen abgesehen, wenig inspirierend: Adrette Lieblingsschwiegertöchter insistieren auf Anstand und bauen Brücken nach rechts. Sie lösten die bissigen, klugen linken Frauen ab. Politisch korrekte Sympathieträger ergehen sich in staatsmännischem Strebertum; sie folgten auf streitbare, linksintellektuelle Alphonse. Rebellion kommt heute meist von rechts. Bissigen Linken bleibt letztlich meist wenig anderes als der Exodus aus der Realpolitik übrig, in die oft ebenso humorfreie wie politisch irrelevante Zone Linksaussen, ins Urban Gardening, in die politische Einsamkeit oder in den Poetry Slam. Oder es erfolgt aus lauter Langeweile die Konversion nach rechts. Sichtbare, streitbare Linke muss man heute in die Liste der vom Aussterben bedrohten Spezies aufnehmen.

## Verschiebung des Koordinatensystems nach rechts

Die Rechte würde nun einwenden, dies läge daran, dass die Linke gar nichts mehr am Recht und der Justiz zu kritisieren habe. Denn beides sei von links unterwandert worden. In Tat und Wahrheit ist das Gegenteil richtig: Je vehementer die Rechte auf die Justiz und das Recht eindrosch, desto mehr hat sich gerade hier das Koordinatensystem nach rechts verschoben und es gibt heute zahlreiche Anlässe für eine Kritik von links. Die Prozesskostenvorschüsse in Zivilverfahren beispielsweise sind seit Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung im Jahre 2011 derart hoch, dass sich Normalverdienende die Rechtsdurchsetzung vor Gericht oder schon nur die Einleitung eines Gerichtsverfahrens zwei Mal überlegen müssen. Für die Wirtschaft ökonomisch bedeutungsvolle Zivilrechtsstreitigkeiten werden ohnehin vor privatisierten Schiedsgerichten geregelt, sodass für sie eine funktionierende staatliche Gerichtsbarkeit abnehmende Bedeutung hat. An den gesellschaftlichen Rändern wird überdies etwa im Migrationsrecht, im Straf- und vor allem im Strafvollzugsrecht, im Sozialhilfe- und teils auch im Sozialversicherungsrecht immer mehr machtpolitisch motiviertes Ausnahmerecht geschaffen, in welchen fundamentale rechtsstaatliche Prinzipien und Grundrechte nicht nur offensiv infrage gestellt, sondern teils sogar ausser Kraft gesetzt werden. Man mag

4 Vgl. Walter Benjamin, *Geschichtsphilosophische Thesen. Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt 1978, S. 84.

5 Vgl. Jean Baudrillard, *Der symbolische Tausch und der Tod*, München 1982, S. 20 f.

6 Eine erste Fassung dieses Essays erschien in: *Dislike-Magazin für Unmusbekundung*, Nr. 2, [www.dislikemagazin.ch](http://www.dislikemagazin.ch)

mit der VIII. geschichtsphilosophischen These von Walter Benjamin dies nun als die Tradition der Unterdrückten ansehen, die uns belehre, diesen «Ausnahmestand» nicht als Ausnahme, sondern als Regel zu verstehen;<sup>4</sup> oder man mag diesen Bezug für eine unzulässige Zuspitzung halten. Jedenfalls müsste genau hier eine sich selbst ernst nehmende Linke den Finger definitiv auf den wunden Punkt legen. Zumindest wenn sie noch eine minimale Ambition hegt, Jean Baudrillards bereits fast vierzigjähriges Verdikt zu widerlegen, dass wir in einer Welt der Simulation mit austauschbaren Zeichen leben, in der ehemals sich widersprechende oder dialektisch entgegengesetzte Begriffe wie beispielsweise die politische Linke und die politische Rechte ihre Bedeutung verloren haben.<sup>5</sup>

Doch was wäre nun, wenn die Linke tatsächlich den abgerissenen Faden aufnahm und wieder Rechts- und Justizkritik übte? Vielleicht stürzte dies das Recht und die Justiz vollends in eine Legitimationskrise, würden sie dann doch von rechts und links attackiert. Möglicherweise gewänne die Linke aber rasch an Deutungshoheit und die Rechte verteidigte plötzlich wieder das Recht und die Justiz; die Gravitationskräfte verschöben sich dann nach links. Ein Versuch wär's wert.<sup>6</sup>

«Den Zugang zum Recht für alle zu erleichtern, war und ist mir ein zentrales Anliegen. Damit bin ich richtig bei den Demokratischen Jurist\_innen.

Im Zusammenhang mit den horrenden Kostenvorschüssen im Zivilprozessrecht zeigt sich, dass es die Stimme der DJS nach wie vor dringend braucht. Für den Schweizerischen Anwaltsverband hat das Thema nicht erste Priorität.

Als Haftpflicht- und Sozialversicherungsrechtler war es für mich klar, dass ich nur Versicherte und Geschädigte vertrete und nicht gleichzeitig auch Versicherungskonzerne. Aus Kreisen der DJZ entstand die Rechtsberatungsstelle für Unfallopfer und Patient\_innen, die heute in Aarau, Basel, Bern, Luzern und Zürich niederschwellige Versicherungsberatung von Spezialist\_innen anbietet.

Die Demokratischen Jurist\_innen boten mir die Möglichkeit, mich rasch gut zu vernetzen. Sie leisten mit dem von ihnen mitgetragenen Magazin plädoyer einen wichtigen Beitrag zur rechtspolitischen Diskussion in der ganzen Schweiz.»

*Kurt Pfändler, Zürich*

# Legal Gender Studies und feministische Rechtswissenschaft als Kernprojekt von demokratischen Jurist\_innen

Die Arbeit von demokratischen Jurist\_innen erfordert die Auseinandersetzung mit feministischer Theorie, um transformativ wirken zu können. Der Kampf um und gegen Recht muss so immer auch die hegemoniale Geschlechterordnung mitdenken, die vom Recht abgebildet und durch Recht hergestellt wird.

1 Schweizerisches Institut für feministische Rechtswissenschaft und Gender Law, [www.genderlaw.ch](http://www.genderlaw.ch)

2 Andrea Büchler, Legal Gender Studies, in: Jusletter 5. Januar 2004, Rz. 31.

3 Auch der Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates zur Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister vom 23. Mai 2018 geht weiterhin von einem binären Verständnis aus (vgl. Erläuternder Bericht, S. 13f.)

4 Gesine Fuchs, Frauenbewegung und Feminismus als Antrieb für Rechtsreformen, in: Kathrin Arioli et. al (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 60.

5 Susanne Baer, Inklusion und Exklusion: Perspektiven der Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft, in: Verein Pro FRI – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut (Hrsg.), Recht Richtung Frauen, St. Gallen 2001, S. 45.

6 Siehe zum Ganzen auch Elisabeth Holzleithner, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Ein Streifzug durch feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies, in: Kathrin Arioli et. al (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 3–19.

«Feministische Rechtswissenschaft und Legal Gender Studies sind [...] in erster Linie Rechtsanalyse und Rechtskritik. Immer wieder geht es ihnen darum, das Recht als Herrschaftsinstrument, das zum Nachteil eines Geschlechts eingesetzt wird, zu entlarven».<sup>2</sup>

Andrea Büchler, Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, bringt auf den Punkt, warum es keine Option sein kann, die Geschlechterperspektive aussen vor zu lassen, wenn man sich den Zielen der DJS verschrieben hat: Immer noch geht das Recht, das heisst die rechtlich normierten Handlungsanweisungen in unserer Gesellschaft, selbstverständlich vom Zwei-Geschlechter-Modell aus.<sup>3</sup> So hält schon Art. 8 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV), die grundlegendste Rechtsnorm in der Schweiz, die sich explizit auf das Geschlecht bezieht, fest, dass «Mann» und «Frau» gleichberechtigt sind; und perpetuiert damit ein binäres Geschlechterverständnis.<sup>4</sup> Obwohl Rechtstheorie, -philosophie und -soziologie differenzierte Perspektiven auf Geschlecht und Recht entwickelt haben,<sup>5</sup> hat die feministische Rechtskritik – und insbesondere die Erkenntnis, wie Geschlecht konstruiert wird – bis jetzt nur wenig Eingang in Gesetzgebung und Rechtspraxis gefunden.<sup>6</sup> Seit den Anfängen der Legal Gender Studies in den 1970er-Jahren ist das Hauptthema in der politischen Diskussion dasselbe geblieben: Die Lebensrealität von Frauen\* wird im Recht zu wenig berücksichtigt. Erweitert wurde sie zudem um die Frage der Repräsentation von Transpersonen, nicht-binären Personen und Personen mit einer Geschlechtsvariante. Solche Ansätze sind zweifellos weiterhin aktuell und

- 7 Vgl. Autor/innenkollektiv, Einleitung, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2012, 2. Auflage, S. 22 f. sowie Susanne Baer, *Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung*, Genderstudien zum Recht, in: Ruth Becker/Beate Kortendieck (Hrsg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie*, Wiesbaden 2004, S. 643 ff.
- 8 Oder aber sie «verschleiern» die realen Zustände, indem sie im Recht nicht offengelegt werden. Neben dieser Geschlechtsneutralität existieren natürlich auch explizit an das Geschlecht anknüpfende Regelungen, insbesondere im internationalen Antidiskriminierungsrecht. Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) verpflichtet die Vertragsstaaten, Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen\* zu ergreifen.
- 9 Baer (Fn. 5), S. 49.
- 10 Vgl. Denise Buser, *Perspektiven der Gerechtigkeit: Weibliche Handlungsräume im Recht*, in: Verein Pro FRI – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut (Hrsg.), *Recht Richtung Frauen*, St. Gallen 2001, S. 11–32.
- 11 Vgl. ebd., S. 17.
- 12 Vgl. ebd.
- 13 Siehe dazu auch Elisabeth Holzleithner (Fn. 6), S. 10 ff.

bedeutsam, schliesslich wirkt Recht nach wie vor als Machtfaktor entlang stereotyper Geschlechterkategorisierungen.<sup>7</sup> Dennoch ist es unerlässlich, gerade mit Blick auf vom binären Modell abweichenden Existenzweisen, auch die herkömmliche Geschlechterkonstruktion in Rechtstexten aufzubrechen. Konstruktion wäre für alle, die sich mit Rechtsnormen auseinandersetzen, zwar ein naheliegendes Thema: Wo, wenn nicht anhand der Gesetzgebung, kann einfacher erfahrbar gemacht werden, wie soziale Normativität hergestellt wird und wie wenig sie mit «natürlichen» Gegebenheiten zu korrelieren braucht.

Stärker wirken jedoch zwei andere Leitmotive der Geschlechterforschung im Rechtsdiskurs: Gleichheit und Differenz. Es geht den Jurist\_innen im besten Falle darum, wie Gerechtigkeit konkret herstellbar gemacht werden kann. Die zentrale Frage, wie das Recht zu sein hat, um gerecht zu sein, wurde im Schweizer Verfassungsstaat in Bezug auf Geschlecht zu Gunsten der formalen Gleichheit entschieden: Wie Art. 8 Abs. 3 BV bereits festhält, darf das Recht in seiner heutigen Ausprägung grundsätzlich keinen Unterschied zwischen den Geschlechtern machen, es hat sozusagen «geschlechtsblind» zu sein. An oberster Stelle der innerstaatlichen Normenhierarchie, in der Verfassung, wird damit die Gleichberechtigung der Geschlechter behauptet. Traditionell wird das Gleichheitsgebot symmetrisch verstanden; das Recht geht also von zwei nicht voneinander zu unterscheidenden Geschlechtern aus und blendet damit tatsächlich existierende Ungleichmässigkeiten aus. Die Verfassung und die auf ihr gründenden Gesetze beziehen ihre Regeln gleichsam auf eine (utopische) Zukunftsvision, indem sie die erhoffte gesellschaftliche Entwicklung hin zu einer gleichberechtigten Gesellschaft bereits vorwegnehmen.<sup>8</sup>

Wenn nun aber das Recht die scheinbare Gleichheit der Geschlechter postuliert, beraubt es sich dadurch auch der Möglichkeit, tatsächlich bestehende Ungerechtigkeiten zwischen Männern und Frauen\* auszutarieren. Da dies wenig zielführend ist, schlägt Susanne Baer eine andere Interpretation des Gleichheitsgebots vor: «Gleichheit [soll] nicht symmetrisch, sondern als geschlechtsbezogenes Benachteiligungsverbot interpretiert [werden].»<sup>9</sup> Die Gleichheit der Geschlechter soll folglich nicht als absolut verstanden, sondern relativ gedacht und damit der faktischen Asymmetrie der Geschlechter Rechnung getragen werden.<sup>10</sup> In Erinnerung gerufen werden soll hier die aristotelische Gerechtigkeitsformel, nach der Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll.<sup>11</sup> Dies bewirke einen differenzierten Umgang von Recht und Rechtsstaat mit den Geschlechtern und ermögliche eine Beseitigung von Ungleichstellungen, indem Frauen\* und Männer nach Massgabe ihrer Unterschiedlichkeit behandelt würden.<sup>12</sup> Damit wird erneut deutlich, dass der Gleichheitssatz von Prämissen abhängt, die rechtsdogmatisch nur schwer zu determinieren sind. Gesellschaftliche Machtverhältnisse spielen für den Entscheid über Gleich- oder Ungleichheit als Massstab für das Vorliegen einer rechtlich zulässigen Unterscheidung eine grosse Rolle.<sup>13</sup>

- 14 Vgl. BGE 13 I 1, E. 4 f.
- 15 Buser (Fn. 10), S. 20.
- 16 Baer (Fn. 5), S. 55.
- 17 Vgl. Sabine Hark, *Enteignet Euch! oder: Keine Frage der Wahl über Autonomie in der Demokratie*, in: Susanne Baer/Ute Sackofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, Baden-Baden 2018, S. 160 f.

So birgt der Rekurs auf die Differenz zwischen den Geschlechtern Gefahren, sind doch mit dieser traditionell auch und gerade gravierende Ungerechtigkeiten begründet worden. Das Bundesgericht führte 1887 in seinem 13. Band beispielsweise aus, dass es zulässig sei, Frauen nicht als Anwältinnen vor Gericht zuzulassen, da eine Ungleichbehandlung von Frauen in der Betätigung im öffentlichen Leben in der tatsächlichen Verschiedenheit von Frauen begründet sei. Gerechtfertigt wurde die Nichtzulassung der Beschwerdeführerin Emilie Kempin-Spyri nicht mit einer etwaig ungenügenden Befähigung (sie hatte das Studium der Rechtswissenschaften abgeschlossen – was damals für Männer nicht einmal Voraussetzung war, um als Rechtsvertreter vor Gericht zu erscheinen), sondern mit dem fehlenden Stimmrecht von Frauen im Allgemeinen. Der innere Zusammenhang von anwaltlicher Tätigkeit und Stimmberechtigung, der gemäss Bundesgericht bestanden haben soll, wurde nicht näher ausgeführt.<sup>14</sup>

Es ist augenscheinlich, dass die Gefahr besteht, mit dem Abstellen auf bestehende Ungleichheiten diese gleichzeitig herzustellen und zu verfestigen: Nimmt das Recht Bezug auf bestehende Rollenbilder, läuft es Gefahr, ihre Überwindung zu verhindern.

Wie können nun aber, gerade im Recht, «ungleiche Verhältnisse aufgezeichnet und ausgesprochen werden [...], ohne dass vorhandene Rollenteilungen letztlich geschützt werden?»<sup>15</sup> Oder, um mit Susanne Baer zu fragen: «Lassen sich Regelungen finden, die nicht an eine fixierte Identität, nicht an homogene Subjekte oder Gruppen anschliessen, und doch Mechanismen etablieren, die Diskriminierung [...] verhindern?»<sup>16</sup>

Demokratische Jurist\_innen und feministische Rechtswissenschaftler\_innen reagieren an diesem Punkt zu Recht mit einer gewissen Ambivalenz: Die Abbildung und Reproduktion von Machtverhältnissen durch das Recht und seine Vereinnahmung als Machtinstrument stehen dem Wunsch, mit Recht Gerechtigkeit herzustellen, grundsätzlich entgegen.<sup>17</sup> Diese Widersprüchlichkeit ist kaum aufzulösen. Und doch lohnt es sich, den Gesichtspunkt der Konstruktion von Geschlecht in die Analyse einzubeziehen: Würde in den Rechtstexten und den juristischen Verfahren offengelegt, wie Unterschiede zwischen den Geschlechtern und wie die Kategorie Geschlecht selbst sozial konstruiert und im, beziehungsweise mit Recht hergestellt wird, erlaubte uns dies einen reflektierteren Umgang mit den Verhältnissen. Möglicherweise lässt sich bereits durch eine solche konsequente Analyse der Ungleichheiten die Utopie einer gerechten Gesellschaft leichter denken.

Es bleibt festzustellen, dass die Denkfiguren von Gleichheit, Differenz und Konstruktion gerade im Recht nicht vollständig in Einklang zu bringen sind, sich gegenseitig widersprechen und trotzdem gleichzeitig wirksam bleiben. Die Möglichkeiten, mithilfe von Gesetzen gesellschaftliche Strukturen grundlegend zu verändern, sind denn auch beschränkt. Wichtig erscheint es dennoch, dass sich demokratische Jurist\_innen in Praxis, Akademie und Politik diesen Perspektiven nicht verwehren, sondern sie rezipieren und

18 Audre Lorde, *The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House*, in: *Sister Outsider: Essays and Speeches*, Berkeley 2007, S. 110 – 114.

19 Vgl. Ratna Kapur, *Precarious Desires and Ungrievable Lives*, *London Review of International Law*, Volume 3, Issue 2, 2015, S. 267 – 294, S. 281 ff.

weiterentwickeln, um den Rechtsraum den Bedürfnissen der Gesellschaft möglichst anzupassen und gleichzeitig auf eine Transformation der Verhältnisse hinzuwirken, im Wissen um die Widersprüchlichkeit des eigenen Tuns:

«Those of us who stand outside the circle of this society's definition of acceptable women; those of us who have been forged in the crucibles of difference – those of us who are poor, who are lesbians, who are Black, who are older – know that survival is not an academic skill. It is learning how to take our differences and make them strengths. For the master's tools will never dismantle the master's house. They may allow us temporarily to beat him at his own game, but they will never enable us to bring about genuine change. And this fact is only threatening to those women who still define the master's house as their only source of support».<sup>18</sup>

Um Gerechtigkeit herzustellen, müsste das Recht folglich aufgrund seiner Verankerung in einer patriarchalen Normalität komplett abgeschafft oder – zumindest – neu gedacht werden. Ratna Kapurs Aufruf, sich anderen Möglichkeiten von Gerechtigkeit hinzuwenden und die Vorstellung von «legal justice» zu überwinden, weil rechtliche Gerechtigkeit die immer gleiche Normativität perpetuiert,<sup>19</sup> richtet sich an demokratische Jurist\_innen ganz besonders: Es liegt an uns, Gerechtigkeit in der juristischen Praxis auch mit Blick auf die Überwindung diskriminierender Strukturen zu denken.

# Kritische Stimmen aus der Justiz im rechtspolitischen Diskurs

Was passiert, wenn sich Richter\_innen öffentlich äussern? Natürlich nicht zu konkreten Fällen, sondern wenn Richter\_innen sich erlauben, an allgemeinen (rechts)politischen Debatten teilzunehmen? Von der (moralischen) Verpflichtung sich einzubringen – bis einzumischen –, der Wahrung der Unparteilichkeit sowie der Einhaltung elementarer Fairness-Regeln und dem verbreiteten Schweigen.

Wenn Richter\_innen in der Öffentlichkeit zu juristischen und (rechts)politischen Fragen Stellung beziehen, stösst das regelmässig auf Argwohn. Das gilt etwa, wenn sie für eine liberale Drogenpolitik plädieren oder auf die Strasse gehen und gegen eine inhumane Ausschaffungspraxis demonstrieren. Beargwöhnt werden in besonderem Masse sozialkritische Äusserungen, die aus dem links-grünen politischen Spektrum stammen. Die Bedenken gegenüber Voten von Justizmitgliedern ausserhalb des Gerichtssaals betreffen jeweils (verfassungs)rechtliche und ethische Aspekte. Angesprochen ist dabei in erster Linie die richterliche Unabhängigkeit beziehungsweise Unparteilichkeit<sup>1</sup>. Überlagernd und ergänzend dazu spielen sodann auch die prozessualen Ausstandsvorschriften<sup>2</sup> eine wichtige Rolle, wo es um die Unbefangenheit der in der Justiz tätigen Personen geht. In gleicher Weise heben ebenfalls richterethische Erlasse den hohen Stellenwert der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit hervor.<sup>3</sup>

Dass Mitglieder eines Gerichts ihre Sachkunde und die beruflichen Erfahrungen in rechtspolitische Diskussionen einbringen wollen, versteht sich leicht und ist prinzipiell zu begrüssen. Doch ein solches Bestreben kann die Befürchtung auslösen, dass der offene Ausgang und die Fairness eines Prozesses infrage gestellt werden. «Mit Blick auf ein konkretes Verfahren ist demnach zu fragen, ob sich die Richter aufgrund ihres Engagements in einer Art und Weise gebunden haben, dass sie den Argumenten zur Überprüfung ihres Standpunktes nicht mehr zugänglich sind».<sup>4</sup> Die urteilende Person darf sich nämlich «nicht vorzeitig festlegen und muss bis zum Urteilspruch für abweichende Meinungen offen bleiben».<sup>5</sup> Hervorzuheben ist freilich auch das Grundrecht der Meinungsfreiheit<sup>6</sup>, worauf sich auch die Mitglieder der Justiz berufen können:<sup>7</sup> «Es ist einem Richter von Rechts wegen nicht verwehrt, in der Öffentlichkeit seine politische Meinung zu vertreten und sie allenfalls engagiert zum Ausdruck zu bringen».<sup>8</sup> Ein weit gesteckter Spielraum zulässiger richterlicher Äusserungen rechtfertigt sich hier nicht zuletzt angesichts der in der Schweiz auf besondere Weise demokratisch legitimierten Richter\_innenwahlen mit ihrem markanten parteipolitischen Konnex.

- 1 Siehe Art. 30 Abs. 1 und Art. 191c BV.
- 2 Siehe zum Beispiel Art. 56 StPO und Art. 47 ZPO.
- 3 Ausführlich dazu Stephan Gass, *Die Ethik der Richterinnen und Richter, Grundzüge einer Richterdeontologie*, in: M. Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern 2008, S. 143 ff.
- 4 Regina Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit*, Bern 2001, S. 182.
- 5 Peter Albrecht, *Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?*, in: B. Schindler/P. Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 19.
- 6 Siehe Art. 16 BV.
- 7 Vgl. Kiener (Fn. 4), S. 180 und S. 185 f.
- 8 BGE 108 Ia 48 ff. (54, E. 3); ähnlich auch BGE 108 Ia 172 ff. (176, E. 4/b/bb); zustimmend Kiener (Fn. 4), S. 185 f.



- 9 BGE 133 I 89 ff. (92, E. 3.3), mit Hinweisen.
- 10 Anderer Ansicht jedoch Gass (Fn. 3), S. 164 und Philippe Abravanel, La déontologie du Juge, AJP 1995, S. 422.
- 11 So war etwa die von einzelnen Richter\_innen in den Medien verbreitete Ablehnung der Durchsetzunginitiative meines Erachtens unproblematisch.
- 12 Im gleichen Sinne für Deutschland Horst Sendlar, Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?, NJW 1984, S. 694.
- 13 BGE 133 I 89 ff. (92 f., E. 3.3).
- 14 Dass diese Erwartung in der Praxis zuweilen enttäuscht wird, lässt sich jedoch nicht bestreiten (dazu Albrecht [Fn. 5], S. 11 ff., mit Beispielen aus dem Strafrecht).
- 15 BGE 108 Ia 172 ff. (176, E. 4/b/bb); zutreffend Kiener (Fn. 4), S. 182: «Die kluge Dosierung, Angemessenheit, Mässigung und Zurückhaltung ist – über justiziable Grundrechtsgehalte der richterlichen Unabhängigkeit hinaus – letzten Endes eine Frage der individuellen richterlichen Ethik».
- 16 Kiener (Fn. 4), S. 180 f; knapp formuliert, aber im Ergebnis überzeugend ebenfalls die Meinung von Sendlar (Fn. 12), S. 689: «dass man [...] auch als Richter in der Öffentlichkeit nahezu alles sagen darf, vorausgesetzt, dass dies mit «Pietät und Takt» geschieht».
- 17 Sendlar (Fn. 12), S. 689 und S. 698.
- 18 Ebd., S. 698.
- 19 Vgl. Kiener (Fn. 4), S. 187 f.

## Zulässige rechtspolitische Äusserungen in der Öffentlichkeit

Auf der Basis des eben dargelegten verfassungsrechtlichen Strukturprinzips ist es der Richter\_innenschaft erlaubt, allgemein zu Rechtsfragen Stellung zu beziehen. Darauf hat das Bundesgericht schon wiederholt hingewiesen: «[D]ie Meinungsäusserung zu Rechtsfragen ausserhalb des Gerichts durch einen Richter erweckt bei objektiver Betrachtungsweise grundsätzlich noch nicht den Anschein der Voreingenommenheit für den Entscheid eines konkreten Streitfalls».<sup>9</sup>

Mit Blick auf die Meinungsfreiheit spielt es grundsätzlich keine Rolle, in welcher Form eine Stellungnahme erfolgt, ob zum Beispiel mit einem Vortrag oder Flugblatt, in einer Podiumsdiskussion, im journalistischen Interview, per Leser\_innenbrief in einer Zeitung oder Publikation in einer Fachzeitschrift. Hinsichtlich des Inhalts bestehen ebenfalls keine prinzipiellen Schranken. Jede\_r Richter\_in darf sich an allgemeinen Debatten über politische oder spezifisch rechtspolitische Themen beteiligen. Sie dürfen ferner beispielsweise auch einzelne (geltende oder geplante) Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen öffentlich infrage stellen,<sup>10</sup> selbst wenn sie später einmal (voraussehbar) diese Normen selber anzuwenden haben.<sup>11</sup> Dasselbe gilt auch für allfällige kritische Stellungnahmen hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu gewissen Rechtsfragen.<sup>12</sup> Richter\_innen, die sich zu einem juristischen Problem in allgemeiner Weise öffentlich geäussert haben, müssen – so das Bundesgericht – in der Lage sein, ihre «Beurteilung des Prozessstoffes im Laufe des Verfahrens entsprechend dem jeweils neuesten Stand ständig neu zu prüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente auch zu revidieren».<sup>13</sup> Ausserdem wird von Mitgliedern eines Gerichts erwartet, dass sie in ihrer Tätigkeit die geltenden Rechtsnormen befolgen, selbst wenn ihnen gewisse Bestimmungen persönlich nicht behagen.<sup>14</sup>

Immerhin weist aber das Bundesgericht auf eine «gebotene Zurückhaltung im öffentlichen Leben» hin.<sup>15</sup> Das ist eine Folge der hoheitlichen Funktionen der Justiz. Was die verlangte «Zurückhaltung» im Einzelfall genau beinhaltet, bleibt indessen unklar. Das genannte Mässigungsgebot gilt nur insoweit, «als es die Sicherstellung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit und das Ansehen der Justiz in der Rechtsgemeinschaft tatsächlich und vernünftigerweise erfordern».<sup>16</sup> Jedenfalls darf die an sich berechnete Forderung nach Zurückhaltung «keine Duckmäuserei von Richtern»<sup>17</sup> bewirken. Die Gerichte sollten nicht – wie es leider allzu oft geschieht – den politischen Diskussionen ausweichen und sich «in den Elfenbein- oder Paragraphenturm zurückziehen».<sup>18</sup>

Mit Blick auf Richter\_innen, die sich in der Öffentlichkeit für rechtspolitische Anliegen einsetzen, liegt eine verpönte Befangenheit sicher dort vor, wo jemand etwa persönliche Ansichten zu einem bestimmten Rechtsproblem bekannt gibt, das einen konkreten Fall betrifft, an dem er\_sie selber beteiligt ist oder demnächst sein wird.<sup>19</sup> Ein derart enger Zusammenhang zwischen der richterlichen Meinungsäusserung und dem konkreten Verfahren, in das die betreffende Person involviert ist, begründet den Anschein einer fehlenden Unabhängigkeit. Umgekehrt darf man eine\_n Richter\_in, der\_die beispielsweise in einem Zeitungsinterview generelle Einwände gegen die sachliche Berechtigung einzelner Vorschriften des Ausländer\_innen\*- oder Asylgesetzes ausspricht, allein aus diesem

- 20 BGE 141 IV 178 ff. (179, E. 3.2.1).
- 21 Vgl. dazu die Sachverhalte der beiden in Fn. 24 aufgeführten Urteile.
- 22 Das löst natürlich sogleich die Zusatzfrage aus, wann eine Kritik als «unsachlich-einseitig» zu bewerten ist.
- 23 Ähnlich auch Sendlar (Fn. 12), S. 694 f. und S. 697 f.
- 24 BGE 108 Ia 48 ff. und 172 ff.
- 25 BGE 108 Ia 172 ff. (176, E. 4/b/bb); siehe auch Kiener (Fn. 4), S. 187 f.
- 26 Vgl. BGE 133 I 89 ff. (93, E. 3.3); lesenswert ferner die Präzisierungen von Kiener (Fn. 4), S. 181.
- 27 Gleichwohl halte ich den Entscheid BGer vom 15.03.2012, 6B\_582/2011 betreffend den Zürcher Oberrichter Christoph Spiess (Mitglied und parteipolitisch aktiver Sekretär der Schweizer Demokraten, SD) im Ergebnis für zutreffend (oder zumindest für nachvollziehbar).
- 28 Matthias Burghardt, Richter und parteipolitisches Engagement, Justice – Justiz – Giustizia 2011/1, Rz 8.

Grund nicht von der künftigen Beurteilung migrationsrechtlicher Fälle wegen Befangenheit ausschliessen.

Abgesehen von solchen ziemlich eindeutigen Sachverhalten stellt sich aber jeweils die überaus heikle Frage, wann im Einzelfall «Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken».<sup>20</sup> Was genau begründet in einem konkreten Fall den Anschein einer fehlenden Offenheit des Verfahrens? Aus meiner Sicht können für die Befangenheit als ein wesentliches Kriterium etwa die Ausdrucksweise oder der Stil der öffentlichen Stellungnahme dienen. So erweckt ein reisserisch formuliertes politisches Bekenntnis<sup>21</sup> oder eine unsachlich-einseitige Kritik<sup>22</sup> rasch den Eindruck, dass der\_die betreffende Richter\_in sich für das konkrete Verfahren die eigene Meinung bereits festgelegt hat und für abweichende Argumente unempfänglich ist.<sup>23</sup>

In diesem Zusammenhang sind zwei Fälle richterlicher Statements anlässlich der Zürcher Jugendunruhen von 1980 zu erwähnen, wo das Bundesgericht die Befangenheit der beiden betroffenen Personen bejahte.<sup>24</sup> Die Grenze des Erlaubten finde sich nämlich «jedenfalls dort, wo die Justiz im Zusammenhang mit konkreten Vorkommnissen in den Widerstreit politischer Meinungen gerät».<sup>25</sup> Später stellte dann das Gericht auf die fehlende notwendige Distanz ab. Der Anschein der Befangenheit könne bei einer öffentlichen Meinungsäusserung zu einer aktuellen Auseinandersetzung «dann entstehen, wenn der Richter zu den sich stellenden Streitfragen derart Stellung bezieht, dass die Meinungsbildung im konkreten Fall nicht mehr offen erscheint oder eine «Betriebsblindheit» zu befürchten ist».<sup>26</sup>

Trotz solcher Bemühungen um mehr Präzision fällt es allemal ausserordentlich schwer, bei den einzelnen Richter\_innen anhand objektiver Kriterien Anzeichen einer fehlenden Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zuverlässig festzustellen. Diesbezüglich ist vor allem die Gefahr zu beachten, dass die jeweiligen Beurteilungen vom Inhalt der zur Diskussion stehenden politischen Aktivität abhängen. So schliesse ich für mich persönlich nicht aus, das politische Engagement bei Richter\_innen aus dem links-grünen Lager möglicherweise eher zu tolerieren als bei Richter\_innen rechtskonservativer Herkunft.<sup>27</sup>

Das Verdikt der richterlichen Befangenheit infolge eines politischen Auftritts in der Öffentlichkeit widerspiegelt somit im Kern eine (kaum vermeidbare) normative Zuschreibung. Denn wie die geforderte innere Unabhängigkeit «auszugestalten und mit Leben zu erfüllen ist, ist letztlich eine dem einzelnen Richter (...) ganz persönlich gestellte und auch nur von ihm beantwortbare Frage».<sup>28</sup> Infolgedessen sollte man öffentliche Äusserungen von Justizmitgliedern zu (rechts)politischen und juristischen Themen nur mit grosser Zurückhaltung als Anzeichen eines Mangels an Offenheit gegenüber abweichenden Ansichten deuten. Dabei ist vor allem zu bedenken, dass es zahlreiche Richter\_innen gibt, die zwar ausserhalb des Gerichts politische Zurückhaltung (oder gar Abstinenz) üben, aber sich im Verfahren zuweilen gleichwohl (unkontrolliert!) auf eine bestimmte Gesetzesinterpretation oder rechtspolitische Haltung (sei es allgemein oder fallbezogen) festgelegt haben und durch entgegenstehende Argumente davon nicht abzubringen sind. Auch im öffentlichen Schweigen kann eben eine politische Botschaft verborgen liegen.

Nach diesen primär juristisch abgestützten Erwägungen fragt sich ferner, ob allenfalls richterethische, sogenannt deontologische, Normen den Richter\_innen

29 So auch deutlich zum Beispiel SVR Ethik-Kommission, Grundsätze der Richterethik, 09.11.2016, mit Hinweisen; siehe ferner Stephan Bernhard, Richterliche Ethik aus der Perspektive eines Anwalts, Justice – Justiz – Giustizia 2017/4, Rz 5.

30 Symptomatisch hierfür beispielsweise die negativen Formulierungen in: SVR Ethik-Kommission (Fn. 29), Grundsatz 2, Punkte 3 und 4, wo diejenigen aussergerichtlichen Aktivitäten in den Vordergrund gerückt sind, denen sich die Richter\_innen zu enthalten haben.

für öffentliche Voten zusätzliche – über das geltende Recht hinausgehende – Schranken auferlegen. Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen; denn ich sehe nicht, welche konkrete Norm der Richter\_innenethik bestimmte Äusserungen von Mitgliedern der Justiz in der Öffentlichkeit, die rechtlich zulässig sind und somit keine Ausstandspflicht begründen, beanstanden könnte. Nicht unterschätzen sollte man hier vor allem die Gefahr eines Missbrauchs der Deontologie, um politisch unbequeme Richter\_innen in die Schranken zu weisen.

## Zum politischen Engagement verpflichtet?

Eine wesentlich brisantere Dimension betrifft die weitere Problematik, inwiefern kritische rechtspolitische Stellungnahmen von Richter\_innen in der Öffentlichkeit nicht bloss zulässig, sondern sogar geboten sind. Das ist offenkundig keine rechtliche Frage, sondern eine der Richter\_innenethik. Allgemein akzeptierte Antworten auf die höchst anspruchsvolle Fragestellung fehlen indessen; eine vertiefte Debatte darüber hat (soweit erkennbar) bisher nicht stattgefunden. Es lässt sich lediglich konstatieren, dass innerhalb der Justiz generell eine nicht unerhebliche Abneigung gegenüber der Teilnahme an öffentlichen rechtspolitischen Auseinandersetzungen herrscht. Ein derart zurückhaltender und selbstgenügsamer Habitus versteht sich jedoch keineswegs von selbst. Vielmehr erscheint die abwehrende Berufung der Akteur\_innen auf die richterliche Eigenständigkeit – von aussen her betrachtet – leicht als ein (missbräuchliches) Mittel, die Rechtsprechung gegen inhaltliche Kritik zu immunisieren.

## Persönliches Plädoyer für mehr Mut in der öffentlichen Meinungsäusserung

Im Ergebnis entsteht so das Bild einer von der Gesellschaft distanzierten und autoritätsgläubigen Richter\_innenschaft. Dieser mangelt es häufig am festen Willen, sich mit der Rechtspraxis – etwa den ausufernden Tendenzen des Strafrechts oder den inhumanen Zügen des Ausländer\_innenrechts – (selbst)kritisch auseinanderzusetzen. Das hier aufscheinende Richter\_innenbild wird nicht zuletzt auch durch die aktuellen deontologischen Regelwerke akzentuiert. Denn diese fokussieren (nicht nur national) stark auf die Aspekte der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit,<sup>29</sup> und zwar unmittelbar bezogen auf die Verfahrensebene. Demgegenüber unterliegt die umfassendere soziale Rolle der dritten Gewalt im Staat, nämlich insbesondere der individuelle Einsatz für (mehr) Gerechtigkeit im Recht, einer Vernachlässigung. Konkret gelangt dieser Mangel in einem passiven Konzept richterlicher Unabhängigkeit zum Ausdruck, soweit es um das Verhalten der Richter\_innen auf dem politischen Parkett ausserhalb der Gerichte geht.<sup>30</sup> Mein eigener innerer Kompass hingegen ist wesentlich offensiver geprägt. Was das genau bedeutet, will ich nun im Folgenden als subjektive, persönliche Skizze darlegen.

In einer pluralistischen Gesellschaft stellen die Ergebnisse der Gesetzgebung bekanntermassen häufig mehr oder minder überzeugende politische Kompromisse dar. Dies gilt umso eher, wenn Gesetzesbestimmungen – wie heute ziemlich oft – unter dem Druck einer kurzfristigen Tagespolitik entstehen. Deshalb werden alle auch nur selbstbewussten Richter\_innen in ihrer beruflichen

31 Vgl. Albrecht (Fn. 5), S. 22; anderer Ansicht Hans Peter Walter, Gedanken zum Richteramt, ZBJW 1991, S. 627 und Kiener (Fn. 4), S. 179: «[...] niemand muss sich, um ein ‚guter Richter‘ zu sein, in der Öffentlichkeit zu weltanschaulichen Fragen engagieren».

32 Von solchen Vereinigungen ist nämlich bei politisch hoch umstrittenen Fragen, wie das Beispiel der Durchsetzungsinitiative anschaulich zeigte, nur selten eine offizielle Stellungnahme zu erwarten.

33 Zum Ganzen Peter Albrecht, Richterliche Normenkritik in der Rechtsfindung, in: M. Heer et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 127 ff.

34 Jutta Limbach, «Im Namen des Volkes» – Richterethos in der Demokratie, DRiZ 1995, S. 428.

35 Als drastisches Beispiel aus dem Strafprozessrecht sei hier erwähnt, dass gegen die schon seit einiger Zeit stattfindende Demontage der Justiz als dritter Gewalt die unmittelbar betroffenen Mitglieder der Gerichte kaum vernehmbar Widerstand leisten.

Tätigkeit auf Schritt und Tritt mit Rechtsnormen konfrontiert, die ihrem Gerechtigkeitsempfinden oder den eigenen Zweckmässigkeitsvorstellung widersprechen. Das trifft ganz besonders auf diejenigen zu, die (als DJS-Mitglied) sozialkritisch orientiert sind und rechtsstaatliche Prinzipien verteidigen wollen. Wenn sie nun in einem bestimmten Bereich erhebliche Mängel der Gesetzgebung oder der (bundesgerichtlichen) Rechtsprechung feststellen, sind sie aus meiner Sicht moralisch verpflichtet, das nach aussen hin kundzutun, damit bessere Lösungen initiiert werden können.<sup>31</sup> Das betrifft sowohl das geltende Recht wie auch geplante Gesetzes- oder Verfassungsprojekte. Angesprochen sind hier in erster Linie (aber bei weitem nicht nur) Mängel, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen unseres Staates gefährden können. Zu einer öffentlichen Reaktion ist jede\_r einzelne Richter\_in aufgerufen, weshalb es nicht genügt, auf die Möglichkeit von Stellungnahmen seitens der Richter\_innenvereinigungen zu verweisen.<sup>32</sup>

Dementsprechend äusserte ich selber während meiner Tätigkeit als Strafrichter in Basel regelmässig beispielsweise verfassungsrechtliche Bedenken gegen das geltende Betäubungsmittelstrafrecht und beklagte dessen kostspieligen Leerlauf. Verstärkend hinzu kamen überdies meine fundamentalen Zweifel am sozialen Nutzen der destruktiven (unbedingten) Freiheitsstrafen.<sup>33</sup> Die teils radikal formulierte Kritik richtete sich sowohl an die Gesetzgebung wie auch an die darauf gestützte Gerichtspraxis. Die diesbezüglichen Äusserungen erfolgten vorab in wissenschaftlichen Publikationen und an öffentlichen Podiumsdiskussionen.

Die erwähnte moralische Verpflichtung sehe ich als zwingendes Korrelat zur machtvollen Position, welche der Staat der Justiz (als dritter Gewalt) im Verhältnis zu den betroffenen Individuen und der Allgemeinheit einräumt. Wenn die Gerichte durch die Gesetzgebung mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet werden, dann sind sie gehalten, ihre Rolle stets selbstkritisch zu reflektieren und insbesondere dem permanenten tagespolitischen Druck zu widerstehen. Dazu gehört auch, sich aktiv und öffentlich für Verbesserungen im Interesse der Allgemeinheit einzusetzen. Das ist für mich unerlässlich, um die Tätigkeit als Richter\_in samt den zuweilen sehr einschneidenden Konsequenzen für die davon betroffenen Menschen zu rechtfertigen. Dementsprechend irritieren mich die bei zahlreichen Richter\_innen dominierende Sorge «um ihre Keuschheit»<sup>34</sup> und damit verbunden der verbreitete Mangel an Mut, an der öffentlichen Diskussion über die Gestaltung des Rechts teilzunehmen.<sup>35</sup> Das Bild einer hartnäckig schweigenden und sich hinter den Gesetzen ängstlich verbergenden Richter\_innenschaft widerstrebt meinem eigenen Verständnis einer ethisch verantwortungsbewussten Justiz. Wo bleibt denn da das Engagement für die Wahrnehmung der richterlichen Verantwortung in der Gesellschaft?

«Als demokratischer Jurist setze ich mich für die Rechte derjenigen ein, die gesellschaftlich weniger Durchsetzungskraft haben und verteidige die demokratischen Rechte und Institutionen inklusive die Gewaltenteilung gegen Angriffe von Populist\_innen und Profitmaximierer\_innen.

Als demokratischer Jurist setze ich mich ein für eine sachliche öffentliche Debatte und Medien, welche dem Service Publique und nicht der Logik der Quoten und Erträge verpflichtet sind und kämpfe dafür, dass Bildungs- und Gesundheitsinstitutionen, die IT-Versorgung, Wasser und Energie für alle zugänglich und zahlbar sind.

Persönlich habe ich mich als demokratischer Anwalt ausschliesslich für die sozial benachteiligte Partei eines Konflikts oder soziale Institutionen eingesetzt.»

*Peter Bohny, Basel*

# Giovani, giurist\* e di sinistra: come organizzarsi?

«Nichts ist schädlicher als wissenschaftliche Halbbildung: also zu denken das Studium diene nur dem Erwerb eines Diploms und dann komme das wirklich praktische Leben, das mit Theorie nichts mehr zu tun habe».

*Alex Demirović*

1 Se lo chiede anche Alex Demirović, *Wissenschaft oder Dummheit*, Hamburg 2015, p. 18.

2 Tale tendenza è stata d'altronde osservata anche a Vienna, v. Sebastian Spitra, Melinda Franzke, *Recht engagiert*, in: *Juridikum* 1/2018, p. 5.

3 Usiamo qui l'asterisco per comprendere sempre anche i generi dimenticati dalla lingua. Non adottiamo una regola fissa nell'uso nel testo del plurale femminile o maschile.

4 V. Cass Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna 2010 (orig. ing. 2005).

5 In uno studio condotto a San Gallo, la quota di partecipazione nei quattro anni del periodo in analisi non ha mai raggiunto il 40% (la media era del 33.45%). Il 21% dei giovani non si è mai recato alle urne e adottava comunque il metodo della partecipazione selettiva scegliendosi i temi che più li aggradava, v. Clau Dermont, Isabelle Stadelmann-Steffen, *Die politische Partizipation der jungen Erwachsenen*, Università di Berna 2014.

Lasciato il liceo arrivi alla facoltà di giurisprudenza e subito ti chiedi dove siano gli spazi per l'autogestione, dove il dibattito.<sup>1</sup> Gli ampi atrii degli edifici universitari celebrano sé stessi, le associazioni studentesche si limitano alla distribuzione di gadget e all'organizzazione di sagre del conformismo. Alle conferenze i soliti avvocati di punta presentano la professione e via col networking.<sup>2</sup> Lo Studirat assomiglia al circolo del burraco, dove tutto si discute e nulla si decide.

Davvero nel nostro studio siamo condannate\*<sup>3</sup> ad essere meri strumenti di un dispositivo più grande di noi? Come attiviste\* prevale il sentimento di solitudine per il semplice fatto di pensar diversamente. Stiamo vivendo la svolta della società securizzante, creatrice di paure, la quale usa il diritto come manganello per addomesticarci.<sup>4</sup> Ci vogliono rinchiudere nel ring dei diritti umani, ci tengono buoni con il nostro «pericoloso» idealismo. Eppure rapporti esistenti di supremazia e subordinazione devono essere messi in discussione, non vogliamo più stare zitti\*.

In questo contributo esponiamo le nostre esperienze recenti di gius-attivisti\* nella compagine universitaria. Negli anni abbiamo notato che non basta solo proporre argomenti chiaramente di sinistra atte a creare un circolo virtuoso che renda il gius-attivismo una realtà affermata e sostenibile. Secondo noi è necessario proporre vie per creare una piattaforma durevole, che garantisca spazi di confronto per le\* gius-attiviste\* e accesso ai contenuti, senza però condurre all'auto-distruzione.

## La realtà universitaria svizzera – qualche cifra

In Svizzera, le\* giovani tra i 18 e i 25 anni sembrano poco interessate\* alla politica. Alcuni studi mostrano che sono delle\* Rosinenpicker.<sup>5</sup> Si stima infatti che dal 2010 al 2016 l'identificazione dei\* giovani con la sinistra è crollata dal 41% al 28%, quella con la destra si è spostata dal 28% al 36%, parallela alla ricerca di

- 6 v. le inchieste federali per la gioventù, [www.chx.ch](http://www.chx.ch) (in particolare quella del 2016); in Germania Demirović (nota 1), p. 12, mostra in uno studio secondo cui già nel 1996 il 26% delle\* studentesse\* era incline a svolte autoritarie.
- 7 Si tratta di 21 000 studenti\*, vale a dire meno degli attuali immatricolati alla sola università di Zurigo, v. Rudolf Stichweh, Zur Funktion der Schweizer Universität, 2011, p. 1 ([https://www.fiw.uni-bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/82\\_stw\\_zur-funktion-der-schweizer-universitaet.pdf](https://www.fiw.uni-bonn.de/demokratieforschung/personen/stichweh/pdfs/82_stw_zur-funktion-der-schweizer-universitaet.pdf), consultato l'ultima volta il 31.08.2018); dal 2010 al 2016 in Svizzera c'è stato un aumento di ca. 40 000 studenti\* universitari, v. Ufficio federale di statistica, *Personen in formazione* Edizione 2017, Neuchâtel 2017.
- 8 Gli\*studenti\* delle facoltà di giurisprudenza compongono il 10% del totale, v. Bundesamt für Statistik, *Studierende an den universitären Hochschulen: Basistabellen*, T. 3.1. del 29.03.2018.
- 9 Stichweh (nota 7), p. 2.
- 10 Dopo il rifiuto, nel 2015, dell'iniziativa popolare lanciata dall'Unione Svizzera degli studenti di scuole universitarie, che proponeva di renderlo di competenza della Confederazione.
- 11 Michael Guery, *Stipendienrecht: im Tauziehen zwischen Bildungs-, Sozial- und Finanzpolitik*, recht 2012, p. 20.
- 12 Stichweh (nota 7), p. 6.
- 13 Le università vengono assoggettate alla riorganizzazione neoliberale, diventano esse stesse imprenditoriali, Demirović, (nota 1), p. 13.
- 14 v. ora Zygmunt Bauman, *Stranieri alle porte*, Bari-Roma 2018, p. 93 (orig. ingl. 2016); la digitalizzazione sta portando peraltro anche problemi didattici, Miloš Vec, *Weg mid dem Bildschirm!*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 22.08.2018, Nr. 194, p. 4; anche fra i giudici c'è chi si è timidamente reso conto che il problema non è solo dato dalla libertà di studio, ma ad esempio anche da internet, cfr. Plädoyer 5/16, p. 26 s.
- 15 <https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/luzern/universitaet-luzern-selbst-die-besten-fallen-am-schluss-durch-ld.22489>, consultato l'ultima volta il 31.08.2018.
- 16 <https://www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/jusstudium-schuetzt-vor-unkenntnis-nicht/story/22758744>, consultato l'ultima volta il 31.08.2018; critiche di questo tipo sono soventi, nel 2016 su Plädoyer vari\* giudici\* svizzeri\* sostenevano che i\* laureati\* non riescono ad avere uno sguardo complessivo sul diritto.
- 17 Le cause del problema secondo loro stavano nel sistema di Bologna, che pretende pochi esami a punti e la possibilità delle\* studentesse\* di scegliere liberamente i corsi da frequentare, v. Plädoyer 5/16, p. 26 s.

un'identità nazionale e ad un certo materialismo. I\* giovani rimangono comunque ben disposti\* nei confronti di scioperi e movimenti di protesta.<sup>6</sup>

Se nel 1960 la percentuale delle\* giovani fra i 19 e i 26 anni che seguiva un percorso universitario o universitario professionale era solo del 3.8%, nel 2010 era ben del 40%.<sup>7</sup> Le\* studentesse\* a giurisprudenza sono passate dalle\* 10 000 del 1990 alle\* 16 000 attuali.<sup>8</sup> La democratizzazione dell'accesso allo studio in Svizzera è stata notevole. A differenza di altri paesi europei, più che il reddito è il percorso formativo dei genitori ad essere determinante: più questi hanno studiato a lungo, più facilmente i loro figli seguiranno una formazione universitaria (professionale).<sup>9</sup> La questione economica comunque si pone nella vita quotidiana e non è unitaria: il sistema delle borse di studio svizzero dipende ancora fortemente dal cantone di provenienza.<sup>10</sup> Stando ai dati del 2012 esso contribuisce in media ad un mero 9% del sostentamento totale delle\* studentesse\*, mentre la famiglia copre invece il 55% delle entrate. Il 75% degli\* studenti\* in Svizzera è quindi attivo nel mondo del lavoro.<sup>11</sup>

L'alto tasso lavorativo non è però legato solo alle necessità economiche individuali, ma anche a una cultura universitaria che cerca di avvicinarsi quanto più possibile al mondo professionale, di obbedire alle sue variazioni e di soddisfare le sue esigenze. Non a caso molti\* studenti\* sostengono che continuerebbero a lavorare anche se avessero borse di studio più congrue alle proprie necessità.<sup>12</sup>

## Criticità alle facoltà di giurisprudenza

Le logiche neoliberali adottate dalle università sembrano convergere verso il modello unico del successo individuale ad ogni costo, misurato secondo criteri economici.<sup>13</sup> Nella «società della prestazione», così come vista da Bauman, si parla poco di come i giovani vivano il fallimento, della loro angoscia. Il ruolo di internet non è poi particolarmente tematizzato, nonostante esso sia assurdo a zona di comfort che in larga parte contribuisce alla tanto criticata assenza di pensiero «complessivo».<sup>14</sup>

Nel 2010 la presidentessa della commissione d'esame degli avvocati di Lucerna, nonché giudice d'appello liberale, disse alla stampa: «Noto che gli studenti di Lucerna sono su un buon livello teorico, ma a volte non riescono a combinare le loro conoscenze».<sup>15</sup> Nel 2018 tornava a lamentarsi di quegli\* studenti\* che al master avevano approfondito la scienza delle religioni o l'etnologia, ma non il diritto societario o quello fallimentare.<sup>16</sup> La proposta del mondo professionale e giudiziario per risolvere il problema è stata quella di rendere obbligatorie le materie che stanno alla base degli esami di avvocatura.<sup>17</sup> Non erano critiche di sinistra al sistema Bologna, ma espressione di bisogni corporativi.

E le facoltà? Si sono adeguate. Prendiamo un esempio di Lucerna del 2016: con l'ultima riforma del regolamento degli studi (StuPO), il bachelor nell'ambito dogmatico è stato ristretto ai tre

- 18 Si tratta di un'evoluzione peraltro paradossale, considerando che il legislatore sempre più vuole un sistema giuridico che si basi sulle prognosi degli effetti delle decisioni, sia che si tratti del cosiddetto «bene del bambino», di analisi economiche del diritto o di prognosi criminali; sulla logica della Folgenorientierung nel diritto v. la bella spiegazione di Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993/1995, p. 380 s. e 561.

- 19 La media minima per partecipare al programma deve essere del 5.2 su 6. Se durante il programma essa cala sotto il 5.0, la\* studentessa\* viene espulsa\*, cfr. <https://www.unilu.ch/studium/foerderangebote/ff/>, consultato l'ultima volta il 31.08.2018.

- 20 Indagine del 27.08.2018, *Erwerbslosenquote gemäss ILO der Hochschulabsolvent/innen ein Jahr nach Studienabschluss*, Ufficio federale di statistica.

- 21 Demirović (nota 1), p. 14.

- 22 Sponsorizzate da alcune potenze economiche, oltre che dalla Confederazione, v. [www.inoc.ch](http://www.inoc.ch).

- 23 V. p.e. Plädoyer 4/14, p. 24.

- 24 Si veda p.e. la pagina online per candidarsi allo studio Bär & Karrer, che fra i pochi dati chiede espressamente la media delle note del liceo, del bachelor e del master. Come se la pressione non fosse sufficiente, all'Università di Lucerna il tasso di bocciatura nel diritto privato è ormai salito al 40%, delineando una crescita costante negli anni: [https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/O\\_Dekanat\\_RF/Dok/Pruefungen/Statistik\\_Bachelorpruefungen\\_FS\\_2017.pdf](https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/O_Dekanat_RF/Dok/Pruefungen/Statistik_Bachelorpruefungen_FS_2017.pdf).

- 25 Con il suo approccio critico Demirović (nota 1), p. 12, mostra come l'autoritarismo sia un effetto dato da convenzionalità e conformismo piuttosto che, come sostiene generalmente la ricerca sociologica sull'estremismo di destra, da periodi d'insicurezza sociale, mancanza di lavoro e disfacimento dei rapporti sociali (anomia). Il conformismo consisterebbe proprio nel continuare a performare modelli come concorrenza, potere, forza e spirito di autoconservazione, che tendono a bistrattare coloro che vengono designati come deboli.

- 26 Si tratta di una realtà peraltro non solo svizzera, sull'esperienza viennese v. Spitra, Franzke (nota 2), p. 5.

- 27 Cerchiamo qui di formulare obiettivi per cui il gius-attivismo può far breccia nelle facoltà di giurisprudenza. Cerchiamo di rispondere qui anzitutto a questioni strutturali, tralasciando l'approfondimento dei contenuti.

ambiti generalisti e alle relative procedure, senza più possibilità di scelta né di materie interne al diritto, né di materie non-giuridiche.<sup>18</sup> Sono state aumentate le ore di esercitazione, nonché l'obbligo di risolvere dei casi giuridici (Falllösungen). La media delle note è centrale: la facoltà incentiva le\* studentesse\* «eccellenti» con il programma Primus. Esso è finanziato da grosse aziende che osservano i loro rampolli crescere e anche i figli di famiglie abbienti vengono sostenuti.<sup>19</sup>

I risultati di questa politica sono palesi. Se in media, a livello svizzero, un anno dopo la fine del master, il 5% dei\* laureati\* non ha ancora un posto di lavoro (anche in giurisprudenza), la quota di Lucerna è molto più bassa: concluso il master, solo lo 0.9% dei\* novelli\* giuristi\* non ha ancora un posto di lavoro.<sup>20</sup> Diventa qui chiarissima l'affermazione di Demirović, quando dice che gli\* studenti\* vengono sempre più percepiti come clienti\* dall'università stessa.<sup>21</sup> Un buon cliente sceglie dunque con cura la propria università, e una volta arrivatoci si adegua al sistema: si prepara studiando a memoria le famose Karteikarten, frequentando le «notti bianche delle carriere»<sup>22</sup> e le allucinanti Job Fairs degli avvocati,<sup>23</sup> angosciandosi per avere un'alta media delle note come preteso dai grossi studi legali zurighesi,<sup>24</sup> in una pericolosa fabbrica di conformismo.<sup>25</sup>

Occultate dagli stessi canali informativi delle università rimangono però quelle attività giuridiche il cui valore difficilmente è misurabile in termini economici, come l'attivismo, il coraggio civile, l'impegno nelle associazioni umanitarie.<sup>26</sup>

## Possibili obiettivi di un attivismo gius-politico accademico di sinistra<sup>27</sup>

Un gruppo di attivisti\* può dare un senso di appartenenza ai\* giovani\* giuristi\* di sinistra, per allontanare quella solitudine che coglie chi raggiunge i banchi accademici. Da qui è poi possibile creare una rete alternativa a quella che tipicamente filtra all'interno dell'università: non solo grosse SA, ma anche enti attivi socialmente. Va dato spazio ai temi oscurati dalle logiche neoliberali, mettere in evidenza i rapporti di forza e i processi politici alla base della nascita e dell'applicazione del diritto. Il gius-attivismo deve diventare agli occhi degli\* altri\* studenti\* veramente parte del mondo giuridico e non solo un modo di fare politica.

Essenziale è incoraggiare le\* studentesse\* all'utilizzo delle proprie competenze giuridiche, offrendo loro uno spazio nel quale potersi esporre e una piattaforma di sostegno attraverso la quale poter imparare, anche sbagliando. In questo senso un gruppo di attivismo consente di mettere a disposizione i contatti degli altri raggruppamenti di sinistra, creando una rete di supporto e di condivisione di esperienze. Contemporaneamente può diventare un riferimento per la società nelle questioni giuridiche, contattabile in caso di bisogno dai cittadini, dai media e dagli organizzatori di eventi.

28 Cfr. Demirović (nota 1), p. 62.

29 In questo ultimo senso facciamo notare il materiale messo a disposizione della Rosa-Luxemburg-Stiftung, scaricabile o ordinabile sul sito <https://www.rosalux.de/publikationen/bildungsmaterialien/>.

30 P.e.: il processo Nekane, l'occupazione di case abbandonate come Gundula, la tutela dei diritti degli animali, i diritti delle persone transessuali, le nuove leggi di polizia e il chilling effect.

31 P.e. al momento ci stiamo occupando della campagna di opposizione all'iniziativa popolare dell'ultradestra chiamata «per l'autodeterminazione, contro i giudici stranieri».

Attivarsi in quanto studenti\* significa anche individuare le lacune del sistema facoltà per sviluppare un nuovo pensiero critico, una rumorosa richiesta di nuovi corsi, nuovi metodi, nuovi servizi, nonché una messa in discussione delle logiche neo-liberiste e della valutazione.<sup>28</sup> Un gruppo di gius-attivisti può anche contribuire a sviluppare nuove vie pedagogiche nello studio universitario, fornendo alle\* studentesse\* uno sguardo veramente «complessivo», cosa che il mondo della prassi (e a ruota quello accademico) si rifiuta di fare. Questo obiettivo è indubbiamente il più complesso, siccome sono necessari strumenti interdisciplinari.<sup>29</sup>

## Le nostre prime esperienze – per un'autocritica

Negli ultimi due anni abbiamo contribuito a fondare due associazioni di giuriste\* che si ispiravano direttamente ai DJS, ma che volevano essere riservate ai\* giovani: una di universitari\* a Lucerna (kritische Jurist\*innen), l'altra di ticinesi «emigrati\*» oltralpe (Comitato di Berna).

Lo scopo dei kritische Jurist\*innen era creare uno spazio di sinistra, solidale, femminista e antirazzista all'interno dell'università, in cui fosse possibile un approccio critico al diritto. Abbiamo organizzato delle serate di discussione in cui un membro del gruppo o una persona esperta esponeva una questione,<sup>30</sup> che veniva poi dibattuta vivamente. Abbiamo anche organizzato delle serate-film, interne o aperte al pubblico. I problemi maggiori che abbiamo incontrato ci sembrano l'auto-descrizione e l'incertezza sulla partecipazione. Non siamo riusciti a creare un gruppo stabile e dopo due anni abbiamo raggiunto un'evidente fase di stallo, il comitato dell'associazione ora è fermo e la comunicazione interna dell'associazione è inattiva.

Con il Comitato di Berna invece elaboriamo documentazione giuridica in italiano che vuole essere attendibile e contemporaneamente schierata. Si tratta di un'opera di controinformazione che vorrebbe rimediare al deterioramento del dibattito politico in Ticino.<sup>31</sup> Abbiamo creato un sito internet nel quale spieghiamo ad esempio i contenuti delle iniziative popolari da un punto di vista tecnico ma semplice, nonché archiviamo materiale giuridico mettendolo a disposizione del pubblico. Il problema maggiore è l'incostanza dei membri: quando alcuni non si attivano, gli altri devono dedicare più tempo all'attivismo. Il gruppo è comunque riuscito a rimanere operativo e gli output sono stati sempre consegnati.

Confrontando i due gruppi notiamo che all'interno della sinistra la rinuncia a uno schieramento ideologico chiaro permette di essere accolti più facilmente dagli\* altri\* giovani, sebbene sia palesemente un freno per alcune\* attiviste\* nell'impegnarsi.

Nel Comitato di Berna, le vedute differenti si condensano in un obiettivo ben definito: c'è sin da subito un antagonista, ci sono

termini temporali precisi, una buona dose di fervore mediatico e la necessità di un output da parte nostra. Questo approccio tecnico permette di rendere meno urgente una linea ideologica definita. Ai kritische Jurist\*innen questa concretezza manca, così come manca un «testo di base», il che costringe il gruppo a reinventarsi dopo ogni riunione. È inoltre assente una costruzione collettiva della memoria, problema ovviato nel Comitato di Berna dalla creazione di un sito che presenta l'output. Diverso infine il feedback: mentre i kritische Jurist\*innen colgono il frutto del loro attivismo in base alla presenza alle riunioni, il Comitato di Berna opera «alla cieca», potendo solo mettere a disposizione il frutto del proprio lavoro.

## Proposte per gruppi futuri

Fare gius-attivismo di sinistra in Svizzera è oggi difficile: le\* studentesse\* hanno poco tempo e spesso lavorano ed emergono da un ambiente giovanile tendenzialmente di destra. In genere sono in una fase di transizione della propria vita, con orizzonti progettuali fluidi e frequentano l'università solo per pochi anni. Vivono inserite\* in un brodo confuso di comunicazione fisica e virtuale, subendo l'angoscia della società della prestazione. In più, l'università si rende impermeabile alla critica finché garantisce loro l'entrata nel mondo del lavoro se si conformano a quanto essa propone. L'instabilità è dunque strutturale, il rischio di creare gruppi fragili è molto alto.

Qui di seguito proponiamo quindi dei passaggi secondo noi fondamentali da tenere in considerazione quando si crea un gruppo di gius-attivismo: decisioni da mantenere nel corso dell'anno accademico.

### Quale dinamica di gruppo

La questione preliminare è decidere se ci si voglia distaccare dalle dinamiche sociali dominanti. Si può infatti creare un discorso culturale interno capace di incentivare il dialogo e la sensibilità (individuale e collettiva) su temi cruciali come l'antirazzismo, l'anticolonialismo, le questioni di genere, la critica alle logiche neo-liberali. Si possono inoltre adottare meccanismi dialogici e di gestione dei conflitti. Per molti questa novità può rappresentare un limite, sebbene possa essere importante spingere su questo punto proprio per garantire empowerment ai membri. Se ci sono molti membri si può inoltre creare una federazione di gruppi tematici, permettendo di rimanere vicini agli interessi personali e alle materie frequentate in facoltà.

### La forma giuridica

Un tema centrale è decidere se darsi una forma giuridica. Quando si crea un comitato direttivo con funzioni separate si rischia una deresponsabilizzazione collettiva. Nella nostra recente esperienza, dove è stata creata un'associazione, nemmeno mantenere un confine blando fra i ruoli e non avere un presidente ha permesso di

# Réconcilier l'enseignement du droit et l'approche progressiste

## Les cliniques juridiques, qui comprennent un important volet pratique et encouragent le développement de l'esprit critique des étudiant-e-s, pourraient montrer la voie aux facultés de droit de Suisse. Explications.

Si un constat peut être tiré des études de droit, il s'agit du fait que, « malheureusement, l'expérience de la faculté de droit et de la profession juridique affaiblit souvent l'engagement en faveur de la justice sociale »<sup>1</sup>. Mais existe-t-il une réelle dichotomie entre l'enseignement du droit et une approche progressiste ? Comment créer un terreau favorable au développement d'une vision progressiste dans l'enseignement du droit ?

S'il est aisé de reconnaître une approche progressiste dans l'objectif ou la pratique d'une profession juridique, il demeure difficile de la trouver et de la reconnaître dans l'enseignement du droit à l'université. Il est alors intéressant de s'interroger sur les raisons de l'absence d'une telle vision dans le parcours universitaire d'un-e étudiant-e en faculté de droit. Il convient également de s'attarder tant sur les défauts que les défis actuels d'un tel enseignement.

A ce constat dur et peu enchanteur, une autre lumière, tirée de notre expérience, peut être apportée. Il s'agit de démontrer en quoi l'enseignement clinique du droit, encore peu développé en Suisse<sup>2</sup>, est propice à la création d'un terreau favorable à une approche progressiste.

## « The first thing I lost in law school was the reason that I came »

Différentes raisons peuvent amener un-e étudiant-e à entamer des études de droit. Elles peuvent être de nature pratique, comme la volonté de sécuriser son avenir grâce à un travail renommé et généralement bien rémunéré. Il peut aussi s'agir de motivations davantage idéalistes, telles que la quête d'une meilleure justice sociale, la compréhension des règles sociétales ou encore la défense des personnes en marge de la société. Toutefois, dans ce dernier cas, les étudiant-e-s finissent souvent par être déçu-e-s, comme le rapporte W. P. Quigley: « the first thing I lost in law school was the reason that I came »<sup>3</sup>. Ceci peut notamment s'expliquer à travers le concept de « neutralité juridique » développé par J. H. Aiken. Construite autour du rôle d'autorité endossé par le corps professoral qui transmettrait la « vérité » à ses étudiant-e-s, cette neutralité juridique effacerait toute implication des valeurs propres à la future ou au futur juriste, assurant finalement le statu quo et tendant à favoriser des intérêts économiques et sociaux préétablis<sup>4</sup>.

32 Consapevoli di mettere in gioco l'accreditazione ufficiale da parte dell'università.

33 Come si faceva d'altronde nelle società mutuali di fine '800. Nella Association des Juristes Progressistes universitaires di Ginevra invece hanno optato per un formulario d'iscrizione con quota annuale di 10 franchi, con la possibilità ulteriore di iscriversi all'AJP di Ginevra e ad abbonarsi contemporaneamente alla rivista Plaidoyer.

34 P.e. Antirep.

35 P.e. quelle organizzate dall'Allianz gegen Racial Profiling.

36 P.e. Recht engagiert a Vienna o lange Nacht der Kritik a Zurigo.

ovviare al problema. La comunicazione veniva vissuta come compito esclusivo del comitato e non appena la comunicazione al suo interno soffriva, il gruppo intero ne risentiva. Consigliamo quindi di non scegliere una forma giuridica<sup>32</sup> se non si dispone di un comitato direttivo formato da persone esperte nell'associazionismo, nella comunicazione e nella gestione dei conflitti. Qualora si scelga di dare una forma giuridica consolidata al gruppo, si può chiedere al\* membro\* il pagamento di una quota unica che, in caso di abbandono, viene restituita.<sup>33</sup>

### I luoghi della memoria

Avere un luogo di riferimento semplifica l'aggregazione, riduce le tempistiche e cambia forma ai conflitti, offrendo così un appoggio stabile alla discussione. Questo luogo dev'essere sia fisico, sia virtuale: un'aula o uno spazio non distante dall'università, nonché una piattaforma virtuale, su cui condividere i documenti e la memoria collettiva del gruppo e quindi un'identità.

### Via operativa o via non-operativa?

Sull'attività concreta del gruppo si possono distinguere due vie.

Quella operativa, ad esempio:

- fondare una law clinic,<sup>34</sup>
- istituire un think tank con output di riflessione,
- la redazione collettiva di commentari giuridici alle iniziative popolari o ai referendum,
- scrivere ricorsi contro leggi e piani regolatori,
- l'osservazione di processi,<sup>35</sup> ecc.

La via non-operativa, invece, può essere:

- riunirsi in gruppi di lettura sul diritto (sia romanzi, sia testi giuridici o politici),
- guardare film e discuterne insieme,
- organizzare gruppi di discussione o conferenze con degli esperti nei vari settori,
- organizzare giornate di presentazione di professioni «alternative»,<sup>36</sup>
- individuare vie pedagogiche alternative.

All'inizio dell'anno non si può essere ingenui\*: dev'essere chiaro sin da subito chi sono le persone che manifestano interesse, per cosa vogliono mettersi a disposizione e con quali aspettative. Noi consigliamo vivamente di concentrarsi in un semestre o in un anno su una o due di queste possibilità e di creare dei momenti di autoriflessione e autocritica intermedi, evitando di confinare queste pratiche alla classica birra post-riunione.

Se l'indignazione è spontanea, l'organizzazione delle\* giovani giuriste\* non può esserlo. Ci muoviamo però su un terreno strutturalmente instabile. L'obiettivo della creazione di un gruppo non può essere la sua stessa sopravvivenza, ma la risposta concreta e di sinistra ai bisogni della vita universitaria, per mostrare forme di gius-attivismo efficaci e durature, sebbene flessibili.

1 «Unfortunately, the experience of law school and the legal profession often dilute the commitment to social justice lawyering», W. P. Quigley, Letter to a law student interested in social justice, in: DePaul Journal for Social Justice, Vol. 1, Issue 1, article 4, 2007.

2 Il existe aujourd'hui deux enseignements cliniques en Suisse : la Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables à l'Université de Genève ([www.unige.ch/droit/lawclinic/](http://www.unige.ch/droit/lawclinic/), consulté le 02.08.2018) et la Human Rights Law Clinic Bern à l'Université de Berne ([http://www.krim.unibe.ch/studium/lehveranstaltungen/law\\_clinic/index\\_ger.html](http://www.krim.unibe.ch/studium/lehveranstaltungen/law_clinic/index_ger.html) ; consulté le 02.08.2018).

3 «La première chose que j'ai perdue en droit est la raison pour laquelle j'y suis venue», W.P. Quigley, loc. cit.

4 J. H. Aiken, Provocateurs for Justice, Clinical Law Review, vol. 7, 2001, p. 291.



- 5 Toujours en faisant le lien avec les études de médecine, l'Université de Genève a adopté depuis 1995 le format d'enseignement « apprentissage par problèmes », utilisé en deuxième et troisième années de bachelor. Il s'agit de l'explication ou de la résolution de problèmes en groupes d'une dizaine d'étudiant-e-s accompagné-e-s par un-e tuteur-riche. Le but de cet apprentissage est d'acquérir des connaissances essentielles en sciences médicales de base, cliniques et psychosociales. Cf. <https://www.unige.ch/medecine/fr/enseignement1/bachelor-et-master-en-medecine-humaine/formatsapprentissage/app/>, consulté le 02.08.2018.
- 6 À titre d'exemple, 55 enseignant-e-s des universités de Fribourg, Lausanne et Genève se sont dressé-e-s contre la rigueur de l'application des renvois Dublin par la Suisse, en soulignant la différence qui peut exister entre la loi et le droit: <https://www.letemps.ch/opinions/legalite-estelle-toujours-legitime-relire-antigone>, consulté le 02.08.2018.
- 7 Il est notamment possible de penser à l'inadéquation d'une partie du droit de la famille actuel avec les nouveaux modèles familiaux de notre société. Cf. par exemple: A. Lombard, La filiation pour les couples du même sexe sous l'angle du bien de l'enfant, in *FamPra*, ch, 2017, p. 725.
- 8 Des exemples de telles discussions dans les médias sont courants. Cf. par exemple sur les échecs de la répression en matière des stupéfiants (<https://www.letemps.ch/opinions/echech-repression-mieux-vaut-reguler>, consulté le 02.08.2018), ou encore sur les problèmes de l'accès à la justice (<https://pages.rts.ch/emissions/abe/7343136-acces-a-la-justice-c-est-pas-donne.html>, consulté le 02.08.2018).

Dès les premières années, l'enseignement en faculté de droit se révèle être de nature théorique et abstraite. Cela est bien souvent justifié par le fait qu'il est nécessaire d'apporter aux étudiant-e-s un bagage théorique, ensuite applicable dans la pratique. Néanmoins, le format des cours peine à être dynamisé en intégrant des aspects plus pratiques et critiques, et ce, même lors des années supérieures. Selon notre expérience et sur la base de témoignages étudiants, nous pouvons affirmer que les aspects pratiques et critiques du droit manquent terriblement à une grande partie du corps étudiant.

Sur le plan pratique, il est certainement exact que les cours ex cathedra sont inévitables, mais, étonnamment, ils ne sont pas souvent complétés par un enseignement pratique. Contrairement aux études de médecine, les étudiant-e-s en droit ne sont jamais amené-e-s, lors du cursus classique, à effectuer des consultations ou des suivis juridiques de cas concrets<sup>5</sup>. Les cas discutés lors des séminaires sont de manière générale décontextualisés et très focalisés sur la matière en question, ce qui ne correspond pas à la réalité quotidienne des professions juridiques. Ce manque de transversalité et de pluridisciplinarité entre les différents pans du droit rend les étudiant-e-s démuni-e-s lors de leur première expérience professionnelle. Il serait ainsi intéressant de présenter davantage de liens avec les problématiques sociales actuelles, afin que les étudiant-e-s soient amené-e-s à réfléchir à l'implication du droit dans les problèmes pratiques auxquels ils ou elles font face au quotidien.

De plus, l'aspect critique est, sans doute et de manière générale, le plus négligé dans l'enseignement du droit. Pourtant, le corps enseignant, dans le cadre de ses activités de recherches, est lui-même amené à s'interroger en profondeur sur les problèmes d'une société toujours en mouvement<sup>6</sup>. Le droit étant souvent en retard par rapport à la société<sup>7</sup>, les règles juridiques perdent facilement de leur actualité ou de leur efficacité. Cela devrait amener, dès l'université, au développement d'un esprit critique permettant de comprendre ces incohérences. La légitimité de certaines normes juridiques, l'efficacité d'une mesure de répression, l'incohérence entre des systèmes juridiques ou encore l'inaccessibilité de la justice constituent des exemples de questionnements se retrouvant malheureusement plus souvent dans la presse que dans les salles de cours<sup>8</sup>. Pouvoir comprendre que les lois ne sont rien d'autre que le résultat de compromis politiques et des différentes visions de la société, devrait à notre sens, être un point de départ pour le développement de l'esprit critique de l'étudiant-e en droit progressiste. Si le souhait de rendre les étudiant-e-s critiques existe, les outils semblent manquer.

Ceci étant dit, un tel changement dans l'enseignement du droit n'est ni évident, ni immédiat. Chaque faculté ayant son histoire et sa tradition, introduire une approche progressiste à travers la mise en valeur d'un enseignement pratique et critique ne semble pas réalisable du jour au lendemain. A notre sens, l'introduction de nouveaux formats d'enseignement pourrait constituer un bon point de départ. Les cliniques juridiques, ou Law Clinic, en sont un bon exemple.

## L'enseignement clinique du droit : un exemple d'approche progressiste

L'enseignement clinique du droit apparaît aux Etats-Unis dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle. Développé progressivement dans les pays du Commonwealth, il

- 9 X. Aurey (dir.), *Les Cliniques juridiques*, Presses Universitaires de Caen, 2015.
- 10 F. S. Bloch (dir.), *The Global Clinical Movement*, Oxford University Press, 2011.
- 11 R. Ollard, A. Baumgartner, *Cliniques juridiques et démultiplication des missions de l'université*, in : *Cliniques juridiques*, Vol. 1, 2017.
- 12 O. Le Fort Mastrota, D. Carron, *L'enseignement clinique du droit à Genève*, in : *Jusletter*, 20 juin 2016.
- 13 *Lesbienne, gays, bi, trans\**. La brochure est disponible ici : <https://www.unige.ch/droit/files/1415/3975/9992/droits-lgbt-2018.pdf>, consulté le 23.10.2018.
- 14 R. Ollard, A. Baumgartner, loc. cit.
- 15 Conseil de l'Europe, *Rapport final sur le projet EU-USR, Responsabilité Sociale de l'Université : Un Cadre de Référence Européen*, 2015. Cf. aussi : <http://www.eu-usr.eu/wp-content/uploads/2015/04/D1.4-Final-Report-Public-Part-FR.pdf>, consulté le 30.07.2018.

s'implante également en Amérique du Sud ou encore en Afrique. En Europe, il fait son apparition au cours des années 1990<sup>9</sup>. Mais qu'est-ce que l'enseignement clinique du droit ? En quoi peut-il correspondre à une approche progressiste ?

Dans son ouvrage *The Global Clinical Movement*<sup>10</sup>, Franck S. Bloch définit l'enseignement clinique du droit comme une formation pratique axée sur les compétences professionnelles, jumelée à l'initiation et à l'apprentissage des responsabilités publiques et professionnelles des juristes. Le corps enseignant place alors ses étudiant-e-s dans un contexte réel dans lequel ils ou elles font face à l'injustice sociale tout en s'y attaquant. L'enseignement clinique du droit suppose un engagement et un échange permanents entre professeur-e-s et étudiant-e-s. En cela, il réduit la verticalité si prégnante en faculté de droit. Il ne s'agit plus de transmettre un savoir en sens unique, mais d'instaurer un échange, de comprendre que chacun-e apporte ses connaissances et expériences au projet commun. Le savoir de l'étudiant-e est valorisé car perçu comme utile. Ainsi, « aux antipodes d'un enseignement théorique, les programmes cliniques offrent (...) aux étudiants cliniciens une réelle opportunité, celle d'être des acteurs de leur propre formation – et plus seulement des sujets passifs d'enseignement »<sup>11</sup>.

Que cet enseignement vise une activité contentieuse, de plaider, de médiation, ou toute autre activité juridique, il est généralement admis qu'une Law Clinic requiert la réunion des trois composantes suivantes : « le travail sur des cas réels, la défense d'un intérêt public et l'approche critique du droit »<sup>12</sup>.

La première composante apparaît essentielle. Comme développé précédemment, elle demeure pourtant négligée aujourd'hui dans le cursus classique en faculté de droit. La réalisation d'un travail au sein d'une clinique juridique requiert généralement des étudiant-e-s qu'ils ou elles appliquent pour la première fois – et ce, le plus souvent en fin de cursus – leurs connaissances théoriques à des cas concrets. Cela permet ainsi de se confronter à la réalité des faits, à la multiplicité des procédures, ainsi qu'à l'interdisciplinarité inhérente aux situations des personnes concernées. A titre d'exemple, l'Université de Genève propose aux étudiant-e-s de maîtrise une Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables parmi les choix de séminaires de recherche. Cet enseignement vise la réalisation, par une quinzaine d'étudiant-e-s sélectionné-e-s, d'une brochure informant une population vulnérable sur ses droits. Lors de cette clinique juridique nous avons ainsi contribué à la réalisation d'une brochure sur les droits de personnes LGBT<sup>13</sup>. Une de ces thématiques étant la protection des mineur-e-s LGBT dans le milieu scolaire, il nous a fallu étudier tant des aspects de droit pénal que civil et administratif. Or, dans l'enseignement classique, rares ont été les fois où ces trois domaines étaient mêlés.

La vision progressiste de l'enseignement s'envisage de manière plus nette dans la deuxième composante de l'enseignement clinique, à savoir la défense d'un intérêt public. Les cliniques juridiques poursuivent généralement un but de justice sociale, visant à réaliser des actions de plaider, à vulgariser, ou encore à apporter un soutien juridique à des catégories de personnes vulnérables. En cela, elles questionnent la responsabilité sociale des universités. En effet, on peut s'interroger sur la place qu'occupent les universités au sein de la société. Calquée sur le modèle de la responsabilité sociale des entreprises, « cette responsabilité peut être définie (...) comme l'intégration par les universités de préoccupations nouvelles, culturelles, socio-économiques et environnementales »<sup>14</sup>. Le Conseil de l'Europe a d'ailleurs entamé un processus visant à créer « un cadre de référence européen commun afin de promouvoir la responsabilité sociale des universités



16 R. Ollard, A. Baumgartner, loc. cit., et références.

17 Au sein de la Law Clinic de l'Université de Genève, les étudiant-e-s réalisent des avis de droit dont les résultats sont vulgarisés, dévoilés lors d'une conférence publique organisées par les étudiant-e-s, puis repris dans une brochure éditée le semestre suivant. La brochure est ensuite à disposition des associations et personnes concernées.

18 J. Chevallier, «Juriste engagé(e)?», in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ (Droit et société), 2007, p. 305.

dans une perspective à long terme »<sup>15</sup>. Afin d'assurer cette responsabilité sociale, l'université pourrait – devrait – envisager les étudiant-e-s comme des acteurs et actrices de ce changement. Les cliniques juridiques s'inscrivent pleinement dans ce cadre puisqu'elles « soutiennent et valorisent (...) la « contribution sociale » de l'étudiant, son engagement au profit des territoires et favorisent de la sorte son intégration dans la cité »<sup>16</sup>.

Enfin, dans sa troisième composante, l'enseignement clinique du droit encourage l'étudiant-e à développer son esprit critique. Il lui est demandé de s'interroger tant sur le système d'enseignement du droit, sur les institutions et leur fonctionnement, que sur sa personne et sa propre place au sein de la société. L'étudiant-e devient un-e acteur-riche à part entière, dont les valeurs sont sans cesse questionnées. Il ou elle est amené-e à approfondir son raisonnement en sortant des sentiers battus afin d'envisager des solutions plus pertinentes, évitant les plus évidentes et dogmatiques. Par exemple, lors de notre travail portant sur les droits des personnes LGBT, la question s'est posée de savoir si une personne pouvait choisir le sexe de la personne qui l'auditionnait lors d'une procédure pénale. Cette question nous a amenées à constater que la protection actuelle des victimes d'infraction sexuelle conçoit la commission de violences sexuelles seulement par une personne de sexe différent de celui de la victime. Ce genre de constat accentue l'esprit critique envers le droit positif. Les étudiant-e-s, grâce à la réalisation d'un tel travail scientifique rendu public<sup>17</sup>, participent à ce que la sphère juridique prenne conscience de ce type d'incohérences.

Ainsi, alors que le droit est souvent perçu comme une science neutre, où le ou la juriste applique une réalité objective et non questionnable, l'enseignement clinique bouscule cette vision en replaçant au cœur du travail la poursuite d'un idéal social. Il permet de réduire le fossé existant entre deux termes qui semblent constituer un oxymore : « juriste engagé ». Cette expression associerait en effet deux termes contradictoires : « l'éthique du juriste lui imposerait (...) de faire abstraction des convictions philosophiques ou politiques qu'il peut avoir en tant que citoyen et de faire en sorte que ses engagements personnels n'interfèrent pas avec le travail qui lui incombe en tant que professionnel du droit »<sup>18</sup>. Les cliniques juridiques exigent des étudiant-e-s de sortir de l'enseignement classique. Elles affaiblissent l'image dichotomique de l'enseignement du droit qui semblerait ne pas laisser place à une vision progressiste. Elles mettent non seulement en valeur les juristes engagé-e-s, leur permettant – enfin – de trouver une place au sein de la formation universitaire, mais ouvrent également la voie à un enseignement plus progressiste du droit.

# Disziplinierung und Dissidenz an der Rechtsfakultät

## Was demokratische Jurist\_innen an der Universität zu suchen haben

### Die neoliberale Universität befördert an rechtswissenschaftlichen Fakultäten einen rechtsgerichteten Konservatismus. Welche Optionen und Perspektiven bleiben da linken Jurist\_innen? Ein Plädoyer für die Auseinandersetzung mit allen Aspekten des Rechts und der Gesellschaft – und also mit Machtverhältnissen – in- und ausserhalb der Uni.

1 Auch die Philosophievorlesung zur Gerechtigkeit, die ich ein paar Jahre später besuchte, war übrigens eine Enttäuschung; ich musste einsehen: Gerechtigkeit war nicht das Metier der Universität.

2 Siehe dazu Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, in: *Journal of Legal Education*, 32 Nr. 4, 1982, S. 591 – 615, S. 595 f.

Herbstsemester 2007, Tutorat zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, irgendwo in den Katakomben der juristischen Fakultät der Universität Basel. «Überlegen Sie sich bei der Falllösung schon ganz am Anfang, was Sie vernünftigerweise für das richtige Ergebnis halten; und versuchen Sie dann, die juristische Argumentation darauf auszurichten». Mein 19-jähriges Idealistinnen-Ich bereute nicht zum ersten Mal, sich für Jus entschieden zu haben: Eine Winkeladvokatin wollte ich bestimmt nicht werden. Überhaupt: Definition, Subsumtion, Ergebnis – was hatte das schon mit Gerechtigkeit zu tun? Meine liebste Kommilitonin, eine intelligente Informatikerin mit einem grossen Herz für Effizienz, war dagegen begeistert: «Genauso machen wir das! War ja klar. Ein Trick, wie gut!» Wir schafften es dann auch, zusammen den Fall zu lösen; wie gerecht ich das Ergebnis fand, ist mir aber – bezeichnenderweise – entfallen. Fertig studiert haben wir schliesslich beide. Die der Juristerei inhärente Widersprüchlichkeit sind wir seither aber nicht mehr losgeworden – obwohl es gar nicht so einfach war, der durch die spezifische Sozialisation des rechtswissenschaftlichen Studiums quasi automatisch einsetzenden Gewöhnung zu widerstehen.<sup>2</sup>

Unmöglich, sich im Rahmen des rechtswissenschaftlichen Studiums nie zu fragen, was hier eigentlich genau passiert. Und trotzdem: Das diffuse Unbehagen, das Student\_innen bisweilen beschleicht, findet meist nur wenig Raum. Obwohl nicht nur an der Uni, sondern auch in Kanzleien, in der öffentlichen Verwaltung, in Jurist\_innenvereinen und in den Medien permanent über Ziel und Ausgestaltung des rechtswissenschaftlichen Studiums oder der sogenannten «Juristen-ausbildung» debattiert wird, mangelt es häufig an (Selbst-)Reflexion der universitären Institution. Meist dreht sich die Diskussion darum, dass Absolvent\_innen zu wenig Verwertbares gelernt hätten, nicht in der Lage seien, die Erwartungen der praktischen Ausbildung in den Kanzleien und an den Gerichten zu erfüllen und zudem auch noch viel zu lange studiert hätten. Festgestellt wird ein

- 3 Vgl. Simon Widmer, Lic. iur. Ungenügend, Sonntagszeitung vom 16. Oktober 2016, S. 7; Gian Andrea Schmid, Bologna senkt Niveau der Uni-Abgänger\_innen\*, plädoyer 2016/5, S. 26 f. und Gjon David, Es fehlt immer mehr an Basiswissen, Plädoyer 2015/3, S. 26 f.
- 4 Siehe dazu zum Beispiel Martino Mona im Interview mit der NZZ vom 22. Mai 2015, «Es gibt zu viele Juristen\_innen\*, die keine Ahnung haben von der Welt», S. 51 oder Karl-Ludwig Kunz in Berner Zeitung vom 2. April 2013, «Vermehrt werden nicht die besten, sondern die eigenen Leute berufen», S. 12.
- 5 Natürlich existieren auch in der Schweiz Rechtswissenschaftler\_innen, die einen reflektiert interdisziplinären Ansatz verfolgen und zum Beispiel aus rechtssoziologischer oder rechtsphilosophischer Perspektive forschen.
- 6 Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011, S. 449.
- 7 Zitiert nach der Website der DJS, <https://www.djs-jds.ch/de/>, besucht am 18. Oktober 2018.

eklatanter Leistungsabfall im Vergleich zu früheren Generationen.<sup>3</sup> Währenddessen kritisieren Professor\_innen die fehlende Motivation der Student\_innen, unterstellen ihnen Mittelmässigkeit, fehlendes Fachinteresse und wahlweise Geldgier oder Karrierismus und plädieren für schärfere Zulassungsbedingungen beziehungsweise härtere Zwischenprüfungen.<sup>4</sup>

Diese Diskussionen scheinen Ausdruck einer Misere zu sein, die mit einem immer noch wirkmächtigen Selbstverständnis der Jurisprudenz als Kunst der objektiven Rechtsanwendung zu tun hat. Hinzu kommen eine elitäre Selbstverortung der Rechtswissenschaften innerhalb der schönen neuen autonomen Universität als Sonderwissenschaft, eine zur Aufrechterhaltung des Rechtswissenschaftsmythos notwendige disziplinäre Geschlossenheit und eine dieser zuwiderlaufende und gleichzeitig darin begründete zunehmende Sehnsucht nach empirischen Grundlagen und Interdisziplinarität.<sup>5</sup> In einem Konglomerat von nostalgischer Vergangenheitsverklärung, den Ansprüchen einer neoliberalen Universität und der Ambivalenz einer Wissenschaft, die zuallererst und immer auch Praxis sein muss, changiert die Vorstellung über das eigene Tun zwischen Überlegenheitsphantasmen und Minderwertigkeitskomplexen:

«Methodische Schwäche und politische Stärke [...]. Die «methodische Schwäche» ist bedingt durch ihre politische Stärke, denn die Rechtswissenschaft hat eine wichtige Aufgabe im Rahmen der Legitimation der rechtsstaatlichen Machtausübung. Das hat zur Folge, dass die Relevanz und die Fundierung der Rechtswissenschaft und insbesondere der Staats- und Verwaltungsrechtslehre nicht eigens zu begründen sind. Eine weitergehende Begründung [...] wäre für die Rechtsanwendung schädlich, denn sie demonstrierte, dass es sich gar nicht um Deduktion handelt und dass die Interpret\_innen\* auch anders entscheiden könnten».<sup>6</sup>

In dieser dauernden Krisenhaftigkeit der Rechtswissenschaften fällt die Orientierung als demokratische Juristin nicht leicht – was bleibt, ist häufig ein Verständnis des Studiums als ersten Schritt auf dem Weg zum Anwalt\_innenpatent und damit zum Ziel der Aneignung einer Quasi-Machtposition, um die Dinge zum Guten zu wenden und den Mächtigen ins Handwerk zu pfuschen. Ist dieser – sicher legitime – Weg der einzige, den es sich als DJS-Mitglied zu gehen lohnt? Oder gibt es – aus linker Perspektive – weitere Möglichkeiten, Recht und Rechtswissenschaft zu transformieren? Im Sinne einer Klärung der DJS-Positionierung und zum besseren Verständnis der von mir eingenommenen Perspektive soll hier Stephan Bernhard, Anwalt und Mitglied der DJZ, zitiert werden:

«Demokratische Jurist\_innen\* wissen um den Januskopf des Rechts; denn das Verhältnis des Rechts zur Macht bleibt ambivalent. [...] Demokratische Jurist\_innen\* treten deshalb konsequent wider die Instrumentalisierung des Rechts durch die Macht ein; sie streiten für eine lebendige und gegen eine gebändigte Demokratie. [...]. Viel mehr besteht ihre Aufgabe auch und gerade darin, zu insistieren auf der utopisch-emanzipatorischen Sprengkraft des Rechts».<sup>7</sup> Um mich der Frage des emanzipatorischen Potenzials der rechtswissenschaftlichen Arbeit anzunähern, versuche ich zunächst, das diffuse Unbehagen mit einem Beispiel zu veranschaulichen: Peter V. Kunz, Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, liess es sich nicht nehmen, den Student\_innen, notabene im «Wissenschaftsmagazin der Universität» (das sich vorsorglich vom Text distanzierte) unter anderem Folgendes zu raten:

- 8 Peter V. Kunz, Weckruf für Studierende, in: UniPress\*, Dezember 2015 166, S. 38.
- 9 Ebd.
- 10 Peter V. Kunz, Weckruf für Studierende, in: UniPress\*, Dezember 2015 166, S. 38.
- 11 Vgl. Christian Berger/ Florentina Simlinger, Zwischen Subjektivierung, Selbstausbeutung und Dissidenz: Feministische Überlegungen zur juristischen Ausbildung, in: Forum Recht 4/2015, S. 124.
- 12 Siehe für eine präzisere Annäherung an den Rechtsbegriff: Andreas Fischer Lescano/Sonja Buckel, Hegemonie im globalen Recht – Zur Aktualität der Gramscianischen Rechtstheorie, in: Andreas Fischer Lescano/Sonja Buckel, Hegemonie gepanzert mit Zwang, Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis von Antonio Gramsci, Baden-Baden 2007, S. 85 – 104.

- «Wir sind eine Leistungsgesellschaft («Survival of the Fittest»), wenn auch mit schlechtem Gewissen dafür, deshalb sollten Sie schon früh an Ihrem Lebenslauf arbeiten.
- Für Vorlesungen sollte ein ähnlicher Dresscode wie beim Job gelten: keine rückwärts gedrehten Baseball-Kappen, und die Jeans gehören nicht an die Knie.
- Sollten Sie im Studium scheitern, sind weder Ihre Eltern noch die «Gesellschaft» und wohl erst recht nicht die Professor\_innen-schaft\*, sondern (vermutlich) Sie selber schuld».<sup>8</sup>

Student\_innen lernen, fleissig und angepasst das Studium in der Regelstudienzeit mit Bestnoten abzuschliessen, mit «rationalem Egoismus und gesundem Menschenverstand».<sup>9</sup> Können oder wollen sie das nicht, scheitern sie. Selbstverschuldet.

Auch wenn Herr Kunz einigermaßen aussergewöhnlich ist in seiner Art, die Dinge plakativ auszuformulieren, ist er wohl nicht allzu weit entfernt von Selbstverständnis und gelebter Praxis im Alltag der juristischen Fakultäten der Schweiz. Anschaulich verdichtet er die Problematik in wenigen Worten: Sein Appell an den gesunden Menschenverstand (oder auch: an die Vernunft, siehe oben), ist ein für einmal sehr offensichtlicher Versuch, die Student\_innen zu disziplinieren. Dabei wird dann auch noch die rechte Legende angeblicher Sprech- und Denkverbote bemüht («Diese Ansichten dürften teils «politisch unkorrekt» erscheinen und werden sicherlich nicht von allen Universitätskolleg\_innen\* geteilt – sei's drum!»<sup>10</sup>), und schliesslich fällt auf: kein Wort zu wissenschaftlichem Arbeiten.

Das Studium der Rechtswissenschaften ist, das wird bei der Lektüre des Kunzschen Weckrufs erneut deutlich, darauf angelegt, Jurist\_innen auszubilden, sie vorzubereiten auf eine juristische Laufbahn. Es geht also zuallererst um die Vermittlung eines Handwerks und damit gleichzeitig um die Aneignung von Verhaltens- und Redeweisen der juristischen Praxis. Diese Praxis ist aber nicht «neutral» oder «vernünftig», sondern geprägt von und ausgerichtet auf die Stabilisierung bestehender Hierarchien.<sup>11</sup>

Um diese Behauptung zu untermauern, müssen wir einen Blick auf den eigentlichen Gegenstand unseres Tuns richten: Recht, so lernten wir schon im ersten Semester, ist die normative Gestaltung sozialer Ordnung. Das heisst aber immer auch, dass es Mittel zur gesellschaftlichen Steuerung und zur Legitimierung und Durchsetzung von Herrschaft ist. Recht legitimiert die bestehenden Machtverhältnisse, indem es sie nicht auseinander nimmt, sondern verfestigt.<sup>12</sup> Anhand von Sachverhalten lernen wir, Fälle zu lösen. Dabei wird uns beigebracht, welche Informationen wir zu verwenden und welche uns nicht zu interessieren haben. Gründe für diese Selektion werden kaum diskutiert. Wir lernen, das Leben zu vereinfachen, damit es juristisch beurteilt werden kann. «Juristisch» meint damit letztlich: in einem bestimmten Sinn, nämlich im herkömmlichen. Mit Recht zu arbeiten bedeutet folglich, mit und in den bestehenden Herrschaftsverhältnissen zu hantieren, und dafür werden Jusstudent\_innen ausgebildet. Raum dafür, die Verhältnisse zu analysieren und umzudrehen bleibt demnach kaum. Dass auch das Studium der Rechtswissenschaften im Rahmen der Entwicklung hin zur unternehmerischen Universität zunehmend einer Verwertungslogik

13 Siehe dazu zum Beispiel Gerlinde Mautner, The Entrepreneurial University: A Discursive Profile of a Higher Education Buzzword, in: Critical Discourse Studies 2 (2), S. 95–120, sowie: VSS-UNES-USU, Der VSS zur Ökonomisierung der Hochschulbildung, Ein Überblick über bildungs- und wirtschaftspolitische Prozesse und deren Analyse aus Sicht der Studierenden, Bern 2012.

14 Anm. 12, S. 93.

15 Ebd.

terliegt, befördert diesen Umstand: Es geht vermehrt darum, «employable» zu werden, fit für den Arbeitsmarkt, nicht um ein akademisches Interesse oder politische Ideen. Kritisches Hinterfragen ist da, im besten Falle, nebensächlich.<sup>13</sup> So ist es wirklich nicht verwunderlich, dass sich viele dafür entscheiden, zielstrebig, das Staatsexamen immer im Blick, die Universität möglichst schnell hinter sich zu lassen. Ideal ist das nicht – ein Ort, an dem wir mindestens fünf Jahre verbringen, hinterlässt in jedem Fall Spuren. Ausserdem: Sind wir nicht angetreten, der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen? Wenn wir Recht verstehen als «undurchschaubares, geronnenes soziales Verhältnis»<sup>14</sup> und juristische Verfahren als «Ensembles von Praxen und Institutionen: von Gerichten, Verfahrensordnungen, materiellen Rechtsnormen, juristischen Kommentaren, Lehrmeinungen und wissenschaftlichen Selbstbeschreibungen, juridischer Argumentation und entsprechend habituierten Subjekten, juridischem Wissen, Zeitvorgaben und architektonischen Besonderheiten»<sup>15</sup>, können wir die den Kampf um und gegen das Recht nicht allein der DJS-Anwält\_innenschaft überlassen. Gerade weil wir als politisierte Student\_innen oder als Universitätsangestellte den Rahmen, in den wir uns einpassen sollen, konkret erfahren, ist es unabdingbar, der Gewöhnung zu widerstehenden und andere Perspektiven – insbesondere diejenige einer Demokratischen Juristin\* – miteinzubeziehen. Das führt zwar unvermeidlich zu Situationen, in denen es unmöglich scheint, den eigenen Anspruch mit der Realität zu vereinbaren, vermittelt aber auch erst das Potenzial, diese Realität und damit auch das Recht tatsächlich zu transformieren. Wenn wir das Recht ernst nehmen wollen – und das müssen wir, ganz unabhängig davon, wie wir es als System bewerten, wollen wir nicht zynisch sein – bleibt uns nichts anderes übrig, als es auch theoretisch auseinanderzunehmen und uns einzumischen in Forschung und Lehre. Fragen, die wir uns zwangsläufig stellen, ob als Anwält\_innen, Gerichtsschreiber\_innen, Richter\_innen oder Staatsanwält\_innen, sollen auch an der Universität verhandelt werden: Ist das Recht schuld an den Verhältnissen? Oder lassen sie sich mit Recht vielleicht sogar ändern? Was meinen andere Wissenschaftsdisziplinen dazu? Was gibt es aus rechtstheoretischer Sicht zu sagen, was denken Philosoph\_innen und Sozialwissenschaftler\_innen? Was haben Kriminolog\_innen bereits erforscht? Warum wird nicht thematisiert, ob und wie Recht rassisiert? Oder warum bestimmte Diskriminierungen rechtlich erfasst werden und andere nicht? Was haben Recht und Kapitalismus miteinander zu tun? Aber auch: Warum gibt es so viele Jusstudentinnen\* und immer noch so wenig Professorinnen\*? Wie männlich ist das Recht? Was werde ich tun, wenn ich als Anwält\_in arbeite? Was bedeutet es, über andere Leute zu richten? Et cetera.

Um dem Privileg, ein Rechtsstudium in der Schweiz zu absolvieren, gerecht zu werden, sind wir verpflichtet, uns während des Studiums vertieft mit diesen Aspekten von Recht und Gesellschaft, also mit Machtverhältnissen, auseinanderzusetzen. Es liegt an uns allen, uns dafür Räume innerhalb und ausserhalb der Institution zu erobern, in denen diese Reflexion möglich ist; aber insbesondere kommt es – solange die Universität strukturell Professuren privilegiert – den Professor\_innen zu, einen Ort zu schaffen, an dem Student\_innen die Welt infrage stellen können. Die Utopie einer herrschaftsfreien Universität ist dabei in hohem Masse angewiesen auf den unablässigen Widerspruch und die solidarische Selbstorganisation von Student\_innen, Lehrbeauftragten, Doktorand\_innen, PostDocs et cetera. Diese Arbeit ist für alle Beteiligten anspruchsvoll genug, so dass getrost darauf verzichtet werden kann, gezielt am eigenen Lebenslauf zu arbeiten.

### III.

## Analyse des problèmes actuels par les membres des JDS

### *Mitglieder der DJS äussern sich zu aktuellen Fragestellungen*

# Vom Geist der Abwehr und von toten Buchstaben des Gesetzes

Am Beispiel des aktuellen Migrationsrechts

Die Tragweite von Verfassungs- und Gesetzestexten in der Praxis lässt sich aus deren Wortlaut vielfach nur erahnen. Im Rechtsalltag erweist sich dieser mitunter als toter Buchstabe, der im Bereich des Migrationsrechts einen Geist der Abwehr offenbart. Die wortlautgetreue Umsetzung von widersprüchlichen oder unkoordinierten Verfassungsartikeln scheitert demgegenüber am Grundsatz verfassungsrechtlicher Konkordanz. In diesen Spannungsfeldern ist es Aufgabe demokratischer Jurist\_innen Grund- und Menschenrechte zur Geltung zu bringen und sie zu konkretisieren.

Als SVP-Wahlkampfleiter erklärte Nationalrat Amstutz in einem Interview in der Printausgabe der NZZ vom 28. März 2018 in dem von ihm bevorzugten Modus der ungezügelten Tirade der sogenannten «classe politique» den Tarif: «Die völlige Nichtumsetzung der Masseneinwanderungsinitiative ist ein eklatanter Verfassungsbruch, und diejenigen, die das gemacht haben, sind Verfassungsbrecher. Wenn eine Abteilung des Bundesgerichts entgegen seiner langjährigen und von der Politik gestützten Praxis plötzlich internationales Recht vor Schweizer Recht stellt, ist das eine Entmachtung des Volkes und damit ein Staatsstreich. Wenn dem Volk eine «pfefferscharfe Umsetzung» der Ausschaffungsinitiative versprochen wird und sich dann an der Ausschaffungspraxis gegenüber kriminellen Ausländern nichts ändert, ist das ein grober Vertrauensbruch».

Auf die Frage, ob deshalb die SVP-Wähler\_innen weniger an die Urne gingen, mutmasst er, «dass ein grosser Teil der Schweizerinnen und Schweizer resigniert hat, weil sie sagen, die da oben machen ohnehin was sie wollen» und behauptet, «Mörder und Vergewaltiger» würden «nicht lebenslanglich verwahrt, kriminelle Ausländer trotz Versprechungen nicht ausgeschafft, und jährlich wandern inklusive Asylbewerber nach wie vor über 70 000 Personen netto in die Schweiz ein. Der Lohndruck bei den älteren Personen nimmt zu, und junge, in der Schweiz aufgewachsene Ausländer finden schon gar keinen Job mehr und werden direkt in die Sozialhilfe gedrängt».

1 Vgl. Isolde Charim, Ich und die Anderen. Wie die neue Pluralisierung uns alle verändert, Wien 2018, S. 193. In ihrem luziden Essay analysiert sie unter anderem das Wesen des Rechtspopulismus und die Identitätspolitik, worin sich die Identitären als Opfer der «political correctness» gerierten. Mit Blick auf die rechtspopulistische Rhetorik fügt sie der zitierten Pose treffend hinzu: «Das ermöglicht nicht nur, das Verpönte zu äussern – sondern daraus auch noch einen heroischen Mehrwert zu lukrieren. [...] Es ist dies ein postheroischer Heroismus, der sich daraus gewinnt, sich selbst als Opfer zu stilisieren – um daraus einen Mehrwert zu generieren».

2 Oliver Wendell Jr. Holmes, The Path of the Law, in: Harvard Law Review, 25.3. 1897, 10 (8): 458.

3 Zur kritischen Auseinandersetzung mit doktrinen Lösungen vorschlägen siehe Susan Emmenegger/Axel Tschentscher in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Basel 2014, N 479 ff. zu Art. 1 Abs. 3 ZGB. Hinsichtlich der bewährten Lehre, für die die Überzeugungskraft der Argumente zählt, gehen sie von einer richterlichen «Pflicht» zur Berücksichtigung aus und sprechen Bezug nehmend auf andere Kommentator\_innen von einem «Hilfsmittel der Gesetzesauslegung», wobei gewichtige Lehrmeinungen nicht stillschweigend übergangen werden dürften.

Ich schlage vor, Amstutz'-Wutrede «Pitbull-Rhetorik» zu nennen, ein kampfbereites Gebell sozusagen. In der Arena des heutigen Populismus ist dies anscheinend die Sprache eines Wahlkampfleiters, der nicht argumentieren, sondern «bellen» will und sich in der «Pose des Rebellen und Verfolgten» gefällt, wie Isolde Charim<sup>1</sup> die Attitüde erfolgreicher rechtspopulistischer Politiker\_innen beschreibt. Damit ist freilich die Frage nach dem Wahrheitsgehalt einer solchen rabiatischen Sprache und ihrer Angemessenheit zur Beschreibung von Gesetzesanwendung und Rechtsprechung nicht beantwortet. Im Rahmen dieses Beitrages will ich ihr nicht in polemischer Gegenrede nachgehen, sondern primär versuchen, Diskrepanzen zwischen Gesetzeswortlaut und Anwendungspraxis am Beispiel migrationsrechtlicher Normierungen aufzuzeigen und im Lichte juristischer Auslegungsmethodik zu würdigen.

## Tragweite von Gesetzesbestimmungen: oft unklar und schwankend

Was sind Gesetze? Oliver Wendell Holmes, von 1902 – 1932 legendärer Richter am amerikanischen Supreme Court, bezeichnete Gesetze aus Sicht des «legal realism» als ungewisse Vorhersagen richterlicher Entscheidungen: «The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by law».<sup>2</sup> Tatsächlich steht auch hier und heute nach der jeweiligen Verabschiedung eines Gesetzes im Parlament deren Tragweite regelmässig infrage. Zwar wird vereinzelt («pfefferscharf») vorweggenommen, was die Gesetze angeblich bewirken (sollen), zumeist aber eingeräumt, der Entscheid hierüber obliege letztlich den Gerichten. Wie jüngere Beispiele zeigen, erschliesst sich auch die materielle Umsetzung einer Verfassungsbestimmung durch das Parlament aus deren Wortlaut nicht ohne Weiteres.

Obwohl jeder Gesetzestext und erst recht ein Verfassungstext auslegungsbedürftig ist, ist die Ungewissheit hinsichtlich seiner Tragweite umso grösser, je mehr im Wortlaut einer Gesetzesbestimmung unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten oder Generalklauseln zu konkretisieren sind oder – wie sich allenfalls erst bei näherer systematischer Prüfung zeigt – in der selben Norm widersprüchliche Anweisungen enthalten sind. Während Verfassungs- und insbesondere Gesetzgebung naturgemäss im Ringen zwischen den diversen Interessenvertreter\_innen entsteht und daher Konsistenz nicht ohne Weiteres garantiert ist, ist auch die richterliche Rechtsprechung weder Automatismus noch Mathematik. Hinzu kommt, dass infolge des hierzulande geltenden Methodenpluralismus vielfach offen ist, nach welcher Methode letztlich entschieden wird, wenn auch gemeinhin die Auslegung nach dem Normzweck (teleologische Auslegung) favorisiert wird. Bei Unklarheiten oder unterschiedlichen Auslegungsvarianten ist das Auslegungsergebnis unter Plausibilitäts Gesichtspunkten zu würdigen.

Auch juristische Kommentator\_innen, die sogenannte Lehre oder Doktrin, sehen sich im Falle neuer Gesetze, die noch einer Rechtspraxis entbehren, auf die Materialien verwiesen und versuchen, der autoritativen Entscheidung der Richter\_innen vorgreifend, Sinn und Zweck einer Norm zu definieren, in der Hoffnung, dies so plausibel zu tun, dass sie dereinst auch den Wohlgefallen der Richter\_innen findet. Diese sind gemäss Art. 1 Abs. 3 Zivilgesetzbuch (ZGB) auf die bewährte Lehre verwiesen, gemeint die rechtswissenschaftliche Literatur, die sie zu berücksichtigen haben.<sup>3</sup> Für Fragen, die von einem Gericht, namentlich dem

4 Vgl. Emmenegger/Tschentscher (Fn. 3), N 482.

5 Dass dies allerdings in der «Doktrin» zum Migrationsrecht kaum der Fall ist, beklagte jüngst der Amtschef eines Migrationsamtes in einem Rechtsmittelverfahren betreffend die Anwendung von Bestimmungen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA). Erstaunlich ist dies im Geltungsbereich des FZA umso weniger, als die ihm zugrundeliegende Idee der Freizügigkeit dem Geist der Abwehr diametral entgegengesetzt ist.

6 Weisungen SEM – Ausländer\_innenbereich\*, Stand 01.07.2018, Ziff. 4.4.6.

7 Vgl. BVGer C-857/2013 vom 19.05.2014, E. 7.3.

Bundesgericht, erstmals behandelt werden, kommt dem rechtswissenschaftlichen Diskurs in der Entscheidungsfindung und -begründung gar eine Leitfunktion zu.<sup>4</sup> Obwohl Gesetze unbestrittenermassen verfassungskonform auszulegen sind, Verfassungsbestimmungen aber naturgemäss ein weites Bedeutungsfeld haben, sind Auslegungsdifferenzen nicht überraschend.

## Tote Buchstaben im schweizerischen Ausländer\_innengesetz\*

Mitunter gehen die Auffassungen bezüglich Inhalt und Reichweite einer Norm unter den Gesetzesinterpret\_innen indes recht weit auseinander.<sup>5</sup> Im Bereich des Migrationsrechts zeigt sich überdies, dass richterliche Entscheidungen von den dem Wortlaut des Gesetzes entnommenen Prophezeiungen deutlich abweichen können, und ein Blick auf die aktuelle Rechtspraxis offenbart, dass diverse Gesetzesartikel des Ausländer\_innengesetz\* (AuG) wirkungslos, wenn nicht gar «tot» zu sein scheinen. Auf dem Friedhof toter Buchstaben des Ausländer\_innengesetz\* lassen sich denn auch bereits einige Gesetzesartikel finden.

## Trügerisches Versprechen für Hochschulabsolvent\_innen

Gemäss Art. 21 Abs. 1 AuG werden Arbeitsimmigrant\_innen aus Drittstaaten zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz nur zugelassen, «wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer» oder freizügigkeitsberechtigte Personen gefunden werden konnten. Von diesem sogenannten Inländer\_innenvorrang, der für Arbeitswillige aus Drittstaaten eine sehr hohe Hürde darstellt, wollte Nationalrat und Hochschulprofessor Jacques Neiryck mit einer parlamentarischen Initiative durch die erleichterte Zulassung von Hochschulabsolvent\_innen in der Schweiz auf dem Arbeitsmarkt abweichen. In Umsetzung dieser Initiative fügte der Gesetzgeber ab 1. Januar 2011 denn auch Art. 21 Abs. 3 AuG ins Gesetz ein, wonach Hochschulabgänger\_innen in Abweichung vom Inländer\_innenvorrang zu einer Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn sie «von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist». Gemäss derselben Novellierung wird Stellensuchenden nach Studiumabschluss eine (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung von sechs Monaten erteilt.

Nach den diesbezüglichen Weisungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) sollen indes nur Studienabgänger\_innen in jenen Bereichen zu einer Erwerbstätigkeit zugelassen werden, «in denen nicht bereits ein genügendes Arbeitskräfteangebot besteht». Dabei handelt es sich in der Regel «um wissenschaftliche Arbeiten in der Forschung und Entwicklung, in der Anwendung neuer Technologien oder um die Anwendung von erworbenem Knowhow in Tätigkeitsgebieten von hohem wirtschaftlichem Interesse».<sup>6</sup> Obwohl das Bundesverwaltungsgericht feststellte, dass zum Beispiel auch die Erwerbstätigkeit eines hochqualifizierten Musikers mit schweizerischem Hochschulabschluss von «hohem wissenschaftlichem Interesse» sein könne,<sup>7</sup> können in der Praxis bestenfalls Hochschulabsolvent\_innen mit einem Abschluss in einem MINT-Fach mit einer Zulassung zur Erwerbstätigkeit auf dem Gebiet ihrer universitären Qualifikation

- 8 Vgl. Peter Uebersax, Das AuG von 2005: Zwischen Erwartungen und Erfahrungen, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, S.16.
- 9 Vgl. BVerfGE C-797/2011 vom 14.09.2012, E. 9.1.2 ff.

rechnen. Gleichwohl wird – so der explizite Wortlaut des Gesetzes – allen Hochschulabsolvent\_innen der Aufenthalt zur Stellensuche während sechs Monaten erlaubt. Dass sie die gefundene Stelle vielfach trotzdem nicht antreten dürfen, wird in der Lehre zu Recht als «widersprüchlich und Verstoss gegen Treu und Glauben» kritisiert.<sup>8</sup> Da die Kritik bis anhin ergebnislos verhallt ist, erweist sich Art. 21 Abs. 3 AuG als weitgehend leeres gesetzgeberisches Versprechen.

## Ausländischen Rentner\_innen wird Zuzug zu ihren Kindern verwehrt

Art. 28 AuG sieht vor, dass Rentner\_innen, die besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz besitzen und über die notwendigen finanziellen Mittel verfügen, eine Bewilligung erteilt werden kann. Gemäss Art. 25 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) liegen die verlangten Beziehungen insbesondere vor, wenn längere frühere Aufenthalte in der Schweiz, namentlich Ferien, Ausbildung oder Erwerbstätigkeit, nachgewiesen werden oder enge Beziehungen zu nahen Verwandten in der Schweiz bestehen (Eltern, Kinder, Enkelkinder oder Geschwister). Den mit dem Wortlaut des Gesetzes und erst recht mit der Konkretisierung in der Verordnung genährten Erwartungen, mit hier lebenden Familienangehörigen den Lebensabend in der Schweiz verbringen zu können, hat das Bundesverwaltungsgericht aber eine Absage erteilt. Gemäss seiner Rechtsprechung wollte der Gesetzgeber mit der Rentner\_innenbestimmung nicht die Zulassung von Familienangehörigen in aufsteigender Linie erleichtern. Zum Ausdruck komme dies darin, dass das Gesetz Beziehungen «zur» Schweiz und nicht «in» der Schweiz verlange.<sup>9</sup> Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber den Wortlaut des Gesetzes kaum je mit so viel Bedacht wählt, bleibt jedenfalls die vom Ordnungsgeber anvisierte Zulassungsalternative der verwandtschaftlichen Bindungen zur Schweiz toter Buchstabe und verhindert Rentner\_innen auch dann einen Daueraufenthalt in der Schweiz, wenn ihre eigenen hier lebenden Kinder Schweizer Bürgerinnen oder Bürger sind. Demgegenüber haben Staatsangehörige der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), sofern sie die im Ausland lebenden Eltern materiell unterstützen, gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) ohne Weiteres das Recht, die Eltern nachzuziehen. Eine verfassungskonforme und damit diskriminierungsfreie Auslegung der Rentner\_innenbestimmung nach dem AuG hätte also nahegelegt, die Beziehung entsprechender ausländischer Verwandten zu hier lebenden Schweizer\_innen genügen zu lassen.

## Keine «wichtigen familiären Gründe» für den nachträglichen Familiennachzug

Wer nach Ausländer\_innengesetz\* Familienangehörige (Ehepartner\_in und minderjährige Kinder) in die Schweiz nachziehen möchte, hat Nachzugsfristen nach Art. 47 AuG zu beachten. Ein Gesuch, das nach Ablauf der Frist gestellt wird, der sogenannte nachträgliche Familiennachzug, «wird nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden» können. Entgegen dem, was die Formulierung des «Geltendmachens wichtiger familiärer Gründe»

- 10 Statt vieler BGE 137 I 284 E. 2, BVerfGE 2C\_340/2017 vom 15.06.2018, E. 2.3.
- 11 Ebd.
- 12 Für eines der seltenen Beispiele, bei dem wichtige familiäre Gründe bejaht wurden, vgl. BVerfGE 2C\_386/2016 vom 22.05.2017, E. 2.2 f.
- 13 Vgl. BVerfGE 2C\_105/2017 vom 08.05.2018.

erwarten liesse, hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich dieser Bestimmung drastisch eingeschränkt. Gemäss seiner Rechtsprechung hat die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen «nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben». Ein wichtiger familiärer Grund liegt vor, «wenn die weiterhin notwendige Betreuung der Kinder im Herkunftsland beispielsweise wegen des Todes oder der Krankheit der betreuenden Person nicht mehr gewährleistet ist und keine sinnvolle Alternative besteht».<sup>10</sup> Demgegenüber ist es kein wichtiger Grund, wenn im Heimatland alternative Betreuungsmöglichkeiten gefunden werden können, wobei an den Nachweis der fehlenden Betreuungsmöglichkeiten im Heimatland «umso höhere Anforderungen [gestellt werden], je älter das nachziehende Kind ist und je grösser die Integrationsschwierigkeiten erscheinen, die ihm hier drohen».<sup>11</sup> In der Praxis wird nach Ablauf der Nachzugsfrist von fünf beziehungsweise einem Jahr die Zusammenführung der Gesamtfamilie (beide Elternteile und alle über 12-jährige Kinder) nicht als «wichtiger familiärer Grund» anerkannt. Auch Ehegatt\_innen, deren Nachzug nicht innert der für sie geltenden Frist von fünf Jahren beantragt wird, müssen damit rechnen, dass ihnen ein Familienleben in der Schweiz verwehrt wird – auch dann, wenn die hier lebenden Partner\_innen Schweizer Bürgerinnen und Bürger sind. Insofern freizügigkeitsberechtigte EU-/EFTA-Staatsangehörige ihre Angehörigen nachziehen können ohne eine Nachzugsfrist beachten zu müssen, hätte die verfassungs- und gleichermassen wortlautkonforme Auslegung zumindest eine weniger restriktive Auslegung der «wichtigen familiären Gründe» nahegelegt. Stattdessen ist der Nachzug gestützt auf Art. 47 Abs. 4 AuG nach geltender Praxis im Namen des angeblichen Interesses der Schweiz an einer restriktiven Einwanderungspolitik zur höchst selten bewilligten Ausnahme geworden.<sup>12</sup>

## Das Mantra der «restriktiven Einwanderungspolitik»

Gemäss Art. 96 AuG berücksichtigen die zuständigen Behörden «bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländer\_innen\*». Trotz der Nennung dreier gleichwertiger Kriterien und der jeder Ermessensausübung inhärenten Interessenabwägung findet sich in praktisch allen negativen Verfügungen der Migrationsbehörde des Kantons Zürich – und mutatis mutandis auch anderer Kantone – nach der Verneinung des Rechtsanspruchs auf eine Bewilligung der folgende Textbaustein: «Der Entscheid über den weiteren Aufenthalt von XY ist damit im Ermessen zu treffen. [...] Im Interesse einer wirksamen Begrenzung des Bestandes der ausländischen Wohnbevölkerung (restriktive Einwanderungspolitik) werden die Aufenthaltsbewilligungen nicht mehr verlängert, wenn der bisherige Aufenthalt in der Schweiz nur relativ kurze Zeit gedauert hat und keine besonderen Gründe eine Wegweisung als unangemessen erscheinen lassen». Tatsächlich erkennen die Migrationsbehörden solche Gründe praktisch nie an.

Wie sehr der Geist der Abwehr einer sachgerechten Ermessensausübung hinderlich ist, zeigt der Leitentscheid des Bundesgerichts vom 8. Mai 2018, mit dem es die Wegweisung eines «perfekt integrierten» Argentiniers nach rund zehnjährigem Aufenthalt in der Schweiz und perfekter Integration als Verletzung des auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)



- 14 Vgl. BGer 2C\_105/2017 vom 08.05.2018, E. 4.3.
- 15 Vgl. Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, N. 9 ff. zu Art. 35 BV.
- 16 Vgl. Marc Spescha, Kleinlaute Kapitulation vor verfassungsfernem Gesetzgeber, in: dRSK vom 04.12.2012.
- 17 Votum Engler, AB 2014, S. 1237.
- 18 Vgl. Niccolò Raselli, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel im Ausführungsgesetz zur Ausschaffunginitiative, in: Sicherheit&Recht 3/2017, S. 147.
- 19 Die Klausel in Art. 66a Abs. 2 StGB hat folgenden Wortlaut: Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind.
- 20 Grundsätzlich zum Ganzen, Raselli (Fn. 18).
- 21 Vgl. BGE 139 I 16 E. 4.2.1/2 mit weiterem Hinweisen; Astrid Epiney, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Rz. 73.
- 22 Vgl. Epiney (Fn. 21), Rz. 100.
- 23 Vgl. ebd. Rz. 100 ff.; Ferner zum Ganzen: Epiney, Zur (teilweisen) «Unmöglichkeit» der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV.

gestützten Anspruchs auf Achtung des Privatlebens qualifizierte.<sup>13</sup> Während dem Zürcher Migrationsamt, gestützt auf den zitierten Textbaustein, auch im Falle dieses Argentiniers die Wegweisung nicht als unangemessen erschien und die kantonalen Rechtsmittelbehörden sich dieser Auffassung anschlossen, bedurfte es eines höchstrichterlichen Machtworts: Obwohl Art. 8 EMRK den Rechtsunterworfenen gegenüber staatlichen Instanzen nur einen Mindeststandard an Individualrechten einräumt, sah das Bundesgericht diesen Mindeststandard im zu beurteilenden Fall verletzt. Es erwog, wo sich das öffentliche Interesse an der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Bestreben erschöpfe, eine restriktive Einwanderungspolitik durchzusetzen, könne dieses für sich allein in der Konstellation eines beinahe zehnjährigen Aufenthalts und einer vorzüglichen Integration nicht genügen, um dem Betroffenen den weiteren Aufenthalt in der Schweiz zu verwehren.<sup>14</sup>

## Der Gesetzgeber als Hüter der Verfassung?

Selbst Verfassungsbestimmungen erweisen sich im Migrationskontext mitunter als weitgehend leere Versprechen, obwohl Art. 35 Abs. 2 Bundesverfassung (BV) staatliche Aufgabenträger\_innen grundsätzlich an die Grundrechte bindet und diese verpflichtet, zur Verwirklichung derselben beizutragen.<sup>15</sup>

In seinem Entscheid BGE 136 II 120 hatte das Bundesgericht beispielsweise festgestellt, dass Schweizer\_innen beim Familiennachzug gegenüber EU-Bürgerinnen und Bürgern diskriminiert würden und in einem sogenannten Appellentscheid an den Gesetzgeber Handlungsbedarf ausgemacht. Trotzdem weigerte sich das Parlament, der parlamentarischen Initiative Tschümperlin zur Beseitigung der Inländer\_innendiskriminierung Folge zu leisten. Es folgte stattdessen geäussert Befürchtungen, durch eine Anpassung des Gesetzes könnten Scheinehen gefördert werden; überdies sei es erforderlich, beim Familiennachzug Spielräume zur Steuerung der Einwanderung zu bewahren. Im Banne beschworener Einwanderungsfluten missachtete das Parlament damit seine verfassungsrechtliche Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung und nahm so eine Diskriminierung der Schweizer Bevölkerung in Kauf. Dass das Bundesgericht entgegen seinem Appellentscheid davor zurückschreckte, diese Verfassungsverletzung zu korrigieren, ändert nichts an deren höchst zweifelhaften Rechtfertigung.<sup>16</sup>

Während bei den referierten Beispielen leerer gesetzlicher Versprechen und der vom Parlament verweigerten Beseitigung der Inländer\_innendiskriminierung grund- und menschenrechtliche Überlegungen dem Geist der Abwehr hintangestellt wurden, erinnerte sich das Parlament bei der gesetzlichen Umsetzung der Ausschaffungs- und Masseneinwanderungsinitiative seiner verfassungsmässigen Bindung an die Grundrechte sowie an das Völkerrecht und dessen fundamentalen Grundsatz des *pacta sunt servanda*.

Ständerat Engler (CVP) hielt zum Beispiel in der ständerätlichen Debatte der gesetzlichen Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 BV (sogenannte Ausschaffunginitiative) im Dezember 2014 fest, mit der Annahme der Initiative sei der in Art. 5 BV verankerte fundamentale Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns nicht ausser Kraft gesetzt worden. Es sei daher Pflicht der Bundesversammlung, «über die Einhaltung der Verfassung zu wachen. Im Rechtsetzungsprozess diese Verantwortung für die Verfassungskonformität an die Richter\_innen,

- 24 Abgesehen davon, dass die von Amstutz pauschal behauptete Zunahme des «Lohndrucks bei den älteren Personen» statistisch so nicht erhärtet werden kann, wirkt es einigermaßen grotesk, wenn Amstutz sich zum Fürsprecher stellenloser Ausländer\_innen, die in die Sozialhilfe abgedrängt werden, aufspielt, während seine Partei gegen sozialhilfeabhängige Ausländer\_innen regelmässig den Vorwurf von «Sozialschmarotzern» erhebt und alle flankierenden Massnahmen zur Bekämpfung von Lohndumping im Namen der Wirtschaftsfreiheit konsequent abgelehnt hat.
- 25 Zum Verhältnis von Landesrecht zu Völkerrecht hielt das Bundesgericht in BGE 142 II 35 zutreffend fest, die Übergangsbestimmung zu Art. 121a BV sehe nicht die Kündigung des FZA vor und bedürfe daher «der Umsetzung durch Verhandlung mit den Vertragspartnern und durch Gesetzgebung. Sie ist im konkreten Streitfall durch den Richter nicht direkt anwendbar».
- 26 Zur Behauptung der angeblich plötzlichen bundesgerichtlichen Kehrtwende zum Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht empfiehlt sich die unvoreingenommene Lektüre von BGE 142 II 35 E. 3.2; vgl. ferner die eingehende Kommentierung des entsprechenden Urteils durch Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter vom 14.03.2016.
- 27 Entgegen Amstutz' empirisch unhaltbarer Behauptung ist auch die Ausschaffungspraxis im Nachgang zur gesetzlichen Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV verschärft worden. Angesichts der aktuellen Zahlen der Asylgesuche und der effektiven Einwanderung gestützt auf FZA und AuG liegt – abgesehen von der Frage der rechtlich möglichen und zulässigen Steuerung – auch die effektive Nettozuwanderung deutlich tiefer als von Amstutz behauptet.

erst recht an europäische Richter\_innen delegieren zu wollen», halte er «für wenig konsequent, ja unwürdig für den Gesetzgeber».<sup>17</sup> In der Folge erweiterte das Parlament in der gesetzlichen Umsetzung einerseits den Deliktskatalog des Ausschaffungsartikels im Strafgesetzbuch, der grundsätzlich zum Entzug des Aufenthaltsrechts und zur Landesverweisung der Täter\_innen aus der Schweiz führt. Andererseits wurde eine sogenannte Härtefallklausel ins Gesetz eingefügt, die eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall erlauben soll. Zur Beschwichtigung der grollenden Initiant\_innen versprach dabei etwa Philipp Müller, damals noch Nationalrat, eine «pfefferscharfe» Anwendung der Klausel. Dies war freilich insofern ein leichtfertiges Versprechen, als die Umsetzung des Gesetzestextes den Rechtsanwender\_innen und in letzter Verantwortung der Justiz obliegt.<sup>18</sup> Und «Pfefferscharfe» ist für diese keine Auslegungsregel. Verbindlich sind zunächst der Wortlaut der Härtefallklausel<sup>19</sup> und deren verfassungs- sowie menschenrechtskonforme Auslegung. Insofern kann auch dem Begriff «ausnahmsweise» in der Härtefallklausel bei der Auslegung keine besondere Relevanz zukommen. Entscheidend ist für die Rechtsanwender\_innen die im Gesetz verankerte Interessenabwägung und die besondere Berücksichtigung der Interessen von in der Schweiz geborenen oder aufgewachsenen ausländischen Staatsangehörigen. Da der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Bindung von Bund und Kantonen an das Völkerrecht nach wie vor in Art. 5 BV verankert sind, war der Gesetzgeber mit Blick auf den bereits genannten Art. 35 Abs. 2 BV verpflichtet, den Ausschaffungsartikel der BV grund- und menschenrechtskonform umzusetzen, was er mit der Härtefallklausel tat. So wurde eine EMRK-konforme Umsetzung des Ausschaffungsartikels *intra legem* ermöglicht und die Sicherstellung der FZA-Konformität der Rechtsprechung überlassen.<sup>20</sup>

Auch die Umsetzung der sogenannten Masseneinwanderungsinitiative folgte mit Blick auf nach wie vor geltende staatsvertragliche Verpflichtungen (FZA) sowie Art. 5 BV dem anerkannten Grundsatz der konkordanten Verfassungskonformität.<sup>21</sup> Diesem Grundsatz zufolge war es rechtlich geboten, Art. 121a BV, der die Einwanderung mittels freizügigkeitswidrigen Kontingenten und einem Inländer\_innenvorrang steuern wollte, mit einer Stellenmeldepflicht FZA-kompatibel umzusetzen. Eine Verfassungsbestimmung ist nämlich nicht nach dem Willen der Initiant\_innen umzusetzen, sondern auf der Grundlage der anerkannten juristischen Methoden auszulegen.<sup>22</sup> Dass mit Ausnahme zwingenden Völkerrechts keine materiellen Schranken der Verfassungsrevision bestehen, hat systembedingte «Inkohärenzen in der Verfassung» zur Folge, die im Extremfall zu scheinbar «toten» Verfassungsbestimmungen führen, einer wortlautkonformen gesetzlichen Umsetzung derselben jedenfalls im Wege stehen können.<sup>23</sup> Das Gezeter vom «eklatanten Verfassungsbruch» entspringt insofern verfassungsrechtlicher Ignoranz. Dass die Initiant\_innen dem Parlament gleichsam eine Quadratur des Kreises abverlangten und im Initiativtext widersprüchliche Ziele formulierten («gesamtgesellschaftliches Interesse» einerseits und «Vorrang der Schweizer» und «Höchstzahlen und Kontingente» andererseits), ist eine Verlegenheit, die nicht dem Gesetzgeber angelastet werden kann.<sup>24</sup> Auch dass die SVP inzwischen eine Initiative zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens lancieren «musste», ist nicht dem widerspenstigen, verfassungsbrüchigen Parlament anzulasten, sondern der Tatsache, dass mit der sogenannten Masseneinwanderungsinitiative keine Kündigung des FZA verlangt worden war.<sup>25</sup>



28 Vgl. hierzu diverse Beiträge in: Andreas Gross/Fredi Krebs/Martin Stohler/Cédric Wermuth, Freiheit und Menschenrechte. Nein zur Anti-EMRK-Initiative, Editions le Doubs, St-Ursanne 2018.

29 Hermann Lübke, Mehrheit statt Wahrheit, in: derselbe Modernisierungsgewinner, München 2004, S. 155; vgl. zur Problematik im Einzelnen auch Marc Spescha, Absolute Demokratie – gefährdeter Rechtsstaat, in: derselbe, Migrationsabwehr im Fokus der Menschenrechte, Zürich/St. Gallen 2007, S. 163 ff.

30 So bezugnehmend auf die Annahme der Minarettverbotsinitiative in der Schweiz die Aussensicht des in Harvard lehrenden Politologen Yascha Mounk, Der Zerfall der Demokratie. Wie der Populismus den Rechtsstaat bedroht, München 2018, S. 63.

31 In der Rolle des der rechtsstaatlichen Demokratie verpflichteten Richters vgl. Andreas Zünd, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, in: AJP 9/2013, S. 1349 ff.; Ders., Das Schweizerische Bundesgericht im Dialog mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: EuGRZ 2014, S. 21 ff., vorbildliches Beispiel einer entsprechenden Grundrechtsverwirklichung ist BGE 2C\_105/2017 vom 08.05.2018.

32 So etwa Beat Kappeler, Die Elite begeht grobe Fehler vor der Abstimmung über die Selbstbestimmungsinitiative der SVP, in: NZZaS vom 22.07.2018, S. 25.

## Grundrechtskonforme Gesetzgebung und Rechtsprechung ist nicht Unterwerfung unter ein angebliches Volksdiktat

Im Lichte der vorangegangenen Überlegungen zur Gesetzesanwendung, Rechtsprechung und Gesetzgebung in einigen Bereichen des Migrationsrechts erweisen sich Amstutz' Auslassungen auf dem Boden der Fakten und einer verfassungsrechtlichen Reflektiertheit als haltlose Polemik.<sup>26</sup> Wie gezeigt, sind Parlament, Migrationsbehörden und Gerichte im Rahmen des grund- und menschenrechtlich Zulässigen durchaus bestrebt, eine restriktive Einwanderungspolitik zu verfolgen.<sup>27</sup> In Amstutz' Dystopie einer plebiszitären Tyrannei der Mehrheit wäre die Einwanderungspolitik indes jeglicher Schranken entledigt: In ihr wäre das Parlament entbehrlich und anstelle unabhängiger Richter\_innen (nicht bloss die angeblich fremden Richter\_innen sind des Teufels!<sup>28</sup>) vollzögen Vollzugsautomaten die Verdikte jeweiliger direktdemokratischer Abstimmungsmehrheiten. Dies und nichts weniger war mit der Durchsetzungsinitiative beabsichtigt und diktiert nach wie vor die Agenda einer Partei, die zur Durchsetzung ihrer rigiden Ausländer\_innenpolitik auch die klassische Gewaltenteilung im Rechtsstaat zu opfern bereit ist.

In der Migrationsthematik wird der Rechtsstaat fundamental herausgefordert. Auf dem Spiel stehen Individualrechte von Migrant\_innen einschliesslich ihrer schweizerischen Angehörigen. Wo sie ihnen durch die geltende Rechtspraxis verweigert werden, ist kritischer Einspruch geboten, allenfalls gesetzgeberische Abhilfe vonnöten. Wo Migrant\_innen gar Grund- und Menschenrechte im Namen des «Volkes» entzogen zu werden drohen, steht der Rechtsstaat zur Disposition. Zu dessen Verteidigung sind von Verfassung wegen Legislative und Judikative verpflichtet. Nicht minder steht aber die Zivilgesellschaft in der Pflicht, die rechtsstaatliche Demokratie vor einem Abgleiten in eine totalitäre Demokratie zu bewahren. Die wohl immer noch treffendste Kritik an der Verabsolutierung des «Volkswillens» stammt von Hermann Lübke, einem Autor, der keines linksideologischen Elitarismus verdächtig ist: «Es gibt die totalitäre Demokratie und just die unüberbietbare Legitimität des Volkswillens ist es, die hier der Diktatur erst ihren totalitären Charakter verschafft. Das ist es, was man sich vergegenwärtigen muss, um zu erkennen, dass die liberale Demokratie der totalitären gerade nicht durch überbietende Inanspruchnahme des Demokratieprinzips entgegengesetzt ist, sondern durch rigorose Begrenzung der Reichweite des Prinzips».<sup>29</sup> Das Problem des schweizerischen Systems fehlender materieller Schranken der Verfassungsrevision ist daher, dass «ein zutiefst demokratisches System seine Energien zunehmend gegen fundamentale liberale Normen richtet».<sup>30</sup>

Angesichts der vorliegenden Analyse sind demokratische Jurist\_innen aufgerufen, im Rechtsalltag unermüdlich grund- und menschenrechtskonforme Gesetzesauslegungen einzufordern und die Grund- und Menschenrechte selbst aus dem Wertehimmel in die Niederungen des Alltags herunterzuholen, das heisst argumentativ zu konkretisieren und so rechtswirksam werden zu lassen.<sup>31</sup> Wer solches Bemühen als untunliche «dynamische Rechtsentwicklung» beziehungsweise unter diesem Begriff «beschönigte Rechtsverwildern» denunziert,<sup>32</sup> hat nicht begriffen, dass die liberale und als solche zwingend rechtsstaatliche Demokratie auf dem Spiel steht.

# La surveillance des personnes assurées, ou l'urgence soudaine de légiférer

**Rarement prompts à s'entendre sur des sujets sociaux, les Chambres fédérales se sont pourtant vite mises d'accord en 2018 sur l'observation des personnes assurées. Retour sur les circonstances contestables de cette décision et les aspects problématiques du nouvel article de loi.**

C'est un fait notoire, le processus législatif, en Suisse, prend habituellement son temps. Outre le fait que les décisions hâtives ne sont pas dans les mœurs helvétiques, l'organisation de notre démocratie directe et les subtils équilibres entre les différentes forces partisans font de l'obtention du consensus nécessaire à toute évolution législative un véritable parcours du combattant.

C'est particulièrement vrai pour la législation sociale. Si l'on jette un bref regard sur les dates auxquelles la Confédération s'est vu attribuer la compétence de légiférer sur telle ou telle question relevant de la protection sociale, et la date à laquelle une loi a finalement été adoptée, l'on se rend aisément compte de la difficulté de remporter l'adhésion de toutes et de tous sur des projets sociaux. A titre d'exemple, la Confédération a reçu en 1925 la compétence de légiférer en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, mais la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, n'a été adoptée qu'en 1946, la loi sur l'assurance-invalidité se faisant quant à elle attendre jusqu'en 1959. Plus parlant encore, le congé maternité et les allocations familiales, ont attendu, respectivement, 2005 et 2009 pour faire l'objet d'une loi fédérale, alors que la compétence législative correspondante avait été confiée à la Confédération en 1945.

L'histoire de la création des assurances sociales en Suisse révèle que c'est généralement à la faveur d'événements gravissimes, à l'exemple d'une guerre ou d'une crise financière, qu'une majorité, souvent assez courte, a accepté la votation d'une loi accroissant l'intervention de l'Etat pour la protection de la population contre les risques qualifiés de sociaux. Par exemple, la création d'une assurance-chômage obligatoire, en 1982, a été jugée indispensable dans le contexte de la crise financière des années 1970. L'actuelle loi sur l'assurance-maladie a été acceptée de justesse (51,8 %) à la faveur de celle des années 1990.

Récemment, rompant avec cette tradition de pondération, une sorte de frénésie s'est emparée de notre Parlement après que la Suisse a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Il lui a été reproché d'avoir toléré qu'un assureur social ait fait observer une personne assurée sans pouvoir

s'appuyer, pour ce faire, sur une base légale suffisante, violant ainsi son droit à la vie privée garanti par l'art. 8 CEDH<sup>1</sup>. Les juges strasbourgeois n'avaient sans doute pas prévu le tsunami législatif que leur décision allait déclencher en Suisse.

## Quand on veut, on peut ...

Dès la communication de l'arrêt strasbourgeois, rendu le 18 octobre 2016, les assureurs sociaux, emmenés par la Caisse nationale d'assurances en cas d'accidents (CNA/SUVA), ont immédiatement annoncé un moratoire sur les surveillances, tout en faisant pression sur les pouvoirs politiques afin que la base légale nécessaire à leur reprise soit adoptée rapidement. Cet appel a été entendu et le 8 novembre 2016, soit 21 jours après l'arrêt strasbourgeois, une initiative parlementaire a été déposée dans ce sens par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-CE), et approuvée par sa jumelle du Conseil national (CSSS-CN) en janvier 2017.

A l'époque où l'arrêt Vukota-Bojic a été rendu, le Conseil fédéral était en train de mettre la dernière main au projet de révision de loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). On y a donc rapidement rajouté une disposition traitant de la surveillance des personnes assurées. Le projet de révision a été mis en consultation du 22 février au 29 mai 2017.

La CSSS-CE a attendu l'issue de la procédure de consultation, et a ensuite consacré l'été à rédiger sa propre proposition, en tenant compte, selon elle, des résultats de la consultation. De cette manière, il n'était plus nécessaire, du point de vue de la Commission, de mettre sa proposition en consultation, dès lors qu'elle avait déjà eu lieu et que l'on y aurait dûment intégré ses résultats. La CSSS-CE a ainsi court-circuité une étape importante dans le processus démocratique, alors même que de son propre aveu, sa proposition s'écarterait du projet du Conseil fédéral sur plusieurs points.

La CSSS-CE dépose donc sa proposition et son rapport le 7 septembre 2017. Le 1er novembre 2017, le Conseil fédéral prend position sur ces documents, à la suite de quoi la Commission consent quelques adaptations pour tenir compte de certaines remarques. Nous sommes le 13 novembre 2017, et le texte est ainsi prêt pour la session d'hiver du Parlement, qui est sur le point de débiter. Le texte est débattu au Conseil des Etats le 14 décembre 2017, et accepté pour ainsi dire tel quel.

A peine la trêve de Noël est-elle passée que la CSSS-CN examine l'objet à son tour, en janvier 2018. L'histoire s'accélère pour trouver un épilogue – provisoire – lors de la session de printemps 2018 du Parlement. Le 12 mars 2018, l'objet est débattu au sein du Conseil national. Deux jours plus tard, soit le 14 mars 2018, il est repris par la CSSS-CE, puis traité par le Conseil des Etats le 15 mars 2018 à 10 heures. Ce même jour, à 13 heures, la CSSS-CN examine une nouvelle fois l'objet, avant les débats finals devant le Conseil national, à 15 heures.

L'objet passe en votation finale dans les deux conseils le matin du 16 mars 2018.

## Les acteurs

Dans ce contexte très particulier, il n'est pas inutile de connaître les liens d'intérêts des membres des deux commissions de la sécurité sociale et de la santé publique. Au sein de la CSSS-CE, qui compte treize membres, on dénombre sept

2 Le Tagesanzeiger a publié les noms des principaux parlementaires concernés ainsi que leurs liens d'intérêts dans un article intitulé « Als wäre der Teufel hinter ihnen her », le 16 mars 2018.

3 Cf. TF, arrêt 8C.616/2017 du 14 décembre 2017.

4 Cf. art. 148a du Code pénal (RS 311.0).

5 Sur cette question, voir l'avis de droit établi le 5 juillet 2018 par Stefan Maeder, avocat et professeur assistant pour le droit pénal et la procédure pénale à la Faculté de droit de Lucerne, p. 4 s.

personnes ayant des liens étroits avec les milieux de l'assurance. Au sein de la CSSS-CN, qui compte vingt-cinq membres, on en dénombre cinq.

Outre les présidents des deux sociétés faitières des assureurs-maladie, san-tésuisse et curafutura, les parlementaires concerné-e-s siègent dans les conseils d'administration de compagnies d'assurance, jouent auprès d'elles un rôle de conseil, ou font du lobbying pour leur compte<sup>2</sup>.

## La surveillance selon l'art. 43a LPGA

Sur le fond, la disposition adoptée par les Chambres fédérales, l'art. 43a LPGA, soulève un grand nombre de questions, dont il est impossible de faire le tour dans le cadre de cette contribution. Nous en avons choisi quelques-unes qui nous paraissent les plus importantes.

### Les conditions de la surveillance

L'art. 43a al. 1 LPGA permet à l'assureur social de mettre en œuvre une surveillance si deux conditions cumulatives sont remplies. Premièrement, il doit disposer « d'indices concrets laissant présumer qu'un assuré perçoit ou tente de percevoir indûment des prestations » ; deuxièmement, il faut que « sans mesure d'observation, les mesures d'instruction n'[aient] aucune chance d'aboutir ou [soient] excessivement difficiles ».

S'agissant de la première condition, la loi ne définit pas la notion d'« indices concrets », et les discussions parlementaires ne permettent pas de dégager la mesure de la concrétisation requise. La nouvelle disposition introduit ainsi dans la législation une notion juridique indéterminée, qu'il appartiendra aux tribunaux d'interpréter. Il est à craindre que ces derniers s'inspirent, pour ce faire, de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui considère qu'un assureur social est en droit de nourrir des soupçons fondés à l'égard d'une personne assurée « active sur Facebook ». En d'autres termes, l'existence de soupçons à l'endroit de la personne assurée est facilement admise<sup>3</sup>.

Il est intéressant de noter que les indices concrets ne doivent pas nécessairement porter sur un comportement délictueux au sens pénal du terme<sup>4</sup>, puisque les soupçons d'une « perception à tort » de prestations sociales, sans notion de tromperie, encore moins d'acte volontaire, est suffisante. En cela, le pouvoir d'investigation confié à l'assureur social va plus loin que celui qui est aménagé au Ministère public et à la police par l'art. 282 CPP. Ces derniers doivent en effet, s'ils entendent mettre en œuvre une surveillance, disposer d'indices concrets que des crimes ou des délits ont été commis<sup>5</sup>.

S'agissant de la seconde condition, elle est formulée de manière à ce que la surveillance apparaisse comme l'ultima ratio, autrement dit ne puisse être ordonnée que si les soupçons à l'endroit de la personne assurée ne peuvent être confirmés ou infirmés autrement, par exemple par le biais d'examens médicaux ou d'une enquête ménagère. Dans la pratique actuelle, validée par le Tribunal fédéral, la surveillance est ordonnée avant toute autre démarche, et soumise aux médecins pour expertise dans un deuxième temps. A notre sens, la formulation de la disposition s'oppose à ce que cette pratique perdure si elle entre en vigueur. De même, son texte clair fait obstacle à ce que l'assureur social considère les mesures de surveillance comme un oreiller de paresse et le dispense de recourir d'abord aux autres moyens d'instruction à sa disposition. Il sera donc important d'être attentif à la pratique qui se mettra en place.

6 Cf. ATF 137 I 327.

7 Art. 281 al. 4 en lien avec l'art. 269 al. 1 let. a et al. 2 du Code de procédure pénale (RS 312.0).

### Les lieux dans lesquels la surveillance peut être exercée

L'art. 43a al. 4 LPGA prévoit que la personne assurée doit pouvoir être observée dans les lieux accessibles au public, ainsi que dans les lieux librement visibles depuis un lieu accessible au public. Cette seconde catégorie d'emplacements doit permettre de maintenir la jurisprudence dite du balcon, selon laquelle des faits observables depuis l'espace public, dans un lieu en principe uniquement accessible depuis un espace privé, peuvent être recueillis en toute légalité<sup>6</sup>.

Malgré les dénégations des partisan-e-s de la nouvelle disposition, le fait est que sa formulation très large permet non seulement de maintenir la pratique précitée, mais permet aussi de l'étendre à des faits qui se dérouleraient à l'intérieur du logement et perceptibles à travers une baie vitrée ou une fenêtre ouverte, ou encore à des faits qui se dérouleraient dans un jardin clôturé sur lequel la terrasse d'un établissement public offrirait un point de vue. A nouveau, l'interprétation de cette disposition incombera aux tribunaux, en faveur desquels la disposition votée par le Parlement signe un chèque presque en blanc. Il faut espérer que les tribunaux sauront se remémorer, le moment venu, les propos très affirmatifs tenus par le Conseil fédéral dans un document « questions et réponses » mis à disposition sur le site de l'Office fédéral des assurances sociales: « une observation dans l'intérieur d'une maison, par exemple une photo prise de la rue dans un salon, n'est donc pas autorisée ». A ce stade, l'incertitude demeure.

### Les moyens techniques autorisés pour la surveillance

L'élément le plus sensible de la proposition parlementaire réside dans les moyens techniques autorisés dans le cadre de la surveillance. Le projet de la CSSS-CE, tout comme la proposition du Conseil fédéral dans le cadre de la révision de la LPGA, prévoyait, dans le cadre des observations, le recours à des enregistrements visuels ou sonores et l'utilisation d'instruments techniques visant à localiser la personne assurée, le tout sans l'aval préalable d'un juge. La proposition de la CSSS-CE conférerait ainsi davantage de pouvoirs aux gestionnaires de dossier qu'aux autorités de police ou encore au ministère public.

La proposition finalement votée par les Chambres exige que la surveillance soit ordonnée par « une personne assumant une fonction de direction » au sein de l'assurance sociale, et que l'emploi d'instruments techniques servant à localiser la personne assurée soit avalisé par un-e juge (art. 43a al. 3 LPGA). La procédure d'autorisation est décrite en détail dans une seconde disposition adoptée par les Chambres (art. 43b LPGA).

Malgré ces deux mesures, l'assureur social disposera, si la disposition est adoptée en l'état, d'une compétence plus large que les autorités de poursuite pénale, sous deux aspects au moins. Premièrement, pour pouvoir recourir à l'emploi de moyens techniques autres que des enregistrements audio et vidéo, ces dernières doivent pouvoir justifier de « graves soupçons » de ce qu'un crime ou un délit figurant dans une liste exhaustive a été commis (et non pas seulement d'indices concrets)<sup>7</sup>. L'art. 148a CP, qui permet de condamner la personne qui a obtenu illicitement des prestations sociales, ne figure pas dans cette liste. En d'autres termes, cela signifie que les assureurs sociaux peuvent ordonner une mesure de surveillance incluant l'usage de moyens techniques, alors même que les autorités de poursuite pénale, à état de fait équivalent, ne le pourraient pas.

Deuxièmement, l'utilisation, dans le cas d'une surveillance ordonnée par les autorités de poursuite pénale, de moyens techniques comme les prises de vue et

8 Cf. art. 282 al. 1 du Code de procédure pénale (RS 312.0).

9 Cf. l'avis de droit cité en note 5, p. 9 et l'exemple qui suit.

10 Notamment en leur aménageant un droit de résiliation ordinaire des polices d'assurance, y compris dans l'assurance-maladie complémentaire.

les enregistrements sonores sans l'aval préalable d'un-e juge n'est possible que dans les lieux librement accessibles<sup>8</sup>. L'assureur social, de son côté, peut recourir ou faire recourir à ces moyens pour observer la personne assurée dans un lieu visible depuis un endroit librement accessible, ce que les règles de procédure pénale n'autorisent pas<sup>9</sup>.

Le Conseil fédéral a insisté, dans les documents d'informations publiés sur le site Internet de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), sur le fait que les assureurs sociaux, respectivement les spécialistes externes mandaté-e-s par eux, ne pourront pas recourir à des moyens techniques permettant d'amplifier les capacités de perception humaine, comme des drones équipés d'appareils d'enregistrement. Là encore, il faut espérer que les assureurs et les tribunaux s'en souviennent le moment venu.

### Une petite garantie supplémentaire

Le projet initial de la CSSS-CE prévoyait la possibilité de confier les observations à des « spécialistes externes » et déléguait au Conseil fédéral la tâche de préciser les exigences professionnelles à l'endroit de ces derniers, sans tenir compte de ce qu'à ce jour, la profession de détective privé-e ne fait l'objet d'aucune formation reconnue, et ne se soumet pas à des règles déontologiques reconnues par l'ensemble de la profession. On pouvait alors craindre que les personnes mandatées par les assureurs sociaux divulguent à des tiers – par exemple à un assureur privé – les informations recueillies, voire les utilisent à des fins commerciales en les revendant à toute personne qu'elles auraient pu intéresser.

Lors des travaux au sein de la CSSS-CN, il a été précisé dans la disposition finalement votée que les spécialistes externes mandaté-e-s par les assureurs sociaux sont soumis au secret professionnel conformément à l'art. 33 LPGA, et qu'ils ou elles ont l'interdiction d'utiliser à d'autres fins le matériel recueilli (art. 43a al. 6 LPGA). Cette précision est naturellement la bienvenue, mais il faut noter l'absence de sanction prévue dans le cas où la personne ayant effectué une observation pour le compte d'un assureur social ne respecterait pas ces injonctions.

## Le référendum

Malgré le rapport de force manifestement très inégal durant les débats parlementaires, et certains aspects du texte voté, qui méritent que le public soit informé et consulté, aucune formation politique n'a souhaité engager de démarches pour soumettre la question au vote populaire. C'est un groupe de citoyen-ne-s qui a mené la récolte des signatures et fait aboutir le référendum dans le délai qui courait à cet effet, au 5 juillet 2018. La votation est prévue pour le 25 novembre 2018.

## Quelques réflexions

La saga déclenchée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Vukota-Bojic contre la Suisse met en lumière, sans doute mieux que jamais, le pouvoir du lobby des assureurs dans le processus législatif en matière de protection sociale. Il est d'ailleurs intéressant de noter le parallèle avec la révision de la loi sur le contrat d'assurance (LCA), actuellement en cours, dont la première mouture avait échoué car trop contraignante pour les compagnies d'assurance,

11 Message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 concernant la modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, FF 2018 1597.

12 Message LPGa (note 11), p. 1627

13 Art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale (RS 101).

pour aboutir aujourd'hui à un texte qui leur est extrêmement favorable<sup>10</sup>. Cette histoire souligne aussi l'absence, dans ce domaine, de réel contre-pouvoir. Les partis traditionnels, en particulier les partis de gauche, ont avoué leur impuissance en renonçant à saisir le référendum, même s'ils ont ensuite apporté un timide soutien au comité référendaire.

Mais l'attitude du Conseil fédéral préoccupe davantage encore. Même si la disposition sur la surveillance des assuré-e-s n'avait, dans un premier temps, pas été envisagée dans le cadre de la révision de la LPGa actuellement en cours, elle s'est insérée à merveille dans un projet placé sous le slogan de la lutte contre les abus. La lecture du message accompagnant la révision de la loi<sup>11</sup> est édifiante, en particulier lorsque l'on peut lire, dans ce contexte, que « l'intérêt de l'assureur, qui est d'éviter les démarches administratives et les risques de perte liés aux demandes de restitution [de prestations versées à tort], prime clairement celui de l'assuré de ne pas tomber dans une situation de détresse passagère »<sup>12</sup>. Ces propos, alliés aux facilités que l'on entend donner aux assureurs sociaux pour faire surveiller les personnes assurées, révèlent une hiérarchie des valeurs qui nourrit des craintes sérieuses quant à la solidité de l'Etat social.

On doit ensuite se demander si le Conseil fédéral a véritablement conscience des enjeux qu'implique la disposition finalement adoptée par les Chambres. Comme expliqué ci-dessus, cette disposition est formulée de manière ouverte, à tout le moins sur certains points, et son interprétation dépendra de la pratique mise en place par les assureurs sociaux et par les tribunaux. Le Conseil fédéral semble partir du principe que ni les uns, ni les autres, n'exploiteront entièrement la marge de manœuvre qui leur est aménagée. Cette posture, à supposer qu'il ne s'agisse pas d'un leurre, témoigne d'une certaine naïveté et de la méconnaissance de la jurisprudence du Tribunal fédéral, particulièrement dans le domaine de l'assurance-invalidité.

Depuis l'arrêt Vukota-Bojic, le Tribunal fédéral a en effet mis en place une pratique très discutée au sujet des expertises réalisées avant la décision strasbourgeoise. Malgré l'illicéité avérée de ces dernières, il continue de les utiliser pour statuer sur le droit aux prestations d'une personne assurée. L'exploitation des résultats de la surveillance est pour lui admissible si une pondération entre l'intérêt privé de la personne assurée et l'intérêt public à la saine administration des assurances sociales penche en faveur de ce dernier, ce qui est en réalité toujours le cas dès lors que cet intérêt public est intrinsèquement qualifié de hautement prépondérant par les juges de Lucerne.

Cette jurisprudence a ceci de problématique qu'elle s'inscrit dans un contrôle judiciaire toujours effectué a posteriori, dans des cas où la perception induite de prestations est avérée. C'est en effet la décision de l'assureur social de supprimer ou de réduire les prestations qui enclenche la procédure judiciaire, et c'est dans ce cadre-là que la légalité de la surveillance est mise en cause. Comme de bien entendu, la pondération des intérêts effectuée par le Tribunal fédéral est toujours défavorable à la personne assurée, au nom de l'intérêt de la communauté des payeurs et payeuses de primes à ne pas verser de prestations indues. Le caractère automatiquement supérieur de cet intérêt peut être traduit par la maxime « la fin justifie les moyens », maxime hautement incompatible avec l'Etat de droit, en particulier avec le principe de la proportionnalité de l'activité étatique, consacré par la Constitution fédérale<sup>13</sup>.

Compte tenu de cette pratique, il est difficile d'avoir confiance en une future interprétation restrictive de l'art. 43a LPGa, de même qu'en de possibles sanctions – à l'encontre de l'assureur social – lorsque des surveillances seront effectuées en violation de cette disposition. La pratique mise en place par le Tribunal fédéral ayant vocation à s'appliquer « aux preuves recueillies illicitement », elle pourra, sans difficulté dogmatique, être transposée aux situations dans lesquelles la future base légale n'aura pas été respectée. Dans cette mesure, une intervention législative plus précise eût été la bienvenue, afin de réaffirmer les contours du projet social helvétique.

« Etre un juriste démocrate, c'est d'abord - pour paraphraser Emil Cioran - se ranger du côté des opprimés en toutes circonstances, même quand ils ont tort, sans pourtant perdre de vue qu'ils sont pétris de la même boue que leurs oppresseurs. C'est aussi s'interroger sans cesse et sans complaisance sur le sens de son action quotidienne, et c'est enfin ne pas sombrer au fil des années dans le cynisme mais au contraire continuer à croire, au moins un peu, dans la possibilité de la justice et de l'équité, voire même de la fraternité entre les Hommes. »

*Pierre Bayenet, Genève*

«Ein DJS-Mitglied sollte eine Persönlichkeit sein, die sich für den Rechtsschutz der sozial Schwachen einsetzt, die keinen Opportunismus betreibt und die den Worten Taten folgen lässt!»

*Michael Ausfeld, Zürich*

# Präventionsstrafrecht – strafrechtshistorisch betrachtet

Dieser Beitrag ergründet mittels einer historischen Aufarbeitung des Präventionsgedankens im Strafrecht dessen Ursprung und dessen Grenzen. Dem Phänomen des «Präventionismus» wird gedanklich das rechtstheoretische Fundament zugrunde gelegt, das den Sinn und Zweck des Strafens behandelt. Dies mit dem Ziel, historisch gewachsene Rechtsprinzipien im Strafrecht zu betonen und damit einen Schritt in Richtung eines humanen und gerechten Strafrechts zu wagen.

1 Vgl. Frank Meyer, Eine Geologie des Strafrechts, ZStW 2011, S. 3: Den Bürger und Bürgerinnen musste zuvor ihr Recht zur gewaltsamen Selbsthilfe und Bestrafung von Rechtsverletzer\_innen, insbesondere in Form der Fehde, in Jahrhunderte währendem, mühsamem Ringen abgetrotzt werden.

2 Siehe zum Ganzen ebd. Meyer, S. 2 ff.

3 Strafen und Massnahmen i.S.d. StGB.

4 In diese Richtung an die Strafrechtswissenschaft appellierend Marcel Senn, «Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen, in: derselbe (Hrsg.), Rechtsphilosophisches und rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel, Zürich/St.Gallen 2016, S. 250.

5 Vgl. Daniel Jositsch/Gian Ege/Christian Schwarzenegger, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Zürich 2018, S. 18 f mit weiteren Hinweisen

6 Vgl. ebd., S. 19 mit Verweis auf Franz v. Liszt: Aufgaben, S. 171: «Die Strafe ist eines der Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens; aber sie ist nicht das einzige, sie ist insbesondere nicht das wirksamste Mittel».

7 Vgl. statt vieler Marcel Alexander Niggli, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, Forum Strafverteidigung, S. 13-53.

8 Gemeint ist dabei die Frage nach der Rechtfertigung von Strafen und Massnahmen – es geht also um Begründungsformeln.

Im Zuge der Ordnungsverschiebung der frühen Neuzeit wurde das Recht zu strafen als «veröffentlichte» Strafgewalt auf die erstarkenden Territorien und Machthaber\_innen übertragen.<sup>1</sup> Das Strafrecht ist ein Macht- und Souveränitätsreservat vor allem des modernen Territorialstaates.<sup>2</sup> Gerade weil es in ein Dispositiv der Macht eingebettet ist, sollte es eine der Elementaraufgaben kritischer Jurist\_innen sein, das Instrument des Strafrechts beziehungsweise des staatlichen Sanktionierens<sup>3</sup> mit Blick auf Erhalt und Nutzen des Staates, der durch die ihm unterworfenen Bürgerinnen und Bürger konstituiert wird, als legitim, zweckmässig und sinnvoll sowie mit Bezug auf die Straftäter\_innen als gerecht(fertig) zu hinterfragen – oder als ungerecht zu demaskieren.<sup>4</sup> Inso weit das Strafrecht bekanntermassen als Mittel zur Verhaltenssteuerung nur von beschränkter Kraft ist,<sup>5</sup> muss vor übermässigen Grundrechtseingriffen beziehungsweise Freiheitsverkürzungen durch eben diese Rechtsdisziplin gewarnt werden.<sup>6</sup>

Aktuell scheint sich der Diskurs an der Dichotomie zwischen Repression und Prävention abzuwickeln.<sup>7</sup> Ein Blick in die Strafrechtsgeschichte liefert diesbezüglich erhellende Momente. Insbesondere für Strafrechtler\_innen ist es von vitalem Interesse, sich der Historizität des Strafrechts beziehungsweise des Strafzweckdenkens,<sup>8</sup> das sich nicht in einem politisch-sozialen Vakuum abgespielt hat, bewusst zu sein. Strafrechtshistorisches Wissen führt zur juristischen Mündigkeit und zur kritischen Selbstaneignung des geltenden Rechtsstoffes;<sup>9</sup> oder wie es Vormbaum mit Blick auf

- 9 Vgl. Marcel Senn, Wozu sind Jurist\_innen auszubilden?, Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna Reform, in: Rechtskultur-Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte 2012, S. 118 f.
- 10 Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin/Hedelberg 2015, S. 3.
- 11 Ebd., S. 117.
- 12 Vgl. Charlotte Schultz, Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2014, S. 217 ff.; Katrin Hawickhorst, Ein feindstrafrechtlicher Irrweg zur Terrorismusbekämpfung, Berlin 2011, S. 192 ff.; Stefan Huster/Karsten Rudolph, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?, in: dieselben (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt a.M. 2008, S. 9–25; Matthias Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, Tübingen 2015, S. 75 ff.; Jens Puschke, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungsstatbeständen, Tübingen 2017, S. 50 ff. sowie Peter-Alexis Albrecht, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, Berlin 2010, S. 149.
- 13 Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 667.
- 14 Martino Mona, Strafrechtliche Grundlagen der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts unter Carl Stooss: Die Wurzeln des Präventionismus, in: ZNR 2013, S. 30 f.
- 15 Vgl. Arnold Rusch, Minority Report-Precrime auch bei uns?, AJP 2018, S. 936 (937).
- 16 Vgl. Niggli, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht (Fn. 7), S. 13 ff.
- 17 Vgl. Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder, Sicherheit als Ziel des Strafrechts?, in: Brägger/Steiner/Vuille (Hrsg.), Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?, Bern 2012, S. 24 ff.
- 18 David Garland, Punishment and Modern Society, Oxford 1991, S. 2016 f.; David Garland, The Culture of Control, Oxford 2001, S. 11; César Fortete/José Daniel Cesano, The Role of Victimization, Punitive Attitudes and the Mass Media, S. 66 ff.; vgl. auch zum italienischen «diritto penale di emergenza» M. Donini, ¿Una nueva edad media penal?, in: J. M. Terradillos Basoco/M. Acale Sánchez (Hrsg.), Temas de Derecho Penal Económico, Madrid 2004, 214 f. mit weiteren Hinweisen.
- 19 Günther Jakobs, Feindstrafrecht, in: ZStW 1985, S. 753; Günther Jakobs, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, S. 47 ff., «Feinde»: Wenn und soweit Individuen bekämpft werden sollen, die sich in ihrer Haltung «vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben, also die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die für die Behandlung als Person erforderlich ist» sowie Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 92.
- 20 Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 149 ff., 667 ff.
- 21 Vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983.
- 22 Vgl. Niggli, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht (Fn. 7), S. 43.

die Strafrechtsgeschichte treffend formuliert hat: «Unkenntnis historischer Bedingtheiten des geltenden Rechts macht nicht nur hilflos bei der Lösung zahlreicher technischer Fragen des geltenden Rechts, sondern auch hilflos gegenüber Macht».<sup>10</sup> Und dennoch bedarf es immer auch des Bewusstseins, dass strafrechtliche Denkschulen organisch den jeweiligen politischen und sozialen Gegebenheiten ihrer Zeit entwachsen sind und der Erfolg ihrer Rezeption unter Umständen der Tatsache zu verdanken ist, dass einzelne Theorien als «Schaumkronen auf den Wellen der politischen und sozialen Entwicklung» Auftrieb erfahren konnten.<sup>11</sup>

Der nachfolgende Beitrag geht daher – vor dem Hintergrund einer vermeintlich selbstverständlich souveränen Herrschaftsausübung des Staates – dem Topos des «Präventionsstrafrechts»<sup>12</sup> aus einer zunächst historischen Perspektive auf den Grund, mit dem Ziel, allfällige Missverständnisse mit Blick auf das Verhältnis von Prävention und Repression zu klären, um anschliessend aktuelle Grundrechtsprobleme eines überbordenden Präventionsdenkens aufzuzeigen. Denn im Zeitalter der «Sicherheitsgesellschaft»<sup>13</sup> muss eine kritische Rechtswissenschaft die emanzipatorische Kraft geltender Rechtsprinzipien revitalisieren, um dem «Präventionismus»<sup>14</sup> im Strafrecht Grenzen zu setzen und einen Diskurs darüber zu starten, was Strafrecht kann, soll und muss, bevor nach totaler Sicherheit geschrien wird.<sup>15</sup>

Im Schrifttum wird vermehrt festgehalten, dass das Strafrecht im Begriff sei, von einem Repressions- zu einem Präventionsstrafrecht zu verkommen.<sup>16</sup> Im juristischen Diskurs wird zudem vermehrt die Vermischung von Straf- und Polizeirecht moniert.<sup>17</sup> In der Literatur sind die Thesen zahlreich: Es wird von «punitiver Segregation»<sup>18</sup> vom «Feindstrafrecht»<sup>19</sup> von der «Präventions- oder Sicherheitsgesellschaft»<sup>20</sup> geschrieben. Akzentuiert hat sich die Situation mit dem gesellschaftlichen Ruf nach Sicherheit, die teilweise gar als Grundrecht verstanden wird.<sup>21</sup> Das Strafrecht wird im Zusammenhang mit diesen Gefahrenquellen vermehrt als Sicherheitsgarant im Sinne einer präventiven Gefahrenabwehr instrumentalisiert.<sup>22</sup> Sowohl im fachlichen als auch im politischen und öffentlichen Diskurs wird das Strafrecht immer mehr als ein System der Vorbeugung und Kontrolle von Gefahren verstanden und dadurch die Trennung vom Polizeirecht verwässert.<sup>23</sup>

Es stellt sich nun vorliegend die Frage, wie «Prävention» – lat. praevenire, was auf Deutsch zuvorkommen bedeutet – ins Strafrecht kam und ob es sich dabei tatsächlich um ein junges Phänomen handelt, wie die aktuelle juristische Zeitdiagnose vermuten lässt.

## Prävention und «Gefährlichkeit» von der Antike bis heute

Bemerkenswert ist, dass Gedanken über Sinn und Zweck des Straffens, aus denen sich präventive Aspekte lesen lassen, bereits seit der Antike überliefert sind. So hielt schon Platon fest: «Wer aber

- 23 Vgl. Mayer, Festschrift Englisch, S. 54 (64) mit Verweis auf ein Originalzitat von Kant in Metaphysik der Sitten (1797). Für Hegel sei das Verbrechen die Negation des Rechts, die Strafe die Negation der Negation; Vormbaum, Moderne Strafrechtsgeschichte (Fn.10), S. 61.
- 24 Platon, Protagoras, 324b (380 v. Chr.).
- 25 Carl Stooss, Motive zu dem Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil, 1893, S. 88.
- 26 Vgl. Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 247 ff.
- 27 Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II (Fn. 5), S. 12.
- 28 Vgl. Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 251.
- 29 Vgl. Marcel Senn, Rechtsgeschichte, Zürich 2007, S. 211–217.
- 30 Vgl. hingegen die damalige Position von Beccaria, der 1764 die Vergeltung als «Instrument der Wut und des Fanatismus oder schwachen Tyrannen» kritisiert; Beccaria, Fine del pene, § XII, 54 f.
- 31 Vgl. Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 24.
- 32 Vgl. Felix Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, Frankfurt a.M. 1987, S. 89 ff. Gleichwohl darf man Kant einen moralischen Rigorismus vorhalten: «Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (zum Beispiel das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfähre, was seine Thaten werth sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat: weil es als Theilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betretet werden kann» (Kant, Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, Band VI, S. 333).
- 33 Hegel, Werke, Band 7 (Grundlinien der Philosophie des Rechts), Zusatz zu § 99, S. 190.
- 34 Vgl. Anna Coninx, Rechtsphilosophische Grundlagen des Straffens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht, recht 2016, S. 158; Recht ist Ordnungsinstrument aber kein Instrument Individualkontrolle; Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 25.

mit Vernunft sich vornimmt, einen zu strafen, der bestraft nicht um des begangenen Unrechts willen, denn er kann ja doch das Geschehene nicht ungeschehen machen, sondern des Zukünftigen wegen, damit nicht auf ein andermal wieder, weder derselbe noch einer, der diesen bestraft gesehen hat, dasselbe Unrecht begehe».<sup>24</sup> Auch der «Vater» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Carl Stooss, schaute primär in die Zukunft wenn er festhält, dass es Ziel des Strafrechts sei «die Zahl der Verbrechen und der Verbrecher\_innen\* wenige Jahre nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches sehr bedeutend [zu] vermindern».<sup>25</sup> Der «Präventionsgedanke» ist der Strafrechtsdiskussion mit der Frage nach der Zweckmässigkeit und Wirksamkeit der Strafe quasi mit in die Wiege gelegt worden und – nicht wie oft pauschalisierend angenommen – ein Phänomen der jüngsten Zeitgeschichte. Dabei wurde, anders als in der Fachöffentlichkeit zuweilen insinuiert, der Präventionsgedanke – nach einer theokratischen Phase<sup>26</sup> – im Zeitalter der Aufklärung wiederentdeckt beziehungsweise hat sich gegen die sogenannten absoluten Straftheorien durchgesetzt.<sup>27</sup> Im theokratischen Rechtsdenken war Strafe immer primär Vergeltung für eine Verletzung der göttlichen Schöpfungsordnung.<sup>28</sup> Mit der Säkularisierung der Strafrechtsordnung im 18. Jahrhundert trat das Verhältnis von Täter\_innen und Staatsmacht in den Mittelpunkt, wobei vermehrt nach Nutzen und Nachteil staatlicher Strafe gefragt wurde.<sup>29</sup>

## Talion und Strafrecht der Aufklärung

Aus der humanistischen Optik tritt der Gesichtspunkt der Autonomie der Täter\_innen mit der Aufklärungsphilosophie, allen voran vertreten durch Kant und Hegel, neu in den Vordergrund: Für sie sollte sich Sinn und Zweck der Strafe weitgehend – aber nicht nur (!) – in der Vergeltung für begangenes Unrecht, also im tatbezogenen Schuldausgleich erschöpfen.<sup>30</sup> Die Idee einer kategorischen, gleichsam «vernunftrechtlichen» Gerechtigkeit steht im Zentrum.<sup>31</sup> Im Kern sorgt sich diese Philosophie um die Menschenwürde der Verurteilten und ist nicht als menschenverachtender Rigorismus misszuverstehen.<sup>32</sup> Nach Kant dürfe der Mensch, um der eigenen Würde willen, nicht zum Mittel für fremde Zwecke missbraucht werden, vielmehr müsse der Mensch immer Zweck an sich selbst bleiben. Oder nach Hegel: «Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt».<sup>33</sup>

Strafrecht – und das Recht überhaupt – ist aber nie eine zweckfreie Institution. Selbst für Kant und Hegel, die jede Form von Nützlichkeitsdenken zur Begründung von Recht ausgeschlossen haben, wird dieses freilich nicht zum Selbstzweck geschaffen, sondern soll eine freiheitliche Ordnung garantieren.<sup>34</sup>

Kant hatte bereits damals den Grundstein des Problems zwischen der Menschenwürde und dem Präventionsstrafrecht freigelegt. Präventionsstrafrecht war für Kant Ausdruck eines «affektierten



- 35 Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 252.
- 36 Vgl. Mayer, Festschrift Englisch, S. 54 (64) mit Verweis auf ein Originalzitat von Kant in Metaphysik der Sitten (1797). Für Hegel sei das Verbrechen die Negation des Rechts, die Strafe die Negation der Negation; Vormbaum, Moderne Strafrechtsgeschichte (Fn. 10), S. 61 f.
- 37 Kant ging sogar so weit, zu sagen, dass wenn auf einer einsamen Insel nur noch ein Verbrecher übrig bleiben sollte, dieser Sterben müsse, damit ihm genau dies widerfahre, was er verdiene.
- 38 Vgl. Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 24.
- 39 Vgl. Eren Basar, Modernes Strafrecht – vergessene Freiheit?, Berlin 2014, S. 30.
- 40 Vgl. Wolfgang Naucke, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), Frankfurt a.M. 1979, Hauptprobleme der Generalprävention, S. 15.
- 41 Vgl. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, S. 38, § 12 und 13: «Sollen [...] Rechtsverletzungen überhaupt verhindert werden, so muss neben dem physischen Zwange noch ein anderer bestehen, welcher der Vollendung der Rechtsverletzung vorhergeht, und, vom Staate ausgehend, in jedem einzelnen Falle in Wirksamkeit tritt, ohne dass dazu die Erkenntnis der jetzt bevorstehenden Verletzung vorausgesetzt wird. Ein solcher Zwang kann nur ein psychologischer sein».
- 42 Vgl. Feuerbach
- 43 Vgl. ebd., § 116.
- 44 Vgl. Basar, Modernes Strafrecht (Fn. 39), S. 42 mit weiteren Hinweisen.
- 45 Der Grundsatz «nulla poena sine lege» geht auf Feuerbach zurück und fundiert seine Theorie der Genralprävention beziehungsweise seine Theorie des psychischen Zwanges.
- 46 Vgl. Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 257.

Humanismus, der die Autonomie der Täter\_innenpersönlichkeit\* missachte».<sup>35</sup> Die Strafe solle vielmehr ausgesprochen werden, weil die Täter\_innen etwas verbrochen hätten, sie ist Talion.<sup>36</sup>

Durch das Vergeltungsprinzip sollte damals einem überbordenden Zweckdenken im Strafrecht Einhalt geboten werden. Doch trotz Kants rigorosem Ansatz<sup>37</sup> bleibt der Präventionsgedanke im Denkreperoire vieler Jurist\_innen und hat sich letztlich durchgesetzt. In der Aufklärung wurde das Strafrecht erstmals in den Dienst gesellschaftlicher Nützlichkeits erwägungen gestellt.<sup>38</sup>

## Gefahr für den rechtlichen Zustand

Für Feuerbach ist Prävention gar zur Sicherung von Rechten notwendig, da die Hauptgefahr für die Bürgerinnen und Bürger in der Begehung von Straftaten liege.<sup>39</sup> Auch Feuerbach nimmt den Gedanken der Menschenwürde auf und erachtet Spezialprävention, also die Einwirkung auf die Täter\_innen qua Strafe, als unzulässige Verobjektivierung des Menschen.<sup>40</sup> Daher unterscheidet er zwischen Strafandrohung und Strafvollstreckung. Die Strafandrohung soll die Täter\_innen vor der Begehung einer Straftat abhalten, indem sie in ihnen Furcht bewirkt.<sup>41</sup> Soweit das Gesetz nur den Tatbestand, nicht aber die Straffolge regelt, so soll sich diese nach der «Gefahr», die die Tat «für den rechtlichen Zustand im Staat» darstellt, bestimmen.<sup>42</sup> Massgebend sind: die Bedeutung des gefährdeten Rechts, die Anzahl der gefährdeten Rechte insgesamt, die Intensität und die Dauer der Gefährdung.<sup>43</sup> Damit wurde bereits im Jahr 1801 ein Gefahrenbegriff, der ausschliesslich an der Tat anknüpft, konstruiert. Dadurch wurde der Zweckgedanke im Strafrecht prononciert aufgenommen und sogleich wieder eingegrenzt; die zweckorientierte Theorie des Strafrechts, die Feuerbach propagierte, zeigt das Bemühen, den Präventionsgedanken mit den Grundrechten der Person, mit der Würde, in Einklang zu bringen. Oder anders auf den Punkt gebracht: Nur jene Taten, die die Freiheit der Mitmenschen verletze, müssen bestraft werden, damit sie künftig nicht mehr begangen werden. Es müssen also konkrete Rechtsverletzungen verhindert werden.<sup>44</sup>

## Kriminalanthropologie

Mit dem Naturalismus wurde eine Verschiebung eingeläutet, die bis heute anhält.<sup>45</sup> Von der Objektivität des Begriffs «Gefährlichkeit» im Sinne Feuerbachs wurde Abschied genommen und dieser zugleich mit dem Begriff der «Naturgesetzlichkeit» ausgetauscht.<sup>46</sup> Der Positivismus hat dazu geführt, dass sich die Gesellschaft vom Idealbild des autonomen und vernunftbegabten Menschen losgesagt hat und demgegenüber neu ein Mensch propagiert wurde, der als den eigenen Dispositionen sowie den sozialen Einflüssen ausgeliefert verstanden wurde.<sup>47</sup> Der auf dem Positivismus gründende Naturalismus hat zu einigen «unheiligen Allianzen» zwischen Jurist\_innen und Mediziner\_innen geführt, die in der

- 47 Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II (Fn. 5), S. 14.
- 48 Demnach sind Straftäter\_innen «geborene» Verbrecher\_innen, was das fundamentale Prinzip menschlicher Autonomie und Freiheit negiert.
- 49 Vgl. Arnd Koch, Binding vs. v. Liszt. Klassische und moderne Strafrechtsschule, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin 2007, S. 129.
- 50 Es setzte sich im Zuge der aufkommenden empirischen Wissenschaften allmählich die Vorstellung durch, dass sich der kriminell gewordene Mensch durch adäquate Einwirkungen verändern kann; Winfried Hassemer, Resozialisierung und Rechtsstaat, in: Kriminologisches Journal 3 (1982), S. 161. Kriminalität lässt sich demnach durch wissenschaftliche Methoden detektieren und neutralisieren.
- 51 Vgl. Heinz Kammeier, Massregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr, Berlin 1996, S. 1.
- 52 Vgl. Niggli/Maeder, Sicherheit als Ziel des Strafrechts? (Fn. 17), S. 25.
- 53 Vgl. Frank von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 1883, S. 36.
- 54 Ende des 19. Jahrhunderts setzte sich der Rechtsgüterschutzgedanke endgültig durch; welche Rechtsgüter anerkannt und strafrechtlich geschützt verdient, liegt in der Einschätzungsprerogative der Legislative.
- 55 Daher auch der Wechsel von der Rechtsverletzungslehre von Feuerbach zur Rechtsgutlehre eines Binding; Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 260.
- 56 Dies exkludiert Vergeltungszwecke freilich nicht; Senn, Rechtsgeschichte (Fn. 29), S. 396, dahingehend auch: Niggli, Sicherheit als Ziel des Strafrechts? (Fn. 17).
- 57 Vgl. Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 11: «Die Betrachtung lehrt, dass jedes einzelne Verbrechen durch das Zusammenwirken von zwei Gruppen von Bedingungen entsteht, der individuellen Eigenart der Verbrecher\_innen\* einerseits, der diese umgebenden äusseren, physikalischen und gesellschaftlichen, insbesondere wirtschaftlichen Verhältnisse andererseits».

Kriminalanthropologie eines Cesare Lombroso endeten, wonach Kriminalität ein biologisches (vererbbares) Faktum sei.<sup>48</sup> Festzuhalten bleibt, dass die Idee der Gefährlichkeit als «Anlage» einer Person gleichwohl durch die «moderne» Strafrechtsschule aufgenommen wurde.

## Die moderne Strafrechtsschule

Mit der Industrialisierung, der Bevölkerungsexplosion, der Verstädterung und der Bildung einer neuen Bevölkerungsschicht, der Arbeiter\_innenschaft, kam die «soziale Frage» auf den Tisch, im Rahmen deren sich auch das Verständnis der Kriminalität weiterentwickelte.<sup>49</sup> Strafrecht wird am Ende des 19. Jahrhunderts zunehmend in den Dienst einer Kriminal- und Sozialpolitik gelegt, welche den gesellschaftlichen Nutzen der Strafe in den Fokus nimmt. Strafe müsse demnach primär der Gesellschaft nützen.<sup>50</sup>

Dogmatisch wird das Konzept der Gefahrenabwehr unmittelbar durch Franz von Liszt in das Strafrecht eingeführt.<sup>51</sup> Liszt' für die Strafrechtstheorie der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bedeutende Gedankenanstösse und Neudefinitionen von strafrechtlichen Zielen werden als Ausgangspunkte der Entwicklung des Strafrechts hin zu einem System verstanden, das die schuldunabhängige Gefahrenabwehr inkludiert.<sup>52</sup> Unter teilweiser Ablehnung eines physiognomisch oder genetisch definierbaren Verbrecher\_innentyps, etabliert Liszt in Zeiten gravierender sozialer Spannungen das Verständnis eines gemässigten Zweckgedankens im Strafrecht. Durch die Erfahrungen des 19. Jahrhunderts geprägt, ist es für Liszt mitunter ein Unvermögen der reinen tatorientierten Vergeltungsstrafe, dass diese «Gewohnheitsverbrecher\_innen\*» nur ungenügend vor neuerlicher Delinquenz abzuhalten scheint. «Gefährlichkeit» erhält durch Liszt drei (neue) Ausprägungen beziehungsweise Täter\_innengruppen:<sup>53</sup> Besserung der Besserungsfähigen und auch –bedürftigen; Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Täter\_innen; Unschädlichmachung beziehungsweise Verwahrung der nicht (mehr) besserungsfähigen Verbrecher\_innen. Insoweit bestimmt sich das Mass der «Strafe» nach der «Gefährlichkeit», wobei diese – ähnlich wie bei Feuerbach – durch den Wert, den eine Gesellschaft einem Rechtsgut<sup>54</sup> beimisst, sowie Art und Häufigkeit der Rechtsgutverletzung determiniert wird. Das Strafrecht vermag so, die von einer konkreten Tat beziehungsweise konkreten Täter\_innen ausgehende Gefahr durch eine gesellschaftlich festgelegte Wertung autonom festzulegen.<sup>55</sup>

Liszt erkennt neben der Schädlichkeit der Kriminalität auch deren gesellschaftliche Ursächlichkeit und folgert aus dieser das Erfordernis, wonach das Strafrecht primär präventive sowie massnahmenrechtliche Zweckelemente verfolgen soll.<sup>56</sup> Das Verbrechen wird nunmehr als Produkt der Vermengung von Anlagen der Täter\_innen mit Umweltfaktoren betrachtet.<sup>57</sup>

Carl Stooss übernimmt dieses Gedankengut der modernen Strafrechtsschule,<sup>58</sup> was im Schweizerischen Strafgesetzbuch

- 58 Vgl. Carl Stooss, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl. Wien 1913, S. 2 f.: «Der Versuch, Verbrechen und Strafe aus obersten Sätzen abzuleiten, ist misslungen. Das Strafrecht ist nicht das Ergebnis philosophischer Spekulation».
- 59 Vgl. Coninx, recht 2016 (Fn. 34), S. 170.
- 60 Vgl. Huster/Rudolph, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat (Fn. 12), S.14.
- 61 Vgl. ebd., S 18.
- 62 Vgl. Wolfgang Bosbach, Der Rechtsstaat in Zeiten des Terrors, in: Huster/Rudolph (Fn. 12), S. 137 ff.
- 63 BGE 134 IV 1, E. 5.4.1 sowie BGE 120 IV 4 mit weiteren Hinweisen
- 64 Siehe Art. 47 StGB.
- 65 Vgl. Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II (Fn. 5), S. 172.

(StGB) neben Strafen zur Einführung von Massnahmen führte. Das neu geschaffene Institut der Massnahme, durchwegs spezialpräventiv geprägt, entspricht einem (rigorosen) Zweckgedanken im Strafrecht.<sup>59</sup> Die Loslösung des Konzepts der «Gefährlichkeit» vom Prinzip des idealen Rechts im Sinne Feuerbachs (Rechtsverletzungslehre) und die Implementierung in die Lehre des Rechtsgüterschutzes, hat letztlich zur absoluten Disponibilität über die Frage geführt, was «gefährlich» ist. Überspitzt formuliert: Gefährlich ist, was das Volk als gesetzgebende Instanz als gefährlich erachtet; gefährlich ist, was der Gesellschaft schadet und daher inhärent normativ.

## Zum Präventionsstrafrecht der Gegenwart

Die «Sicherheit» als Element staatlicher Verantwortung wird heute zunehmend mit dem Verlangen nach quantifizierbarer beziehungsweise greifbarer «Gefahr» in Verbindung gebracht.<sup>60</sup> Algorithmen und Klassifikationssysteme scheinen als die neuen Abwägungsmethoden der Gegenwart. Das klassische Instrument der Abwägung von Freiheit und Sicherheit gegeneinander war beziehungsweise ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Das Prinzip stösst jedoch bei der Risikoabwehr insofern an seine Grenzen, als es zur Bestimmung der Eignung, Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit einer Massnahme der präzisen Bestimmtheit des infrage stehenden Schutzgutes bedarf. Die Abwehr eines zukünftigen Risikos hingegen kann diese Qualität der Bestimmtheit nicht aufweisen.<sup>61</sup> Das Risikomanagement im Strafrecht ist ein echter Testfall für den Rechtsstaat.

Das Massnahmenrecht ist zweifelsohne Ausfluss des gesellschaftlichen und politischen Rufs nach Ausmerzung jedmöglicher Gefahrenquelle.<sup>62</sup> Wenig Abhilfe verschafft hierbei die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer), wonach die Strafzwecke «ein komplexes Verhältnis wechselseitiger Ergänzung [abbilden würden], wobei je nach Sachzusammenhang das eine oder das andere Kriterium stärker hervortritt».<sup>63</sup> Theoretisch bleibt zwar der Anknüpfungspunkt einer Strafe die Begehung einer Straftat und die individuelle Tatschuld.<sup>64</sup> Doch eine einmal detektierte «Gefährlichkeit» (mit oder ohne psychischer Störung) führt primär zu einer Behandlung nach Art. 59 ff. StGB oder der Unschädlichmachung der Täter\_innen gestützt auf Art. 64 ff. StGB. Deren Ausmass stützt sich auf das Rückfallrisiko der Täter\_innen, die mit prognostischen Methoden ermittelt wird. Gerade im Bereich des Massnahmenrechts kommt dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ungleich mehr Bedeutung als im Strafrecht zu, da der in Letzterem immanente limitierende Massstab der Schuld entfällt.<sup>65</sup> Gerade hier – an einem rechtsstaatlich bereits heiklen Punkt – bietet das Abstellen auf die Verhältnismässigkeit zur Abwägung einer Massnahme aufgrund einer oft auch vagen Gefährlichkeitsprognose bloss eine schwache Abhilfe.

- 66 Vgl. Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 27.
- 67 Vgl. BVerfG 105, 135 ff.
- 68 Vgl. Stephan Bernard, «Das ist wie bei einem Auto ohne Bremsen» in: WOZ, Die Wochenzeitung vom 07.09.2017.
- 69 Vgl. Beitrag in diesem Band von David Mühlemann, Zugang zum Recht – für Gefangene versperrt, S.159; vgl. entsprechend WOZ (Fn. 68).
- 70 WOZ die Wochenzeitung vom 25.05.2017.
- 71 Siehe auch Art. 7 BV und Art. 3 EMRK

## Ansätze der Eingrenzung aus der historischen Erkenntnis

Unter Rückgriff auf das Wissen um die strafrechtshistorische Entwicklung des Präventionsdogmas im Strafrecht werden einige Gedanken ausformuliert, die Ansätze liefern sollen, um den beschriebenen ausufernden Tendenzen auf praktischer wie auch theoretischer Ebene entgegenzutreten.

Der normative Schuldbegriff sollte zum Bollwerk des präventiven staatlichen Zugriffs auf den Menschen werden – gegen die denkbare wissenschaftlich angeleitete Durchleuchtung und Kontrolle des Menschen.<sup>66</sup> Solange ein liberaler Rechtsstaat besteht, muss das strafrechtlich-normative Konstrukt «Schuld» bestehen bleiben, da es ein wichtiges Element des Zusammenlebens der Menschen darstellt. Wird dieses Prinzip aufgegeben, artet der Rechtsstaat zum autoritären Kontrollstaat aus, der sich nur an Massnahmen der Besserung und Sicherung orientiert.<sup>67</sup> Denksätze, die fordern, dass der schuldüberschliessende Teil einer Haft (Massnahme oder Verwahrung) höchstens das Zweifache des schuld- und tatproportionalen Teils der Haft überschreiten dürfen, müssen konkret ausgeformt werden.<sup>68</sup>

Wie oben bereits dargelegt, bietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wenig griffiges Potenzial zur Eingrenzung eines überwiegenden öffentlichen Interesses an Sicherheit. Daher drängt es sich auf, einen in der Schweizer Grundrechtsdogmatik wenig beachteten absoluten Schutz- und Achtungsanspruch im Präventionsstrafrecht zu «reaktivieren». Bereits bei Kant ist die Sorge um die Menschenwürde nachzulesen, welche er durch den Präventionsgedanken bedroht sah. Sie ist heute ein universales Menschenrecht und wird in der Rechtswirklichkeit unseres Erachtens regelmässig missachtet. Was die stationären Massnahmen betrifft, muss konstatiert werden, dass die Betroffenen dem forensisch-psychiatrischen Regime ausgeliefert sind und nicht wissen, ob und wann sie überhaupt wieder freikommen. Zudem wird von den Betroffenen ein «kooperatives Verhalten» in dem Sinne verlangt, als dass beispielsweise die Verweigerung der Therapieform zu gravierenden Konsequenzen hinsichtlich der Dauer der Massnahme führen kann und vice versa.<sup>69</sup> Sutter hat in einem eingängigen Essay eine Parallele zur Zwangspsychiatrie in der Sowjetunion und deren spätere – durchaus gerechtfertigte – Skandalisierung gezogen. «Damals wurde oft mit der Menschenwürde der Betroffenen argumentiert. Und heute, bei uns?»<sup>70</sup>

Art. 74 StGB hält fest, dass die Menschenwürde der Gefangenen oder der Eingewiesenen zu achten sei.<sup>71</sup> Die menschliche Würde schützt den intrinsischen Wert, der jedem Menschen kraft des Menschseins zukommt. Sie ist im Sinne Kants als Grundnorm personaler Autonomie zu verstehen und garantiert die Selbstbestimmung des Menschen. Die Menschenwürde verlangt, dass niemand bloss als Objekt, sondern immer als Subjekt zu behandeln ist.<sup>72</sup>

- 72 Vgl. Philippe Mastronardi, in: Ehrenzeller, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2014, N44 zu Art. 7 BV; Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, N28 zu Art. 1 GG: «Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird».
- 73 Vgl. Matthias Mahlmann, Elemente eines ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008, S. 343.
- 74 Deshalb dürfen diese Eigenschaften in keinem Land Europas dem Menschen in Abrede gestellt werden; Matthias Mahlmann, Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt, EuR 2011, S. 480.
- 75 Jakobs (Fn. 19) S. 753 ff.
- 76 Kritisch bezüglich Feindbegriff und seiner analytischen Leistung: Kai Ambos, Feindstrafrecht, in ZStrR 2006, S. 12.
- 77 Vgl. Pascal Ronc, Lebenslange Verwahrung im Lichte der EMRK, in: Canapa/Landolt/Müller, Zürich/St. Gallen 2018, S. 330 (350); Peter Häberle/Markus Kotzur, Europäische Verfassungslehre, Zürich/St. Gallen 2016, S. 26.
- 78 Eingehend Anna Coninx, Life without parole for preventive reasons, in: Van Zyl Smit/Appleton (Hrsg.), Life Imprisonment, S. 435 ff.
- 79 Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 101.
- 80 Vgl. Coninx, recht 2016 (Fn. 34), S. 172; vgl. ferner Johannes Kaspar, Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR, in: ZStW 2015, S. 664 ff.
- 81 Vgl. Pascal Ronc, Das Konzept der Resozialisierung in der EMRK, in: Coninx/Ege/Mausbach (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Zürich 2017, S. 35; vgl. Ernst Bloch, Das Prinzip Hoffnung, Frankfurt a.M. 1993.

Zwar wird der Mensch im Alltag regelmässig zum Objekt gemacht. Und zweifellos zeichnet sich die Menschheitsgeschichte zu einem nicht unwesentlichen Teil dadurch aus, dass Menschen nicht als autonome Gestalter\_innen, sondern Objekte von Entscheidungen anderer degradiert wurden. Wird aber deshalb die positive Kehrseite der Objektformel, die Selbstzweckidee, verworfen, folgt daraus die Akzeptanz dieses Objektstatus. Dadurch wird das normative Fundament seiner Kritik untergraben, statt die normative Grundlage in der Selbstzweckidee zu bewahren und sie als normativen Massstab zu gebrauchen.<sup>73</sup> Jene Rechtsphilosophie geht von Grundprämissen aus, die u.E. von den meisten Menschen geteilt werden: die Existenz eines (relativen) freien Willen sowie die Vernunft und dem Faktum, dass sich jeder Mensch als Zweck an sich erachtet.<sup>74</sup> Damit ist schon einiges gewonnen: Regelungen, welche die Straftäter\_innen als blosser «Gefahrenquelle», zu «Feind\_innen\* des Rechtsguts»<sup>75</sup> machen, nähmen den Täter\_innen ihren Status als Bürgerinnen und Bürger, ihre Privatsphäre und letztlich seinen Achtungsanspruch.<sup>76</sup> Einer Person, die als gefährlich eingestuft wird, darf nicht (endgültig) die innere Potenz zur Änderung abgesprochen werden, da sie sonst nicht mehr als Subjekt mit menschlichen Eigenschaften angesprochen und behandelt wird, sondern als blosses Objekt der Verbrechensbekämpfung – was sie zu einer einzigen Gefahrenquelle degradiert.<sup>77</sup> Eine Rechtsordnung, welche die Menschenwürde als ihr normatives Zentrum erachtet, darf keine Kriminalpolitik der Entmündigung verfolgen.

Art. 75 StGB verbürgt den Grundsatz der Resozialisierung, indem wörtlich festgehalten wird, dass der Strafvollzug das soziale Verhalten der Gefangenen, insbesondere die Fähigkeit straffrei zu leben, fördern soll. Tatsächlich scheint es aber so, als wäre Resozialisierung unter den gegebenen gesellschaftlichen Bedingungen keine emanzipatorische Forderung mehr, sondern eine positivierete Leerformel, die – im schlimmsten Fall – eine repressive Vollzugspraxis zu begründen und zu verschleiern hilft.<sup>78</sup> Resozialisierung als Vollzugsziel kommt unter realen Bedingungen immer mehr in die Nähe von «Behandlungsideologie»,<sup>79</sup> die das, was der repressive Strafvollzug nicht erreicht, nun in Form von «täter\_innenfreundlichen» (sichernden) Massnahmen zu erreichen sucht.<sup>80</sup> Wird aber die Resozialisierung wie vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und dem deutschen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) aus der Menschenwürde (und dem Sozialstaatsprinzip) hergeleitet, so folgt daraus denklogisch, dass man Hoffnung als konstitutiven Teil menschlichen Daseins taxiert,<sup>81</sup> welche zentral ist für die Entwicklungsfähigkeit der Einzelnen.<sup>82</sup> Mit dem Gebot der Achtung der Menschenwürde sei es aber unvereinbar, wenn man den Menschen zwangsweise seiner Freiheit entkleide, ohne ihm eine effektive Chance und eine konkrete Hoffnung zu lassen, der Freiheit wieder teilhaftig werden zu können.<sup>83</sup> Dies impliziert, dass den Betroffenen ein Mindestmass an zeitlicher Voraussichtbarkeit garantiert wird. Dies ist in der heutigen

- 82 Vgl. Christine Morgenstern, Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK, RW 2011, S. 180; vgl. ferner im philosophischen Diskurs: Bloch, Das Prinzip Hoffnung (Fn. 81).
- 83 Vgl. BVerfG 45, 187; Explanatory Memorandum, Recommendation Rec(2003)22 on conditional release, § 4: «Life-sentence prisoners should not be deprived of the hope to be granted release either. Firstly, no one can reasonably argue that all lifers will always remain dangerous to society. Secondly, the detention of persons who have no hope of release poses severe management problems in terms of creating incentives to co-operate and address disruptive behaviour, the delivery of personal-development programmes, the organisation of sentence-plans and security. Countries whose legislation provides for real-life sentences should therefore create possibilities for reviewing this sentence after a number of years and at regular intervals, to establish whether a life-sentence prisoner can serve the remainder of the sentence in the community and under what conditions and supervision measures», EGMR (GK), 09.07.2013, Vinter and others v. United Kingdom, Nr. 66069/09, 130/10 u. 3896/10, Rn. 116.
- 84 Siehe aber Coninx, recht 2016 (Fn. 34), S. 157 ff.
- 85 Humanisierung im Sinne von Abmilderung des Strafrechts für den Einzelnen; zum Ganzen: Vormbaum, Moderne Strafrechtsgeschichte (Fn.10).

Praxis der unbegrenzten Massnahmendauer kaum gegeben. Unter den jetzigen Gegebenheiten ist nur schwerlich ersichtlich, wie ein «Recht auf Hoffnung» aufrechterhalten werden kann, wenn diese Hoffnung stets aufgrund vermeintlich höher zu gewichteter Sicherheitsinteressen der Gesellschaft enttäuscht wird. Vor diesem Hintergrund bleibt kritisch anzumerken, dass es rechtsethisch nicht vertretbar ist, dass abstrakte Gefährlichkeits- und Risikoprognosen unbegrenzt lange Freiheitsentzüge rechtfertigen können. Nach einer gewissen Zeit wird unweigerlich der Kern der Menschenwürde getroffen. Zur Entwicklung und Aushärtung dieser Fragenkomplexe bedürfte es mehr (rechtsphilosophischer) Grundlagenarbeit.<sup>84</sup>

## Fazit

Fragen der Zweckhaftigkeit und Wirksamkeit sind in der ideengeschichtlichen Entwicklung des Strafrechts seit jeher als wichtige Eckpfeiler der Diskussion festzumachen und haben zuweilen auch zu einer Humanisierung des Strafrechts geführt.<sup>85</sup> Soweit Prävention im Strafrecht seine Berechtigung behalten soll, müssten demgegenüber rechtsstaatliche Prinzipien, namentlich die Achtung der Menschenwürde, Wahrung grundrechtlicher Kerngehalte, das Schuldprinzip und die Wahrung der Verhältnismässigkeit rigoros garantiert werden. Dem Dogma, jedem gesellschaftlichen Risiko durch dessen Berechnung begegnen zu können, muss ein eingrenzendes System entgegenstellt werden, das die rechtsethischen Prinzipien unserer Rechtsordnung schützt. Ein erster Schritt in diese Richtung wäre die Schaffung eines der Tragweite des Massnahmenrechts angemessenen Rechtskörpers, was die Schaffung zusätzlicher Gesetznormen in diesem Bereich erfordern würde. Andernfalls läuft jede Verhältnismässigkeitsprüfung ins Leere. Auch wenn die Gefahrenabwehr an sich als gesellschaftliche Notwendigkeit bis zu einem gewissen Punkt anerkannt wird, darf sie nicht als Fundament zur Aushebelung des Schuldprinzips, der Verhältnismässigkeit sowie der grundrechtlichen Kerngehalte führen. Dieser Beitrag versteht sich daher als kleiner Schritt auf dem Weg zu einem menschengerechten Strafrecht.

# La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument essentiel à la défense des droits

(10) 300 P / 74 17.02.83

**STADTPOLIZEI ZÜRICH**

**SCHWEIZERISCHE BUNDESANWALTSCHAFT**  
E 3. MRZ. 1983

Geschäfts-Nr. (1) Spez. R. DK Tx An die  
Techn. D. Deliktsdatum OPA Schweiz. Bundesanwaltschaft Bern  
Fachgesch. Revokation SPA

Rapport von [redacted] Zürich, den 17. Februar 1983  
Dienststelle: Kriminal - Kommissariat III  
Betrifft: *Plädoyer* / Das Magazin für Recht und Politik  
Postfach 1953, 4001 Basel unbekannt

"Plädoyer" ist das neue Organ der Demokratischen Juristen der Schweiz DJS. Die Nr. 1 ist am 11. Febr. 1983 erschienen. Das Magazin soll jährlich 6 mal herausgegeben werden. Bekanntlich hiess das Organ der Demokratischen Juristen der Schweiz bis Ende 1982 "Volk und Recht".

Die Redaktion will in der neuen Zeitschrift Stellung an der Seite derjenigen Rechtsunterworfenen nehmen, die sich selbst nicht oder nur schlecht wehren können. Es sind dies:

Arbeitnehmer / Mieter / Konsumenten / Invalide / AHV - Rentner /

Der Abonnementspreis beträgt Fr. 50.--. Gedruckt wird das Magazin durch "photodirekt/ropress" Zürich.

(1) [redacted]

Etroitement liée au développement des Juristes Démocrates de Suisse, la Convention européenne des droits de l'homme se situe au centre de l'activité de l'association. Historique des combats judiciaires menés sur la base de cette précieuse convention par les sections cantonales.

1 [www.djs-jds.ch](http://www.djs-jds.ch), texte rédigé par Madame Catherine Weber, secrétaire des JDS de 1998 à 2011.

Selon son but affiché sur son site internet, l'association des Juristes Démocrates de Suisse JDS (ou Juristes progressistes) s'est donné pour objectif de contribuer à la démocratisation du droit et de la société, ainsi que de développer – ce qui inclut aussi de défendre – la protection juridique des personnes<sup>1</sup>.

## Les buts et moyens à disposition des JDS

Selon ses statuts, l'association a pour but de développer les droits et libertés démocratiques, l'égalité des sexes ainsi que la solidarité avec les personnes et/ou groupes ethniques désavantagés. Elle le fait en collaboration avec des organisations progressistes, actives tant en Suisse qu'à l'étranger. Il peut s'agir par exemple de syndicats, d'associations de défense des locataires, des consommatrices et consommateurs, de l'environnement, etc. En outre, elle élabore et cherche à promouvoir des réformes destinées à démocratiser les lois, l'administration et la justice ainsi qu'à les rendre plus accessibles.

Dans ce cadre, l'association défend également les intérêts politiques, professionnels et matériels des juristes ainsi que des personnes qui sont en contact permanent, de par leur activité professionnelle, avec des questions d'ordre juridique. Elle peut défendre ces buts dans toute procédure judiciaire (art. 3 des Statuts).

Les statuts des JDS précisent encore que, pour réaliser ces buts, l'association produit des publications, organise des réunions et des séminaires, prend position sur les problèmes politiques et juridiques actuels ou encore participe aux procédures de consultation. Elle peut, notamment, utiliser les droits démocratiques ainsi que des moyens de droit et adhérer à des organisations poursuivant des buts analogues en Suisse, à l'étranger ou à l'international (art. 4 des Statuts). Ces dernières peuvent, à titre d'exemple, être actives dans la proscription des armes nucléaires.

2 cf. Michel Hottelier/  
Hanspeter Mock/Michel  
Puéachavy, La Suisse devant  
la Cour européenne des  
droits de l'homme, 2<sup>ème</sup> éd.,  
2011, p. 7 et préface de  
Madame Micheline  
Calmy-Rey, ancienne  
conseillère fédérale

3 ATF 109 la 217, rés. in JT 1985  
I 615; Me Rudolf Schaller  
était défendu par un autre  
membre éminent de l'AJP,  
Me Nils de Dardel et les faits  
qui lui étaient reprochés  
avaient notamment eu lieu à  
l'occasion d'une conférence  
de presse organisée par  
l'Association des juristes  
démocrates de Suisse

4 ATF 109 la 273, rés. in JT  
1985 I 616

## Un instrument européen utilisé dès les prémices des juristes démocrates

La création de l'association suisse des juristes démocrates remonte à 1978, soit près de quatre ans après l'entrée en vigueur en Suisse de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention »)<sup>2</sup>. Les juristes progressistes ont su, depuis leurs débuts, saisir l'importance de la Convention dans leurs combats.

Dans le contexte mouvementé de « Lôzane bouge », entre 1980 et 1981, un avocat éminent de l'Association des juristes progressistes genevois, Me Rudolf Schaller, avait vu son droit de pratiquer dans le canton de Vaud suspendu par la Cour plénière du Tribunal cantonal vaudois pour une durée de huit mois. Il a formé un recours au Tribunal fédéral contre cette suspension et a invoqué les garanties de procédure déduites de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>, notamment le principe de la publicité des débats et celui de la garantie du procès équitable, sous l'angle du droit d'être entendu et de faire entendre des témoins.

Mais les juristes démocrates (ou juristes progressistes) ne firent pas qu'appuyer leurs membres pris-e-s dans une tourmente judiciaire et médiatique. Ils et elles formèrent, comme association, des recours contre des lois ou des ordonnances jugées contraires au droit supérieur, notamment aux garanties constitutionnelles et à la Convention européenne des droits de l'homme. La plupart de ces recours furent formés non pas par l'association faîtière suisse, mais par les associations cantonales qui contestèrent auprès du Tribunal fédéral des normes cantonales, voire communales.

## La Convention au centre des recours au Tribunal fédéral (1982 – 2015)

En 1982, les juristes démocrates de Suisse, groupe régional de Bâle, ont contesté une modification du Code de procédure pénale du Canton de Bâle-Ville prévoyant des mesures de surveillance des communications postales, téléphoniques et télégraphiques des personnes accusées ou soupçonnées de crimes ou de délits. Les juristes démocrates invoquaient en particulier une violation de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention. Le recours a été rejeté, mais son examen a permis au Tribunal fédéral d'indiquer à quelles conditions une telle surveillance était possible au regard des exigences posées par la Convention et d'affirmer qu'en principe, la personne surveillée devait par la suite être avisée de la surveillance effectuée<sup>4</sup>. Ces principes ont ensuite été repris lors de l'élaboration de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, puis, lors de l'unification de la procédure pénale, par les articles 269 à 281 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, entré en vigueur le 1er janvier 2011.

En 2008, les juristes démocrates de Zurich ont déposé un recours contre une loi sur la police adoptée par le Grand Conseil zurichois le 23 avril 2007 et par le peuple le 24 février 2008. Les recourants invoquaient notamment l'atteinte à la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention, la garantie d'un accès au juge selon l'article 6 ainsi que le droit à la vie protégé par l'article 2. Le recours a été partiellement admis et deux dispositions sanctionnées : celle qui permettait à la

5 ATF 136 I 87, JT 2010 I 367 et  
rés. in RDAF 2011 I 340 avec

6 Notamment commentaire  
d'Olivier Bigler in RDAF 2011  
I 344

7 ATF 137 I 31, JT 2011 I 221

police de surveiller par des moyens techniques des lieux accessibles au public, ouvertement ou secrètement, et d'enregistrer les données nécessaires (image et son) et celle qui autorisait la police à conserver des données, dont il est établi qu'elles ne sont plus nécessaires à une procédure judiciaire, pendant une année complète.

En outre, plusieurs dispositions n'ont été admises par le Tribunal fédéral qu'à la condition d'être interprétées conformément à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agissait de l'usage à titre répressif d'une arme à feu qui ne peut être exercé pour empêcher la fuite que si le ou la fuyard-e a perpétré ou est soupçonné-e d'une infraction grave, révélant qu'il ou elle présente un danger particulier pour la vie, l'intégrité corporelle ou la santé d'autrui, conduisant à redouter qu'il ou elle n'use de violences similaires aussi dans sa fuite. Le Tribunal fédéral a rappelé que les organes de police doivent agir avec respect et retenue, notamment lorsqu'ils procèdent à un contrôle d'identité et que la conduite au poste aux fins d'identification est subsidiaire et ne doit pas dégénérer en vexation. En outre, des mesures signalétiques - récolte de photographies, de signalement ou d'écritures, prélèvement de substances, traces ou empreintes corporelles - doivent être uniquement destinées à la constatation de l'identité et ne doivent pas servir à l'accumulation de données.

Enfin, le recours a été admis sur un autre point. Une recommandation a été adressée au canton de Zurich de prévoir pour la personne placée en garde à vue par la police de pouvoir saisir en tout temps et directement - soit sans instance administrative intermédiaire - une autorité judiciaire pour faire contrôler la légalité de sa privation de liberté<sup>5</sup>. Comme l'ont relevé les commentateurs, il s'agit là d'un arrêt très important pour le droit de la police<sup>6</sup>.

En 2009, les juristes démocrates de Zurich ont recouru contre la loi cantonale autorisant l'adhésion du canton de Zurich au concordat intercantonal instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives. Ils et elles invoquaient, outre diverses garanties constitutionnelles, la violation de l'article 6 § 2 de la Convention qui consacre le principe de la présomption d'innocence et, surtout, une violation de l'article 5 § 1 de la Convention qui garantit à toute personne le droit à la liberté et à la sûreté. Les cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté étant limitativement énumérés dans la Convention, le Tribunal fédéral a dû examiner attentivement si la privation prévue par le concordat pouvait entrer dans l'une des hypothèses visées par cette disposition.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'admet la possibilité d'une garde à vue prévue par le concordat que parce qu'elle est conçue comme l'ultima ratio (soit comme un usage de la force en dernier recours, introduit une fois que tous les autres moyens pacifiques ont été épuisés). Cette possibilité ne peut ainsi être ordonnée que si une interdiction de périmètre a été précédemment ordonnée et s'est révélée inefficace, parce qu'elle n'a pas été respectée ou parce qu'il est certain que la personne visée ne veut pas s'y soumettre. En outre, elle ne peut être prononcée qu'en présence de risques d'infractions particulières et en prévision de manifestations qualifiées. Enfin, elle est limitée à 24 heures et la personne privée de liberté peut saisir en tout temps un juge<sup>7</sup>.

A la fin de l'année 2011, les juristes démocrates bernois ont recouru au Tribunal fédéral contre une modification de la loi cantonale sur l'aide sociale qui prévoyait la possibilité de lever le secret en matière d'aide sociale et de transmettre des données. Ils et elles invoquaient en particulier le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. Le Tribunal fédéral a rejeté le



- 8 ATF 138 I 331, rés. in RDAF 2013 I 370
- 9 ATF 139 III 98, JT 2014 I 35
- 10 ATF 143 I 147, JT 2017 I 107
- 11 ATF 143 I 227
- 12 ATF 133 I 286, JT 2011 IV 79
- 13 Arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2016 dans la cause 1C\_604/2015 reproduit in RDAF 2016 I 487

recours, mais non sans indiquer qu'il procédait à une interprétation conforme à la Constitution, présument notamment que les organes chargés de l'exécution de l'aide sociale ne requerraient pas une procuration de la personne demandant l'aide sociale en violation des dispositions de la législation sur la protection des données<sup>8</sup>.

En 2012, les juristes démocrates zurichois ont recouru contre la loi d'introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte qui devait entrer en vigueur le 1er janvier 2013. Ils et elles critiquaient en particulier, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, l'attribution de compétences judiciaires au Conseil de district et au Préfet, autorités administratives. Au terme d'une analyse détaillée, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que ces autorités disposaient d'une indépendance et d'une impartialité suffisantes pour que les exigences de cette disposition soient considérées comme globalement satisfaisantes<sup>9</sup>.

En 2015, les juristes démocrates de Lucerne ont contesté une modification de la loi sur la police qui mettait notamment à la charge des organisateurs et organisatrices de manifestations sur le domaine public les frais d'intervention de la police. Les membres de la section lucernoise invoquaient notamment l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression et l'article 11 qui protège la liberté de réunion. Si le Tribunal fédéral a accepté sur le principe ce dispositif, il a annulé une disposition de la loi qui aurait permis de mettre à la charge d'un manifestant passif de tels frais pouvant s'élever jusqu'à 30 000 francs<sup>10</sup>.

Enfin, toujours en 2015, l'association des juristes progressistes vaudois a recouru au Tribunal fédéral contre la modification du Tarif des frais et dépens en matière administrative du Tribunal cantonal. Elle invoquait en particulier l'article 6 § 1 de la Convention, soutenant que l'augmentation sensible des émoluments était susceptible de rendre difficile l'accès à la justice. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours tout en soulignant que les émoluments devaient continuer à s'inscrire dans le cadre tarifaire actuel, une interprétation conforme à la Constitution du tarif étant dès lors possible<sup>11</sup>.

## Faire connaître la Convention

Les juristes démocrates (ou progressistes) ont déposé d'autres recours au Tribunal fédéral, où n'était pas en question l'application directe de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils concernaient par exemple la stricte séparation des mineur-e-s et des adultes en détention préventive<sup>12</sup> ou l'accès aux directives du Procureur général genevois<sup>13</sup>. Tous deux ont été admis. Il n'en reste pas moins que les droits octroyés aux citoyennes et citoyens par la Convention sont au centre de l'activité politique et judiciaire des juristes démocrates. Si les recours au Tribunal fédéral ne sont pas tous admis sans autre forme de procès, ils permettent de baliser le champ de l'activité étatique et au Tribunal fédéral de poser des grands principes conformes aux garanties que donne la Convention européenne des droits de l'homme aux citoyennes et citoyens du continent.

Il ne suffit cependant pas de faire valoir la Convention européenne des droits de l'homme dans des procédures judiciaires, encore faut-il la faire connaître. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises les juristes démocrates ont organisé des conférences sur l'application de la Convention. Récemment, les juristes démocrates suisses en ont ainsi fait le thème de leur assemblée générale du mois de juin 2015 et les juristes progressistes vaudois y ont consacré leur journée biennale de

- 14 Plaidoyer 6/2016, édition spéciale consacrée à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)
- 15 cf. communiqué « La CEDH et l'Etat de droit sont en jeu » consultable sur le site des JDS <https://djs-jds.ch>

formation continue, dont les travaux ont été publiés dans la revue «plaidoyer» du mois de novembre 2016<sup>14</sup>.

C'est aussi ce qui explique l'engagement des juristes démocrates et progressistes dans le combat contre l'initiative intitulée « Le droit suisse au lieu des juges étrangers »<sup>15</sup>.



«Eine demokratische Juristin besinnt sich immer wieder darauf zurück, dass das Recht keinem Selbstzweck folgt, sondern Recht in erster Linie dem Schutz des Individuums dienen soll, sei es vor der Willkür des Staates oder vor dem Stärkeren.

Recht ist ambivalent; auf der einen Seite stärkt es bestehende Machtstrukturen, kann auf der anderen Seite aber auch bestehende Machtverhältnisse sprengen und den Schwächeren Rechte verleihen. Unabhängig davon, ob man als Juristin in der Verwaltung, an einem Gericht oder als Vertreterin einer Partei tätig ist, muss man sich immer um die Macht des Rechts bewusst sein.

Als demokratische Juristin setze ich mich für Personengruppen ein, die kein Gehör finden. Auch heute sind die Hürden für Rechtssuchende immer noch sehr hoch und nicht selten scheitern Rechtssuchende an finanziellen oder formellen Hürden.»

*Michelle Lachenmeier, Basel*

# Die zivilrechtliche Dreiklassengesellschaft

Einige Anmerkungen mit Blick auf Referenzländer in der EU

Die Debatte über die zu stark gestiegenen Gerichtskosten in den Zivilprozessen wird zum Anlass genommen, eine Übersicht über die kostentreibenden Faktoren zu geben, die zu einer zivilrechtlichen Dreiklassengesellschaft geführt haben. Um diese Faktoren besser einzuordnen, wird auf die EU Nachbarländer Bezug genommen und darauf, wie dort der Zugang zu den Zivilgerichten organisiert ist.

Das Schlagwort der zivilrechtlichen Dreiklassengesellschaft wurde erstmals im Jahre 2015 durch Isaak Meier, emeritierter Professor für Zivilrecht an der Universität Zürich, in die öffentliche Debatte eingebracht.<sup>1</sup> Meiers These wurde von Arnold Marti, Oberrichter und Titularprofessor an der Universität Zürich, weiter ausgearbeitet und politisch zugespitzt, indem er eine alarmierende Situation für den zivilen Rechtsschutz der Bevölkerung feststellte.<sup>2</sup> Im Wesentlichen wertete er dabei die aktuellen wissenschaftlichen Publikationen aus, die zu dem Thema des zivilrechtlichen Rechtsschutzes durch die neue schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) veröffentlicht worden sind, wie zum Beispiel die Masterarbeit von Linda Weber,<sup>3</sup> die wohl kritischste Würdigung der zivilprozesslichen Kostenregelung.

Das Schlagwort der zivilrechtlichen Dreiklassengesellschaft benennt den – je nach finanzieller Situation – unterschiedlichen Zugang zu den Gerichten. Die Autor\_innen gehen dabei von drei verschiedenen Zugangsvoraussetzungen für drei verschiedene Bevölkerungsgruppen aus: Erstens für die Gruppe derjenigen, die ein Anrecht auf unentgeltliche Rechtspflege haben und deren Zivilprozesskosten (teilweise) abgesichert sind; die zweite Gruppe umfasst die sogenannte Mittelklasse, die keinerlei staatliche Unterstützung erhält und die sich zivilgerichtliche Verfahren aufgrund der hohen Kosten in der Regel nicht leisten kann; finanzierbar sind Zivilprozesse lediglich für die dritte Gruppe, die Vermögenden.<sup>4</sup>

Der Begriff der zivilrechtlichen Dreiklassengesellschaft verstellt jedoch den Blick auf die tatsächlichen Verhältnisse, wie gross der Anteil der Bevölkerung ist, die das Recht auf Zugang zu den Gerichten nicht wahrnehmen können.

<sup>1</sup> Vgl. Isaak Meier/Riccarda Schindler: Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung zum Zugang zum Gericht?, in: Tagungsband HAVE Haftpflichtprozess, Zürich 2015, S. 29.

<sup>2</sup> Vgl. Arnold Marti: Die Kosten im heutigen Zivilprozess – Was bleibt vom Grundsatz der wohlfeilen Rechtspflege?, in: Anwalts Revue 3/2018, Seite 116 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Linda Weber: Die Prozesskosten und der Zugang zum Gericht, eine kritische Würdigung der Kostenregelung im schweizerischen Zivilprozess, Masterarbeit an der Universität Zürich, Juni 2015, zu finden unter: [www.humanrights.ch/upload](http://www.humanrights.ch/upload).

<sup>4</sup> <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/soziale-situation-wohlbefinden-und-armut-einkommensmitte.assetdetail.4522294.html>

- 5 Vgl. Fn. 4
- 6 Stand 2012 – siehe zu den Zahlen: Linda Weber (Fn. 3), C. S. 64, VI.
- 7 Siehe dazu zum Beispiel: «Die Barriere der Prozesskosten soll tiefer gelegt werden», plädoyer 2/18, Seite 14 ff.; Medienmitteilungen des Bundesrates vom 02.03.2018 zur Vernehmlassung Revision der ZPO, <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-03-02.html>

Nach der aktuellen Untersuchung des Bundesamtes für Statistik umfasst der sogenannte Mittelstand ca. 58 bis 60 % der Bevölkerung, während ein Fünftel der Bevölkerung über ein geringes Einkommen und ein weiteres Fünftel über ein hohes Einkommen verfügt.<sup>5</sup> Demnach kann man davon sprechen, dass aus finanziellen Gründen über die Hälfte der Schweizer Bevölkerung keinen oder keinen umfassenden Zugang zu den Zivilgerichten hat.

## Die «alarmierende» Situation

Die von Arnold Marti festgestellte «alarmierende» Situation zeigt sich in ihrem vollen Umfang erst, wenn man einen Blick auf die Gerichtsorganisation der EU Nachbarstaaten wirft. Danach ist der Schweizer Justizapparat mit ca. 200 € pro Einwohner\_in der teuerste in ganz Europa.<sup>6</sup> Im Wesentlichen ist dies auf die hohe Dichte der Gerichte und die hohen Personalkosten zurückzuführen – nirgendwo sind die Richter\_innengehälter so hoch wie in der Schweiz. Alarmierend sind nicht die hohen Kosten für den Gerichtsapparat an sich, sondern die Tatsache, dass die durchaus vorhandenen Gelder aber nicht für eine effektive Organisation der Gerichtsbarkeit genutzt werden. Mit anderen Worten: Es sind strukturelle Mängel, die zu dieser alarmierenden Situation der Zivilgerichtsbarkeit führen.

Um diese alarmierende Situation in ihrer Tragweite richtig einschätzen zu können, muss man sich die verfassungsrechtliche Komponente der Zivilgerichtsbarkeit vor Augen führen. Zwingend ist das staatliche Monopol für die Zivilgerichtsbarkeit, um bei ökonomischen Auseinandersetzungen in der Bevölkerung Selbstjustiz zu unterbinden.

Wie bei allen Institutionen dieser Art ist der Gleichheitsgrundsatz der Kern für das Funktionieren. Für den Zugang zu den Zivilgerichten bedeutet dies, dass Gerichtsverfahren unabhängig von dem Streitwert möglich und die Verfahrenskosten für alle gleichermassen finanzierbar sein müssen.

In der Tat ist Arnold Marti in der Feststellung zu folgen, dass der fehlende Zugang grosser Teile der Bevölkerung zu den Zivilgerichten eine alarmierende Situation darstellt.

## Die Kostenrisiken des Zivilverfahrens

Die aktuelle öffentliche Debatte über die Reduzierung der zivilrechtlichen Verfahrenskosten fokussiert fast ausschliesslich auf die Gerichtskosten, das heisst auf deren Höhe und darauf, wann und in welcher Form sie zu zahlen sind.<sup>7</sup> Tatsächlich sind mehrere Faktoren dafür verantwortlich, dass der Zugang zu den Zivilgerichten nicht ausreichend gesichert ist. Diese Faktoren sollen im Folgenden kursorisch beschrieben werden.

Die anfallenden Gesamtkosten, die bei einem Verlieren der Klage letztlich von der unterliegenden Partei getragen werden müssen, werden als Kostenrisiko bezeichnet. Konkret: Für jede Instanz die Gerichtskosten und zweimal die Kosten für die anwaltliche Vertretung, also die Parteikosten. Betrachtet man dieses Kostenrisiko im Verhältnis zum Streitwert, also dem wirtschaftlichen Wert, um den gestritten wird, so gibt es eine rote Linie bezüglich des Verhältnisses zum Streitwert. Sinnvoll erscheint ein Zivilgerichtsverfahren nur, wenn die eingesetzten Mittel in einem ökonomisch vertretbaren Verhältnis zu dem

- 8 Siehe zu den Kostenrisiken: Europäisches Justizportal, Verfahrenskosten – Stand 19.8.2018, [https://e-justice.europa.eu/content\\_costs\\_of\\_proceedings-37-de.do](https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-de.do)
- 9 Vgl. Marti (Fn. 2), RZ. 12, S. 119.
- 10 Vgl. ebd.

wirtschaftlichen Wert stehen, der durch das Klageverfahren gesichert, beziehungsweise abgewehrt werden soll. Mit Blick auf die Nachbarländer in der EU dürfte diese rote Linie für die Kosten vor erster Instanz bei der Hälfte des Streitwertes liegen.<sup>8</sup> Die in der Schweiz üblichen zivilrechtlichen Kostenrisiken liegen nicht nur regelmässig über der roten Linie des halben Streitwertes, sondern übersteigen häufig sogar den Streitwert.<sup>9</sup>

Einer der wesentlichen Kostenfaktoren im Zivilprozess sind die Gerichtsgebühren. Ein Blick auf die EU Referenzländer zeigt, dass die Gerichtskosten dort in mehr oder weniger symbolischer Höhe erhoben, also als ein Teil der vom Staat zur Verfügung gestellten Gerichtsressourcen angesehen werden. Dies gilt unter anderem für Frankreich und Italien. In Deutschland werden Gerichtskosten erhoben, die ungefähr einen Viertel der durchschnittlichen Gerichtskosten in der Schweiz betragen.<sup>10</sup>

## Das Problem der Vertretungskosten und die Aufwandsentschädigung

Ein zweiter wesentlicher Kostenfaktor sind die Vertretungskosten, die im Rahmen der Diskussion über die Kosten im Zivilverfahren meist ausgeklammert werden. In der Schweiz wird gemäss dem traditionellen anwaltlichen Selbstverständnis das zivilrechtliche Honorar auf dem freien anwaltlichen Beratungsmarkt ausgehandelt. Wenn entsprechende Tarife von den Kantonen erlassen wurden, dann sind sie bloss Spiegel der jeweils gängigen Vorstellungen des Marktpreises. Konkret wird die geleistete Arbeit nach Aufwand abgerechnet und zwar basierend auf einem Stundenhonorar. Diese Praxis hat häufig zur Folge, dass prozessökonomische Anwalt\_innentätigkeit bestraft und aufgeblähte Mandatsführung belohnt wird. Das Aufblähen der Mandatsführung seinerseits führt zu einem nicht abzuschätzenden Mehraufwand für die Gerichte und damit zur völligen Intransparenz, wenn man das Prozessrisiko eines Zivilprozesses einschätzen will.

Die Diskussionen über Rahmenbedingungen für Anwalt\_innenkosten im Zivilverfahren sind mühsam, weil Schweizer Anwalt\_innen schwach organisiert sind. Hier nur einige Stichworte: «Anwalt\_Anwältin» ist ein Titel und nicht zwingend an eine anwaltliche Tätigkeit gebunden. Es gibt keine Vertretung aller schweizerischen Anwalt\_innen, ausser dem Schweizerischen Anwalt\_innenverband\* SAV/FSA, der eigentlich ein «Anwalt\_innenwirtschaftsverband» ist, weil dieser hauptsächlich im Sinne der Wirtschaftsanwalt\_innen lobbyiert. Im Vergleich dazu bleibt der forensische Anwalt\_innenbereich unbedeutend. Gleichzeitig übernimmt der Schweizerische Anwalt\_innenverband\* quasi staatliche Aufgaben, wie zum Beispiel die Vergabe von Fachanwalt\_innentiteln. Zudem werden die in den Anwalt\_innenregistern eingetragenen Anwalt\_innen durch eine kantonale Staatsaufsicht kontrolliert, die mehrheitlich aus Richter\_innen und Staatsanwält\_innen besteht – ein Alleinstellungsmerkmal in Europa.

Die Rahmenbedingungen für anwaltliche Tätigkeit in den EU-Ländern könnte man dagegen wie folgt zusammenfassen: Selbstorganisation der Anwalt\_innen ohne staatliche Aufsicht und ein politisches Bewusstsein, mit der forensischen Tätigkeit ein tragender Teil des Rechtsstaates zu sein. Die Höhe des forensischen Anwalt\_innenhonorars ist limitiert, die Erstattung der Parteikosten durch die Gegenseite meist schon aus dem Urteil betreibbar.

11 Vgl. Linda Weber, (Fn. 3), VII.A.6. d., S. 82;

12 Einen guten Blick in die Abgründe des Replik- und Novenrecht gewährt der Beitrag der Rechtsanwältinnen Hunsberger und Wicki in der AJP/PJA, 4/2017, S. 453 «Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik». Ziemlich anschaulich wird hier ausgebreitet, wie Gerichts- und Anwaltsressourcen sinnlos verbraucht werden.

Im Ergebnis wird man prognostizieren können, dass eine forensische anwaltliche Tätigkeit, die nach Stunden abgerechnet wird und den zeitlichen Aufwand ersetzt, nicht geeignet ist, um für die gesamte Schweizer Bevölkerung die Ressource «Anwält\_innen» zur Verfügung zu stellen.

## Der Rechtsfrieden

Völlig unterschätzt wird des Weiteren auch der Kostenfaktor der Organisation des Zivilprozesses.

Ein ökonomisch organisierter Zivilprozess gibt dem Gericht mit der Prozessordnung ein Instrumentarium an die Hand, um ein effizientes Gerichtsverfahren mit einem qualifizierten Urteil durchführen zu können. Dabei besteht das wesentliche Instrument des Gerichts in Hinweisen an die Parteien, womit es auf den Prozessverlauf und die Eingaben Einfluss nehmen kann. Linda Weber sieht diesen Anspruch auf ein effektives Prozessmanagement sogar in Art. 29 der Bundesverfassung (BV) verankert.<sup>11</sup>

In diesem Zusammenhang wird häufig das eigentliche Ziel des rechtsstaatlichen Zivilprozesses aus den Augen verloren. Durch das Gerichtsverfahren soll der sogenannte «Rechtsfrieden» hergestellt werden, das heisst auch die unterliegende Partei muss das Urteil als eine mögliche Sicht auf den Streit akzeptieren können. Nichts ist unbefriedigender als ein Urteil, das sich nur auf formale Gründe beruft und sich der eigentlichen Stellungnahme zu den Streitfragen entzieht. Dies ist eine bedauerliche Praxis, die häufig auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzustellen ist. Abgesehen von unnötigen Folgeprozessen und der fehlenden Rechtsfortbildung untergräbt diese Praxis formaler Urteilsbegründungen die Funktion einer effizienten, den Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit herstellenden Gerichtsbarkeit.

Die neue ZPO beschleunigt diese Fehlentwicklung, indem die Verfahrensabschnitte noch weiter formalisiert und dem Gericht keine Instrumente an die Hand gegeben wurden, um auf eine ökonomische und rechtssichere Prozessführung hinzuwirken. Die ZPO verlagert die Verantwortung für einen sinnvollen ökonomischen Prozess einseitig auf die Parteien und die Anwält\_innen. Die Folge davon sind höhere Anwält\_innenkosten und eine geringere Qualität der Urteile. Die Verschärfungen im Replik- und Novenrecht<sup>12</sup> und der unbegründete Fristendruck erweitern noch die Möglichkeiten der Gerichte, Urteile lediglich nach formalen Gründen zu entscheiden.

## Laienrichter\_innen, Berufsrichter\_innen, Gerichtsschreiber\_innen

Last but not least stellt auch die Qualifikation der Richter\_innenschaft eine nicht zu übersehenden Kostenfaktor dar. Über die Qualität der Schweizer Richter\_innenschaft gibt es unzählige Meinungen und Diskussionen. Festzustellen ist aber, dass im Vergleich zu den EU-Nachbarländern und den Ländern des angloamerikanischen Rechts die Wertschätzung für die Schweizer Richter\_innenschaft gering ist. Wie weit diese Skepsis geht, zeigte sich bei der Frage, ob in der Schweiz ein Verfassungsgericht benötigt wird oder nicht. In diese Diskussion war von politisch rechts bis weit in die gewerkschaftliche Linke die Skepsis gegenüber «den Richter\_innen» unüberhörbar. Das Erfolgsmodell für die Organisation der

Richter\_innenschaft in den EU-Nachbarländern und im angloamerikanischen Bereich basiert auf einer relativ einfachen Formel. Um eine effektive Gerichtspraxis zu garantieren, bedarf es einer speziellen Richter\_innenausbildung für Berufsrichter\_innen sowie deren Unabhängigkeit gegenüber externen Einflüssen, deren äussere Merkmale über alle Zweifel erhaben sind. Mit diesen äusseren Merkmalen ist die institutionelle Unabhängigkeit gemeint. Konkret bedeutet dies: Richter\_innen üben keine andere bezahlte Tätigkeit aus und erhalten ihr Amt durch ein transparentes, demokratisch legitimes Wahlverfahren, ohne dass daraus irgend welche Verpflichtungen resultieren.

Dabei darf man nicht aus den Augen verlieren, dass die zivilrechtliche richterliche Tätigkeit im deutlichen Gegensatz zur anwaltlichen Tätigkeit steht. Richter\_innen müssen von einem vorgegebenen Lebenssachverhalt ausgehen und diesen in die Gesetze und in die Rechtsprechung einordnen. Dagegen ist es die Aufgabe der Anwält\_innen, mit dem vorhandenen Beweismaterial einen Lebenssachverhalt kreativ zu erzählen, der den Anspruch der Klient\_innen im Gerichtsverfahren optimal rechtlich umsetzt.

Das sind zwei völlig unterschiedliche Rollen im gleichen formalen Verfahren. Die persönliche Qualifikation für eine richterliche Tätigkeit und diejenigen für eine anwaltliche Tätigkeit schliessen sich in der Regel in einer Person aus.

Geht man von diesen Massstäben aus, muss man bei der Organisation der Schweizerischen richterlichen Tätigkeit von historischen Wucherungen ausgehen, und dem Fehlen eines einheitlichen Konzeptes. Ein besonders eklatantes Beispiel für diese Wucherungen ist die Institution der Gerichtsschreiber\_innen, die grundsätzlich nur nötig wäre, wenn Laienrichter\_innen tätig sind. Warum die Richter\_innen am PC nicht selber die Rechtslage recherchieren und das Urteil schreiben können, dürfte nach heutigen Massstäben unverständlich sein.

## Gesellschaftliche Schäden und Folgeschäden

Die gesellschaftlichen Schäden des nicht ausreichenden Zugangs zu den Zivilgerichten liegen auf der Hand und sind schon mehrfach in den zitierten Publikationen beschrieben worden. Besonders schmerzlich ist die fehlende Rechtsfortbildung in bestimmten Rechtsgebieten, in denen die Schweiz auch weiterhin darauf angewiesen ist, EU-Richtlinien zu übernehmen, wie zum Beispiel im Konsument\_innenschutzrecht. Völlig übersehen wird auch, dass wegen der hohen Kosten für die Zivilverfahren bezahlbare Rechtsschutzversicherungen – eine wesentliche Finanzierungsquelle für Zivilverfahren – für weite Kreise der Bevölkerung nicht angeboten werden können.

Neben diesen unmittelbaren rechtspolitischen Schäden muss auch von gesellschaftlichen Folgeschäden ausgegangen werden.

Es gibt vielerlei Erklärungsversuche für die Wirkung des rechten Populismus auf die Bevölkerung. Einleuchtend erscheint die Erklärung, dass jener Bevölkerungsteil am empfänglichsten für rechtspopulistische Forderung ist, der sich in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet fühlt, aber real nicht ist. Dagegen äussert sich der Bevölkerungsteil, der in einer wirtschaftlich prekären Lage ist, nicht mehr politisch.

Beiden Bevölkerungsgruppen dürfte aber gemeinsam sein, dass sie den mangelnden Zugang zu den Zivilgerichten als einen Teil der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz ansehen. Dies eben auch mit weitreichenden

Konsequenzen der grundsätzlich indifferenten Haltung gegenüber der Gerichtsbarkeit und den Institutionen des Rechtsstaates.

## Ausblick

Natürlich stellt sich die Frage, ob sich ein Kleinstaat überhaupt einen funktionierenden Rechtsstaat leisten kann. Die meisten Kleinstaaten Europas haben dieses Problem durch den Beitritt in die EU gelöst, der, trotz aller bekannter Mängel, wohl dynamischste und bei der Bewältigung grosser gesellschaftspolitischer Umbrüche rechtspolitisch innovativste Staatenbund.

Hier ist die Schweiz lediglich Ausland und als solches auf die Rolle reduziert, gesetzliche Regelungen der EU übernehmen zu können. Besonders für die Deutschschweiz kommt hinzu, dass aufgrund der historischen Ereignisse in den 1930er- und 1940er-Jahren der traditionell intensive Austausch mit Deutschland im juristischen Bereich abgebrochen und am Ende des Zweiten Weltkriegs auch nicht wieder aufgenommen wurde – dies ganz im Unterschied zu den Bereichen Wirtschaft, Wissenschaft und Kultur.

Die grossen zivilrechtlichen Gesetzgebungswerke wie das Obligationenrecht oder das Zivilgesetzbuch beruhen auf einer Synthese aus europäischem und schweizerisch-kantonaalem Recht. Dieses traditionelle Gleichgewicht ist zulasten der modernen europäischen Rechtstradition empfindlich gestört worden und steht zurzeit weiter unter grossem Druck von rechtsbürgerlicher Seite.

Die überfälligen Reformen des Zivilrechtswesens und der Status der Anwälte\_innenschaft sind in Zukunft nicht zu erwarten. Umso dringlicher erscheint es, dass Kritik am Gerichtswesen nicht den Rechten überlassen wird, sondern von links offensiv rechtsstaatliche Standards – wie der Zugang zu den Zivilgerichten für die Gesamtbevölkerung – eingefordert werden.<sup>13</sup> Die Gerichtsbarkeit muss breitflächig in der Bevölkerung verankert sein, um Ansätzen von rechtem Populismus und fundamentalem Gerichtsbashing entgegenzutreten zu können.

# Notre vie privée sera-t-elle bientôt un lointain souvenir ?

**Les atteintes à la vie privée se multiplient en Suisse, notamment au travers de l'utilisation des nouvelles technologies. Il devient urgent de se mobiliser et de se doter d'une législation adaptée aux défis actuels.**

- 1 Selon cette disposition, le Service de renseignement de la Confédération est autorisé à analyser tous les signaux qui quittent la Suisse pour l'étranger au moyen de mots-clés. Toutefois, ainsi que le relève à juste titre Martin Steiger, l'utilisation d'internet se fait presque toujours via des réseaux et des serveurs basés à l'étranger (Steiger Martin, «Neue Nachrichtendienstgesetz: Jeder ist verdächtig und wird überwacht», NZZ am Sonntag, 28 août 2016).
- 2 Cette disposition oblige les fournisseurs de services de télécommunication à conserver pendant six mois les données secondaires de télécommunication de leurs client-e-s.
- 3 Arrêt 1C\_598/2016 du 02.03.2018.
- 4 Tout à chacun-e est visé-e par ces dispositions, y compris les personnes tenues au secret professionnel. Ces mesures constituent dès lors une forme de surveillance de masse préventive non fondée sur des soupçons (Lettre du Commissaire européen aux droits de l'homme, Nils Muižnieks, adressée au Conseiller fédéral Ueli Maurer, en date du 23 septembre 2015. Voir également dans ce sens Bernhard Isenring/Laura Quiblier, *Der Preis der Sicherheit, Sécurité & Droit*, 3/2017, p. 128/138).
- 5 Une étude de l'Institut Max-Planck portant sur l'efficacité des mesures de surveillance généralisée (conservation des données secondaires) a estimé que cette surveillance n'apporterait absolument pas les résultats escomptés (Michael Kilchling et al., Gutachten der kriminologischen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und Internationales Strafrecht im Auftrag des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Schutzlücken durch den Wegfall der Vorratsdatenspeicherung, Freiburg i.Br. 2011).

La société de surveillance généralisée décrite dans 1984, dystopie de Georges Orwell, nous a longtemps paru être de la pure science-fiction. Pourtant, aujourd'hui, la réalité semble avoir dépassé la fiction. En effet, force est de constater que nous sommes – à notre insu ou, au contraire, avec notre complicité – de plus en plus observé-e-s, épié-e-s, surveillé-e-s, contrôlé-e-s et fiché-e-s grâce aux nouvelles technologies dont la liste ne cesse de s'allonger. Corollairement, notre vie privée est, chaque jour, un peu plus mise en danger. Parmi les atteintes qui pèsent sur notre vie privée, il convient de relever les atteintes justifiées par un intérêt public ou privé, la « marchandisation » de notre vie privée, ainsi que l'impact des nouvelles technologies.

## Les ingérences dans la vie privée, au nom d'un intérêt public ou privé, telles que prévues par la loi ...

Depuis quelques années, le nombre de dispositions qui sacrifient notre vie privée au nom d'un intérêt public ou privé prépondérant a massivement augmenté. Ainsi, sous prétexte de lutte contre le terrorisme et la criminalité, la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) et la Loi fédérale sur le renseignement (LRens) prévoient toutes deux des mesures particulièrement intrusives, empiétant de façon disproportionnée sur notre droit à la vie privée (art. 13 Cst.), telles que l'exploration du réseau câblé (art. 39 LRens)<sup>1</sup> et la conservation des données secondaires de télécommunication (art. 26 al. 5 LSCPT)<sup>2</sup>. Le Tribunal fédéral (TF) a, certes, dernièrement considéré que l'atteinte au droit à la vie privée en cas de conservation de données secondaires demeurait proportionnée et admissible<sup>3</sup>. Toutefois, vu le nombre de personnes touchées<sup>4</sup>, la gravité de l'atteinte, les ressources mobilisées, l'efficacité relative de telles mesures<sup>5</sup>, les risques potentiels d'abus, on peut plutôt penser le contraire<sup>6</sup>.

- 6 La décision de la CourEDH est donc attendue avec impatience.
- 7 Le peuple suisse sera amené à se prononcer sur ce sujet le 25 novembre 2018.
- 8 Requête no 61838/10. Dans cet arrêt, la CourEDH a retenu que la surveillance d'un-e assuré-e était contraire à l'art. 8 CEDH, faute de base légale suffisante.
- 9 C.5.1.2. Pour une critique de l'arrêt, voir Anne-Sylvie Dupont, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_806/2016, REAS 2017, pp. 387-392.
- 10 Arrêt de la Cour suprême zougnoise (GVP 2017 195) du 11.05.2017, c. 4.5.4. Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral (cf. TF 6B\_758/2007 du 26.09.2017). A contrario, dans un autre arrêt STK 2017 1, le Tribunal cantonal de Schwyz a considéré que les dispositions de la LPD n'avaient pas été respectées et que les images ne pouvaient donc pas être utilisées comme moyen de preuve.
- 11 Cette liste n'est de loin pas exhaustive. D'autres arrêts pourraient être mentionnés tels que l'arrêt de la Cour suprême du Canton de Berne du 29.12.2017 (BK 17 358) dans lequel elle a estimé que le fait de poser un traceur GPS sous une voiture n'était en soi pas pénalement répréhensible.
- 12 Par exemple, l'accès à certains réseaux sociaux comme Facebook.
- 13 Certaines compagnies d'assurances automobiles offrent des réductions de primes aux assuré-e-s qui acceptent de fournir des données sur leur pratique de conduite.

En plus du caractère disproportionné de ces mesures, est également problématique le fait que le législateur suisse attribue parfois à des organisations privées plus de compétences que celles dont disposent les autorités chargées de poursuite pénale. Par exemple, les entreprises d'assurances seront, conformément à l'art. 43a du nouveau projet de Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales<sup>7</sup>, autorisées à surveiller leurs assuré-e-s dans des espaces privés qui sont librement visibles depuis un lieu accessible au public.

## ... et dans la jurisprudence récente

A l'instar des récents développements législatifs, les attaques contre la vie privée se constatent également au niveau jurisprudentiel. Il convient de rappeler que même si la Suisse n'est que rarement condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), la majorité des condamnations portent sur le droit à un procès équitable et celui du respect de la vie privée et familiale. La Suisse, pays des droits humains, n'est donc pas « blanche comme neige » comme le démontre plus particulièrement le récent arrêt Vukota-Bojic c. Suisse du 18.10.2016 qui a amené le TF à réviser sa jurisprudence.<sup>8</sup>

Outre l'arrêt pour lequel la Suisse a été condamnée, d'autres récents arrêts tant cantonaux que fédéraux témoignent d'une tendance globale à l'affaiblissement de la vie privée. Ainsi, dans l'ATF 143 I 377, le TF a – tout en admettant l'insuffisance de l'art. 59 al. 5 LAI en tant que base légale – considéré que les preuves recueillies lors de l'observation d'un espace public d'un assuré pouvaient quand même être exploitées. Il convient dès lors de constater que le TF a accordé un plus grand poids à l'intérêt public à la prévention des fraudes à l'assurance qu'à l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée<sup>9</sup>.

La Cour suprême du Canton de Zoug a, quant à elle, considéré que les enregistrements faits par les caméras embarquées (« Dashcams ») constituaient certes une atteinte à la personnalité de l'accusé mais qu'elles pouvaient se justifier par un intérêt privé prépondérant<sup>10</sup>. Pour terminer, il faut citer encore l'arrêt TAF D-6428 du 14 décembre 2017 dans lequel le Tribunal administratif fédéral a admis les investigations du SEM qui avait consulté le profil Facebook d'un requérant afin d'obtenir des informations le concernant<sup>11</sup>.

## La « marchandisation » de notre vie privée

Le premier chapitre a relevé que nous sommes parfois contraint-e-s de sacrifier notre vie privée au nom d'un intérêt public ou privé prépondérant. Il arrive toutefois que dans certaines situations, nous choisissons de renoncer délibérément à certains aspects de notre vie privée en échange de services<sup>12</sup> ou d'autres avantages<sup>13</sup>.

- 14 Par ex. la CSS propose des rabais en échange d'informations sur le nombre de pas effectués chaque jour. Ce programme exclut donc les personnes à mobilité réduite.
- 15 Voir à ce sujet les explications du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence concernant les systèmes «Pay as you drive» (PAYD) et l'utilisation de «boîtes noires» dans les véhicules automobiles, décembre 2015.
- 16 Dans l'exemple de la CSS, le rabais proposé s'élève à environ CHF 10 par mois (Rochelandet Fabrice, Economie des données personnelles et de la vie privée, La Découverte, 2010, p. 115).
- 17 Par ex. celles d'une carte de fidélité.
- 18 Il est possible d'identifier une personne uniquement à l'aide de trois informations, à savoir le code postal, la date de naissance et le sexe (Latanya Sweeney, Simple Demographics Often Identify People Uniquely. Carnegie Mellon University, Data Privacy Working Paper 3. Pittsburgh 2000, p. 2) ou simplement en observant la liste des sites consultés (cf. Michael Barbaro/Tom Zeller, A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749, New York Times, 9 août 2006).
- 19 C'est le cas de Vizio qui, via ses téléviseurs, collectait notamment des informations sur ses client-e-s Wi-Fi sans que ceux-ci ou celles-ci n'y aient consentis (Bergounhoux Julien, Vizio condamné pour avoir espionné 11 millions d'acheteurs de ses smart TV, L'Usine Digitale, 7 février 2017).
- 20 Voir, par ex. la poupée «Mon amie Cayla» dont il est possible de prendre le contrôle et de se connecter à distance, à condition de se trouver à moins de neuf mètres du jouet. A noter que, contrairement à d'autres pays européens qui ont interdit la vente de ce jouet, la Suisse n'a pris aucune mesure (Cf. Interpellation 17.412 de Mathias Reynard, «Jouets connectés. Comment éviter des dérives», 13 décembre 2017).
- 21 Le fondateur du Forum économique mondial, Klaus Schwab, a ainsi déclaré en 2013 que d'ici vingt ans régnerait la transparence absolue et qu'il n'y aurait plus de vie privée (Thür Hanspeter, Privatsphäre im Internetzeitalter: Möglichkeiten und Grenzen der Datenschützer, in: Boehme-Nessler Volker/Rehbinder Manfred, Big Data: Ende des Datenschutzes? Gedächtnisschrift für Martin Usteri – Schriften zur Rechtspsychologie (Band 15), Bern 2017, p. 73). Cf. également les déclarations de Mark Zuckerberg («The Age of Privacy is over») et de Vint Cerf («La vie pourrait en réalité être une anomalie»).
- 22 Une étude sociologique a ainsi constaté que les changements effectués par certaines plateformes sociales afin d'amoindrir la vie privée provoquent à chaque fois des réactions de défense des utilisateurs et utilisatrices qui renforcent leurs paramètres de confidentialité et cherchent de nouvelles stratégies pour mieux protéger leur vie privée («cyclicité de la vie privée» ; Casilli Antonio, Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée, La Documentation Française 2014, pp. 423-434).

Notre vie privée est ainsi devenue, en quelques années, une sorte de monnaie d'échange. Or cette évolution n'est pas sans danger. En effet, marchander notre vie privée est susceptible de favoriser les discriminations<sup>14</sup> et d'accentuer les inégalités sociales, faisant de la vie privée un produit de luxe que seul-e-s ceux et celles qui disposent des moyens financiers pourront continuer à protéger<sup>15</sup>. Au surplus, force est de constater que nous allons de plus en plus de loin dans la « marchandisation » de notre vie privée en acceptant même désormais de fournir des données sensibles telles que celles relatives à la santé pour bénéficier de rabais souvent insignifiants<sup>16</sup>. A l'heure où certain-e-s avancent que la solution à ce problème serait d'instaurer un droit de la propriété sur nos données personnelles afin de pouvoir mieux les contrôler, rappelons-leur que le législateur suisse a expressément placé le droit de la protection des données dans les droits de la personnalité qui sont par nature inaliénables et extrapatrimoniaux.

## L'impact des nouvelles technologies

Le progrès technologique fait également peser une menace grandissante sur notre sphère privée. En effet, l'analyse d'un grand nombre de données – même a priori inintéressantes<sup>17</sup> – permet, à l'aide des nouvelles technologies, d'identifier une personne<sup>18</sup> ou de dresser un profil précis de celle-ci, voire même de relever des aspects très intimes de sa personnalité comme son état de santé, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, etc.

De surcroît, les objets connectés se sont banalisés sans que nous ne soyons vraiment conscient-e-s du fait que ceux-ci collectent et traitent des données<sup>19</sup>. La prolifération de ces objets, dont la sécurité reste pour l'instant très rudimentaire<sup>20</sup>, met sérieusement en péril notre vie privée, d'autant plus que ceux-ci ont parfois accès à des endroits autrefois protégés.

A l'ère du numérique, les dangers qui pèsent sur notre vie privée n'ont cessé d'augmenter. D'aucuns y voient la fin prochaine de la vie privée<sup>21</sup>, tandis que d'autres, au contraire, considèrent que la protection de la vie privée s'est renforcée au fil des années<sup>22</sup>.

Le but n'est pas de trancher cette question. Toujours est-il que l'affaiblissement de la vie privée, voire même sa disparition, mettent en péril l'ensemble de nos droits et libertés fondamentales<sup>23</sup> et l'essence même de notre Etat de droit<sup>24</sup>.

Par conséquent, la protection de notre vie privée doit absolument être renforcée. A ce titre, l'éducation et la sensibilisation s'avèrent être des outils efficaces pour permettre aux individus de contrôler leur vie privée. Toutefois, cette mesure n'est pas suffisante car, comme certaines récentes études l'ont démontré, même les utilisateurs et utilisatrices qui sont conscient-e-s des dangers potentiels liés à la publicisation de leur vie privée peinent à se protéger de manière efficace, et ce malgré le fait que la majorité des solutions pro-privacy soient gratuites<sup>25</sup>. Il est dès lors

- 23 Dans ce sens, cf. TF 1C\_598/2016 dans lequel le TF a considéré que l'enregistrement des données secondaires pouvait nuire à la liberté d'expression («chilling effect») (consid. 4.1).
- 24 Volker Boehme-Nessler, Die Macht der Algorithmen – Anmerkungen zum Einfluss von Big Data auf die Demokratie, in: Boehme-Nessler/Rehbinder, Big Data: Ende des Datenschutzes? Gedächtnisschrift für Martin Usteri – Schriften zur Rechtspsychologie (Band 15), Berne 2017, pp. 111-138.
- 25 Il y a plusieurs explications à ce paradoxe, à savoir: le manque d'information, une rationalité limitée par la quantité d'informations, les capacités cognitives ou le temps et des distorsions psychologiques (cf. Rochelandet (note 16), p. 81 ss. Acquisti Ales-sandro, Privacy in Electronic Commerce and the Economics of Immediate Gratification, in: EC ,04 Proceedings of the 5th ACM conference on Electronic commerce, New York 2004, pp. 21-29.
- 26 Relevons au passage que la Loi sur la protection des données, datant de 1993, est en cours de révision. Or les débats semblent, depuis 2016 et l'envoi en consultation de l'avant-projet de révision totale de la LPD, s'éterniser.

indispensable de disposer d'une législation adaptée aux défis actuels<sup>26</sup> et respectueuse de la vie privée. Dans un contexte où la tendance est au démantèlement de la vie privée et, plus généralement, des principes fondamentaux de l'Etat de droit, l'engagement des Juristes démocrates de Suisse est, plus que jamais, essentiel.

# Wie steht es in der Schweiz um den Arbeitnehmer\_innenschutz?

Die Umgestaltung der Arbeitsverhältnisse in der digitalen Ära, allem voran die Entgrenzung von Arbeits- und Freizeit, verlangt nach einer Klärung des rechtlichen Rahmens, der den Arbeitnehmer\_innenschutz regelt. Was ist zulässig unter dem geltenden Gesetz und welche Anpassungen wären nötig?

1 Vgl. aber immerhin zu gewissen Differenzierungen: Roland Bachmann, Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz der Einheit des Arbeitsvertragsrechts, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 1 ff.

Arbeitnehmer\_innenschutz bildet zusammen mit dem Sozialversicherungsrecht und dem Familienrecht die wesentlichsten Teile des Sozialschutzes. Die Ausgestaltung all dieser Bereiche ist in höchstem Masse von den wirtschaftlichen Gegebenheiten der Gesellschaft und den Bräuchen und Gepflogenheiten abhängig. Sie sind historisch gewachsen und unterliegen dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandel.

Der Arbeitnehmer\_innenschutz ist in der Schweiz zweigeteilt: Zum einen gibt es den älteren öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmer\_innenschutz und zum andern bestimmte Schutzbestimmungen im Vertragsrecht. Das Arbeitsgesetz hat dabei eine äusserst komplexe und kasuistische Regelung seines Anwendungsbereichs. Demgegenüber unterscheidet das Arbeitsvertragsrecht nicht zwischen verschiedenen Kategorien von Arbeitnehmenden. International wohl nahezu einmalig findet das Arbeitsvertragsrecht mit allen Schutzbestimmungen auf alle Arbeitsverhältnisse Anwendung, unabhängig davon, ob es um das Reinigungspersonal oder den die Generaldirektor\_in eines Unternehmens geht.<sup>1</sup> Das hat die Gesetzgebung wohl bis anhin auch zu einer gewissen Zurückhaltung bezüglich des Ausbaus der Schutzbestimmungen bewogen. Der Schutz der wirtschaftlich Schwächeren, bewirkt – wegen dem breiten Anwendungsgebiet – immer auch den Schutz der Gutverdienenden.

## Veränderung der Arbeitswelt

Ausgangspunkt des Arbeitnehmer\_innenschutzes war die Industrialisierung, namentlich die Entwicklung der Fabriken mit ihren Maschinen im 19. Jahrhundert. Zu Beginn dieser Entwicklung gab es aber auch schon Dienstleistungsbetriebe. Dieser Wirtschaftssektor hat in den letzten Jahrzehnten einen enormen Aufschwung erlebt. Gleichzeitig ist die Automatisierung rasant fortgeschritten und die Digitalisierung hat Einzug gehalten. Hat das die Bedürfnisse nach einem Schutz grundsätzlich verändert?

Viele einfachste Arbeiten sind heute automatisiert und durch Maschinen ersetzt worden. Diese Einrichtungen müssen allerdings bedient und überwacht



werden, was nach wie vor weitgehend orts- und zeitgebundenes Arbeiten erfordert. Schneller dürfte die technische Entwicklung Berufe im Transportgewerbe obsolet werden lassen. Berufsfahrer\_innen werden durch selbstgesteuerte Transportmittel überflüssig. Für gewisse elementare Arbeiten bleibt der Mensch aber nicht ersetzbar.<sup>2</sup> Schwere körperliche Arbeit ist jedoch seltener, und die Maschinen sind sicherer geworden.

Die grössten Veränderungen erfolgten im administrativen Bereich und betreffen damit den tertiären Sektor. Internet, E-Mail, Digitalisierung machen diese Arbeiten weitgehend orts- und zeitungebunden. Von der Wirtschaft wird diese Flexibilisierung indessen gar noch nicht wirklich genutzt. Internationale Unternehmen erwarten von ihren Mitarbeitenden trotz der Zeitungebundenheit der Kommunikation noch immer dauernde Erreichbarkeit. Neue Techniken setzen neue Fähigkeiten voraus. Sprache und Schrift gewinnen an Bedeutung, Fremdsprachenkenntnisse werden aber weniger wichtig. Die entsprechenden Computerprogramme sind in allen Sprachen möglich. Computerprogramme können Übersetzungen vornehmen.

Eine wesentliche Veränderung betrifft nicht die Arbeitswelt, sondern die Gesellschaft: Die Arbeitsteilung in der Familie hat an Bedeutung verloren. Die Arbeitszeitregelungen sollten auf die Vereinbarkeit von Familie und Arbeit ausgerichtet und damit flexibel sein. Das setzt aber voraus, dass die Arbeitszeitsouveränität bei den Arbeitnehmer\_innen und nicht bei den Arbeitgeber\_innen liegt.

## Neuer Konkurrenzdruck und neue Gefahren

Die Globalisierung der Märkte setzt die einzelnen Unternehmen zweifellos einem höheren Konkurrenzdruck aus. Es ist mehr Flexibilität in der Produktion gefordert. Zudem ist der Arbeitsmarkt internationaler geworden: Zum einen ist die Einwanderung mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen mit Europa für Europäer\_innen erleichtert worden. Zum andern erlaubt es die Digitalisierung diverse Arbeiten ortsungebunden auszuführen. Diese Öffnung des Arbeitsmarktes entzieht sich der nationalen gesetzgebenden Instanz.

Neue Techniken bringen zudem auch immer neue Gesundheitsrisiken mit sich, weil mögliche Auswirkungen noch nicht bekannt sind. Das ist aber nichts prinzipiell Neues. Ebenfalls nicht neu sind die Gefahren, die sich aus dem Konkurrenzdruck ergeben. Produktionssteigerungen und Verbilligungen sind immer wieder auf dem Rücken der Arbeitnehmer\_innen ausgetragen worden, indem versucht wurde, die Leistung zu steigern und die Löhne zu senken. Mehr Leistung verbraucht aber auch die Kräfte der Menschen. Das kann zu somatischen und psychischen Schäden führen.

Die grosse Veränderung erfolgt aber wohl bei der Abgrenzung von Arbeit einerseits und Freizeit, Privatleben sowie Familie andererseits. Diese Vermengung kann zu erheblicher Mehrbelastung führen, indem keine eigentlichen Erholungszeiten mit autonomen Gestaltungsmöglichkeiten mehr bestehen. Sozialkontakte werden eingeschränkt. Wohl war die Zeitautonomie der Einzelnen auch in agrarischen Zeiten beschränkt. Ihre Arbeit wurde durch die Natur (fremd-)bestimmt. Heute wird sie aber durch die Organisation des Unternehmens und damit durch Vorgesetzte, die Geschäftsleitung und die Bedürfnisse des Kapitals bestimmt. Insofern erweist es sich auch immer als etwas zweischneidig, wenn der Ruf nach Liberalisierung der Arbeitszeitregeln im Arbeitsgesetz mit dem Hinweis begründet

3 Siehe Art. 7 UWG; und Art. 4 Bst. a UWG.

4 Siehe Art. 16 BVG.

wird, die Arbeitnehmer\_innen wollten mehr Flexibilität bei den Arbeitszeiten. Dieser Wunsch besteht nur, wenn die Zeitsouveränität tatsächlich bei den Arbeitnehmer\_innen liegt.

## Regelung auf welcher Ebene?

Eine auf Freiheit aufbauende Gesellschaft sollte möglichst wenig staatliche Regelungen haben. Der Grundsatz der Subsidiarität ist zentral. Jede Regelung hat auf der Stufe zu erfolgen, auf der sie am effizientesten und präzisesten die zu regelnden Fälle erfasst. Entsprechend bedeutet Subsidiarität aber nicht einfach, dass eine Regelung in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) oder auf kantonaler Ebene einer solchen in Gesetzen auf Bundesebene und in internationalen Abkommen vorzuziehen sei. Vielmehr ist die höhere Ebene dann von Subsidiaritätsüberlegungen sogar geboten, wenn damit ein für die Rechtsunterworfenen klarerer und einfacherer Rahmen geschaffen werden kann.

Entscheidend ist zudem, wer die entsprechenden Kosten tragen soll. Die Debatte darf nicht auf «Arbeitgeber\_in» oder «Arbeitnehmer\_in» verkürzt werden. Individuell können die Kosten einer persönlichen gesundheitlichen Katastrophe nie getragen werden. Sollen die Kosten einzelne Arbeitgeber\_innen, ein bestimmter Wirtschaftszweig oder die ganze Gesellschaft tragen? Die Frage muss für jede unterschiedliche Ursache einzeln aufgrund einer Analyse der Ursachen, der Handlungsanreize und der Wirkungen der Verteilung der Kosten entschieden werden. Dafür braucht es statistische Unterlagen, soll der Entscheid nicht eine Blindlandung ohne Instrumente sein.

Der Arbeitnehmer\_innenschutz dient auch der Sicherung eines lautereren Wettbewerbs. Entsprechend handelt unlauter, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch den Mitbewerber\_innen auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind.<sup>3</sup> Daraus lässt sich für die Ebene, auf der eine Regelung erfolgen soll, schliessen, dass sie jenen Kreis umfassen sollte, in dem das durch die Arbeit erzielte Produkt in Konkurrenz mit jenen der anderen Marktanbieter\_innen steht, und die Arbeitsbedingungen noch einen relevanten Wettbewerbsfaktor sind.

## Kündigungsschutz?

Es wird ein Ausbau des Schutzes vor diskriminierenden Kündigungen, namentlich vor Kündigungen älterer Arbeitnehmer\_innen gefordert. Jeder Kündigungsschutz zu Gunsten einer bestimmten Kategorie von Arbeitnehmenden schafft Abgrenzungsschwierigkeiten und kann dazu führen, dass es für diese Personen schwieriger ist, eine Stelle zu finden. Zudem fragt sich, ob hier die Kosten nicht kollektiv zu tragen sind. Die Diskriminierung ist die Folge gesellschaftlicher Vorurteile. Von daher wird der Schutz älterer Mitarbeiter\_innen sinnvollerweise durch das Sozialversicherungsrecht und nicht durch einen verstärkten Kündigungsschutz erreicht. Zu denken ist an eine Verminderung der Sozialversicherungsbeiträge älterer Mitarbeiter\_innen<sup>4</sup> und eine attraktivere Flexibilisierung des vorzeitigen Altersrücktritts.

Soll der Kündigungsschutz für die gewählte Vertretung der Arbeitnehmer\_innenschaft in betrieblichen Organisationen ausgebaut werden? Art. 336 Abs. 2 lit. b OR gewährt keinen ausreichenden Schutz. Die Arbeitgeber\_innenseite wendet

5 Vgl. Jean-Louis Duc, *Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO*, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.), *Arbeit und Arbeitsrecht*, Festschrift für Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 45 ff.

6 Der Baumeister\_innenverband\* macht dies inzwischen auch für die Sommermonate geltend.

7 Vgl. zu den Stressfaktoren: Simone Grebner/Illana Berlowitz/Vanessa Alvarado/Manuel Cassina, in: SECO (Hrsg.), *Stress bei Schweizer Erwerbstätigen*, Bern 2010, S. 29 ff.

gegen ein eigentliches Kündigungsverbot ein, solche Regelungen hätten im Ausland dazu geführt, dass ein vollständig geschlossenes Unternehmen als rechtliche Einheit weiterbestehen müssen, weil die Vertretung der Arbeitnehmer\_innen bis zum Ablauf der Amtsdauer nicht hätte gekündigt werden können. So weit ist in der Tat nicht zu gehen. Es wäre möglich, eine minimale Kündigungsfrist für die Vertretung der Arbeitnehmer\_innenschaft von beispielsweise sechs Monaten vorzusehen, so dass bei einem innerbetrieblichen Konflikt eine nicht genehme Vertretung der Arbeitnehmer\_innenschaft nicht während des Konflikts durch Kündigung aus dem Gremium entfernt werden kann.

Eine weitere Schutzvorkehr könnte in einer Verpflichtung bestehen, eine\_n Mitarbeiter\_in vor der Kündigung wenigstens anzuhören, was allein ein Gebot des Anstandes ist.

## Lohnfortzahlungspflicht

Für die Betroffenen, aber auch für die gesamte Volkswirtschaft von grosser Bedeutung ist, dass gesundheitlich angeschlagene Personen nicht aus dem Erwerbsleben ausscheiden, solange sie trotz ihrer angeschlagenen Gesundheit noch arbeiten können. Mit der Lohnfortzahlungspflicht und dem Kündigungsschutz im Krankheitsfall sollen die Weiterbeschäftigung und eine sozial verträgliche Abfederung gesichert werden. Die entsprechenden Regelungen erweisen sich allerdings immer wieder als ungenügend, wenn jemand wiederholt krankheitshalber ausfällt. Die entsprechenden Kosten sollten von der Allgemeinheit statt von den einzelnen Arbeitgeber\_innen getragen werden. Eine obligatorische Krankentaggeldversicherung könnte eine wesentliche Verbesserung bringen.<sup>5</sup>

## Wöchentliche Höchst Arbeitszeit

Von Arbeitgeber\_innenseite wird immer wieder eine Erhöhung der wöchentlichen Höchst Arbeitszeit von 45 Stunden für alle Betriebe auf 50 Stunden pro Woche gefordert. Namentlich bei Treuhandfirmen sei der Arbeitsanfall saisonal im Januar und Februar mit den Jahresabschlüssen sehr hoch.<sup>6</sup> Die jährliche Arbeitszeit müsse nicht verlängert werden, aber während der Hauptsaison müsse länger gearbeitet werden können.

Diese Forderung hält einer seriösen Betrachtung nicht stand, sie verkennt die geltende gesetzliche Regelung. Es kann auch nicht ernstlich bestritten werden, dass die Begrenzung der Arbeitszeiten ein wesentlicher Schutz der Arbeitnehmer\_innen vor Überarbeitung darstellt, auch wenn die blosser Arbeitsdauer nur ein Stressfaktor unter vielen anderen ist.<sup>7</sup>

In der Praxis ist zwischen den tatsächlichen Arbeitszeiten und den im Arbeitsgesetz geregelten sogenannten wöchentlichen Höchst Arbeitszeiten zu unterscheiden. Was Art. 9 des Arbeitsgesetzes (ArG) unter dem Begriff «wöchentliche Höchst Arbeitszeit» regelt, hat mit der maximal wöchentlich zulässigen Arbeitszeit wenig zu tun. Gemäss Art. 12 ArG darf diese «Höchst Arbeitszeit» unter gewissen Voraussetzungen überschritten werden. Damit ist es aber keine «Höchst Arbeitszeit» mehr, sondern höchstens die «normale Höchst Arbeitszeit».

Was ist nun tatsächlich das absolute Maximum für die wöchentliche Arbeitszeit? Die Berechnung ist teilweise streitig. Vorsichtig gerechnet komme ich auf

8 Grebner/Berlowitz/Alvarado/Cassina, (Fn. 7), S. 38 ff.

9 Art. 12 Abs. 2 ArG.

10 Siehe Art. 7 ArGV 2.

eine netto Höchst Arbeitszeit von 66 Stunden für jene Betriebe, die der 45 Stunden-Woche als Höchst Arbeitszeit unterstehen! Das sind dann allerdings Arbeitszeiten, welche nach den Studien des SECO einen klassischen Stressfaktor darstellen.<sup>8</sup>

- Es ist zulässig, zu den 45 Stunden an jedem Arbeitstag noch zwei Stunden Überzeit zu leisten.<sup>9</sup> Das ergibt bei einer Fünftageweche zehn zusätzliche Stunden.
- Zudem können am Samstag beliebig viele Überzeitstunden geleistet werden. Allerdings darf das zulässige Maximum der Tagesarbeit nicht überschritten werden. Das Bundesgericht hat nie entschieden, wie viel das ist. Es sind aber sicher weitere elf Stunden.
- Schliesslich erlaubt Art. 12 Abs. 2 ArG «in Notfällen» auch mehr als zwei Stunden Überzeit an einem Arbeitstag zu leisten. In einem Notfall kann in einer Woche folglich sogar mehr als 66 Stunden gearbeitet werden.
- Damit ist das Bedürfnis nach einer Erhöhung der Höchst Arbeitszeit in Art. 9 ArG nicht ausgewiesen. Das Gesetz bietet genügend Flexibilität. Dass die Überzeiten mit einem Zuschlag zu entschädigen sind, ist kein Gegenargument. Soweit es keinen Mindestlohn gibt, lässt sich dies bei der Vereinbarung des Lohnes ohne Weiteres berücksichtigen.
- Zutreffend ist allerdings, dass eine einheitliche Regelung der normalen maximalen Arbeitszeit im Gesetz sinnvoll wäre, weil damit einiges an Abgrenzungen vereinfacht würde und insbesondere bis anhin vollständig ungeklärte Fragen bei Mehrfachbeschäftigungen in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen entfallen würden. Sinnvollerweise würde dann aber die normale maximale Arbeitszeit generell auf 45 Wochenstunden gesenkt mit der Möglichkeit auf Verordnungsstufe für gewisse Wirtschaftszweige eine Verlängerung vorzusehen.

## Pausen und Ruhezeiten

Zweifelloso zu überdenken ist die im geltenden Recht unklare und zu komplexe Regelung der Ruhezeiten und Pausen. Eine Vereinfachung schränkt allerdings unweigerlich die Flexibilität ein.

Zu prüfen ist auch, ob längere zusammenhängende Arbeitsperioden sinnvoll sein können, das heisst die Arbeitswoche verlängert werden soll. Das ist indessen schon jetzt für einzelne Wirtschaftszweige auf Verordnungsstufe bis zu elf aufeinanderfolgenden Tagen möglich.<sup>10</sup> Die entsprechende Regelung ist, dem Subsidiaritätsgebot folgend, für einzelne Wirtschaftszweige aufgrund deren spezifischer Bedürfnisse und auf deren Vorschläge hin vom Bundesrat zu erlassen.

## Aufzeichnung der Arbeitszeiten

Die Aufzeichnung der Arbeitszeiten ist in all jenen Betrieben kein Problem, in denen aus betrieblichen Gründen genaue Einsatzpläne nötig sind. Kein Problem ist die Aufzeichnung auch für Unternehmen, welche den Kund\_innen Zeit verkaufen. Wer mit den Kund\_innen nach Zeit abrechnet, muss diese auch

11 Urs Maurer-Lambrou/  
Andrea Steiner, in:  
Maurer-Lambrou/Vogt  
(Hrsg.), Basler Kommentar  
Datenschutzgesetz, 2006,  
N. 11 zu Art.4 DSG.

12 Siehe Art. 13 Abs. 1 ArGV 1.

13 Siehe Art. 15 Abs. 1 Bst.  
b ArG.

aufzeichnen. Zeichnen diese Betriebe die geleisteten Arbeitszeiten nicht genau auf, verletzen sie nicht bloss das Arbeitsgesetz, sondern betrügen auch die Kund\_innen, es sei denn sie berechnen einfach zu wenig.

Damit bleiben gar nicht viele Betriebe, bei denen die Aufzeichnung der Arbeitszeiten überhaupt aus arbeitsrechtlichen Gründen Schwierigkeiten bereiten könnte. Andererseits ist es aber auch evident, dass es sich bei diesen Aufzeichnungen um hoch sensible persönliche Daten im Sinne des Datenschutzgesetzes handelt. Einen Datenfriedhof zu produzieren, den niemand ansieht und braucht, widerspricht den elementarsten datenschutzrechtlichen Grundsätzen. Die Bearbeitung von Personendaten muss verhältnismässig sein. Verhältnismässig ist aber eine Bearbeitung nur, wenn sie objektiv tatsächlich nötig ist.<sup>11</sup> Es gäbe effizientere Kontrollmechanismen als die flächendeckende Aufzeichnung der Arbeitszeiten, für die sich dann niemand interessiert. Zu denken ist beispielsweise an Besuche von Arbeitsinspektor\_innen in Unternehmen. Wenn die Arbeitsinspektor\_innen einige wenige Tage in einem Unternehmen verbringen, werden sie sofort erkennen können, ob die Arbeitszeitvorschriften eingehalten werden oder nicht. Von daher sollten die Ausnahmen ausgebaut und von der Aufzeichnungspflicht in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) viel weiter für einzelne Wirtschaftszweige gefasst werden.

## Abgrenzung Arbeit und Freizeit

Mit den neuen Kommunikationsmitteln tritt auch eine Gefahr mit vollständig neuer Qualität auf: Das Verlangen der Arbeitgeber\_innen auf jederzeitige Erreichbarkeit der Arbeitnehmer\_innen. Verständlich ist allerdings dieses Bedürfnis nicht. Die neuen Kommunikationsmittel machen die Arbeit vermehrt orts- und zeitungebunden, so dass sie auch nicht gleichzeitig ausgeführt werden muss und die jederzeitige Erreichbarkeit überflüssig wird. Es ist wohl eher so, dass die Möglichkeit der jederzeitigen Erreichbarkeit erst das Bedürfnis derselben schafft. Die Forderung nach jederzeitiger Erreichbarkeit ist aber zweifellos eine grosse Belastung und ein erheblicher Stressfaktor. Auch hier ist meines Erachtens aber mehr die Praxis als die Gesetzgebung gefordert.

Die geltende Rechtslage erweist sich als eindeutig: Als Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes gilt jede Zeit, während der sich die Arbeitnehmer\_innen zur Verfügung der Arbeitgeber\_innen zu halten haben.<sup>12</sup> Liest ein\_e Arbeitnehmer\_in geschäftliche Mails, ist dies zweifellos Arbeit und damit auch Arbeitszeit. Diese Zeit zählt folglich zur Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes und darf grundsätzlich weder in der Nacht noch an Sonntagen erfolgen. Sie unterbricht auch die Ruhezeit, welche zwischen zwei Arbeitstagen zu gewähren ist. Hier bestehen folglich klare Schranken. Entsprechend ist es in der Tat nicht zulässig, dass ein\_e Arbeitnehmer\_in um fünf nach Hause geht und, nachdem er\_sie sich um Familie und Haushalt gekümmert hat, zwischen 22.30 Uhr und 23 Uhr noch geschäftliche E-Mails zu Ende bearbeitet und am nächsten Morgen wieder um 8 Uhr im Betrieb sein soll. Das entspricht auch kaum dem Bedürfnis der Arbeitnehmer\_innen. Ihr Bedürfnis ist allenfalls, bereits um fünf nach Hause gehen zu können. Es ist aber kaum ihr Bedürfnis, um 22.30 Uhr noch einmal mit der Arbeit zu beginnen. Arbeiten Arbeitnehmer\_innen von 8 bis 17 Uhr, so dauert ihr Arbeitstag immerhin bereits neun Stunden brutto, auch nach Abzug der obligatorischen Pause von einer halben Stunde<sup>13</sup> verbleibt ein Arbeitstag von netto

14 Siehe Art. 14 ArGV 1.

achteinhalb Stunden und damit, bei einer Fünftagewoche, eine Wochenarbeitszeit von 42,5 Stunden.

Verlangt ein\_e Arbeitgeber\_in, bloss, dass die Arbeitnehmer\_innen wenigstens erreichbar sind, ohne dass sie aktiv zu kontrollieren haben, ob sie etwas tun müssen, so liegt ein Pikettdienst vor. Dieser ist zulässig, auch nachts und an Sonntagen, aber nicht dauernd. Innert vier Wochen darf nur an sieben Tagen, unter gewissen Voraussetzungen während 14 Tagen, Pikettdienst geleistet werden.<sup>14</sup> Die dauernde Erreichbarkeit ist folglich schlicht nicht zulässig.

Konsultieren Arbeitnehmer\_innen in den Ferien geschäftliche E-Mails, ist der entsprechende Tag kein Ferientag. Die Arbeitnehmer\_innen können ihn später noch nachbeziehen.

«Ich bin Mitglied der Demokratischen Juristinnen und Juristen, weil unsere Gesetze zwar formell demokratisch erlassen werden, faktisch aber die wirtschaftlich schwächeren und weniger privilegierten Menschen insbesondere bei der Rechtsdurchsetzung weiterhin benachteiligen. Die DJS versuchen auf fachlicher Ebene, solche Defizite der Rechtsordnung aufzuzeigen und zu bekämpfen.»

*Christoph Häberli, Zürich*

«Demokratische Jurist\_innen begnügen sich nicht damit, im Rahmen des bestehenden (Rechts-)Systems progressive Positionen einzunehmen, ihre Aufgabe besteht vielmehr auch darin, die herrschenden Rechts- und Machtverhältnisse als solche kritisch zu hinterfragen und sich gegen die Instrumentalisierung des Rechts zur Aufrechterhaltung undemokratischer Machtstrukturen und diskriminierender Ausgrenzungsmechanismen einzusetzen.»

*Alexandra Büchler, Bern*

## Contrat de durée déterminée : bien plus qu'un bail à l'essai, un musellement des locataires

Alors que les contrats de bail d'une durée limitée, permettant aux régies de contourner plusieurs normes de protection, se généralisent dans plusieurs régions de Suisse, il semble plus que jamais nécessaire d'y apporter des garde-fous.

A l'heure d'achever cet article, un des deux auteur-e-s a été confronté au cas suivant: un locataire genevois s'est vu proposer un bail de durée déterminée de cinq ans, dont le loyer avait été bloqué à CHF 1500 par mois pendant les trois premières années, en application de la loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR), puis porté à CHF 3000 par mois pour les deux dernières années du contrat. A quelques mois du terme du bail, la régie a proposé au locataire de convenir d'un nouveau contrat de durée déterminée de cinq ans, pour un loyer mensuel de CHF 3250. A la conclusion du bail initial, le locataire n'avait pas osé remettre en question l'échelon augmentant substantiellement son loyer, étant précisé qu'il ne pouvait le faire qu'en début de contrat (art. 270d CO).

En définitive, faute ici d'augmentation supérieure à 10% (TF 4A\_295/2016 du 29.11.2016) entre le nouveau loyer et celui précédemment fixé, et compte tenu du fait que l'immeuble a été acquis plus de quarante ans auparavant par son propriétaire actuel – ce qui exclut en toute hypothèse le calcul de rendement –, le locataire, s'il accepte de signer le nouveau bail, n'a en pratique aucune chance de pouvoir contester avec succès le loyer imposé de CHF 3250 par mois. Il se voit donc dans l'obligation d'accepter cette hausse ou de déménager à brève échéance, au mieux au terme d'une prolongation judiciaire de son bail (art. 273 al. 2 let. b CO). La seule échappatoire possible pour lui est d'obtenir la requalification de son contrat en un bail de durée indéterminée. Ce nonobstant, le premier échelonnement du loyer, bien que monumental, demeurera incontesté, en raison de la menace qui planait sur le locataire dès le début du contrat.

### Ce que prévoit le Code des obligations (CO)

L'art. 255 al. 1 CO prévoit qu'un contrat de bail peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

La caractéristique du bail de durée déterminée réside dans le fait qu'il prend fin au terme de la durée convenue, sans congé (art. 255 al. 2 et 266 al. 1 CO), à

l'inverse du contrat de durée indéterminée, qui doit être résilié par l'une ou l'autre des parties pour prendre fin.

La loi instaure par ailleurs une présomption en faveur du contrat de durée indéterminée (art. 255 al. 3 CO), de sorte que tous les baux nécessitant un congé pour qu'il y soit mis fin appartiennent à cette catégorie (Message, FF 85.015, p. 1403).

## Contexte de pénurie de logement

Nombre de praticien-ne-s, avocat-e-s, magistrat-e-s, régisseur-se-s, de même que parfois les locataires, sont heurté-e-s par le fait que le droit du bail puisse s'en prendre à la liberté et à la fidélité contractuelle. Contester un loyer initial ? C'est revenir sur la parole donnée. Contester un congé ? C'est empêcher le bailleur ou la bailleuse de faire valoir son droit à la propriété.

Les initiatives en faveur des locataires sont nées, en Suisse, dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle. La pénurie de logement qui a caractérisé les années 1920 a, souvent à l'incitation d'associations de locataires fraîchement créées, encouragé les pouvoirs publics à mettre en place des mécanismes permettant de garantir une offre de logement à des prix abordables pour un nombre croissant de personnes. Un contrôle des loyers a ainsi été institué dès 1917, de même qu'une protection des locataires contre les congés. Une protection contre une augmentation de loyer n'aurait en effet pas de sens s'il suffisait de la contourner en mettant les habitant-e-s du logement dehors.

La nécessité d'édicter des normes protectrices des locataires lorsque les logements viennent à manquer est apparue évidente. La rareté du logement va de pair avec des prix plus élevés, tandis que les prestations sont en baisse. Les locataires étant plus vulnérable en période de pénurie, car prêt-e à accepter moins de qualité pour un loyer plus élevé, le risque est grand que les bailleurs/les bailleuses en profitent pour maximiser abusivement le rendement de leurs biens. La pénurie constitue donc, en soi, un frein aux revendications légitimes des locataires.

En 1990, la révision du droit du bail a été centrée sur le principe de la lutte contre les abus. Loyers et congés abusifs ont dès lors été proscrits par une loi fédérale, après avoir été consacrés par diverses « mesures contre les abus dans le secteur locatif » d'abord promulguées dans certaines régions de notre pays, avant d'être étendues, en 1987, à l'ensemble de la Suisse. Ces avancées ont permis de renforcer la position des locataires d'habitation, face aux bailleurs/bailleuses en position structurelle de force, du fait de la nature du bien mis à disposition – un logement, bien essentiel –, mais également de la concurrence qui peut faire rage lorsque ce bien se fait rare. Les normes de protection contre les congés et les loyers abusifs ne s'appliquent d'ailleurs qu'aux baux d'habitation et de locaux commerciaux, à l'exclusion par exemple des dépôts ou emplacements de parking loués de manière indépendante.

La protection du droit du bail tel qu'on le connaît aujourd'hui est au demeurant toujours circonscrite à la notion d'abus, seul interdit par la loi. Les mécanismes de contestation du loyer initial et de contestation des congés en constituent les exemples les plus parlants. Au surplus, la liberté contractuelle demeure le principe de base de la relation entre le bailleur ou la bailleuse et son ou sa locataire.

Il nous paraît à ce stade nécessaire de souligner que les normes de protection contre les congés abusifs ont une portée qui va au-delà de la remise en cause

du motif du congé lui-même. Elles sont également les garantes de la remise en cause des loyers, que ce soit en début de contrat, ou en cours de bail à l'occasion d'une demande de baisse de loyer ou lors d'une contestation de hausse de loyer.

Aussi, en période de pénurie, alors qu'ils/elles se trouvent de par les mécanismes de l'offre et de la demande en position de force, les bailleurs/bailleuses peuvent être tenté-e-s d'imposer un contrat de bail de durée déterminée, afin de se soustraire à l'écueil d'un congé contestable. Or, lorsque le contrat de bail de durée déterminée s'inscrit dans un contexte de pénurie de logement, il en résulte une situation caractérisée non seulement par la difficulté d'obtenir un logement adéquat à un prix abordable, mais également par la précarité dudit logement. Hors période de pénurie, et sauf exception, peu nombreux seraient d'ailleurs les locataires disposé-e-s à conclure des baux de durée déterminée.

## De l'exception à l'instauration d'une pratique

Depuis plus d'une décennie, les praticien-ne-s ont vu plusieurs grandes régies ou certain-e-s bailleurs/bailleuses important-e-s, parfois même institutionnel-le-s, imposer de façon systématique des baux de durée déterminée, à tout le moins s'agissant du contrat initial.

Cette pratique n'est pourtant pas assumée: les locataires découvrent souvent à l'occasion de la signature du bail, dans les locaux de la régie, que le contrat proposé – imposé – est de durée déterminée. Bon nombre d'entre eux et d'entre elles rapportent que leur attention n'a pas été attirée sur ce point, et ce alors que l'annonce de location ne mentionnait nullement cet élément, comme s'il s'agissait d'un détail. Lorsqu'enfin le sujet est abordé, il leur est fréquemment répondu qu'il s'agit seulement d'une formalité administrative et que, « si tout se passe bien », le bail sera reconduit à son échéance.

A l'heure actuelle, les représentant-e-s des milieux immobiliers nient que la conclusion de baux de durée déterminée soit courante, soutenant qu'il s'agit plutôt de cas exceptionnels. Or il n'en est rien, comme peuvent le constater les avocat-e-s qui pratiquent régulièrement le droit du bail dans les cantons où sévit la pénurie.

L'objectif originel du contrat de durée déterminée est de permettre aux parties de se lier pour une période donnée, et pas au-delà. On peut par exemple penser aux propriétaires qui doivent louer leur appartement le temps d'une année sabbatique, ou dont la maison est vouée à la démolition et qui la louent jusqu'à ce que le chantier puisse démarrer.

Nombre de bailleurs/bailleuses ou régisseur-se-s peu scrupuleux-ses ont cependant compris, depuis des années, que ce type de baux, en période de pénurie, leur permettait de se soustraire aux normes impératives de protection des locataires, en se réfugiant derrière l'intouchable – ou presque – liberté contractuelle: celle de conclure le bail aux conditions souhaitées.

Le contrat de durée déterminée, lorsqu'il est pratiqué de façon systématique, est présenté comme une sorte de bail à l'essai, par analogie avec le temps d'essai que l'on connaît en droit du travail. Il permettrait aux bailleurs/bailleuses de s'assurer que leurs locataires ne sont pas mauvais payeurs, ne dérangent pas le voisinage, n'endommagent pas la chose louée, ne sous-louent pas abusivement, etc. Toutefois, le droit du bail ne prévoit pas de temps d'essai. Il offre en revanche aux bailleur-se-s l'opportunité de congédier avant l'échéance contractuelle les locataires qui enfreindraient leurs obligations (cf. art. 257d CO, art. 257f al. 3 CO).

Exposer la finalité du contrat de durée déterminée sous cet angle présentable, c'est en réalité oublier le cas des locataires lambda soumis-e-s à un tel contrat, qui n'oseront pas, par exemple, demander des travaux légitimes, ou à qui la reconduction du bail sera refusée au motif – futile – que leur loyer a été payé tardivement à une ou deux reprises. Or ces deux cas de figure ne justifieraient en aucun cas un congé ordinaire ou extraordinaire.

En réalité, il ne s'agit pas uniquement d'un bail à l'essai, déjà problématique en soi. Cela va plus loin. Constaté dans la pratique, mais jamais admis en procédure, le but de ces contrats est le plus souvent pour les bailleurs/bailleresse de s'assurer que les locataires ne contesteront pas leur loyer initial, voire de se ménager la possibilité de leur imposer une hausse de loyer à l'échéance fixée.

Comment garantir au mieux la possibilité d'augmenter un loyer à l'occasion d'un changement de locataire ou au terme d'une période donnée ? En imposant un contrat de durée déterminée. Un tel contrat découragera, d'une part, la plupart des locataires à agir en contestation du loyer initial et, d'autre part, permettra de se débarrasser à relativement brève échéance de celui ou celle qui malgré tout aurait eu l'audace de faire valoir ses droits en justice et aurait obtenu gain de cause, permettant ainsi au bailleur ou à la baillesse de lui chercher un-e successeur-e potentiellement plus docile.

Une telle situation est naturellement aggravée par la conclusion de contrats de durée déterminée successifs avec le ou la même locataire, soit la conclusion de contrats «en chaîne». Dans un tel cas de figure, l'on peine définitivement à percevoir le supposé «temps d'essai», celui-ci devenant en réalité permanent, le ou la locataire étant constamment menacé-e de non renouvellement du contrat.

En somme, si l'objectif du bailleur ou de la baillesse est essentiellement de se prémunir contre une contestation du loyer initial, les conséquences pour le ou la locataire sont plus vastes et aboutissent à son musellement. Si cette pratique n'est pas assumée par les bailleurs/bailleresse ou leurs régies, c'est parce qu'elle consacre, d'évidence, une fraude à la loi en permettant de détourner les normes de protection des locataires.

## Qu'en dit le Tribunal fédéral ?

Le Tribunal fédéral a eu à se pencher, notamment en 2012, sur la question des contrats de durée déterminée conclus «en chaîne». Il a retenu qu'il est sur le principe licite d'enchaîner des baux de durée déterminée, sous réserve d'une fraude à la loi, qu'un bailleur/une baillesse ou une bailleuse commet s'il ou si elle a, en soi, l'intention de s'engager pour une durée indéfinie, mais opte pour un système de baux à durée déterminée aux seules fins de mettre en échec des règles impératives de protection des locataires (ATF 139 III 145 consid. 4.2.4).

Dans cet arrêt toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas suivi les juges genevois, qui avaient retenu une présomption en faveur de l'illicéité des contrats de durée déterminée en chaîne, sous réserve d'un motif particulier des bailleurs/bailleresse justifiant le fait d'y recourir. Le Tribunal fédéral a, par la suite, eu l'occasion de confirmer que la question de la fraude à la loi était au centre de l'analyse de la licéité du contrat de durée déterminée, qu'il soit en chaîne ou unique (TF 4A\_423/2013 du 13.11.2013 consid. 5.2 ; 4A\_48/2018 du 18.05.2018 consid. 6).

Le Tribunal fédéral a par ailleurs énoncé qu'il appartenait aux locataires d'apporter la preuve de la fraude. S'il est malaisé d'apporter une telle preuve, cela l'est

d'autant plus dans le cas des contrats de durée déterminée puisqu'il s'agit de démontrer l'intention des bailleurs/bailleresse d'utiliser cette institution aux fins de décourager les locataires à faire valoir les différents droits que leur confère la loi, tout en ayant la volonté de se lier pour une période indéfinie, ce qui relève le plus souvent de l'impossible. Hélas, les juges du Tribunal fédéral se sont arrêtés à cette conception de la preuve, bien éloignée de la réalité du terrain, en particulier dans les cantons où sévit la pénurie.

A l'instar d'une partie de la doctrine et de certaines juridictions cantonales, nous considérons qu'il conviendrait au contraire de permettre aux locataires d'établir la fraude à la loi en faisant la démonstration que leur bailleur/baillesse n'a ni motif concret, ni motif abstrait à la conclusion d'un contrat de durée déterminée. Cela impliquerait évidemment une collaboration active du bailleur ou de la baillesse à l'apport de la preuve, qui serait sanctionné-e en cas de passivité à cet égard, par la requalification du contrat. Comme l'a justement récemment rappelé la Cour d'appel civile du canton de Vaud (arrêt n° 336 du 8 juin 2018), nul n'agit sans raison, si bien que celui ou celle qui s'abstient d'expliquer son recours à un contrat de durée fixe doit se laisser opposer qu'il ou elle cache des desseins peu avouables.

Dans l'arrêt précité de 2012, le Tribunal fédéral s'était penché sur les éléments de faits pour déterminer l'éventuelle fraude à la loi, l'écartant rapidement, faute selon lui d'éléments concrets permettant de la démontrer. L'arrêt vaudois de 2018 susmentionné, de même qu'un arrêt genevois de l'année précédente (ACJC/1565/2017 du 4 décembre 2017), mettent également très clairement en évidence l'importance d'une instruction approfondie, allant au-delà du seul cas d'espèce.

Il ne suffit ainsi pas de soupçonner une fraude, comme l'avaient fait les juges genevois-es face à une succession de contrats de durée déterminée ; il s'agit de la démontrer, non seulement au moyen de tous les détails possibles entourant la conclusion effective du contrat litigieux, mais également des autres relations contractuelles du bailleur ou de la baillesse, passées et présentes. Partant, il revient aux locataires, ou à leur mandataire, de se montrer des plus vigilant-e-s dans l'établissement des faits, en sollicitant par exemple l'audition, en qualité de témoin, du personnel de la régie. Ils ou elles peuvent notamment questionner ce dernier sur les circonstances concrètes de la conclusion du bail et sur l'éventuelle pratique de la régie, du bailleur/de la baillesse en matière de renouvellement des baux de durée déterminée conclus avec les voisin-e-s, selon que ceux-ci ou celles-ci ont fait, ou non, valoir des prétentions pendant la durée initiale du contrat.

Il faut toutefois admettre que cela s'avère problématique dans le cas du bailleur ou de la baillesse qui ne possède qu'un seul bien et qui, par hypothèse, donnerait un motif (prétexte) abstrait pour conclure un contrat de durée déterminée, comme l'intention, à moyen terme, de loger son enfant, motif qui ne permettrait pourtant pas la validation d'un congé ordinaire, faute d'être suffisamment concret.

Bien que les praticien-ne-s aient pu constater que les contrats de durée déterminée constituent régulièrement des fraudes à la loi, la jurisprudence fédérale ne facilite pas cette démonstration par les locataires, voire la rend impossible. De surcroît, les locataires ignorent bien souvent qu'une requalification du contrat est potentiellement envisageable.



## Piste de solution législative

Nous l'avons vu, la solution proposée par le Tribunal fédéral, faute d'ancrage dans la réalité, n'offre, pour ainsi dire, aucune protection aux locataires, tout en validant les pratiques qu'elle entend théoriquement sanctionner. Les propositions formulées par une partie de la doctrine ou par certains tribunaux cantonaux sont davantage en adéquation avec les spécificités du terrain et doivent être encouragées, notamment par le biais d'un travail fouillé d'instruction du cas afin de mettre en évidence un faisceau d'indices démontrant que le bail à terme fixe vise un but frauduleux.

Ceci étant, ces suggestions demeurent encore insuffisantes, car elles ne viennent au secours que des locataires les plus combatif-ve-s et les mieux informé-e-s, qui osent saisir le tribunal. Or, les locataires ignorent souvent leurs droits de même que le fait que le CO leur permet de demander une prolongation de leur bail de durée déterminée.

Dans un autre registre, la loi prévoit que toutes les modifications du contrat de bail de durée indéterminée qui s'opèrent en défaveur des locataires, en particulier les hausses de loyer et les congés, doivent faire l'objet d'une notification sur formulaire officiel, informant les locataires de leur droit de contester celles-ci. Il en va de même, dans les cantons où sévit la pénurie, de la fixation du loyer initial, si le canton l'a prévu.

Dans un contexte marqué par la pénurie, qui favorise la conclusion de contrats de durée déterminée problématiques, il nous semblerait cohérent de leur appliquer par analogie les normes relatives aux congés ordinaires, soit le droit de connaître le motif et l'information de la possibilité de contester le congé. En définitive, un bail de durée déterminée constitue en quelque sorte un bail pour lequel le congé est donné dès l'origine.

Ainsi faudrait-il que tout contrat de bail intégrant une clause de durée déterminée doive être accompagné d'une formule officielle spécifique, sous peine de nullité de ladite clause. La formule mentionnerait le motif sous-tendant la clause de durée déterminée et la possibilité légale pour le locataire de faire requalifier le contrat en bail de durée indéterminée, si cette clause vise à contourner des dispositions de protection des locataires. Elle comprendrait, enfin, la possibilité de solliciter une prolongation de son bail au plus tard soixante jours avant l'échéance de celui-ci.

Nous estimons que cela ne devrait même pas être limité aux contextes de pénurie largement évoqués ci-dessus, à l'instar des formulaires de notification de congé. En effet, si la pénurie accentue les conséquences néfastes des contrats de durée déterminée, ceux-ci découragent déjà les locataires à faire valoir leurs droits légitimes ne serait-ce qu'en raison des désagréments liés notamment à la recherche d'un logement, à un déménagement ou à l'organisation familiale et professionnelle.

Il s'agirait, à notre sens, d'un moyen efficace pour préserver les normes impératives de protection des locataires, que la pratique toujours plus répandue des baux de durée déterminée met en péril.

## Von der Fürsorge zur Repression

### Etappen hin zur fortschreitenden Schwächung des Sozialhilferechts

Vor 20 Jahren waren die Sozialhilfegesetze und -richtlinien von den Grundgedanken der Selbständigkeit und der gesellschaftlichen Teilhabe getragen. Heute überbieten sich Kantone und Gemeinden gegenseitig mit willkürlichen Leistungskürzungen, bevorzughenden Regelungen und schikanösen Auflagen. Die einst unterstützende «Fürsorge» wandelt sich immer mehr zu einer nur widerwillig gewährten Nothilfe mit repressivem Charakter.

dene was guet geit  
 giengs besser  
 giengs dene besser  
 was weniger guet geit  
 was aber nid geit  
 ohni dass's dene  
 weniger guet geit  
 was guet geit  
 drum geit weni  
 für dass es dene  
 besser geit  
 was weniger guet geit  
 und drum geits o  
 dene nid besser  
 was guet geit  
*Mani Matter*

Die Geschichte der Armenunterstützung enthält einige dunkle Kapitel: Armenhäuser, Arbeitserziehungsanstalten und weitere repressive Instrumente prägten lange Jahre den Umgang mit Armutsbetroffenen. Kantone und Gemeinden richteten die Leistungen mehr oder weniger unterschiedlich und einzelfallbezogen aus. Dies änderte sich erst in den 1960er-Jahren, als die SKÖF, die Vorläuferorganisation der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) allgemeingültige

Richtlinien einführte. Das Jahr 1998 markierte dann einen Meilenstein: Mit der Einführung der SKOS-Richtlinien, die rasch in allen Kantonen breite Akzeptanz fanden, wurden die Sozialhilfeleistungen endlich schweizweit vereinheitlicht und statistisch untermauert. Der neu eingeführte pauschalisierte Grundbedarf für den Lebensunterhalt (GBL) bildete einen Warenkorb ab, der gemäss einer Studie des Bundesamtes für Statistik (BFS) die durchschnittlichen Haushaltsausgaben der untersten 20% der Bevölkerung in der Einkommensskala abbildete.

Dies brachte für die betroffenen Sozialhilfebezüger\_innen spürbare Verbesserungen mit sich: Sie konnten ihr Sozialhilfegeld weitgehend frei einteilen, die Höhe der Sozialhilfe war nun nachvollziehbar, und da sich die Beträge im Bereich der untersten 20% der Einkommensskala bewegten, war es damit auch möglich, am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben – zumindest in einem reduzierten Umfang.

Des Weiteren wurden in den SKOS-Richtlinien und auch in vielen Sozialhilfegesetzen Bestimmungen zur persönlichen Hilfe aufgenommen. Der Grundgedanke dahinter war, dass sich die Sozialhilfe nicht nur im Auszahlen von Geldleistungen erschöpfen darf, sondern dass die zuständigen Sozialbehörden im Rahmen der persönlichen Hilfe die von ihnen betreuten Sozialhilfebezüger\_innen unterstützen müssen, damit diese möglichst bald wieder aus der Sozialhilfeabhängigkeit herausfinden können.

Die SKOS-Richtlinien waren 1998 vom Gedanken der Fürsorge im besten Sinne des Wortes geprägt: Zum einen sollten die Leistungen so hoch sein, dass sie nicht nur das nackte Überleben sichern, sondern auch einen Besuch im Kino, eine Vereinsmitgliedschaft oder eine kleine Reise ermöglichen. Zum anderen wurde den unterstützten Personen eine möglichst weitgehende Freiheit zugestanden, ihr Geld selber einzuteilen. Und schliesslich sollten die Betroffenen durch unterstützende Sozialberatung auch aktiv dabei unterstützt werden, wieder aus der Sozialhilfe herauszufinden.

Ob diese gesetzlichen Vorgaben damals in der Praxis immer funktioniert haben, sei dahingestellt: Denn der Vollzug der Sozialhilfe blieb weiterhin den Kantonen und Gemeinden vorbehalten. Noch heute gibt es von Gemeinde zu Gemeinde grosse Unterschiede, was die korrekte Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben angeht.

20 Jahre später hat sich die Situation aber völlig verändert: Die Sozialhilfeleistungen wurden, vor allem für bestimmte Personengruppen – zum Beispiel Grossfamilien oder junge Erwachsene –, deutlich und teilweise willkürlich reduziert. Immer mehr entmündigende und gar repressive Elemente fanden Eingang in die Gesetzgebung, die Richtlinien und den Vollzug. In einigen Gemeinden ist der Fürsorgecharakter der Sozialhilfe kaum mehr zu erkennen. Betrachtet man die jüngsten politischen Vorstösse in gewissen Kantonen, dann wird die Sozialhilfe ihren Namen bald nicht mehr verdienen, sondern verkommt zu einer repressiv und bevormundend ausgestalteten Nothilfe, die nur noch widerwillig geleistet wird. Das hat mit den ursprünglichen Zielen nicht mehr viel zu tun. Im Folgenden seien ein paar dieser Entwicklungen kurz dargelegt.

## Leistungsabbau und Willkür

Der Grundbetrag für den Lebensunterhalt (GBL) ist der Betrag, den Sozialhilfebezüger\_innen – wie der Name sagt – für ihre alltäglichen Ausgaben zur

Verfügung haben. Der GBL bildet einen Warenkorb ab und mit dem diesem Korb entsprechenden Geld sollen die Sozialhilfebezüger\_innen die Ausgaben des täglichen Bedarfs bestreiten können: Lebensmittel, Kleider und Hygieneartikel einkaufen, Mobilität und Kommunikation et cetera. Ursprünglich war dieser Warenkorb an das Haushaltseinkommen der untersten 20% der Einkommensskala angelehnt. In der SKOS-Revision 2005 wurde der GBL reduziert und richtete sich neu nach den untersten 10% der Einkommensskala. Im Gegenzug wurde eine Integrationszulage (IZU) geschaffen, welche aber nur denjenigen Sozialhilfebezüger\_innen zustand, welche in der Lage und willens waren, in einem Beschäftigungsprogramm, mit einer Ausbildung oder anderweitig eine Integrationsleistung zu erbringen. Aktuell liegt der GBL für Einzelpersonen bei CHF 986, obwohl eine aktuelle Studie des BFS ergeben hat, dass er bei CHF 1076 liegen müsste.

Gerade bei den Beschäftigungsprogrammen gibt es eine enorme Bandbreite, ja einen eigentlichen Wildwuchs an verschiedenen Angeboten. Im besten Fall handelt es sich um unterstützende Angebote, welche den betreffenden Personen tatsächlich helfen, ihre Qualifikation zu erhöhen und ihre Chancen auf dem ersten Arbeitsmarkt wieder zu verbessern. Allerdings handelt es sich häufig um Sozialfirmen, die in Konkurrenz zum ersten Arbeitsmarkt stehen, aber lediglich Stundenlöhne von zum Beispiel CHF 1.80 bezahlen. Im schlechtesten Fall handelt es sich um unqualifizierte Beschäftigungen, die vor allem der Entlastung des Budgets der betreffenden Gemeinde dienen, wie Reinigungsarbeiten, Velostationen bewachen oder ähnliches. Nur selten wird geprüft, ob die Beschäftigung für die betreffende Person einen unterstützenden und integrierenden Charakter hat oder nicht. Und teilweise wird sie sogar als disziplinierendes Instrument eingesetzt: Wenn die Person nicht das macht, was man von ihr verlangt, wird ihr die Einstellung der Sozialhilfe angedroht.

Mit der SKOS-Revision 2016/2017 wurde der GBL für junge Erwachsene und Grossfamilien noch mehr reduziert, ohne dass es dafür eine Grundlage in der Statistik gibt. Es gibt nämlich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass junge Erwachsene 20% weniger Geld zum Leben benötigen als ältere Menschen oder dass Grossfamilien ab der sechsten Person nur noch CHF 200 pro Monat benötigen. Diese Kürzungen sind sachlich nicht gerechtfertigt, sondern rein politisch motiviert. Rechtlich betrachtet stellen sie eine willkürliche Diskriminierung aufgrund des Alters und der Lebensumstände dar.

Einige Kantone gehen mittlerweile noch weiter und kürzen den GBL für alle Sozialhilfebezüger\_innen noch stärker. Im Kanton Bern hat das Parlament eine generelle Kürzung um 8% beschlossen. Und Sozialhilfebezüger\_innen, die keine Amtssprache beherrschen (Französisch oder Deutsch) sollen bis zu 30% weniger erhalten. Eine Volksabstimmung dazu steht noch aus. Im Kanton Luzern erhalten Sozialhilfebezüger\_innen, die vor der Anmeldung nicht gearbeitet haben, 15% weniger. In den Kantonen Basel-Land und Aargau sind Vorstösse hängig, gemäss welchen eine generelle Kürzung für alle Sozialhilfebezüger\_innen um 30% erfolgen soll; nur Personen, die genügende Integrationsleistungen erbringen, sollen höhere Ansätze erhalten. Im Kanton Aargau verlangt eine Motion, dass die Höhe der Sozialhilfe an die früher geleisteten Versicherungs- und Steuerbeiträge geknüpft wird.

Solche massiven Reduktionen des Grundbedarfs, teilweise nach völlig sachfremden Kriterien, haben nichts mehr mit dem ursprünglichen Gedanken der Sozialhilfe zu tun, welche sich am tatsächlichen Bedarf der betreffenden Person

orientierte und so hoch ausgestaltet war, dass sie nicht nur das nackte Überleben sicherte, sondern auch die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben erlaubte. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat dies im Jahre 2001 wie folgt formuliert: «Seine Würde bezieht ein Mensch einerseits aus einer minimalen materiellen Existenzsicherung, die sein physisches Überleben garantiert. Andererseits setzt ein menschenwürdiges Leben in den weiteren Dimensionen, die das Menschsein ausmachen – unter Einbezug seiner Psyche und seiner Eigenschaft als soziales Wesen – ein Mindestmass an sozialer Integration und an Möglichkeiten zur Teilnahme am gesellschaftlichen Leben voraus».

Weiter sind die immer weitergehenden Rückerstattungspflichten zu nennen – im Übrigen eine schweizerische Spezialität. Die meisten Kantone verpflichten die Sozialhilfebezüger\_innen zur Rückerstattung der Sozialhilfe, sobald sie sich von der Sozialhilfe haben abmelden können und wieder über genügend Einkommen oder Vermögen verfügen. Allerdings sind die Voraussetzungen der Rückerstattungspflicht sehr unterschiedlich: So kennt der Kanton Zürich lediglich eine Rückerstattungspflicht, wenn jemand durch Schenkungen, Erbschaft, Lotteriegewinn oder ähnlichem zu grossem Vermögen kommt. Wer es hingegen geschafft hat, das Vermögen durch Arbeitserwerb anzusparen, muss in der Regel nichts zurückerstatten. Ganz anders beispielsweise in den Kantonen Aargau und Basel-Land, wo viel tiefere Grenzwerte für die Rückerstattung gelten, so dass die meisten Sozialhilfebezüger\_innen sofort nach der Ablösung mit den Rückzahlungen beginnen müssen. Dies führt die Betroffenen in eine Armutsfalle: Sie finden kaum oder gar nie mehr aus ihrer schwierigen finanziellen Situation heraus. Derart rigide Rückerstattungsregeln reduzieren zusätzlich die Motivation der betreffenden Personen, wieder Arbeit zu suchen.

Weitere Probleme zeigen sich beim Vollzug und beim mangelnden Rechtsschutz: In der Praxis kommt es viel zu häufig vor, dass Gemeinden Kürzungen vornehmen oder Sanktionen anordnen, ohne formell eine Verfügung zu erlassen. Und wenn dies doch geschieht, dann werden die Sanktionen bereits umgesetzt, obwohl Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung hängig sind. Für die Betroffenen ist es in solchen Fällen schwierig, sich wirksam zu wehren, finden sie doch, vor allem erstinstanzlich, kaum eine\_n Anwält\_in mit der Bereitschaft, pro bono einen Sozialhilfefall zu führen. Teilweise enthalten auch die Rechtsmittelbelehrungen falsche und abschreckende Informationen. So beinhalten die Verfügungen manchmal den Hinweis auf die drohenden Verfahrenskosten, ohne aber gleichzeitig den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zu erwähnen.

Dazu kommt, dass das Sozialhilferecht mittlerweile komplex geworden ist, so dass die Betroffenen, die häufig in schwierigen Lebenssituationen stecken, ihre rechtlichen Ansprüche nicht ohne Hilfe durchsetzen können. Die meisten Beratungsstellen bieten aber lediglich Sozial- und keine Rechtsberatungen an. Die einzige Möglichkeit, sich unentgeltlich juristisch beraten und allenfalls vertreten zu lassen, ist der Beizug einer unentgeltlichen Rechtsberatungsstelle wie der Unabhängigen Fachstelle für Sozialhilferecht ([www.sozialhilfeberatung.ch](http://www.sozialhilfeberatung.ch)). Davon gibt es aber noch viel zu wenige.

## Bevormundung

In zahlreichen Lebensbereichen wurden in den letzten Jahren die Freiheiten der Sozialhilfebezüger\_innen eingeschränkt. So werden mittlerweile in vielen

Kantonen sowohl die Krankenkassenprämien wie auch die Miete von allen Sozialhilfebezüger\_innen direkt vom Sozialamt bezahlt. Ursprünglich war dies nur für diejenigen Personen vorgesehen, die ihre Finanzen nicht im Griff hatten und wo die Gefahr einer Zweckentfremdung bestand. Mittlerweile werden in vielen Kantonen sämtliche Sozialhilfebezüger\_innen unter den Generalverdacht gestellt, sie seien nicht in der Lage, ihre Miete und ihre Krankenkassenprämien selber einzuzahlen. Dies führt insbesondere bei den Mietzinszahlungen dazu, dass die Vermieter\_innen erfahren, dass die Miete direkt vom Sozialamt überwiesen wird. Das ist auch unter datenschutzrechtlichen Aspekten problematisch.

In vielen Kantonen wurde auch ein Autoverbot für Sozialhilfebezüger\_innen diskutiert, und beispielsweise in den Kantonen Aargau und Zug zumindest als indirektes Autobenutzungsverbot in die Gesetzgebung aufgenommen: Denjenigen Sozialhilfebezüger\_innen, welche ein Auto besitzen und nicht nachweisen können, dass sie dieses entweder zum Arbeiten im Schichtbetrieb oder aus gesundheitlichen Gründen zwingend benötigen, wird die Sozialhilfe um den Anteil der Mobilität gekürzt. Auch dies widerspricht dem Grundgedanken des GBL, wonach Sozialhilfebezüger\_innen grundsätzlich ihr Geld selbst einteilen dürfen. Genauso wie jemand mehr Geld für Zigaretten, Alkohol, Kleider oder einen Hund ausgeben darf, gibt es keinen sachlichen Grund zu verbieten, dass jemand ein altes Auto besitzt und dafür einen Teil seines GBL ausgibt.

Teilweise geht die Bevormundung sogar soweit, dass die Sozialhilfebezüger\_innen faktisch zur Arbeit in Beschäftigungsprogrammen gezwungen werden. Es gibt Beschäftigungsprogramme, die weniger das Interesse der Sozialhilfebezüger\_innen ins Zentrum stellen, sondern eher Disziplinierungs- oder gar Strafcharakter haben. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann Sozialhilfebeziehenden, welche die Teilnahme verweigern, die Sozialhilfe komplett gestrichen werden, weil sie ja nicht in einer Notlage seien und deshalb nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 12 Bundesverfassung (BV) fielen. Dies ist vor allem dort problematisch, wo das Beschäftigungsprogramm keine qualifizierende oder integrierende Wirkung hat, sondern wo jemand während mehrerer Jahre ohne irgendwelche Perspektive im gleichen Programm beschäftigt bleibt.

## Parallelrecht

Ebenfalls zeichnet sich ab, dass Sozialhilfebezüger\_innen in teilweise zentralen Bereichen des Lebens rechtlich anders behandelt werden. So ist zum Beispiel die Rechtsprechung zum Konkubinatsbeitrag aus zivilrechtlicher Sicht mehr als fragwürdig: Lebt eine sozialhilfebeziehende Person mit einem\_einer Lebenspartner\_in zusammen, der\_die keine Sozialhilfe bezieht, so wird «erwartet», dass die verdienende Person die sozialhilfebeziehende Person finanziell unterstützt, selbst wenn erstere keinerlei zivilrechtliche Unterhaltsverpflichtungen hat. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die Vermutung auf, dass die beiden Lebenspartner\_innen eine emotionale und auch finanzielle Lebensgemeinschaft führten. Der sozialhilfeunterstützten Person wird ein Konkubinatsbeitrag im Budget eingesetzt, unabhängig davon, ob sie dieses Geld auch wirklich erhält. Diese Vermutung ist in der Praxis praktisch unmöglich umzustossen: Ist die verdienende Person nicht bereit, ihre\_n Lebenspartner\_in finanziell zu unterstützen, wird ihr trotzdem ein Konkubinatsbeitrag als Einnahme angerechnet, was zu einer faktischen Kürzung der Sozialhilfeleistungen führt. Stossend an dieser

Rechtsprechung ist vor allem, dass der Leistungswille der verdienenden Lebenspartner\_innen, die keinerlei zivilrechtliche Unterhaltsverpflichtung haben, keine Rolle spielt. Mit dieser Rechtsprechung werden Konkubinatspaare, den Regeln des Zivilgesetzbuches (ZGB) völlig zuwiderlaufend, in eine eheähnliche Unterhaltsverpflichtung gezwungen und quasi sozialhilferechtlich zwangsverheiratet.

Eine weitere fragwürdige Einschränkung der Freiheit der Sozialhilfebezüger\_innen ist die aktuelle Regelung, dass eine alleinerziehende Mutter, spätestens wenn ihr Kind ein Jahr alt ist, dieses fremdbetreuen lassen und wieder arbeiten beziehungsweise ein Beschäftigungsprogramm besuchen muss. Dies mag aus sozialhilferechtlicher Sicht unter den Gesichtspunkten der Integration, Subsidiarität et cetera nachvollziehbar erscheinen: In der Regel liegt es sowohl im Interesse der Gemeinde, aber auch der alleinerziehenden Mutter, dass diese bald wieder ins Berufsleben zurückfindet. Auf der anderen Seite werden hier die rechtlichen Interessen des Kindes überhaupt nicht berücksichtigt, obwohl es für ein Kind nicht immer das Beste ist, wenn es bereits mit sechs Monaten fremdbetreut wird. Stossend ist an dieser Regelung, dass der betreuenden Mutter – und indirekt dem Kind – kein Wahlrecht zugestanden wird. Es stellt sich die Frage, ob diese restriktive Regelung mit der UNO-Kinderrechtskonvention vereinbar ist.

## Überwachung und Kriminalisierung

In den letzten Jahren wurden in vielen kantonalen Sozialhilfegesetzen zahlreiche Bestimmungen eingeführt, welche den Datenschutz und die Privatsphäre der Sozialhilfebezüger\_innen praktisch aufgehoben haben. Exemplarisch sei hier auf § 47a bis 48 des Sozialhilfegesetzes (SHG) des Kantons Zürich (-ZH) verwiesen. In nicht weniger als fünf ausführlich ausgestalteten Gesetzesbestimmungen erlaubt das Sozialhilfegesetz hier allen möglichen Behörden, untereinander Informationen über die sozialhilfebeziehende Person auszutauschen. Von besonderer Bedeutung ist § 48 Abs. 2 SHG-ZH, wo festgehalten ist, dass umgekehrt auch die Verwaltungsbehörden und Organisationen der öffentlichen Hand auf Ersuchen die Sozialhilfebehörden zu informieren haben. Gemäss lit. c dieser Bestimmung sind sogar Mitbewohner\_innen in Wohngemeinschaften und gemäss lit. d. die Arbeitgeber\_innen informationspflichtig. Wer also in einer Wohngemeinschaft mit einer sozialhilfebeziehenden Person lebt, wird alleine durch dieses Zusammenwohnen verpflichtet, den Sozialhilfebehörden über seine eigenen finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben.

Ein weiteres Kontrollinstrument, das über Jahre hinweg angewendet wurde, sind die Observationen: Sozialhilfebezüger\_innen, die verdächtigt werden, nicht deklariertes Einkommen zu erzielen, werden von Sozialdetektiv\_innen verfolgt, überwacht und gefilmt. Nach dem Entscheid Vukota-Bojic des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 18. Oktober 2016, der festhielt, dass dies mangels gesetzlicher Grundlage gar nicht zulässig ist, haben die meisten Gemeinden mit solchen Observationen und verdecktem Filmen wieder aufgehört. Aktuell ist aber beispielsweise die Stadt Zürich daran, eine neue gesetzliche Grundlage dafür zu schaffen, damit sie Sozialhilfebezüger\_innen weiter beobachten kann. Auch im Kanton Zürich ist eine entsprechende Gesetzesvorlage in der Vernehmlassung, wonach die Sozialhilfebehörden unnötigerweise mit polizeilichen Kompetenzen ausgestattet werden sollen.

Warum unnötig? Die Strafbehörden sind schon jetzt dazu berechtigt, bei Bedarf verdeckte Ermittlungen und Observationen durchzuführen und dabei

technische Hilfsmittel einzusetzen. Die entsprechenden Regelungen nach Art. 269 ff. der Strafprozessordnung (StPO) sind sehr detailliert und grundsätzlich grundrechtskonform ausgestaltet: Für die Einleitung eines Strafverfahrens braucht es einen Anfangsverdacht und für die Anordnung von verdeckten Ermittlungen braucht es eine richterliche Genehmigung. Die StPO regelt auch, wann und unter welchen Voraussetzungen verdeckt ermittelt werden darf. Es ist deshalb in keiner Art und Weise erforderlich, dass die Sozialbehörden selber «Polizei spielen» dürfen. Dies zeigen die Beispiele der Städte Winterthur und Basel, wo bewusst auf die Observation von Sozialhilfebeziehenden verzichtet wird, ohne dass in diesen Städten die Betrugsquote höher wäre. Winterthur und Basel reichen in Verdachtsfällen Strafanzeige ein und lassen die Strafuntersuchungsbehörden alle weiteren Abklärungen vornehmen.

Die neue Strafbestimmung von Art. 148a Strafbuch (StGB), der unrechtmässige Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, führt zu einer schnelleren Kriminalisierung von Sozialhilfebezüger\_innen. Neu ist jegliche unterlassene Information, welche zu einem unrechtmässigen Sozialhilfebezug führt, automatisch strafbar. Art. 148a StGB ist eine Art «Unterlassungsdelikat» und bereits erfüllt, wenn eine\_r nichts macht, nämlich eine Information unterlässt. Das ist im Verhältnis zwischen Bürgerinnen und Bürgern sowie dem Staat einzigartig: Weder im Steuerrecht, noch in anderen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen erfolgt sofort eine Bestrafung nach dem Strafbuch, wenn ohne jedes aktive Tun eine Information unterlassen wird. Wenn überhaupt werden solche Unterlassungen in anderen Rechtsgebieten als Übertretung behandelt.

Mit anderen Worten stehen Sozialhilfebezüger\_innen heute mit einem Bein im Gefängnis; sie dürfen es sich nicht erlauben, irgendeine relevante Information an das Sozialamt zu vergessen, sonst machen sie sich strafbar. Es droht nicht nur eine Freiheitsstrafe, sondern darüber hinaus der Eintrag im Strafregister. Und als wäre dies nicht genug, handelt es sich bei Art. 148a StGB um ein Katalogdelikt, welches bei Ausländer\_innen gemäss Art. 66a StGB zur automatischen Landesverweisung führt.

Auch ausserhalb des Strafrechts wurden die sozialhilferechtlichen Sanktionen deutlich verschärft. Erlaubten es die SKOS-Richtlinien früher nur, den GBL bei Fehlverhalten um maximal 15% zu kürzen, so sind es heute maximal 30%. Führt man sich vor Augen, dass schon die ungekürzten Sozialhilfeleistungen kaum zum Leben ausreichen, dann kann man sich ausmalen, was für einschneidende Auswirkungen solche Kürzungen haben können.

## Fazit: Die Sozialhilfe wird zum repressiven Disziplinierungsinstrument

All die oben erwähnten Leistungskürzungen und bevormundenden Massnahmen, die willkürlichen Elemente in Gesetzgebung und Vollzug, die weitgehende Aufhebung des Datenschutzes, die Observationen und die Kriminalisierung von Sozialhilfebezüger\_innen, die im Laufe der letzten 20 Jahre eingeführt wurden, haben die Rechtsposition der Sozialhilfebezüger\_innen massiv geschwächt. Parallel dazu nahm die Stigmatisierung des Sozialhilfebezuges deutlich zu, nicht zuletzt mit Zuschreibungen und Begriffen wie «Sozialschmarotzer» oder «soziale Hängematte».

# La violence dans le couple en questions

## Malgré des progrès incontestables, l'accompagnement des victimes de violences en couple peut encore être amélioré dans la procédure pénale. Etat des lieux et propositions.

Immer weniger stellt die Sozialhilfe eine primär unterstützende Leistung dar, welche den armutsbetroffenen Menschen die Wiedereingliederung in der Gesellschaft ermöglichen soll. Die Sozialhilfe wird stattdessen immer mehr zu einem repressiven und bevormundenden Instrument, welches vor allem abschreckenden Charakter haben und den Betroffenen das Leben in der «sozialen Hängematte» möglichst unbequem machen soll.

Sollte sich diese Entwicklung weiter verschärfen – und danach sieht es angesichts der politischen Vorstösse in diversen Kantonen aus –, dann wird die Sozialhilfe in Zukunft ihren Namen immer weniger verdienen. Sie wird zu einer reinen Überlebenshilfe verkommen, die nicht mehr integrativ, sondern ausschliessend wirkt und zu einer noch stärkeren Ausgrenzung – wenn nicht sogar zu einer weiteren Kriminalisierung – der Sozialhilfebezügler\_innen führen wird.

Es ist zu hoffen, dass der Bund oder die Gerichte dieser drohenden Abschaffung des Fürsorgegedankens gewisse Schranken setzen, beispielsweise durch eine extensivere Auslegung von Art. 12 BV. Dessen Wortlaut garantiert zwar nur Nothilfe und keine Sozialhilfe, aber das Bundesgericht hat vor der Totalrevision der Bundesverfassung jahrzehntelang ein ungeschriebenes Grundrecht auf ein soziales Existenzminimum anerkannt. Dieses ist dadurch, dass es in Art. 12 BV nicht erwähnt wird, keineswegs aufgehoben worden, sondern existiert weiterhin als ungeschriebenes Grundrecht. Und auch die Tatsache, dass Art. 12 BV darauf hinweist, dass die Hilfe in Notlagen menschenwürdig sein muss, weist nicht nur auf die Achtung der Menschenwürde nach Art. 7 BV hin, sondern verpflichtet den Staat, gerade bei länger dauernder Unterstützung, zu mehr als zu einer nackten Überlebenshilfe.

Den Kantonen und Gemeinden müssen von Bundesrechts wegen die Grenzen des Leistungsabbaus im Bereich der Sozialhilfe aufgezeigt werden. Die Garantie eines sozialen Existenzminimums ist nicht einfach «nice to have», sondern ein elementares Grundrecht, das den armutsbetroffenen Menschen erst die Wahrung anderer Grundrechte, wie Rechtsgleichheit, Bildungsfreiheit oder Informationsfreiheit ermöglicht. Ohne Garantie eines sozialen Existenzminimums wird die Sozialhilfe ihren Zweck, nämlich die Integration der Betroffenen in die Gesellschaft und letztlich den sozialen Frieden in der Schweiz, nicht mehr erfüllen können.

Les premières études menées en Suisse sur la question des violences faites aux femmes dans la relation de couple ont montré qu'une femme sur cinq était confrontée à ce type de violences, pouvant être physiques et/ou sexuelles, durant sa vie.<sup>1</sup> Chaque année, 22 femmes en moyenne décèdent dans un contexte de violence en couple, selon les statistiques récentes du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG). Dans la moitié des cas d'homicides, la victime avait déjà subi des menaces ou été agressée par son partenaire masculin par le passé. Dans 39% des cas, des menaces antérieures avaient été signalées à la police.<sup>2</sup>

Aux victimes directes, il faut également ajouter les victimes « indirectes ». Les études actuelles relèvent, en effet, que l'impact de la violence en couple sur les enfants qui en sont témoins est tel que le traumatisme est similaire à celui d'un enfant directement victime de violence.<sup>3</sup>

La problématique des violences en couple en Suisse et dans le monde est donc encore bel et bien actuelle. Malgré les progrès notables constatés ces dernières années dans le traitement des violences en couple, notamment par les autorités judiciaires, des avancées sont encore nécessaires.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a, dans son dernier rapport sur la Suisse, indiqué demeurer « préoccupé par la persistance du phénomène et en particulier par le faible taux de dénonciation des cas et le taux extrêmement élevé de classement de procédures relatives à la violence domestique ». Il a ainsi notamment invité la Suisse à « poursuivre ses efforts relatifs à la lutte contre la violence contre les femmes en veillant à ce qu'en pratique, les actes de violence domestique soient signalés et fassent l'objet d'une enquête, poursuites et sanctions », ainsi qu'à « s'assurer que tous les professionnels de la justice reçoivent une formation adéquate pour traiter des cas de violence domestique et de la mise sur pied d'équipes spécialisées ».<sup>4</sup>

Le présent article a pour but de présenter un certain nombre de points qui devront fonder les prochaines avancées juridiques dans le cadre des situations de violences en couple lors de procédures pénales.

- 1 Marie-Claude Hofner/ Nataly Viens Python, C'est assez, Programme de détection et d'orientation des adultes concernés par la violence, Origines et développements 2000 – 2004, raisons de santé 104, Lausanne 2004, p. 12 et Gillioz/De Puy/Ducret, Domination et violence envers la femme dans le couple, Lausanne, Payot, 1997.
- 2 BFEG, Feuille d'information 9, La violence domestique en chiffres au niveau national, août 2018, pages 5 et 6.
- 3 Hofner/Viens Python p. 22 et références citées.
- 4 Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, du 22 août 2017, § 26 et 27.

## Des solutions adaptées à la problématique

La législation actuelle contient déjà un certain nombre d'outils permettant de traiter les procédures pénales de violences en couple de manière adaptée. Ces outils ne sont toutefois pas toujours utilisés par les autorités de poursuites pénales de façon adéquate.

### De l'ouverture de la procédure pénale

Comme l'a relevé le Comité des droits de l'homme dans le cadre de ses observations, les victimes de violences en couple sont encore trop souvent confrontées au classement de leur plainte.

Ce phénomène est probablement dû à la méconnaissance par les magistrat-e-s des autorités de poursuites pénales de la problématique des violences en couple. En effet, la violence en couple se produit systématiquement dans le cadre privé, au sein du domicile de la famille. Il est ainsi rare que la victime puisse requérir les témoignages de témoins directs. Par ailleurs, les victimes ne font souvent pas constater les blessures subséquentes aux violences subies, par honte ou par peur de représailles. Si une intervention médicale est nécessaire, les victimes ont également tendance à cacher les raisons de leur consultation. Les victimes ne disposent donc généralement pas de preuves matérielles à l'appui de leur plainte pénale.

Toutefois, ce constat ne justifie en rien le classement de la procédure, bien au contraire. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un arrêt récent, « dans les procédures où l'accusation repose essentiellement sur les déclarations de la victime, auxquelles s'opposent celles du prévenu et lorsqu'il n'est pas possible d'estimer que certaines dépositions sont plus crédibles que d'autres, le principe < in dubio pro duriore > impose en règle générale, au stade de la clôture de l'instruction, que le prévenu soit mis en accusation. En amont, une telle configuration exclut aussi, en principe, une décision de non-entrée en matière. Cela vaut en particulier lorsqu'il s'agit de délits commis typiquement < entre quatre yeux > pour lesquels il n'existe souvent aucune preuve objective ».<sup>5</sup>

Il est primordial que ces principes soient appliqués à chaque fois qu'une victime dépose une plainte pénale pour des violences en couple. En effet, le classement de telles procédures pénales, avant toute ouverture d'instruction, est dévastateur pour la victime et encourage l'auteur à ne pas prendre conscience de ses propres comportements.

### De l'utilité des mesures de substitution et de l'outil de la médiation

Dans le cadre d'une procédure pénale concernant des faits de violences en couple, le Ministère public a la possibilité d'ordonner des mesures de substitution, en lieu et place d'une éventuelle mise en détention (art. 212 alinéa 2 lettre c Code de procédure pénale, CPP).

Les mesures de substitution ont très souvent une incidence bien plus concrète qu'une éventuelle mise en détention de l'auteur. En effet, la violence en couple doit être pensée dans un contexte de relation amoureuse actuelle ou passée et, très souvent, dans un contexte familial, en particulier en présence d'enfants communs. Cette particularité a pour conséquence que la violence en couple ne doit pas seulement être stoppée, mais également être traitée dans son fondement.

Le panel des mesures possibles, tel que défini à l'art. 237 alinéa 2 CPP, est large et peut s'avérer efficace. Il peut s'agir d'une interdiction d'approcher et de

6 Michelle Cottier/Eric Widmer/Sandrine Tornare/Myriam Girardin Keciour, Etude interdisciplinaire sur la garde alternée, Université de Genève, mars 2017, p. 49 et 50.

7 Ibidem p. 45.

8 Ibidem p. 50.

prendre contact avec la victime, d'une obligation de traitement psychologique et d'apprentissage de la gestion des violences, d'une obligation de traitement des addictions, etc. Cet arsenal en main du Ministère public doit être utilisé dès la première infraction pénale.

Les autorités civile et pénale ont tendance à considérer la médiation comme solution aux problématiques familiales. Si la médiation est un outil extrêmement précieux, elle ne convient souvent pas à la problématique particulière des violences en couple. En effet, « la médiation est particulièrement déconseillée pour les couples dans lesquels l'un des deux- généralement l'homme- a une emprise ou un pouvoir important sur l'autre, comme dans les situations de violence domestique ». La médiation peut ainsi « être le pâle reflet de relation de pouvoir et de contrôle au sein du couple ».<sup>6</sup>

Le médiateur joue un rôle impartial<sup>7</sup>, qui n'aide pas la victime à sortir de l'emprise de son agresseur. La médiation peut ainsi, dans un contexte de violence conjugale, perpétuer l'atteinte en lieu et place d'apporter des solutions.

La violence en couple se caractérise par une emprise de l'auteur sur sa victime qui l'empêche de réagir et de s'exprimer librement. La médiation, dans ce contexte ou ordonnée trop tôt, est inutile, mais également destructrice pour la victime qui ne réussira pas à exprimer sa volonté réelle et se verra une nouvelle fois confrontée à ses propres limites face à l'auteur, par exemple en acceptant des accords en sa propre défaveur, afin de se protéger et/ou de protéger ses enfants.<sup>8</sup>

### De l'utilité de l'audience de confrontation

La loi prévoit aujourd'hui la poursuite d'office de certaines problématiques de violence en couple (art. 123 al. 2, 126 al. 2 et 180 al.2 Code pénal, CP). Cette évolution positive permet à l'autorité pénale de traiter ces dernières indépendamment de la volonté affichée de la victime, en particulier pour protéger celle-ci du fardeau de la décision quant à la suite de la procédure pénale.

Cette possibilité pour l'autorité pénale devrait la conduire à systématiquement confronter l'auteur et la victime, afin d'identifier l'étendue de la violence et les solutions possibles pour mettre fin à l'escalade des violences.

Ainsi, à titre d'exemple, une audience devrait systématiquement être convoquée, pour chaque dénonciation de violence conjugale, afin de donner un message clair à l'auteur, mais également à la victime qui pourra se sentir confortée dans sa décision de déposer une plainte pénale.

## Des modifications nécessaires

### De la définition juridique des violences en couple

Les termes utilisés pour nommer la violence en couple et la définir juridiquement ont évolué au fil du temps. La violence en couple a tout d'abord été circonscrite aux couples mariés, d'où le terme de violence conjugale, encore utilisé aujourd'hui. Par la suite, le terme de violence domestique a fait son apparition afin de prendre en considération la violence présente également au sein des couples non mariés.

Ce dernier terme prête toutefois aussi à la critique, dans la mesure où certains couples font aujourd'hui le choix de ne pas habiter ensemble, malgré une relation bien établie.

Depuis quelques années, plusieurs associations de défense de victimes propose par conséquent d'utiliser le terme de violence en couple. Ce dernier englobe



l'intégralité des situations de violence entre deux personnes qui partagent une relation, quels que soient leurs sexes et leurs statuts juridiques.

Cette considération est importante, car elle influence l'application de la loi. En effet, la législation suisse actuelle contient des dispositions spécifiques aux violences en couple, qui ont pour but de prendre en compte les spécificités de ces situations. Ainsi, dans les cas de certaines infractions typiques des violences en couple, soit les voies de fait réitérées (article 126 al. 2 CP), les lésions corporelles simples (article 123 al. 2 CP) et les menaces (article 180 al. 2 CP), la poursuite pénale de l'infraction a lieu d'office.

Cet allègement est toutefois conditionné à deux éléments. Premièrement, l'auteur doit être soit le ou la conjoint-e (ou ex-conjoint-e), soit le ou la partenaire enregistré-e (ou ex-partenaire), soit le ou la partenaire (ou ex-partenaire hétérosexuel-le ou homosexuel-le) de la victime. L'atteinte doit, deuxièmement, avoir été commise durant le mariage/le partenariat enregistré/la période de ménage commun; ou encore dans l'année qui a suivi le divorce/la dissolution judiciaire/la séparation. Il en va de même pour la suspension de la procédure pénale (art. 55a CP).

La définition juridique actuelle ne tient donc pas compte des personnes en couple qui ne vivent pas sous le même toit. Or, ces personnes sont également touchées par la violence en couple, bien qu'elles n'habitent pas ensemble et doivent faire face aux mêmes difficultés pour se sortir de l'emprise de l'auteur des violences. Elles ne bénéficieront toutefois pas de la même protection.

De plus en plus de couples font le choix aujourd'hui de ne pas habiter ensemble ou retardent le moment de cette prise de décision. Il est aujourd'hui nécessaire que ces situations soient prises en compte par la législation et offre les mêmes protections à toutes les personnes, peu importe le choix de vie qu'elles ont fait.

### De la prise en compte de la problématique de la violence en couple dès ses prémices

Il est aujourd'hui reconnu que les violences en couple suivent la plupart du temps un schéma identique quant à leur développement et leur escalade. Elles débutent souvent par de la violence psychologique, puis physique, voire sexuelle, et aboutissent parfois à l'homicide. La violence économique se présente quant à elle à n'importe quelle étape de l'escalade.<sup>9</sup>

La problématique de l'escalade de la violence semble parfois méconnue ou sous-estimée par les autorités pénales. Ne pas traiter de manière adéquate et circonstanciée une procédure relative à des insultes et du harcèlement revient à laisser la porte ouverte à une escalade qui pourra mener à des violences physiques, sexuelles, voire à l'homicide. Cela signifie également laisser s'installer l'emprise de l'auteur sur sa victime, avec les difficultés qui s'en suivent pour cette dernière pour s'en sortir.

Il n'est ainsi pas admissible de traiter les premiers aspects de la violence en couple comme une erreur de parcours de l'auteur. Comme relevé par les statistiques susmentionnées, 40% des cas d'homicides dans le cadre de violence en couple avaient déjà fait l'objet de dénonciations préalables à la police pour des agressions.

La violence psychologique n'est, en soi, pas couverte par les dispositions du code pénal. Certaines infractions s'y rapportent, notamment les injures

10 Arrêt du Tribunal fédéral 141 IV 437.

11 Selon l'article 81 alinéa 1 CPP, les délais fixés par la loi ne peuvent pas être prolongés. Egalement Laurent Moreillon/Aude Parein-Reymond, Petit commentaire CPP, Bâle 2016 N 3 ad. art. 89.

12 Loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, FF 2017 6913.

(art. 177), les menaces (art. 180), la contrainte (art. 181) et l'insoumission à une décision de l'autorité (art. 292) en lien avec les mesures d'éloignement (art. 28b CC).

Mais pour être punissables, ces infractions doivent avoir une certaine intensité. Les dénigrement, humiliations, menaces cachées, surveillance continue ou autres pressions psychologiques, qui constituent la violence psychologique ne sont, en tant qu'actes pris individuellement, pas punissables. Le Tribunal fédéral a reconnu que de tels actes, pris dans leur ensemble, pouvaient être punissables en tant que contrainte.<sup>10</sup> Cette protection n'est cependant reconnue que dans des circonstances exceptionnelles et est ainsi insuffisante.

Les autorités pénales peinent malheureusement encore à prendre en compte l'importance de la violence psychologique et la nécessité de traiter de telles procédures avec le plus grand sérieux. Tout comme la société, elles continuent trop régulièrement à estimer qu'il s'agit de conflits de couple « normal » dans le cadre, le plus souvent, de séparation. Cela a pour conséquence de renforcer l'emprise de l'auteur de violence sur la victime et de permettre l'escalade de la violence et les séquelles psychologiques et physiques qui s'en suivent.

### De la suspension de la procédure au sens de l'article 55a CP

Comme déjà mentionné, l'article 55a CP prévoit la possibilité pour le Ministère public de suspendre la procédure dans les cas de lésions corporelles simples, de voies de fait réitérées, de menace ou de contrainte, si la victime est partenaire ou ex-partenaire de l'auteur et que l'atteinte a été commise durant la période de ménage commun ou dans l'année qui a suivi la séparation (let. a ch. 3). La procédure est reprise si la victime révoque son accord dans les six mois qui suivent la suspension (alinéa 2).

L'article 55a CP apporte une réponse circonstanciée à la problématique de la violence en couple. La victime doit pouvoir revenir sur sa décision, mais également la prendre en toute liberté et au vu des circonstances particulières de la violence en couple, plus particulièrement lorsque qu'il y a des enfants communs.

La possibilité de suspendre la procédure pénale est cruciale dans un contexte où le but de la victime est le plus souvent, au moment de la plainte, essentiellement de faire cesser la violence et non de faire condamner son auteur, mais également parce que le fardeau psychologique de la procédure pénale est souvent extrêmement lourd pour la victime.

Bien que la suspension de la procédure apporte une solution indispensable aux procédures de violence en couple, la période de six mois non prolongeable est bien trop courte.<sup>11</sup> En effet, les séquelles psychologiques des victimes peuvent être très importantes dans certaines situations et une si courte période ne leur permet pas de prendre suffisamment de recul, pour réfléchir à leur situation et prendre les meilleures décisions les concernant.

Par ailleurs, lorsque des questions de droit civil se posent en parallèle de la procédure pénale, en particulier s'agissant de l'attribution du domicile, de la question des droits parentaux et actions en protection de la personnalité selon l'article 28b CC notamment, lesdites procédures dureront systématiquement plus longtemps que le délai de six mois.

En outre, toute tentative de thérapie familiale ou de thérapie individuelle mettra, pour être mise en place et porter ses fruits, plus de temps. Il sera donc impossible pour la victime de prendre une décision éclairée à l'issue du délai de six mois, les tenants et aboutissants de la vie commune n'étant encore pas du tout clairs.

Une révision de l'article 55a CP est actuellement discutée par les Chambres fédérales, malheureusement sans introduction d'une possibilité de prolonger la suspension au-delà de ce délai.<sup>12</sup> Pour gagner du temps, la victime devra donc requérir la continuation de la procédure ou compter sur les retards de l'autorité (conscients ou non). Une insécurité qui va à l'encontre du but recherché.

## Conclusion : les mentalités doivent évoluer

Le présent article n'a pas vocation à traiter la question des violences en couple de manière exhaustive, mais de montrer l'actualité de ce thème et son importance quant au nombre de situations de vie en jeu.

La violence en couple constitue un phénomène particulier qui requiert des réponses appropriées. Elle doit être traitée dès ses premiers signes, par la tenue d'une audience et la confrontation de l'auteur à l'autorité, puis par la mise en place de mesures adéquates telles que les mesures de substitution ou des engagements de soin des parties. La pertinence des mesures ainsi prises doit être revue à l'issue d'un certain délai, permis par la suspension de la procédure prévue par le CPP.

La violence en couple est encore beaucoup trop souvent sous-estimée dans ses prémices, en particulier lorsqu'elle s'exprime par la violence psychologique. La loi et l'autorité pénale ne permettent ainsi pas, aujourd'hui, de couper court à l'escalade de la violence en couple, avec les conséquences terribles que l'on constate ensuite sur la victime et, souvent sur les enfants. L'accompagnement de la victime de violence en couple dans la procédure pénale est ainsi difficile, les condamnations étant trop peu nombreuses et l'autorité pénale ne prenant pas toujours la mesure de la situation.

Les mentalités doivent ainsi encore évoluer, afin de considérer que même l'insulte et la menace sont graves et inacceptables et ce, bien qu'elles sont proférées dans le cadre d'un couple en difficulté ou d'une séparation. Le contexte familial n'explique pas et ne permet pas, bien au contraire, de justifier des comportements qui doivent être punissables.

# Über Gebühr bestraft

## Zur Problematik der Kostenüberwälzung bei Demonstrationen<sup>1</sup>

**Die Überwälzung der Polizeikosten auf Veranstalter\_innen und Teilnehmer\_innen von Demonstrationen, in deren Verlauf Gewalt an Personen oder Sachen verübt wird, unterminiert nicht nur die Demonstrationenfreiheit – verpackt als Gebühr hebt diese Sanktionierung auch strafprozessuale Garantien wie das Schuldprinzip aus.**

- <sup>1</sup> Der vorliegende Aufsatz fusst teilweise auf folgendem Beitrag: Markus Husmann, Überwälzung von Polizeikosten bei Demonstrationen, *Sicherheit&Recht*, 1/2018, 72 ff.
- <sup>2</sup> Aufschlussreich: Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern 7H 15 265 vom 5. September 2016.
- <sup>3</sup> Im Kanton Zürich ist ein in dieselbe Richtung zielendes Geschäft im Kantonsrat hängig, vgl. Parlamentarische Initiative «Chaoten statt Steuerzahler belasten», KR-NR. 248/2016.

Die polizeiliche Grundversorgung ist eine staatliche Aufgabe und wird wie alle behördlichen Massnahmen zugunsten der Allgemeinheit grundsätzlich gebührenfrei aus allgemeinen Steuermitteln erbracht.<sup>2</sup> Entgegen dieser staatspolitischen Grundkonzeption sind einzelne Kantone in jüngerer Zeit bestrebt, die Polizeikosten bei Demonstrationen auf Veranstalter\_innen und Teilnehmer\_innen abzuwälzen, wenn es in deren Verlauf zu Gewalt an Personen oder Sachen kommt. Zentrales Motiv hinter diesen Bestrebungen dürfte mit Blick auf die politischen und medialen Bekundungen die Abstrafung von sogenannten «Provokateur\_innen» und «Chaot\_innen» sein – ein populistisches Ansinnen, das in Zeiten verknappter Steuermittel hoch im Kurs ist, aber fatale Folgen für die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit nach sich zieht. Entsprechend gross ist der Widerstand seitens sozialer Bewegungen, politischer und juristischer Organisationen – auch vonseiten der Demokratischen Jurist\_innen: Im Kanton Luzern, wo das Novum am hartnäckigsten vorangetrieben wurde, musste die Rechtssetzung gleich zwei Mal von der Justiz in die Schranken gewiesen werden, sodass der Gesetzgebungsprozess fast zehn Jahre dauerte, und im Kanton Bern wurde gegen eine ähnliche Vorlage erfolgreich das Referendum ergriffen.<sup>3</sup>

Die einschlägigen Gesetzesbestimmungen sehen vor, dass bei Demonstrationen, bei denen Gewalt an Personen oder Sachen verübt wird, die Kosten des Polizeieinsatzes bis zu einer Höhe von je CHF 30 000 auf Veranstalter\_innen und Teilnehmer\_innen abgewälzt werden können. Offen erklärtes Ziel ist dabei, Teilnehmer\_innen «abzuschrecken» und Veranstalter\_innen «bluten» zu lassen. Dabei soll genügen, dass die Veranstalter\_innen nicht über eine Bewilligung verfügen, Bewilligungsaufgaben missachten oder dass Teilnehmer\_innen, die selbst keinerlei Gewalt ausüben, einer «gewaltausübenden Gruppe» zugerechnet werden. Mit Blick darauf, dass der Landfriedensbruch-Paragraf im Wesentlichen zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten geschaffen wurde und in jüngster Zeit zunehmend überdehnt wird, erscheint dies besonders problematisch. Wer unter diesem Regime eine Kundgebung organisieren oder daran teilnehmen möchte, riskiert mithin im Falle von Ausschreitungen mit existenzbedrohenden

4 Vgl. das lesenswerte Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern P 12.2 vom 7. Mai 2013.

5 Vgl. § 32b des Gesetzes vom 27. Januar 1998 über die Luzerner Polizei (PolG-LU, SRL 350, Fassung vom 1. Januar 2016).

Forderungen des Staates konfrontiert zu werden, wenn der betreffenden Person – im Rahmen ihrer verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten – der Nachweis nicht gelingt, Bewilligungsaufgaben eingehalten beziehungsweise nicht zur gewaltausübenden Gruppe gehört zu haben. Das bedeutet nichts anderes, als dass die Ausübung des (Grund-)Rechts auf Demonstrationsfreiheit an das Risiko massiver negativer Begleiterscheinungen geknüpft wird.

## Leitlinien des Bundesgerichts

Als erster Kanton hat Luzern eine derartige Regelung zur Abwälzung von Polizeikosten realisiert. Nachdem das Vorhaben in Form einer Revision der Polizeikostenverordnung im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle vor dem damaligen Luzerner Verwaltungsgericht gescheitert ist,<sup>4</sup> wurde das Vorhaben in den Grundzügen unverändert auf Gesetzesstufe realisiert. Aufgrund der erheblichen Kritik des Verwaltungsgerichts wurde eine Gebührenobergrenze von CHF 30 000 definiert, die Haftung der Veranstalter\_innen an einen Verstoß gegen Bewilligungspflichten beziehungsweise -auflagen geknüpft und eine Kostenverteilung unter den Störer\_innen zu gleichen Teilen statuiert.<sup>5</sup>

Eine dagegen erhobene Beschwerde zahlreicher Organisationen, Gewerkschaften und Einzelpersonen hat das Bundesgericht teilweise gutgeheissen. Das Gericht anerkennt in seinem Leitentscheid BGE 143 I 147, dass die Auferlegung von Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit einen Grundrechtseingriff darstellt (E. 3.1). Es entwickelt vorab seine in BGE 132 I 256 zusammengefassten Grundzüge der Meinungs- und Versammlungsfreiheit hinsichtlich Gewalttätigkeiten fort: Der Umstand, dass es an einer ursprünglich friedlichen Kundgebung zu Gewaltausübung komme, lasse den Grundrechtsschutz nicht von vorneherein dahinfallen. Kleinere Gruppen, die am Rand einer Versammlung randalieren, können den Grundrechtsschutz für die Versammlung als Ganzes nicht beseitigen; erst wo die Gewalt ein Ausmass annehme, «dass die meinungsbildende Komponente völlig in den Hintergrund» trete, kann der Schutz des Grundrechts entfallen (zum Ganzen E. 3.2). Sodann hält das Gericht fest, dass die Meinungs- und Versammlungsfreiheit nicht nur durch direkte Eingriffe (Verbote, Sanktionen et cetera) beeinträchtigt werden können, sondern auch durch mittelbare Beeinträchtigungen «in dem Sinne, dass der Betroffene sich aufgrund einer behördlichen Reaktion nicht mehr getraut, erneut vom Grundrecht Gebrauch zu machen» (E. 3.3). Eine solche unzulässige Abschreckungswirkung beziehungsweise ein Einschüchterungseffekt («chilling effect») sei zu bejahen, wenn für die Ausübung eines ideellen Grundrechts Polizeikosten verrechnet werden, welche die Grundrechtsberechtigten von der Grundrechtswahrnehmung abhalten (E. 3). Nach Auffassung des Bundesgerichts entziehe sich die Luzerner Gesetzesbestimmung indes nicht gesamthaft einer verfassungskonformen Auslegung:

- Veranstalter\_innen könnten nur haftbar gemacht werden, wenn ihr Verhalten «schlechterdings unverständlich» sei. Spontane Kundgebungen seien von der Kostenpflicht ausgenommen, und Bewilligungsaufgaben müssten verhältnismässig ausgestaltet werden (E. 5.3). Der Gebührenhöchstbetrag von CHF 30 000 komme unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten nur ausnahmsweise – genannt wird eine Grosskundgebung mit massiven

6 Vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C\_598/2018 vom 2. März 2018 E. 4.1 sowie 1C\_221/2017/1C\_223/2017 vom 18. April 2018 E. 7.4.5 (beide zur Publikation vorgesehen); TPF 2017 112.

7 Siehe zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 1C\_20/2018 vom 17. Juli 2018 E. 4.3.

8 Vgl. Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, 376 f. sowie BGE 143 I 147 E. 11.

9 Statt vieler: BGE 130 I 82 E. 2.1; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 8 Rz. 23.

Gewaltausschreitungen – in Betracht, wenn mehrere Veranstalter\_innen beteiligt seien, wobei diese nicht solidarisch, sondern anteilmässig haften (E. 6.3, 7.3).

- Hinsichtlich einzelner Teilnehmer\_innen hält das Gericht fest, dass derart hohe Kosten ein beträchtliches finanzielles Risiko darstellten und die Kostenbeteiligung nicht vorhersehbar sei, weshalb die Bestimmung grundsätzlich geeignet sei, einen Abschreckungseffekt zu bewirken (E. 11). Es lässt die grundrechtliche Frage aber letztlich offen und taxiert diese Bestimmung, die keine Differenzierung nach Massgabe des konkreten Störungsanteils erlaube, in ihrer Undifferenziertheit als Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots sowie des Äquivalenzprinzips und hebt sie auf (E. 12).

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts beinhaltet wichtige Konturierungen der Demonstrationsfreiheit: Gefestigt wird diese zum einen mit der Klarstellung, dass Gewalttätigkeiten eine Kundgebung grundsätzlich dem Schutzbereich nicht entziehen. Mit der Anerkennung der abschreckenden Wirkung einer Kostenaufgabe stärkt das Bundesgericht zum andern die Demonstrationsfreiheit im Hinblick auf mittelbare Eingriffe. Zum ersten Mal überhaupt wurde in diesem Leitentscheid die Problematik des «chilling effects» vom Bundesgericht ausführlich behandelt – das Urteil darf inskünftig als Referenzrahmen in diesem Bereich gelten.<sup>6</sup> So hat das Bundesgericht kürzlich eine Bewilligungsgebühr von CHF 500 im Rahmen einer Tierschutz-Kleinkundgebung unter eingehender Bezugnahme auf BGE 143 I 147 «mit Blick auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit und zur Vermeidung von «chilling effects» kassiert.<sup>7</sup> Indes wirft der Leitentscheid auch Fragen auf und lässt praxisrelevante Probleme ungelöst. Zwei Aspekte werden nachfolgend genauer beleuchtet.

## Die Krux mit dem «chilling effect»

Methodisch hat das Bundesgericht in seinem Leitentscheid zum Luzerner Polizeigesetz betreffend Veranstalter\_innen in einem ersten Schritt abstrakt die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Kostenüberwälzung bejaht, um sodann – ausgehend von dieser Auslegung – einen «chilling effect» zu verneinen. Dies wird der Problematik nicht gerecht: Die föderalismusfreundliche Methodik der verfassungskonformen Auslegung bezweckt, eine kantonale Norm durch Aufzeigen einer erwünschten Auslegung in Kraft zu belassen, was bei offenen Formulierungen eher gelingt. Demgegenüber werden beim «chilling effect» besonders strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlagen gestellt, eine Abschreckung kann gerade aus vagen gesetzlichen Regeln resultieren, welche die Folgen einer Grundrechtsausübung schwer abschätzbar machen.<sup>8</sup> Das Bundesgericht selbst hat in BGE 106 Ia 136 festgehalten, dass «die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nicht nur abstrakt zu untersuchen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit verfassungstreuer Anwendung mit einzubeziehen» sei. Dabei sind nach Lehre und Rechtsprechung insbesondere die Umstände der Normanwendung, die Tragweite des Grundrechtseingriffs und die Wirksamkeit des Rechtsschutzes zu berücksichtigen.<sup>9</sup> Die Berücksichtigung dieser Grundsätze wäre im Rahmen des gerügten «chilling effects» bedeutsam gewesen, doch hat das Bundesgericht solche faktischen und kontextuellen Faktoren (punitives Klima, fehlende Vorsehbarkeit der Normanwendung und

- 10 Ausführlich dazu: Markus Husmann, Überwälzung von Polizeikosten bei Demonstrationen, Sicherheit&Recht, 1/2018, 77 ff.
- 11 Neue Luzerner Zeitung, 4. Oktober 2014, S. 22; Neue Luzerner Zeitung, 2. Oktober 2014, S. 19.
- 12 Siehe nur Verhandlungen des Kantonsrates Luzern, Protokoll vom 22. Juni 2015, 889.
- 13 Vgl. Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22 § 82.

Unabhängigkeit der sanktionierenden Behörde et cetera) ausser Acht gelassen. Angesichts der aktuellen politischen Stossrichtung bestehen jedenfalls begründete Zweifel, ob Gesetzesunterworfenen mit einer verfassungsgetreuen Anwendung rechnen dürfen.<sup>10</sup> Die Abschreckung und Vereitelung der Grundrechtsausübung wirkt ausserdem ex ante, das heisst auf künftige Ereignisse gerichtet. Die bundesgerichtlichen Erwägungen zur verfassungskonformen Anwendung, die immer erst im Nachhinein erfolgen kann, vermögen daher einen «chilling effect» nicht auszuräumen.

Nachdem das Bundesgericht demgegenüber hinsichtlich der Teilnehmer\_innen Kosten von bis zu CHF 30 000 als «ein beträchtliches finanzielles Risiko» bezeichnete, das grundsätzlich geeignet sei, einen Abschreckungseffekt zu bewirken, haben der Kanton Luzern und auch der Kanton Bern ihre Gesetzesvorlagen angepasst. Beide Gesetzesvorlagen sehen bezüglich Teilnehmer\_innen – der Kanton Bern auch bezüglich Veranstalter\_innen – nunmehr eine reduzierte Gebührenobergrenze von CHF 10 000 vor. Der ursprüngliche Höchstbetrag von CHF 30 000 soll nur «in besonders schweren Fällen» zur Anwendung gelangen. Dass diese Lösung die Problematik eines «chilling effects» zu entschärfen vermag, muss angezweifelt werden: Zum einen dürfte auch der reduzierte Betrag für die grosse Mehrheit von Veranstaltungsteilnehmer\_innen eine empfindliche finanzielle Sanktion darstellen, die weit über ein allfälliges kernstrafrechtliches Strafmass (beispielsweise wegen Landfriedensbruchs) hinausgeht. Zum andern erschliesst sich aus dem Gesetzestext nicht, welche Konstellation als schwerer Fall zu qualifizieren wäre. Die offensichtlich dem Strafrecht entlehene Qualifikationsfigur des «schweren Falls» demaskiert vielmehr die gesetzgeberischen Bestrebungen und lenkt den Fokus auf eine zentrale Frage:

## Gebühr als verkappte Strafe?

Ein wesentlicher Einwand gegen die Kostenüberwälzung geht nämlich dahin, dass es sich bei der Kostenüberwälzung um eine Strafe im Gewand einer Gebühr handelt. Tatsächlich wird die Kostenüberwälzung medial explizit als Strafe betitelt («härtere Strafen für Chaoten?») und über Organisator\_innen wird der symbolische Blutbann verhängt («Verursacher sollen stärker bluten»).<sup>11</sup> Eine abschreckende Wirkung wird – ähnlich der Strafen – von der Politik ausdrücklich gewünscht.<sup>12</sup>

Gemäss der sogenannten Engel-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) kann auch eine verwaltungsrechtliche Massnahme Strafcharakter aufweisen, die landesrechtliche Qualifikation ist für die Beurteilung als «strafrechtlich» im Sinne von Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) nicht mehr als ein Ausgangspunkt (1. Kriterium); unabhängig davon kann eine Bewertung als strafrechtlich erfolgen, wenn die Natur der Zuwiderhandlung («nature of the offence», 2. Kriterium) sowie Art und Schweregrad der abstrakt angedrohten Sanktion (3. Kriterium) dies erfordern.<sup>13</sup> Der Frage, ob verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten gelten oder aber die Garantien und Rechte gemäss Art. 6 EMRK (insbesondere Unschuldsvermutung, Beschuldigtenrechte) zur Anwendung gelangen, kommt vorliegend grosse Bedeutung zu. Nicht selten dürften zudem im Zusammenhang mit einer Kostenüberwälzung parallel oder nacheinander straf- und gebührenrechtliche Verfahren laufen, die unmittelbar zusammenhängen und durch dieselbe Behörde geführt werden. Das Bundesgericht hat in seinen (nicht publizierten) Erwägungen

- 14 Vgl. BGer 1C\_502/2015 vom 18. Januar 2018, E. 7.3.2.
- 15 BGer 1C\_502/2015 vom 18. Januar 2018, E. 7.3.2.
- 16 Vgl. dazu Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder, Was unterscheidet Haftpflichtrecht von Strafrecht?, in: Anna Böhme et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2016, 379 ff., insbesondere 381 f.
- 17 Bei einem Verstoß gegen Bewilligungspflichten beziehungsweise –auflagen genügt typischerweise Fahrlässigkeit; vgl. Art. 23 Reglement über die Nutzung des öffentlichen Grundes der Stadt Luzern vom 28. Oktober 2010.
- 18 Statt vieler Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2016, 480 sowie Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22 § 85: «what was initially at stake».
- 19 BGer 1C\_502/2015 vom 18. Januar 2018, E. 7.2.2.
- 20 Vgl. § 32b Abs. 4a PolG-LU; ähnlich im Kanton Bern, vgl. Regierungsratsbeschluss Nr. 746 vom 5. Juli 2017 bzw. der dazugehörige Vortrag, 35.

einen pönalen Charakter der Kostenaufgabe im Ergebnis verneint, wobei die Begründung erstaunt: Die Natur des Tatbestandes («nature of the offence», 2. Kriterium) wird vom Gericht selbst als «Sanktion»<sup>14</sup> umschrieben. Diese Ziele zum einen darauf ab, «Ausschreitungen verhindern zu können»; darin kommt prototypisch die gemäss Engel-Rechtsprechung vorausgesetzte abschreckend-präventive Funktion zum Ausdruck. Zum anderen knüpfe die Sanktion an eine «zumindest grobfahrlässige Verletzung von Bewilligungsaufgaben» an;<sup>15</sup> dies entspricht der vorausgesetzten repressiv-punitiven Funktion. Eine Bewertung der Natur der Sanktion als «strafrechtlich» ergibt sich auch aus folgender Überlegung: Erhoben wird eine sanktionierende Gebühr für Leistungen, die grundsätzlich kostenlos erbracht werden und zu einem grossen Teil ohnehin anfallen würden. Die Gebührenüberwälzung geht mithin über einen Schadensausgleich hinaus, indem auf einen schuldhaften Rechtsbruch mit einer Sanktionierung reagiert wird – das Wesensmerkmal des Strafrechts.<sup>16</sup> Anders als im Haftungsrecht zu erwarten wäre, genügt für eine Haftung nicht etwa einfache Fahrlässigkeit, vielmehr werden erhöhte Voraussetzungen an das Verschulden gestellt. Damit stellt die (angebliche) Haftungsnorm gar höhere Anforderungen an das Verschulden als die Strafnorm, auf deren Verstoß die Haftung fusst.<sup>17</sup> Im Resultat unterscheidet sich die Bestimmung strukturell nur unwesentlich vom Tatbestand des Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 des Strafgesetzbuches (StGB). Bezüglich des Schweregrads der Sanktion (3. Kriterium) hält das Bundesgericht zutreffend fest, dass sich dieser nach der «abstrakten Strafdrohung» bestimmt.<sup>18</sup> Wider Erwarten stellt es sodann aber nicht auf die im Gesetz vorgeschriebenen CHF 30 000 ab, sondern auf eine Relativierung der Gebühr, wonach diese abstrakte Sanktionsdrohung nur in besonderen Konstellationen zur Anwendung gelange.<sup>19</sup>

Mit der oben erwähnten Anpassung der Gesetzesvorlagen in den Kantonen Bern und Luzern hat sich die Problematik noch verschärft: Dass mit dem «schweren Fall» eine strafrechtliche Qualifikationsfigur Eingang ins Verwaltungsrecht findet, erscheint konfus, zumal das Abgaberecht mit einer gänzlich anderen Nomenklatur als das Strafrecht operiert. Ein derart sprunghafter Anstieg einer Gebühr in «schweren Fällen» ist weder vor dem Hintergrund des Kostendeckungsprinzips noch des Äquivalenzprinzips nachvollziehbar. Vielmehr verstärkt der gesetzgeberische Missgriff den Eindruck, dass es sich bei dieser Form der Kostenüberwälzung um verstecktes Strafrecht handelt. Untermauert wird dies mit Blick auf die Materialien, die als schweren Fall die gezielte Gewaltausübung gegen Personen nennen, namentlich wenn «dadurch erhebliche Verletzungen beabsichtigt oder in Kauf genommen werden, zum Beispiel durch Feuerwerkskörper oder Laserpointer».<sup>20</sup> Damit werden schuldstrafrechtliche Tatbestände ins Spiel gebracht, die eo ipso keinen gebührenrechtlichen Bezug aufweisen. Die nachgelegten Gesetzesvorlagen stellen damit keine Verbesserung dar, sondern eher eine Perfektionierung der Umgehung rechtsstaatlicher Grundsätze. Die Unschuldsvermutung und Beschuldigtenrechte werden ausgehebelt, schlimmer noch: Das Schuldprinzip, welches die Leitlinien einer fairen Strafzumessung garantiert, wird obsolet. Masslos bestraft werden damit nicht nur die Einzelnen, sondern auch die Demokratie.

«Demokratische Juristinnen und Juristen haben nicht Jus studiert, um ein schönes Leben zu führen, vielmehr geht es demokratischen Juristinnen und Juristen darum, sich für benachteiligte Personen einzusetzen und für soziale Gerechtigkeit sowie gegen bestehende Machtstrukturen zu kämpfen. Was uns alle verbindet ist ein Unbehagen gegenüber den herrschenden Verhältnissen und den Wunsch, diese zu ändern.»

*Selina Sigerist, Zürich*

«Ein\_e demokratische\_r Jurist\_in ist ein Vereinsmitglied der DJS und zeichnet sich dadurch aus, dass er\_sie trotz juristischer Ausbildung den Menschen ins Zentrum des Rechts stellt (und nicht dessen wirtschaftliche Interessen)! Dass ich im Jahr 1977 das Volk + Recht abonniert habe und heute immer noch regelmässig das plädoyer lese sowie versuche, laufenden Entwicklungen in der Gesetzgebung und Rechtsprechung kritisch gegenüberzutreten, das macht mich zu einem demokratischen Juristen.»

*Dino Degiorgi, Bern*

# Une protection juridique au rabais pour les candidat-e-s à l'asile

Dans sa nouvelle ordonnance sur l'asile, le Conseil fédéral a pris soin d'ajouter de multiples barrières à l'assistance juridique gratuite pour les requérant-e-s. Passage en revue des points les plus problématiques du texte.

Ni dans sa version initiale du 5 octobre 1979, ni après la révision totale adoptée le 26 juin 1998, la Loi sur l'asile (LAsi – RS 142.31) ne prévoit de protection juridique pour les demandeurs et demandeuses d'asile en première instance.

Le texte actuel instaure à l'art. 30 LAsi uniquement l'intervention du «représentant des œuvres d'entraide», envoyé à l'audition sur les motifs d'asile. Les autorités doivent communiquer les dates des auditions suffisamment tôt aux œuvres d'entraide, qui reçoivent une subvention étatique pour assurer cette tâche. Toutefois, l'audition déploie son plein effet juridique même si le ou la représentant-e de l'entraide ne donne pas suite à l'invitation. Ce dernier ou cette dernière assiste à l'audition en qualité d'observateur et non de partie. Le but est d'assurer une procédure d'asile équitable ainsi qu'un bon climat lors de l'audition<sup>1</sup>.

Les candidat-e-s à l'asile se trouvent dans la plupart des cas en situation de précarité personnelle et financière, de surcroît soumis à l'interdiction de travailler de l'art. 43 LAsi. Il leur est donc difficile, voire impossible de rémunérer des mandataires professionnel-le-s. Dans les faits, ils et elles s'adressent aujourd'hui aux bureaux de consultations juridiques (BCJ) mis en place par les œuvres d'entraide et financés exclusivement par les fonds propres de ces dernières<sup>2</sup>.

La situation a été tempérée récemment au niveau des recours. A la suite d'une révision du 14 décembre 2012, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2014<sup>3</sup>, l'article 110a LAsi rend en principe plus facile pour un-e demandeur-se d'asile d'obtenir l'assistance judiciaire devant le Tribunal administratif fédéral.

Cette situation a valu des critiques internationales à la Suisse. De longue date, le comité du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés considère la protection juridique offerte par la Suisse comme lacunaire<sup>4</sup>. Dans ses recommandations du 30 octobre 2009 sur la mise en œuvre du Pacte II<sup>5</sup>, le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a critiqué les carences de la protection juridique dans la procédure d'asile et a invité les instances responsables à donner aux requérant-e-s d'asile accès à la protection juridique en leur garantissant une assistance juridique gratuite<sup>6</sup>.

Entre 2012 et 2016, la LAsi a connu une série de modifications en cascade, concrétisant une importante refonte de la procédure d'asile, dont la partie la plus importante entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2019. L'idée majeure, centrée sur

- 1 cf. [www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/representation-des-oeuvres-dentraide.html](http://www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/representation-des-oeuvres-dentraide.html), consulté le 20 septembre 2018.
- 2 Christophe Tafelmacher, Le rôle des avocats dans la procédure d'asile, in: Amarelle (Editrice), Le droit d'asile face aux réformes, Bern 2013, pp. 63-75.
- 3 RO 2013 4375 5357; FF 2010 4035, 2011 6735.
- 4 Suzanne Bolz, «Des droits fondamentaux sont en jeu», Planète Exil, le magazine de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, n° 51, décembre 2010, p. 3.
- 5 Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0-103.2.
- 6 Chloé Bregnard Ecoffey, Eclairages et enjeux de la défense juridique dans les centres de la Confédération, SOS Asile, bulletin n° 126, 1<sup>er</sup> trimestre 2018, pp. 4-6.

le mantra de «l'accélération des procédures d'asile», consiste à regrouper tous les acteurs dans de grands centres fédéraux, permettant la mise en place d'une procédure cadencée avec des délais de procédure raccourcis. Pour compenser cette dégradation des droits des demandeur-se-s d'asile, le principe d'une protection juridique gratuite a été introduit dans la loi (art. 102f à 102k nLAsi). Cette révolution copernicienne ayant été avalisée en votation populaire le 5 juin 2016, le Conseil fédéral a été chargé de définir les contours de cette représentation juridique, et d'adopter les ordonnances nécessaires. Après avoir mené des phases de test à Zurich depuis 2014, et à Boudry depuis avril 2018, les textes d'application viennent d'être adoptés<sup>7</sup>.

## La nouvelle procédure

Conformément à l'art. 1b nouveau de l'Ordonnance sur l'asile relative à la procédure (OA 1 – RS 142.311), les cantons sont regroupés dans six régions afin de mener la procédure d'asile et de renvoi. Dans chaque région sera implanté un centre fédéral pour requérant-e-s d'asile (CFA) défini à l'art. 24 nLAsi, dont la gestion est confiée au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM).

La nouvelle procédure prévoit une phase préparatoire de 10 à 21 jours, qui débute lors du dépôt d'une demande d'asile (art. 26 nLAsi). Lors de celle-ci, le SEM récolte les données personnelles et procède à l'audition sommaire. Puis une phase cadencée s'enclenche, dans ce qui s'appelle la «procédure accélérée», qui est censée durer au maximum huit jours ouvrables (art. 37 al. 2 nLAsi). Durant ce laps de temps, il est prévu de préparer et de mener l'audition sur les motifs d'asile ou d'octroyer le droit d'être entendu. Une fois l'audition terminée, un tri est organisé pour déterminer si le SEM poursuit la procédure accélérée, ou s'il opte pour la «procédure étendue» et attribue l'intéressé-e à un canton. Cette option est prise lorsqu'une procédure ne peut être close en l'espace de huit jours ouvrables, notamment lorsque des mesures d'instruction supplémentaires s'avèrent nécessaires (art. 26d nLAsi).

La LAsi prévoit désormais le droit pour les requérant-e-s d'asile qui séjournent dans les CFA à un conseil gratuit concernant la procédure d'asile et à une représentation juridique gratuite (art. 102f ss nLAsi). Dans chaque région, le SEM mandatera un prestataire tenu d'assurer la représentation juridique de chaque requérant-e d'asile qui le souhaite (art. 102f al. 2 nLAsi). Une convention sera passée, précisant les modalités de la collaboration, la rémunération forfaitaire du prestataire, et instaurant un contrôle de qualité (art. 102i et 102k nLAsi). Le prestataire sera ensuite chargé d'engager des personnes, en principe de formation juridique, qui seront les représentant-e-s juridiques (RJ).

L'activité d'ou de la RJ commencera au début de la phase préparatoire (art. 102h al. 1 nLAsi). Cette personne sera alors impliquée dans toutes les étapes considérées par le SEM comme déterminantes pour la procédure. Une de ses premières tâches sera d'informer dès que possible le demandeur ou la demandeuse d'asile «sur ses chances de succès dans la procédure d'asile» (art. 102h al. 2 nLAsi).

Au vu du caractère extrêmement rapide de la nouvelle procédure cadencée, la loi prévoit expressément que le SEM informe le prestataire des dates du premier entretien effectué dans la phase préparatoire, de l'audition sur les motifs d'asile et des autres étapes de la procédure pour lesquelles la participation d'un-e représentant-e juridique est requise (art. 102j nLAsi). Selon l'ordonnance, cette

information doit survenir «au minimum un jour ouvrable avant la réalisation de l'étape correspondante», ou au minimum deux jours en cas d'audition sur les motifs d'asile ou si un droit d'être entendu est accordé (art. 52c nOA 1). Lorsque les dates sont communiquées à temps, les actes du SEM déploient leur plein effet juridique, même sans la présence ni la participation du ou de la RJ (art. 102j al. 2 nLAsi). La loi ajoute encore expressément que «si le représentant juridique ne donne pas d'avis sur le projet de décision négative, ou le donne en dehors des délais impartis, bien que le prestataire lui ait transmis ce projet en temps utile, il est réputé avoir renoncé à prendre position» (art. 102j al. 3 nLAsi). Cette situation rappelle le caractère accessoire des actuels «représentants des œuvres d'entraide».

Si le SEM estime que la procédure peut être close en l'espace de huit jours ouvrables, un projet de décision de rejet d'asile est rédigé. Ce projet sera soumis au ou à la RJ pour avis (art. 102k al. 1 let. c nLAsi et 52d nOA 1). La décision de refus d'asile définitive est ensuite rédigée et notifiée au prestataire chargé de fournir la représentation juridique ou, en l'absence de RJ désigné-e, au requérant ou à la requérante d'asile ou à son mandataire (art. 12a, 102h et 102k nLAsi).

La représentation juridique dans les CFA est assurée jusqu'à l'entrée en force de la décision d'asile (art. 102h al. 3 nLAsi et art. 52b al. 4 nOA 1). De manière assez étonnante, la loi elle-même précise que la communication par les RJ du refus de déposer un recours marque la fin du mandat de représentation (art. 102h al. 4 nLAsi et 52b al. 5 nOA 1).

Les candidat-e-s à l'asile qui font l'objet d'une «procédure étendue» pourront aussi s'adresser gratuitement, lors des étapes de la procédure de première instance déterminantes pour la décision, aux RJ désigné-e-s dans le centre ou au BCJ du canton (art. 102l nLAsi). L'ordonnance instaure dans ce cas le système de l'habilitation du BCJ cantonal (art. 52j nOA 1). La rémunération du prestataire se fera également sur la base d'une convention et sur une base forfaitaire, toujours soumis à un contrôle de qualité (art. 102j nLAsi ; art. 52j et 52k nOA 1).

Pour la «procédure étendue», l'ordonnance définit les étapes de la procédure de première instance déterminantes pour la décision d'asile, à savoir la réalisation d'auditions supplémentaires sur les motifs d'asile, l'octroi du droit d'être entendu et la remise d'éléments qui contribuent de manière déterminante à établir les faits (art. 52h nOA 1). Le SEM communique les dates des auditions et de l'octroi du droit d'être entendu par oral aux RJ, mais au minimum dix jours ouvrables à l'avance (art. 52i nOA 1).

## Une véritable représentation juridique?

Par rapport à la situation actuelle, ce nouveau concept de représentation juridique gratuite apporte certains progrès. Les personnes demandant l'asile pourront en principe dès leur arrivée être informées et conseillées. La présence d'un-e RJ sera en principe garantie pour chacun et chacune qui le souhaite. Contrairement au «représentant des œuvres d'entraide», les RJ pourront être rencontrés-e-s avant les auditions, ceci afin de les préparer. De plus, les nouvelles dispositions instaurent le principe d'une assistance juridique spécifique pour les mineur-e-s non accompagné-e-s (art. 17 nLAsi et art. 7 nOA 1).

Toutefois, ces progrès paraissent insuffisants au regard des nombreuses limitations ancrées dans la loi et l'ordonnance. Tout d'abord, il faut souligner l'ambiguïté qui régnera inévitablement avec la concentration de tous les acteurs de



8 Chloé Bregnard Ecoffey, Eclairages et enjeux de la défense juridique dans les centres de la Confédération, SOS Asile, bulletin n° 126, 1er trimestre 2018, pp. 4-6.

9 Alain Maillard et Christophe Tafelmacher, «Faux Réfugiés»? La politique suisse de dissuasion d'asile 1979-1999, Editions d'En Bas, Lausanne, 1999. Christophe Tafelmacher, Du droit d'asile à la gestion de stock humain (ou comment réduire à néant l'hospitalité et les droits), Vivre Ensemble, Hors-Série #3, Genève 2013, asile.ch/wp/wp-content/uploads/2013/10/Tafelmacher-tout\_final\_.pdf.

la procédure dans un même lieu. Comment une personne arrivant à peine en Suisse, en provenance d'un contexte culturel différent et souvent méfiante par rapport aux autorités, pourra-t-elle se convaincre de la réelle indépendance des RJ, alors qu'ils et elles travaillent dans le même lieu que le SEM, tout en étant employé-e-s par une organisation financée et soumise à un contrôle de qualité par cette même autorité? Lors de la phase de test à Zurich, un certain nombre de personnes a préféré s'adresser au BCJ cantonal en dehors du centre, voire même à des avocat-e-s, plutôt qu'au RJ ou à la RJ qui leur avait été proposé-e.

La vision que les autorités se font de la représentation juridique dans le domaine de l'asile est manifestement biaisée et porte atteinte à l'indépendance des mandataires. Ainsi, tant le législateur que le Conseil fédéral ont tenu à introduire dans la loi des éléments inédits par rapport aux rapports classiques de mandat. Nous faisons référence ici à l'obligation d'ou de la RJ d'informer son ou sa mandant-e «dès que possible [...] sur ses chances de succès dans la procédure d'asile» (art. 102h al. 2 nLAsi), aspect qui a été renforcé dans l'appel d'offre pour la seconde phase de test à Boudry. Il y était en effet requis que les RJ donnent des renseignements «neutres et objectifs»<sup>8</sup>, alors même que l'on conçoit mal le rôle d'un véritable défenseur comme impartial. A nos yeux, les RJ devraient avant tout offrir une information complète et compréhensible, afin que la personne concernée puisse se déterminer en toute connaissance de cause, comme c'est le cas dans les autres domaines juridiques.

De plus, l'évaluation des chances de succès soulève de sérieuses questions, au vu de la pratique extrêmement restrictive des autorités compétentes en matière d'asile, et les discours récurrents sur les prétendus abus dans ce domaine. Il est nécessaire de défendre un principe fondamental: le ou la mandataire peut, et doit parfois, avoir sa propre interprétation de la législation dans la perspective du respect des droits de la personne, interprétation susceptible de différer de celle des autorités. Ce n'est d'ailleurs qu'ainsi que la pratique des autorités a pu évoluer, au gré de démarches juridiques jugées sans espoir initialement, mais débouchant par exemple sur un arrêt de principe d'une cour suprême ou un arrêt d'une instance internationale. Rappelons que la Suisse a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, ou par différents comités spécialisés chargés de surveiller l'application de conventions de l'ONU, notamment pour des décisions en matière d'asile ne respectant pas les obligations internationales. Or, dans ces cas, les autorités et juridictions internes avaient eu une toute autre approche. On voit par-là que l'évaluation des chances de succès ne saurait être érigée en critère rigide guidant l'action des RJ, à moins que l'on ne veuille en réalité faire endosser à ce dernier un rôle actif dans la politique de «dissuasion d'asile» mise en place à partir de la fin des années 1980 en Suisse<sup>9</sup>.

Tout aussi problématique est l'injonction légale mettant fin au mandat à la communication du refus de recourir (art. 102h nLAsi et 52b nOA 1). Ce dispositif restreint également l'indépendance des RJ, et ne correspond pas à un besoin dans la pratique du mandat. Il n'est pas rare qu'un-e mandataire renonce à saisir une voie de droit tout en poursuivant la défense des intérêts de son ou sa client-e, par exemple en attendant que des éléments de preuve lui soient fournis pour permettre une nouvelle démarche, comme une demande de réexamen par exemple.

Relevons encore que la limitation des prestations indemnisées implique que la recherche de preuves ou les entretiens étendus avec les personnes demandant l'asile ne seraient pas rémunérés, sans compter que l'indemnisation n'est

10 Chloé Bregnard Ecoffey, Eclairages et enjeux, pp. 5-6.

11 Chloé Bregnard Ecoffey, Eclairages et enjeux, p. 6.

12 «Mise en œuvre de la procédure d'asile accélérée. Qualité de la protection juridique: définition insuffisante», Organisation suisse d'aide aux réfugiés, communiqué de presse du 8 juin 2018, www.osar.ch/assets/media/2018/180612-mm-qualitaet-rechtsschutz-unge-nuegend-fr.pdf.

donnée qu'au seul prestataire. A notre sens, on ne peut pas parler de choix d'un-e défenseur-se, ni d'une véritable assistance judiciaire. D'ailleurs, le fait que seules certaines prestations seront indemnisées pourra aussi générer des doutes chez les demandeur-se-s d'asile s'agissant de la véritable indépendance des RJ, voire de leur utilité.

Il faut encore souligner que le rythme prévu dans la nouvelle procédure rendra impossible l'établissement d'un lien de confiance entre les demandeur-se-s d'asile et les RJ qui leur seront attribué-e-s. Comme on l'a vu, au sein des CFA, les RJ seront informé-e-s des échéances avec un ou deux jours d'anticipation, ce qui est très court. Tout-e mandataire professionnel-le sait combien il est difficile de bien défendre une personne que l'on vient de rencontrer, et à quel point la confiance ne se tisse qu'avec l'écoulement du temps.

Au final, le travail des juristes appelé-e-s à intervenir comme RJ dans les CFA consistera essentiellement à fournir de l'information, à préparer le ou la mandant-e aux auditions dans des délais très brefs et à les y assister, à expliquer des projets de décisions négatives, et enfin à refuser de déposer un recours faute de chance de succès. Il y a un risque important que la nouvelle procédure cadencée ne génère un taux de rotation élevé des RJ, avec la perte d'expérience et de compétences que cela implique<sup>10</sup>.

Pour ce qui est de la défense juridique en procédure étendue, la version finale de l'OA 1 montre que, là aussi, seuls certains actes seront indemnisés par le SEM (art. 52h nLAsi), ce qui limitera la marge d'action des mandataires et les empêchera de développer une stratégie efficace et complète de défense. Les problèmes posés par la convention passée entre le SEM et le prestataire, ainsi que le contrôle de qualité, sont les mêmes que pour la représentation juridique dans les CFA.

Cela signifie que, pour le travail juridique effectué actuellement, les BCJ cantonaux devront continuer à chercher d'autres sources de financement, ce qui s'avère de plus en plus difficile. On ne sait pas non plus si et comment ce travail juridique pourra perdurer en parallèle des conventions passées avec le SEM. Quelle place sera en définitive laissée aux acteurs non étatiques, défendant une vision différente de celles des autorités, dans un domaine politiquement et juridiquement sensible<sup>11</sup>?

## Au final, « la déception est de taille »

La représentation juridique gratuite prévue par les nouvelles dispositions de la LAsi et de l'OA 1 laisse pour le moins perplexe. Plusieurs aspects sont inconnus des systèmes d'assistance judiciaire habituellement pratiqués avec les avocat-e-s. On ne peut en tout cas pas considérer comme indépendant-e-s des mandataires employé-e-s d'un prestataire ayant passé une convention avec une autorité contre laquelle il est censé intervenir, et se soumettant à un contrôle de qualité de la part de celle-ci. De plus, le principe de l'indemnisation forfaitaire et de surcroît limitée à des actes bien définis limite fortement la liberté d'action et de décision des RJ comme du prestataire qui les emploie. Il apparaît que l'on a surtout cherché à légitimer la nouvelle procédure, plus qu'à fournir aux demandeur-se-s d'asile une défense effective.

D'ailleurs, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, qui a pourtant soutenu la réforme de la LAsi, a vivement réagi à la publication des ordonnances d'application<sup>12</sup>: «La déception est de taille: les mesures ne tiennent pas assez compte des

13 Cf. aussi Christophe Tafelmacher, *Le rôle des avocats*, pp. 73-75.

leçons tirées au centre-test et ne créent pas les conditions de base nécessaires à un déroulement des procédures équitable et conforme à l'État de droit.»

Comme déjà signalé, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a enjoint la Suisse à mettre en place une véritable assistance judiciaire gratuite pour les personnes qui demandent l'asile. On en est très loin. Au vu des exigences de preuve élevées de la part des autorités, au vu de la cadence élevée qui marquera la nouvelle procédure, au vu également du soupçon général de tricherie qui habite le SEM, il serait d'autant plus justifié d'offrir une protection juridique suffisante<sup>13</sup>. Notre Etat le fait bien en procédure pénale, avec un système de piquets mettant en œuvre des avocat-e-s breveté-e-s dès la première heure de l'enquête: pourquoi une protection juridique professionnelle et digne de ce nom ne serait-elle pas imaginable en matière d'asile?

Remy Zraggen

# Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz: Rechtsquellen, FATF-Empfehlungen und ausgewählte Fragen im europäischen Kontext

Die Definition der Geldwäscherei liegt eigentlich bereits im Begriff selber: Illegale Geldflüsse werden so verschleiert, dass am Ende das damit gemachte Geld legal erworben scheint. Als weit weniger simpel erweist sich der regulatorische Rahmen der Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz; insbesondere im Kontext der Rechtslage in Europa und in Liechtenstein.<sup>1</sup> Ein Überblick über die Entwicklung und deren kritische Würdigung.

1 Die Ausführungen beziehen sich grundsätzlich auf die Situation in der Schweiz, jedoch im Kontext der Rechtslage in Europa und in Liechtenstein. Denn obwohl die Schweiz und Liechtenstein unmittelbare Nachbarstaaten sind, unterscheiden sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen teilweise deutlich – dies nicht nur im Bereich des Finanzmarktrechts oder der Geldwäschereibekämpfung, sondern auch in vielen anderen Rechtsbereichen. Zurückzuführen ist dies vor allem darauf, dass Liechtenstein im Gegensatz zur Schweiz Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) ist und somit die entsprechenden Rechtsakte des EWR grundsätzlich unmittelbare Anwendung finden. So zum Beispiel im Bereich der Versicherungsaufsicht, wo insbesondere die sogenannte Solvency II-Richtlinie (Richtlinie 2009/138/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit oder die sogenannte IDD (Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb) in Liechtenstein (im Gegensatz zur Schweiz) Anwendung finden.

Der eigentliche Ausgangspunkt der Geldwäschereibekämpfung war der sogenannte Chiasso-Skandal im Jahre 1977, welcher zu verschärfter staatlicher Regulierung führte. Leitende Direktor\_innen der Bankfiliale der Schweizerischen Kreditanstalt in Chiasso hatten italienische Fluchtgelder unrechtmässig in ein liechtensteinisches Finanzinstitut investiert und so einen Schaden in Milliardenhöhe sowie einen nicht zu beziffernden Imageschaden für den Schweizer Finanzplatz verursacht.<sup>2</sup> Der Chiasso-Skandal war in der Folge zum einen der Auslöser einer SP-Volksinitiative zur Abschaffung des Bankgeheimnisses und zum anderen der Grund für mehr Selbstregulierung durch die Banken, indem eine Sorgfaltspflichtvereinbarung, das heisst eine Vereinbarung über die Standardsregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, geschlossen wurde. Diese wurde danach mehrmals revidiert.<sup>3</sup> In den Folgejahren ergingen eine Vielzahl von Regulierungen im Bereich der Geldwäscherei. Das heute geltende Regelwerk ist ein komplexes Gebilde, das sich aus einer präventiven, verwaltungsrechtlichen Komponente und einer repressiven, strafrechtlichen Komponente zusammensetzt.<sup>4</sup>

- 2 Vgl. hierzu zum Beispiel NZZ vom 6. April 2008, Skandale, Krisen, Spekulanten.
- 3 Vgl. hierzu zum Beispiel Robert Vogler, Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, Beiträge zur Finanzgeschichte, Heft 7, Zürich 2005, S. 69.
- 4 Vgl. Bundesamt für Polizei (Fedpol) (Hrsg.), Spezialbericht des Dienstes für Analyse und Prävention des Bundesamtes für Polizei (Fedpol), Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz, Bern 2003, S. 3.
- 5 Vgl. BGE 119 IV 62 mit weiteren Hinweisen.
- 6 Vgl. Christoph Bottermann, Untersuchung zu den grundlegenden Problematiken des Geldwäschereitbestandes, auch in seinen Bezügen zum Geldwäschegesetz, Bochumer juristische Studien (Band 122), Diss. Bochum 1995, S. 1 f.; Detlev Michael Basse, Kommentar zu Art. 1 GwG (CH), in: Kunz/Jutzi/Schären (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorfinanzierung, GwG), Bern/Zürich 2017 Rn. 4, S. 3 f.
- 7 Siehe Art. 70 StGB.
- 8 Detlev Michael Basse, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen: die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierungen durch Selbstregulierung, Diss. Bern 2002 S. 9.
- 9 Vgl. Tamara Taube, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, Zürich/St.Gallen 2013, S. 49.
- 10 § 129a StGB (D); vgl. Basse (Fn. 6), Rn. 48, S. 32.
- 11 Vgl. Basse (Fn. 8), S. 66.

## Begriff der Geldwäscherei und Ziel der Geldwäschereibekämpfung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird Geldwäscherei definiert als Vorgang des Verheimlichens oder Verschleierns von Vermögenswerten illegaler Herkunft mit dem Ziel, den Eindruck zu erwecken, sie seien legal erworben worden. So wird «unsauberes» Geld «gewaschen» und wieder in die legale Volkswirtschaft eingeschleust.<sup>5</sup> Aus kriminologischer Sicht kann Geldwäscherei definiert werden als die Tätigkeit des Umwandeln von unrechtmässig erlangten Gewinnen in angeblich rechtmässige Gewinne, wobei mit Verschleierungstechniken die Ermittlung der Herkunft der Gelder erschwert oder verhindert werden soll.<sup>6</sup> Das Ziel der Geldwäschereibekämpfung ist erstens die Bestrafung der Täter\_innen und zweitens die Einziehung der kriminellen Vermögenswerte.<sup>7</sup> Die Einziehung soll kriminellen Aktivitäten die wirtschaftliche Grundlage entziehen, entsprechend dem Grundsatz, dass sich «Verbrechen nicht lohnen sollen».<sup>8</sup>

## Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung

Im Nachgang zu den Ereignissen vom 11. September 2001 in den USA erfolgte eine Ausweitung der Geldwäschereibekämpfung auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung. Die Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) weitete ihre Empfehlungen um neun Spezialempfehlungen aus.<sup>9</sup> In Umsetzung der revidierten Empfehlungen der FATF wird im Geldwäschereigesetz (GwG) in Art. 1 festgehalten, dass nicht nur die klassische Geldwäscherei, sondern auch die Bekämpfung der Terrorfinanzierung gemäss Art. 260<sup>quinquies</sup> Abs. 1 des Strafgesetzbuches (StGB) im GwG geregelt wird. Terroristischen Organisationen sollen so Finanzierungsmöglichkeiten entzogen und die logistische Unterstützung verunmöglicht werden. Terrorismus wird im allgemeinen definiert als «die bedenken- und grenzenlose Gewaltanwendung in transnationaler Operationsweise und Verbundenheit gegen Personen und Sachen seitens nach ihrem Selbstverständnis politisch, religiös, sozial oder ethnisch motivierter Gruppen mit der Zielsetzung eines Umsturzes [beziehungsweise] einer Veränderung nationaler oder internationaler Situationen».<sup>10</sup> Eine gesetzliche Definition des Terrorismusbegriffs findet sich im GwG nicht. Eine neue Art von Terrorismus zeichnet sich jedoch dadurch aus, dass kein eigentliches politisches Ziel verfolgt wird beziehungsweise dieses Ziel nicht erkennbar ist. Bei dieser Art von Terrorismus ist weniger bedeutsam, wer die Opfer sind, sondern in welcher Form der Angriff begangen wird. Hauptbeispiel dieser neuen Art von Terrorismus ist insbesondere der «islamistische Terrorismus», bei dem oftmals in erster Linie relevant ist, in welcher Art und Weise die Tat begangen wird, was die Bekämpfung erschwert.<sup>11</sup>

- 12 Vgl. auch <http://www.fatf-gafi.org> mit weiteren Hinweisen zur FATF (besucht am 27.08.2018).
- 13 Diese dienen insbesondere als Grundlage für die Liste der sogenannte NCCT-Staaten; vgl. auch Financial Action Task Force (FATF), Report of the FATF on Non-Cooperative Countries and Territories, 14. Februar 2000, Paris.
- 14 Vgl. <http://www.fatf-gafi.org/pages/moneyval.html>. (besucht am 27.08.2018).
- 15 Vgl. zum Beispiel John Broome, Anti-Money-Laundering: International Practices and Policies, Hongkong 2005, S. 88 ff.
- 16 Vgl. auch Taube (Fn. 9), S. 37.
- 17 Vgl. Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI vom 14. Dezember 2014, BBl. 2014 9689.

## FATF und Moneyval

Auf internationaler Ebene wurden im Jahre 1990 die ersten Empfehlungen durch die FATF herausgegeben. Die FATF ist eine Expert\_innengruppe mit Sitz bei der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) in Paris, welche 1989 am G7-Gipfel entstanden ist, mit dem Ziel Methoden der Geldwäscherei aufzudecken, Massnahmen gegen die Geldwäscherei zu entwickeln und die Politik im Bereich der Geldwäscherei zu vereinheitlichen.<sup>12</sup> Die Empfehlungen wurden jeweils in den Jahren 1996, 2001, 2003 und 2012 teil- oder totalrevidiert. Die FATF evaluiert insbesondere im Rahmen von gegenseitigen Länderevaluationen, wie die Empfehlungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei umgesetzt wurden.<sup>13</sup> Die FATF umfasst heute 37 Mitglieder, darunter auch die Schweiz.

Moneyval ist ein Expert\_innenausschuss des Europarates, der die Aufgabe hat, die Einhaltung der international festgelegten Standards betreffend Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu beurteilen.<sup>14</sup> Zudem soll Moneyval zuhanden der nationalen Behörden der Mitgliedstaaten ebenfalls Empfehlungen zur Verbesserung der Strukturen zur Bekämpfung der Geldwäscherei ausarbeiten und es finden ebenfalls Evaluationen in Form von Länderberichten statt.<sup>15</sup> Im Gegensatz zur Schweiz ist Liechtenstein kein Mitglied der FATF, jedoch Mitglied bei Moneyval.

Die FATF ist heute der wohl wichtigste Standardsetter im Bereich der Geldwäschereibekämpfung und hat einen entscheidenden Einfluss auf die nationalen Regelungen. Die Empfehlungen der FATF sind zwar *soft-law* – darunter fallen die erwähnten Länderexamen, inklusive der Publikation von schwarzen Listen bei ungenügender Umsetzung –, stellen jedoch entscheidende Druckmittel dar, um die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der FATF-Empfehlungen zu bewegen.<sup>16</sup>

## FATF-Empfehlungen als Grundlage der Geldwäschereibekämpfung

Im Dezember 2014 wurde in der Schweiz das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten FATF-Empfehlungen verabschiedet und anschliessend per 1. Juli 2015 beziehungsweise 1. Januar 2016 in Kraft gesetzt.<sup>17</sup> Auf europäischer Ebene wurde am 5. Juni 2015 die vierte Geldwäschereirichtlinie verabschiedet, die am 25. Juni 2015 in Kraft getreten ist. Im Anschluss daran hatten die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit, die Richtlinie in die nationale Gesetzgebung umzusetzen. Die Richtlinie nimmt die im Jahre 2012 überarbeiteten Empfehlungen auf und setzte diese in Anwendung eines vermehrt risikobasierten Ansatzes in europäisches Recht um.

Wie bereits erwähnt, stellt die FATF heute das wichtigste Gremium der internationalen Zusammenarbeit gegen die Geldwäscherei dar. So haben heute insbesondere die Weltbank, der Internationale Währungsfonds und der Sicherheitsrat der UNO die

18 Vgl. Fedpol (Fn.4), S. 21.

19 Vgl. Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl. 2014 605 ff., S. 650.

20 Vgl. Francesco Naef/Michele Clerici, Plädoyer für eine sinnvolle Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, Jusletter, 11. August 2014. Rn. 5 mit weiteren Hinweisen.

21 Vgl. Felix Herzog (Hrsg.), Geldwäschegesetz (GWG), München 2014, Rn. 60 ff.

22 Vgl. Financial Action Task Force (FATF), The FATF-Recommendations, Februar 2012, Paris, Empfehlung 1.

23 Vgl. FATF-Recommendations 2012, Empfehlung 3, S. 112.

24 Vgl. FATF-Recommendations 2012, General Glossary, S. 118.

25 Vgl. Botschaft FATF 2012 (Fn. 20), vgl. Robert Waldburger/Stefan Fuchs, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei, IFF Forum für Steuerrecht 2014/2, S. 116.

FATF-Empfehlungen als internationalen Standard anerkannt.<sup>18</sup> Im Gegensatz zu den Richtlinien der Europäischen Union, welche zwingend in nationales Recht umzusetzen sind, sind die FATF-Empfehlungen grundsätzlich unverbindlich.<sup>19</sup> Teilweise wurde in der Literatur argumentiert, dass gegenüber einem Staat, welcher einer Empfehlung gefolgt ist, eine indirekte rechtliche Bindung an diese internationale FATF-Empfehlung hergeleitet werden könne. Diese Lehrmeinung ist allerdings umstritten – kann doch das Vertrauensprinzip einen Staat nur dazu verpflichten, explizit zu erklären, warum der Staat einer Empfehlung nicht Folge leistet, zu der er selbst zugestimmt hat.<sup>20</sup>

Die 40 FATF-Empfehlungen können in drei Kapitel unterteilt werden: Das erste Kapitel bezieht sich auf strafrechtliche Massnahmen gemäss Vorgaben der Wiener Konvention; das zweite Kapitel enthält Pflichten für die Kredit- und Finanzinstitute; das dritte Kapitel bezieht sich schliesslich auf Massnahmen und Kooperationen – hiermit soll die Schaffung von Behörden erleichtert werden, die Verdachtsmeldungen zentralisieren und auswerten.<sup>21</sup> Den Finanzintermediären sollen so Verpflichtungen in folgenden Bereichen auferlegt werden: Verpflichtung zur Kund\_innenidentifikation mittels Ausweispapieren beziehungsweise durch offizielle Registereintragungen; Verpflichtung zur erhöhten Aufmerksamkeit bei Vorliegen unüblicher Umstände, insbesondere bei unüblich hohen Beträgen; Verpflichtung zur Registrierung und Archivierung der Dokumentationen; Melderecht verdächtiger Transaktionen an die zuständigen Behörden sowie Verpflichtung zu Compliance- und Trainingsprogrammen.

## Umsetzung ausgewählter FATF-Empfehlungen 2012

Sowohl auf europäischer wie auf schweizerischer Ebene hat man die Empfehlungen der FATF umzusetzen. Liechtenstein hat sich dabei wie erwähnt am europäischen Rechtsrahmen, insbesondere an der europäischen Geldwäschereirichtlinie, zu orientieren. Neben der Integration der Spezialempfehlungen bezüglich Terrorismusbekämpfung betraf die Revision 2012 folgende Bereiche: Der risikobasierte Ansatz wurde wie erwähnt systematisch verankert – das heisst die Mitgliedstaaten sind insbesondere verpflichtet sogenannte nationale Risikoanalysen zu erstellen.<sup>22</sup> Zudem wurden Steuerdelikte in die Liste der Vortaten aufgenommen, das heisst in die Liste der Straftatbestände deren Verwirklichung Voraussetzung für Geldwäscherei darstellt.<sup>23</sup> Dabei wird vorgegeben, dass direkte und indirekte Steuern erfasst sein müssen.<sup>24</sup> Die Definition von Steuerdelikten im Einklang mit den FATF-Empfehlungen bleibt somit den einzelnen Staaten überlassen.<sup>25</sup> Zur Umsetzung hierfür hat sich die Schweiz für den sogenannten Schwellenwertansatz entschieden, das heisst, die Vortat wird aufgrund eines Schwellenwerts definiert, dies in Bezug auf die Kategorie der

26 Vgl. Marc Schröder, Die Umsetzung der revidierten FATF-Standards in der Schweiz und in der EU, Buchs/Zürich 2016, S. 70.

27 Vgl. Bundesamt für Polizei (Fedpol) (Hrsg.), Vortatenkatalog der Meldestelle für Geldwäscherei, Bern 2015, S. 5 ff.

28 Vgl. Basse (Fn. 6), Rz. 30, S. 21 f. mit weiteren Hinweisen.

29 Vgl. FATF-Recommendations 2012, Empfehlung 7.

30 Vgl. FATF-Recommendations 2012, Empfehlung 12.

31 Vgl. FATF-Recommendations 2012, Empfehlung 24 und 25.

32 Vgl. zum Beispiel Manfred Gantner, Gedanken zur Rolle von Wettbewerbsfähigkeit, Souveränität, Identität und Wohlstand im Fürstentum Liechtenstein, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.), Liechtenstein Politische Schriften Band 50, 25 Jahre Liechtenstein-Institut, Schaan 2011, S. 136.

33 Insbesondere in einem kleinen Staat wie Liechtenstein mit einem verhältnismässig wichtigen Finanzplatz kann dies erhebliche Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft und den Wohlstand des Landes haben.

34 Vgl. <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents> (besucht: 12. August 2018).

Straftat oder auf die vorgesehene Freiheitsstrafe.<sup>26</sup> So gelten gemäss Art. 305<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB als Vortaten, also Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren geahndet werden.<sup>27</sup> Als qualifizierte Steuerdelikte gelten gemäss Art. 305<sup>bis</sup> Abs. 1<sup>bis</sup> StGB die Straftaten nach Art. 186 DBG und nach Art. 59 Abs. 1 StHG, wenn die hinterzogenen Steuern mehr als 300 000 Franken betragen. Allerdings ist die Steuergeldwäscherei mit dem Geldwäschereitatbestand nicht ohne Weiteres zu vereinbaren, da es grundsätzlich an dem für den Tatbestand der Geldwäscherei notwendigen Einziehungsverweigerung fehlt.<sup>28</sup> Schliesslich wurde im Rahmen der Revision 2012 eine Empfehlung aufgenommen, die eine einheitliche und wirksame Umsetzung gezielter Finanzsanktionen erzielen soll;<sup>29</sup> die Definition einer «Politically Exposed Person» wurde ausgedehnt und ins GwG integriert;<sup>30</sup> zur Verbesserung der Transparenz bei juristischen Personen wurde die Kenntnis der die juristische Person beherrschenden natürlichen Personen zwingend erforderlich;<sup>31</sup> die Anforderungen an die Finanzintermediäre betreffend die Sorgfaltspflichten gegenüber Kund\_innen wurde präzisiert und die internationale Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung und der Verdachtsmeldesysteme gestärkt.

## Würdigung und Ausblick

Die rasante Entwicklung im Bereich der Geldwäschereibekämpfung der letzten Jahre und Jahrzehnte hat dazu geführt, dass der regulatorische Rahmen und das Geldwäschereirisiko heute nicht mehr mit der Situation vergangener Jahre vergleichbar ist – dies gilt sowohl für den Finanzplatz Schweiz als auch für denjenigen Liechtensteins. Die Entwicklung zu einem sauberen Finanzplatz ist jedoch noch längst nicht abgeschlossen. Mit der Weissgeldstrategie, welche von Liechtenstein im Jahre 2009 definiert wurde, konnte der Finanzplatz Liechtenstein mittelfristig gestärkt werden.<sup>32</sup> Es wurde erkannt, dass von unzureichender Geldwäschereibekämpfung nicht nur ein erhebliches Reputationsrisiko ausgeht, sondern dass dies auch zu Ertragseinbussen in der Privatwirtschaft und damit zu Steuereinsparungen führen kann.<sup>33</sup> Auch die Schweiz hat heute im Finanzbereich ein grundsätzlich wirkungsvolles Gebilde zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorfinanzierung. Dementsprechend wurde der Schweiz im Rahmen der letzten FATF-Länderprüfung im Jahre 2016 ein positives Zeugnis ausgestellt.<sup>34</sup> Insbesondere im Rahmen der Umsetzung der Geldwäschereivorschriften besteht jedoch noch erhebliches Verbesserungspotential. Die verstärkten regulatorischen Anforderungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Umsetzung der FATF-Empfehlungen, mögen zwar kurzfristig für einzelne Akteure negative Auswirkungen gehabt haben, führen aber mittel- und langfristig zu einer Stärkung des jeweiligen Finanzplatzes und der Volkswirtschaft generell. Währenddem der regulatorische

- 35 Vgl. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-switzerland-2016.pdf>, S. 39 und 197 (besucht am 12. August 2018).
- 36 Vgl. zum Beispiel zum Rohstoffhandel Interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Bern 2015, S. 117 ff; der Handel mit Rohwaren ist nur dem GwG unterstellt, wenn er auf fremde Rechnung erfolgt (Art. 5 Abs. 1 lit. c GwV).
- 37 Siehe Art. 2 Abs. 2 lit. c GwG oder Art. 3 Abs. 2 der 4. EU-Gw-RL, welcher hinsichtlich der Unterstellung von Versicherungen und Versicherungsvermittler über die Regelung in der Schweiz hinausgeht und zum Beispiel auch reine Risikoversicherungen der Geldwäschereigesetzgebung unterstellt.
- 38 Zu den Risiken und Chancen, vgl. zum Beispiel <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/referate-und-artikel/20180327-rd-bnm-jmk-2018.pdf?la=de%20%20> (besucht am 20. August 2018).
- 39 Hierfür ist in Liechtenstein insbesondere ein Blockchain-Gesetz in Ausarbeitung, vgl. <https://ligital.li/2018/03/liechtenstein-plant-blockchain-gesetz/> (besucht 13. August 2018).

Rahmen im Finanzbereich in den letzten Jahren stetig ausgebaut und verfeinert wurde, stellt sich in anderen Bereichen die Frage, ob nicht Nachholbedarf besteht. Beispielsweise wurde wiederholt die grundsätzliche Nicht-Unterstellung von Immobilienhändler\_innen unter das GwG kritisiert, insbesondere auch im Rahmen der Ländersprüfung von 2016.<sup>35</sup>

Die Geldwäscherei ist heute nicht mehr primär ein Bankenproblem beziehungsweise ein Problem von Finanzinstituten, sondern hat sich in die Bereiche Rohstoff- oder Immobilienhandel verlagert.<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es im Sinne einer effizienten Geldwäschereibekämpfung ist, wenn beispielsweise Lebensversicherungen oder Lebensversicherungsvermittler\_innen durchwegs der Geldwäschereigesetzgebung unterstehen, währenddem gewisse Wirtschaftszweige mit erhöhtem Risiko davon ausgenommen sind.<sup>37</sup>

Weitgehend unreguliert sind zudem heute ebenfalls Kryptowährungen und andere Blockchain-Anwendungen im Finanzbereich. Generell ist davon auszugehen, dass sich Geldwäscherei vor allem in solche (noch) unregulierte Bereiche verlagert hat beziehungsweise in Zukunft noch weiter dorthin verlagern wird.<sup>38</sup> Bedingt durch die Attraktivität von Liechtenstein und der Schweiz im Bereich von Blockchain-Technologien, werden die regulatorischen Herausforderungen – gerade im Bereich der Missbrauchsbekämpfung – in den nächsten Jahren zunehmen.<sup>39</sup>

# Traite d'êtres humains et trafic de migrant-e-s : sens et non-sens d'une distinction

**Le droit suisse distingue les deux phénomènes qui se recoupent pourtant à plusieurs niveaux. Cette classification juridique a des conséquences décisives pour les personnes migrantes, qui sont considérées soit comme des victimes à protéger, soit comme des auteurs d'infractions à punir.**

- 1 Andreas Schloenhardt, The UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air 2000, in Hauck Pierre/Peterke Sven (édit.), International Law and Transnational Organised Crime, Oxford 2016, p. 175-176.
- 2 Département fédéral de justice et police (DFJP), Rapport, Le trafic organisé de migrants et la Suisse, Berne 2014, p. 16.
- 3 Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, du 15 novembre 2000, entré en vigueur pour la Suisse le 26 novembre 2006, (RS 0.311.542).
- 4 Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, du 16 mai 2005, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> avril 2013, (RS 0.311.543).
- 5 Le Protocole de Palerme utilise la notion de « traite des personnes » qui est identique à la « traite d'êtres humains ».

La traite d'êtres humains (Menschenhandel/Trafficking in Persons), à l'instar du trafic de migrant-e-s (Menschenschmuggel/Smuggling of Migrants), sont des sujets d'une grande actualité. Ils s'inscrivent pleinement dans les problématiques migratoires contemporaines : intensification des flux migratoires, politiques migratoires, conjoncture économique, vulnérabilité et endettement des migrant-e-s, réseaux criminels.

Les deux infractions relèvent de constructions juridiques distinctes tant en droit international qu'en droit interne. Elles poursuivent des logiques différentes : alors que la répression de la traite d'êtres humains a pour but de protéger les intérêts individuels de la victime, celle du trafic de migrant-e-s s'inscrit dans une volonté de protection de la souveraineté nationale, de contrôle des frontières et de limitation de l'immigration<sup>1</sup>.

Néanmoins, les phénomènes sont souvent confondus. En effet, il existe une zone grise au sein de laquelle ils se recoupent<sup>2</sup>. Après une brève présentation des deux concepts, la présente contribution aura pour but de s'interroger sur le sens et le non-sens de leur distinction.

## La traite d'êtres humains

Le Protocole de Palerme<sup>3</sup> ainsi que la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite d'êtres humains<sup>4</sup> définissent la traite d'êtres humains<sup>5</sup> de la même manière aux articles 3 let. a et 4 let. a respectivement. Trois éléments constitutifs sont nécessaires : un acte (recrutement, transport ...), un moyen

**6** Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC), Anti-human trafficking manual for criminal justice practitioners, Module 1, Definitions of trafficking in persons and smuggling of migrants, Vienne 2009, (cité: Anti-human trafficking manual), p. 2, 4; ONUDC, Le rôle du « consentement » dans le protocole relatif à la traite des personnes, Vienne 2015 (cité: Consentement), p. 27; Anne Gallagher, The International Law of Human Trafficking, Cambridge 2010, p. 29.

**7** FF 2005 2639, p. 2665.

**8** Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA), Rapport concernant la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par la Suisse, Premier cycle d'évaluation, 2015, N 37.

**9** Le titre 4 concerne les crimes ou délits contre la liberté.

**10** ATF 96 IV 118, p. 121; ATF 128 IV 117, p. 123; FF 2005 2639, p. 2665; Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3ème éd., Berne 2010, Art. 182 N 4; Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10e éd., Zurich 2018, Art. 182, p. 468.

**11** FF 2005 2639, p. 2666.

**12** RO 2006 5437.

**13** FF 2005 2639, p. 2666-2667. Le Conseil fédéral se réfère à la proposition de la Commission de l'Union européenne portant sur la décision-cadre 629/2002 du 19 juillet 2002 du Conseil, relative à la lutte contre la traite des êtres humains (JO 2002 L 203, p. 1) qui retient qu'« il y a exploitation du travail de la victime lorsqu'une personne est continuellement empêchée d'exercer ses droits fondamentaux en violation de la réglementation du travail ou des dispositions relatives à la rémunération, la santé et la sécurité sur le lieu de travail. Concrètement, il peut s'agir notamment de privation de nourriture, de maltraitance psychique, de chantage, d'isolement, de lésions corporelles, de violences sexuelles ou de menaces de mort ». Critiqué par : Vera Delnon/Bernhard Rüdy, in Niggli/Wiprächtinger, Basler Kommentar, Strafrecht II, 3ème éd., Bâle 2013, (cité: BSK StGB II-Auteur), Art. 182 N 27; Pozo José Hurtado, Droit pénal, partie spéciale, nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Bâle/Zurich 2009, Art. 182 N 2513.

**14** BSK StGB II-Delnon/Rüdy, Art. 182 N 28 - 29.

**15** Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, conclu à New York le 15 novembre 2000, entré en vigueur pour la Suisse le 26 novembre 2006 (RS O.311.541).

**16** Article 3 let. a PCTIM.

**17** Le terme de « passeur » relève du langage commun et non de la terminologie juridique.

**18** ONUDC, Model law against the Smuggling of Migrants, Vienne 2010, (cité: Model law), p. 13; Anne Gallagher/Fiona David, The International Law of Migrant Smuggling, Cambridge 2014, p. 366.

illicite (contrainte, menace, tromperie ...) et un but d'exploitation (sexuelle, travail ou prélèvement d'organe)<sup>6</sup>. Conformément à ces instruments internationaux, la Suisse sanctionne la traite d'êtres humains à l'article 182 du Code pénal (CP). L'infraction vise « [c] elui qui, en qualité d'offreur, d'intermédiaire ou d'acquéreur, se livre à la traite d'un être humain à des fins d'exploitation sexuelle, d'exploitation de son travail ou en vue du prélèvement d'un organe. [...] Le fait de recruter une personne à ces fins est assimilé à la traite ».

Partant, l'acte consiste à offrir, fournir, vendre ou recevoir des personnes, mais également à acheminer, transporter ou livrer un être humain<sup>7</sup>. L'absence de mention d'un moyen illicite constitue un silence qualifié du législateur. Il permet à la jurisprudence de donner des contours plus larges à l'infraction<sup>8</sup>. Figurant au « titre quatrième » du CP<sup>9</sup>, l'infraction suppose une atteinte à la liberté de la victime. Cette dernière apparaît comme l'objet passif d'une transaction au même titre qu'une marchandise vivante<sup>10</sup>.

La traite s'inscrit dans une finalité d'exploitation. L'exploitation sexuelle comprend notamment, selon le Conseil fédéral, le fait de pousser quelqu'un à la prostitution, ou l'exploitation en vue de représentation pornographique ou de fabrication de matériel pornographique<sup>11</sup>. L'exploitation du travail, introduite en 2006 lors de la modification de la disposition<sup>12</sup>, reste encore un thème peu exploré. En l'état, elle comprend, à tout le moins, le travail ou les services forcés, l'esclavage et les conditions analogues à l'esclavage<sup>13</sup>. Finalement, la traite peut également avoir pour but l'exploitation biologique du corps lorsqu'elle vise le prélèvement d'un organe<sup>14</sup>.

## Le trafic de migrant-e-s

Le Protocole du 15 novembre 2000 contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (PCTIM)<sup>15</sup> définit le trafic illicite de migrant-e-s comme « le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un Etat partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet Etat »<sup>16</sup>. Ainsi, seul-e-s les passeur-se-s<sup>17</sup> à la recherche d'un avantage sont visé-e-s<sup>18</sup>. Les travaux préparatoires expliquent qu'il est ainsi question d'exclure du champ d'application l'aide offerte à titre non lucratif, par exemple celle de membres de la famille, d'organisations religieuses ou d'autres ONG poursuivant un but idéal ou humanitaire<sup>19</sup>. En outre, notons qu'à côté de la figure du passeur ou de la passeuse, le migrant ou la migrante, objet du trafic, n'est pas considéré comme l'auteur d'une infraction (article 5 PCTIM).

Le droit suisse s'est sensiblement éloigné de cette conception internationale<sup>20</sup>, en adoptant une vision plus répressive. Il s'est doté d'infractions réprimant tant l'immigration clandestine que le fait de la favoriser. Le siège de la matière se trouve dans la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005 à titre de normes de droit pénal accessoire<sup>21</sup>. L'article 115 de cette loi réprime l'entrée,

**19** Organisation des Nations Unies (ONU), Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, A/55/383/add.1, 3 novembre 2000, N 88; ONUDC, Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, New York 2008, p. 493.

**20** Les standards du PCTIM sont des minima. Les Etats restent libres de réprimer plus largement le trafic de migrant-e-s, mais aussi de sanctionner le ou la migrant-e pour son entrée illégale dans l'Etat. Article 6 § 4 PCTIM et Article 34 § 3 Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée ; Gallagher/David, p. 363, 366.

**21** Gaëlle Sauthier, in Amarelle/Nguyen, Code annoté de droit des migrations, vol. II, Loi sur les étrangers (LEtr), Berne 2017, Art. 116 N 7; Luzia Vetterli/Gabriella D'Addario di Paolo, in Caroni/Gächter/Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010, Vorb. Art. 115-120 N 7.

**22** Peter Albrecht, Die strafbare Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts ausländischer Personen in der Schweiz gemäss Art. 116 AuG, Pratique juridique actuelle (PJA), 2012, p. 792 - 793. Sauthier, Art. 116 N 1; Vetterli/D'Addario di Paolo, Art. 116 N 4; Andreas Zünd, in Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, Migrationsrecht Kommentar, Schweizerisches Ausländergesetz (AuG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlässen, 4e éd., Zurich 2015, Art. 116 N 1.

**23** Les cas simples (article 116 al. 1 LEtr) sont passibles d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, et les aggravantes d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus additionnée d'une peine pécuniaire ou une peine pécuniaire. Sur un plan statistique, la grande majorité des condamnations concernent des cas simples (785 pour l'hypothèse de l'article 116 al. 1 let. a LEtr), alors que seules 41 condamnations concernent l'une des deux aggravantes. Office fédéral de la statistique, Condamnations et personnes condamnées pour une infraction au sens de la loi sur les étrangers, année 2017, état du casier judiciaire au 30.04.2018.

**24** Vetterli/D'Addario di Paolo, Vorb. Art. 115 - 120 N 4. Voir également la réflexion d'Albrecht, p. 794 - 795 sur la question.

**25** Vetterli/D'Addario di Paolo, Vorb. Art. 115 - 120 N 4.

**26** FF 2005 2639. p. 2665; BSK StGB II-Delnon/Rüdy, Art. 182 N 8; Donatsch, Art. 182, p. 467 .

**27** Albrecht, p. 792-793; Sauthier, Art. 116 N 1, 10; Vetterli/D'Addario di Paolo, Art. 116 N 4; Zünd Art. 116 N 1.

**28** Alexis A. Aronowitz, The smuggling - trafficking nexus and the myths surrounding human trafficking, in Immigration, Crime and Justice, mars 2015, p. 110; DFJP, p. 16; Tom Obokata, Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law, In International Journal of Refugee Law, vol. 17, 2005, p. 397.

la sortie et les séjours illégaux, ainsi que l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation par un-e étranger-ère. Quant à l'article 116 LEtr, il érige en infractions autonomes les comportements relevant de la « participation accessoire » aux infractions de l'article 115 LEtr<sup>22</sup>. Ainsi, l'article 115 LEtr vise le ou la migrant-e illégal-e. Quant à l'article 116 al. 1 let. a et a<sup>bis</sup> LEtr, il cible le « passeur »/ la « passeuse »qui facilite son entrée ou sa sortie illégale de la Suisse ou de l'espace Schengen ou participe à des préparatifs dans ce but. Contrairement au droit international, le trafic de migrant-e-s est sanctionné alors même que son auteur ne recherche aucun enrichissement illégitime. Un tel but constitue une aggravante définie à l'article 116 al. 3 let. a LEtr. Le trafic peut également être l'œuvre d'un-e passeur-se isolé-e, le fait d'agir dans le cadre d'un groupe formé pour commettre de tels actes de manière suivie réalisant la seconde aggravante de l'article 116 al. 3 let. b LEtr<sup>23</sup>.

## Divergences

Il convient d'examiner quelques points saillants qui permettent de distinguer les deux infractions. Malgré les dangers encourus par les migrant-e-s faisant appel à des passeur-se-s susceptibles de mettre gravement en péril leur vie ou leur intégrité corporelle, l'article 116 LEtr n'a pas vocation à protéger les biens juridiques individuels des migrant-e-s. La disposition poursuit exclusivement un bien juridique collectif<sup>24</sup> dans une logique de souveraineté territoriale<sup>25</sup>. Il s'agit là d'une première grande différence avec la traite d'êtres humains, qui vise la protection d'intérêts individuels (autodétermination)<sup>26</sup>.

En outre, la manière dont est appréhendé l'individu objet de la traite et respectivement du trafic est très contrastée. Dans le cadre du trafic, la personne migrante est considérée par le droit suisse comme l'auteur de l'infraction principale (article 115 LEtr), pour laquelle le passeur ou la passeuse joue un rôle relevant de la complicité (infraction autonome à l'article 116 LEtr)<sup>27</sup>. En revanche, la personne objet de la traite est toujours vue comme une victime qui bénéficie de mesures de protection.

De plus, le trafic de migrant-e-s revêt nécessairement une dimension internationale, puisqu'il sanctionne le franchissement illégal de frontières<sup>28</sup>. En revanche, la traite d'êtres humains peut se déployer à l'intérieur d'un même Etat<sup>29</sup>. D'ailleurs, la victime de traite n'est pas forcément en situation irrégulière<sup>30</sup>.

Les deux infractions se différencient également du fait que le trafic de migrant-e-s n'implique pas d'exploitation. Il prend fin une fois que la personne étrangère a traversé la frontière<sup>31</sup>. Le passeur ou la passeuse est généralement rétribué-e pour le service offert aux migrant-e-s et n'a pas l'intention de l'exploiter<sup>32</sup>. En revanche, l'infraction de traite d'êtres humains est indissociable de la notion d'exploitation, qui en est la finalité. L'exploitation de la victime peut engendrer des gains des années durant<sup>33</sup>.



- 29 DFJP, p. 16; Obokata, p. 397; Schloenhardt, p. 176.
- 30 DFJP, p. 16; ONUDC, A short introduction to migrant smuggling, Issue Paper, 2010, (cité: Migrant smuggling), p. 10.
- 31 DFJP, p. 15; Obokata, p. 396-397; ONUDC, Migrant smuggling, p. 10.
- 32 Alexis A. Aronowitz, Smuggling and Trafficking in Human Beings: The Phenomenon, The Markets that Drive it and the Organisations that Promote It, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 9, 2001, p. 163-195 (cité: Aronowitz 2001), p.167; DFJP, p. 15; ONUDC, Migrant smuggling, p. 10; Schloenhardt, p. 176.
- 33 DFJP, p. 15-16; ONUDC, Migrant smuggling, p. 10.
- 34 DFJP, p. 16; Schloenhardt, p. 176.
- 35 Aronowitz 2001, p. 165 ; DFJP, p. 16; Obokata, p. 396; Schloenhardt, p. 176.
- 36 DFJP, p. 16.
- 37 DFJP, p. 16.
- 38 Jacqueline Bhabha/Monette Zard, Victime de trafic illicite ou de traite des personnes ?, *Trafic d'êtres humains: préserver les droits et comprendre les failles*, in *Migration forcée Revue*, n° 25, juillet 2006, p. 7.
- 39 ONUDC, Migrant smuggling, p. 7.
- 40 Joëlle Moret/Denise Efonayi-Mäder/Fabienne Stants, *Traite des personnes en Suisse : quelles réalités, quelle protection pour les victimes ?* Swiss forum for migration and population studies, Neuchâtel 2007, p. 75.
- 41 DFJP, p. 14; Gallagher, p. 94-95; Schloenhardt, p. 173.
- 42 Préambule du PCTIM. Des considérations relatives à la protection des migrants se retrouvent également aux articles 2, 4, 9 § 1, 16, 19 (clause de sauvegarde) PCTIM.
- 43 Ou le risque de mettre en danger.
- 44 Le droit suisse n'a pas repris ces deux circonstances aggravantes dans la LEtr.
- 45 ONUDC, Consentement, p. 27; Gallagher, p. 34.
- 46 ONUDC, Anti-human trafficking manual, p. 6; Gallagher, p. 34.
- 47 DFJP, p. 16, 48; Moret/Efonayi-Mäder/Stants, p. 74.
- 48 DFJP, p. 48; Slobodan Djajic/Alexandra Vinogradova, Undocumented migrants in debt, in *Labour Economics*, vol. 21, avril 2013, p. 15; Moret/Efonayi-Mäder/Stants, p. 74.

Finalement, les deux infractions se distinguent sur la problématique de l'assentiment<sup>34</sup>. La personne migrante clandestine objet du trafic recourt à un-e passeur-se sur une base volontaire pour mener à bien un projet migratoire<sup>35</sup>. En revanche, dans le cadre de la traite d'êtres humains, l'assentiment de la victime fait défaut, soit qu'il n'a pas été donné, soit qu'il n'est pas valable en raison de la contrainte, la tromperie, ou l'exploitation de la situation de vulnérabilité<sup>36</sup>.

## Convergences

Il existe une zone grise au sein de laquelle les deux infractions se rejoignent. Le Département fédéral de justice et police (DFJP) relève à juste titre que « [l]es deux formes de criminalité sont souvent liées et peuvent se recouper »<sup>37</sup>.

En effet, les conditions et les stratégies de migration ne permettent pas une catégorisation tranchée des deux phénomènes<sup>38</sup>. Les trafiquant-e-s utilisent souvent les mêmes itinéraires et les mêmes méthodes de transport dans les deux cas<sup>39</sup>. En outre, dans bien des situations, la traite d'êtres humains s'inscrit également dans le cadre d'un projet migratoire<sup>40</sup>. Par exemple, lorsque la victime en quête de nouvelles perspectives se fait recruter en étant trompée sur le type de travail qu'elle exercera dans le pays de destination dans lequel elle se trouvera exploitée.

Contrairement au droit suisse, sur le plan international, on ne retrouve pas de dichotomie entre délinquant-e et victime, s'agissant de la personne migrante clandestine et de la personne objet de la traite. Outre le fait que la personne migrante, objet du trafic, n'est pas considérée comme l'auteur d'une infraction, plusieurs éléments du Protocole dénotent une préoccupation concernant la protection des droits des migrant-e-s<sup>41</sup>. Dans le préambule, les Etats parties se disent « convaincus qu'il faut traiter les migrants avec humanité et protéger pleinement leurs droits », et ils affirment être « également préoccupés par le fait que le trafic illicite de migrants risque de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants »<sup>42</sup>. Par ailleurs, le PCTIM prévoit deux cas aggravés de trafic illicite de migrant-e-s qui s'inscrivent dans cette même logique : la mise en danger<sup>43</sup> de la vie ou de la sécurité de la personne migrante, ainsi que son traitement inhumain ou dégradant « y compris pour l'exploitation » (article 6 ch. 3 let. a et b PCTIM)<sup>44</sup>.

Les critères de démarcation relatifs à l'exploitation et à l'assentiment ne sont pas non plus absolus. Le but d'exploitation de la traite d'êtres humains est un élément constitutif subjectif (dol spécial)<sup>45</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'exploitation se concrétise matériellement, pour que l'infraction soit réalisée<sup>46</sup>. Ainsi, dans les cas où l'exploitation n'a pas encore eu lieu, il est très difficile de différencier la traite du trafic, car les éléments visibles du phénomène se confondent. De plus, sur le terrain, les situations sont rarement limpides et sont à même de fluctuer, ce qui contribue encore à brouiller la ligne de démarcation.

49 Aronowitz 2001, p. 167; DFJP, p. 48.

50 Djajic/Vinogradova, p. 15; Moret/Efonayi-Mäder/Stants, p. 74.

51 Aronowitz 2001, p. 167; Bhabha/Zard, p. 7.

52 Moret/Efonayi-Mäder/Stants, p. 75.

53 Obokata, p. 397.

→ L'auteure remercie Madame Justine Barton pour la relecture du texte.

Le phénomène de l'endettement des migrant-e-s en est un exemple<sup>47</sup>. Pour financer leur périple, les migrant-e-s sont souvent amené-e-s à s'endetter auprès des trafiquant-e-s<sup>48</sup>. Arrivés-e-s dans le pays de destination, ils et elles sont des proies faciles pour l'exploitation du travail ou sexuelle, car tenu-e-s de rembourser rapidement de grosses sommes d'argent<sup>49</sup>. Aussi, les créanciers craignant leur fuite ou renvoi seront tentés de restreindre leur liberté (contrôle, dépossession des papiers d'identité, séquestration ...) <sup>50</sup>. Ainsi, d'une situation relevant du trafic de migrant-e-s, on glisse vers de la traite d'êtres humains. Encore faut-il que les victimes soient identifiées comme telles par les autorités et que l'exploitation soit suffisamment caractérisée pour relever de la traite d'êtres humains.

Par ailleurs, il n'est pas rare que les conditions préalablement convenues entre une personne migrante et un-e trafiquant-e évoluent au cours du voyage, au gré des circonstances<sup>51</sup>. Des mises en danger imprévues, voire des éléments de contrainte ou d'exploitation peuvent surgir lors d'un processus migratoire volontaire. Dès lors, dissocier les éléments volontaires des éléments coercitifs n'est pas tâche aisée<sup>52</sup>. La qualification de l'infraction en sera d'autant plus délicate.

## Conclusion

Les infractions de trafic et de traite d'êtres humains poursuivent des logiques très différentes, alors qu'elles sont intrinsèquement liées. Elles sont le fruit de la volonté des Etats de mettre en œuvre une politique criminelle visant à la fois la protection des frontières et la protection des victimes de traite. Mais, la réalisation simultanée de ces deux objectifs relève souvent de la quadrature du cercle. La complexité du phénomène migratoire rend particulièrement difficile la qualification des situations. Or, la classification d'une situation dans l'une ou l'autre des catégories aura des conséquences tout à fait différentes pour l'individu objet du processus qui sera considéré, soit comme une victime de la traite bénéficiant d'assistance et de protection, soit comme une personne migrante clandestine susceptible d'être arrêtée, détenue, punie et expulsée<sup>53</sup>.

# Zugang zum Recht – für Gefangene versperrt

Menschen im Straf- und Massnahmenvollzug bleibt der Zugang zum Recht in den meisten Fällen verwehrt. Dies obwohl es sich beim Freiheitsentzug um den stärksten staatlichen Grundrechtseingriff überhaupt handelt. Die Menschenrechtsorganisation [humanrights.ch](http://humanrights.ch) möchte dies nun verändern und wird dabei von den DJS unterstützt.

«Aufgrund des bisherigen Vollzugsverhaltens wird Tarek Rosiqi<sup>1</sup> in die SIA II (Kleingruppe) für die vorläufige Dauer von 6 Monaten verlegt». So steht es in der Verfügung vom 20. März 2017 der Sicherheitsdirektion eines kleinen Schweizer Kantons. Mit einem einzigen Satz wird hier entschieden, dass Rosiqi für ein halbes Jahr in ein sehr restriktives Haftsetting einer Strafanstalt verlegt wird. Rosiqi hatte zuvor in einem kleinen Regionalgefängnis darauf gewartet und gehofft, in den Normalvollzug einer Strafanstalt verlegt zu werden.

Aus der Verfügung geht nicht hervor, welches konkrete «bisherige Vollzugsverhalten» dem Adressaten vorgeworfen wird. Zudem bleiben die konkreten Haftbedingungen in der Sicherheitsabteilung unerwähnt; die entsprechenden Informationen muss sich Rosiqi von «gefängniserprobten» Mitgefangenen geben lassen.

Diese berichten ihm, dass er in den nächsten sechs Monaten nur dreimal pro Woche duschen darf, nur halbtags arbeiten kann und auf eine schulische Ausbildung oder Weiterbildung verzichten muss. Auch werde er sich nicht sportlich betätigen können. Zudem befinden sich im Kleingruppenvollzug maximal fünf Personen. Dies im Gegensatz zum Normalvollzug, wo man mit ganz unterschiedlichen Menschen in Kontakt kommt. Die Einschränkung der sozialen Kontakte sei für ihn besonders schlimm, so Rosiqi: «Man kann sich da seine Freunde nicht selber aussuchen».

Die geschilderte Situation ist Alltag im schweizerischen Justizvollzug: Gefangene werden immer wieder mit einschneidenden Vollzugsentscheiden konfrontiert, die nur beschränkt verständlich sind und gegen die sie sich kaum zur Wehr setzen können.

## Hürden für Betroffene ...

Mit der Rechtskraft des Strafurteils wird der Zugang zum Recht für viele Gefangene schwierig. Während des Strafprozesses konnten sie noch auf die Unterstützung durch eine Anwältin oder ein Anwalt zählen, die\_der ihnen als amtliche

Name	Vereinigung Demokratischer Juristen	Vorname	geb.	Fiche Nr.	8
Alter	Datum	Gegenstand			
(0)300.8/714	29.4.87	v. [REDACTED] Statuten der V. (vom 7.12.78) und div. Unterlagen des Organs der V., dem 'Plädoyer'.			
	18.5.87	v. ND BE: Id. der [REDACTED] 55 als Redaktions-Mitarbeiterin beim 'Plädoyer'.			
	10.5.87	v. SR GE: Id. der [REDACTED] 59, die an einer anfangs Mai 87 in Fribourg stattgefundenen Versammlung der V. über Einsatz von Polizisten als 'taupe' referiert hat. Id. aufgrund eines Art. in 'La Suisse' vom 10.5.87.			
	14.5.87	aus 'Vorwärts': Artikel über die Delegiertenversammlung der DJS vom 9.5.87 in Fribourg			
	11.6.87	v. SD BS: Notiz über die DJS-Sektion Basel. In Beilage Statuten der Organisation (datiert vom 7.12.78).			
	23.11.87	v. SD-BG: '1. Feministische Juristentagung in der Schweiz' am 23./24.10.87 in Basel. Als Organisatoren zeichneten die DEMOKRATISCHEN JURISTEN DER SCHWEIZ - Frauengruppe Basel. Ca. 100 Teilnehmerinnen. Als Gastreferentin ergriff [REDACTED] das Wort.			
(0)245)948.2	19.10.87	v. [REDACTED] Erkenntnis-Ersuchen. In Adressverzeichnis des [REDACTED] fig.: 'Juristes Progressives Suisse'			
300.8/714	2.7.88	aus 'Berliner Tagwacht': Die DJ Bern stellt ihren Ratgeber 'Dossier Polizei und Justiz' vor. Anmerkung der Zeitung... 'Die BT stellt ihr nahestehende Organisationen regelmäßig Platz zur Verfügung'.			

1 Name geändert.

ADRESSE	LETTRE	OBJET
(0)300.8/714	16.6.88	'Der Bund': Eine fünfköpfige Delegation der V., die in Ankara zwei Prozesse beobachtete, ist von den türkischen Behörden bespitzelt worden. Schriftliche Unterlagen eines Mitglieds der Delegation wurden vorübergehend beschlagnahmt, die türkische Dolmetscherin wurde festgenommen und verhört.
(0)300.8/714	14.11.88	v. ND-BE: Die VEREINIGUNG DEMOKRATISCHER JURISTEN DER SCHWEIZ veranstaltet - gemäß beiliegendem Inserat aus der Zeitung 'Der Bund' - am 19.11.88 aus Anlass ihres 10-jährigen Bestehens auf dem Garten einen Kongress. Als Referenten aus dem Ausland sind [REDACTED] sowie [REDACTED] aufgeführt. Bis dahin sind jedoch noch keine Redebedilligungen eingeholt worden.
(0)300.8/714	22.11.88	v. ND-BE: Aus Anlass des 10-jährigen Bestehens veranstaltete die VEREINIGUNG DEMOKRATISCHER JURISTEN am 19.11.88 auf dem Garten einen Kongress (Thema: 'Beruf: Anwalt/Anwältin'). Anmeldungen hat [REDACTED] 60, entgegen genommen. Ca. 30 Personen (meistlich Frauen) haben die Veranstaltung besucht. Auflistung von angekündigten Referenten bzw. mutmasslichen Teilnehmern (PW-Ident.)
(0)302/680	19.11.88	'Tages-Anzeiger': 'Wir sind kein Stümchli'. - Demokratische Juristinnen und Juristen feiern 10-Jahr-Jubiläum.
	20.3.89	v. SD BS: Bericht über einen vom VORWÄRTS-FORUM und den DEMOKRATISCHEN JURISTEN/INNEN am 7.3.89 in Basel organisierten Diskussionsanlass über den Sinn von Demonstrationen. Auflistung der Verantwortlichen der Gesprächsrunde und der erkannten Teilnehmer.

2 Der hohe Anteil von Personen mit ausländischer Herkunft im schweizerischen Justizvollzug ist vor allem darauf zurückzuführen, dass ihnen Fluchtgefahr zugeschrieben wird, was zur Folge hat, dass gegen sie in einem Strafverfahren Untersuchungshaft angeordnet wird und sie für sogenannte ambulante Vollzugsformen wie gemeinnützige Arbeit oder elektronisch überwachten Hausarrest nicht zugelassen werden. Zudem sind sie in grosser Zahl von ausländerrechtlicher Administrativhaft betroffen.

Verteidigung unentgeltlich zur Seite gestellt wurde. Diese Unterstützung fällt weg, sobald das Strafurteil definitiv geworden ist, was für die Betroffenen eine tiefgreifende Änderung darstellt. Sie stehen plötzlich alleine einer übermächtigen Behörde gegenüber. Spätestens jetzt erkennen sie, dass Rechte haben und Recht bekommen zwei Paar Schuhe sind.

Für Gefangene ist es enorm anspruchsvoll, überhaupt zu wissen, welche Rechte sie haben und wie sie diese durchsetzen können. Gemäss der Vollzugsstatistik des Bundesamtes für Statistik sind rund drei Viertel der inhaftierten Personen in der Schweiz ausländischer Herkunft.<sup>2</sup> Gefangene kennen häufig das Schweizer Rechtssystem kaum, sprechen oftmals keine der Landessprachen, können zum Teil weder lesen noch schreiben und verfügen meistens über keine finanziellen Mittel. In vielen Fällen haben sie zudem kein (familiäres) Umfeld, das sie bei der Durchsetzung ihrer Rechte unterstützen könnte. Selbstständige Recherchen und die Kontaktaufnahme mit Anwält\_innen sind aufgrund der eingeschränkten Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten während des Vollzugs wenig realistisch.

Ein weiteres Problem sind die kurzen Beschwerdefristen bei Disziplinar massnahmen. Wer in Einzelhaft isoliert wird, hat im Kanton Bern gerade mal drei Tage Zeit, um sich über die verfügte Massnahme rechtsgültig zu beschweren. Angesichts der eingeschränkten Telefonmöglichkeit ist dies beinahe unmöglich, da in dieser Frist ein\_e Anwält\_in gefunden und kontaktiert werden muss, der\_die dann auch noch sofort Zeit hat, um fristgerecht eine Beschwerde zu verfassen und einzureichen. Das von Behördenseite oft vorgebrachte Argument, dass es sich bei Disziplinar massnahmen nicht um eine komplexe Materie handle und sich die Betroffenen selber wehren könnten, ist in vielen Fällen realitätsfern. Gerade die Arreststrafe stellt einen starken Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Inhaftierten dar, der insbesondere bezüglich der Verhältnismässigkeit einer präzis juristischen Abwägung bedarf.

Darüber hinaus gibt es weiche Faktoren, wie etwa die Angst vor zusätzlicher Repression, die verhindern können, dass sich Menschen im Freiheitsentzug zur Wehr setzen (wollen). Wenn es dann einer inhaftierten Person im Einzelfall doch gelingt, sich mit juristischer Hilfe gegen eine Disziplinarsanktion oder gegen einen anderen Vollzugsentscheid zu wehren, bleibt die Beschwerde aufgrund fehlender aufschiebender Wirkung in vielen Fällen wirkungslos. Das Überprüfungsverfahren dauert in der Regel mehrere Monate. In dieser Phase dauert der mutmasslich rechtswidrige Zustand an und ist im Urteilszeitpunkt teilweise bereits wieder vorüber. Gegen Ende des Vollzugs einer Freiheitsstrafe kommt es oftmals vor, dass eine inhaftierte Person, die sich gegen die Verweigerung einer bedingten Entlassung wehrt, ihre Strafe bereits voll verbüsst hat, wenn das Verfahren endlich abgeschlossen ist.

## ... und für Anwält\_innen

Kompliziert ist das Feld des Freiheitsentzugs nicht nur für die inhaftierten Personen, sondern auch für Anwält\_innen. Diese nehmen die Fälle häufig gar nicht erst an, da man in diesem Tätigkeitsbereich (wirtschaftlich) fast nur verlieren kann: Besuche in Haftenrichtungen sind zeitaufwändig und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (URP) ist ungewiss. Als Ablehnungsgründe für die URP im Straf- und Massnahmenvollzug werden etwa aufgeführt, dass im Vollzugsverfahren der Untersuchungsgrundsatz gelte, die Eingriffsschwere von

Vollzugsentscheiden nicht besonders stark sei und sich keine besonders schwierigen Rechtsfragen stellten. Die restriktive Handhabung der URP steht im krassen Gegensatz zu den umfassenden Auswirkungen der Freiheitsstrafe auf praktisch alle Lebensbereiche und zum besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat, in dem sich inhaftierte Personen befinden. Ganz im Gegensatz zur heutigen Praxis wäre es dringend notwendig, grundsätzlich allen Personen, die sich (über längere Zeit) im Freiheitsentzug befinden, unentgeltlichen Rechtsbeistand zu gewähren.

Weil nur wenige Anwält\_innen auf Vollzugsfragen spezialisiert sind und die Gefangenen kaum Möglichkeiten haben, sich ein\_e Anwält\_in zu organisieren, bleiben Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege bei zahlreichen einschneidenden Vollzugsentscheiden oftmals einfach gänzlich aus. Dies auch in Fällen, bei welchen die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsvertretung klar erfüllt wären.

## Übermächtige Behörden und Vollzugseinrichtungen

Doch warum braucht es überhaupt Anwält\_innen im Straf- und Massnahmenvollzug, wenn doch einzig richterliche Urteile «vollzogen» werden?

Der Begriff täuscht darüber hinweg, dass sich die Grundrechtseinschränkungen eben nicht in der blossen Umsetzung der gerichtlich angeordneten Sanktion erschöpfen, sondern weit darüber hinausgehen. Den Vollzugsalltag prägen Regeln und Kontrollen, von denen die meisten grundrechtlich bedeutsam sind: Etwa Beschränkungen der Besuche, Überwachung des Post- und Telefonverkehrs, eingeschränkte medizinische Versorgung oder Arbeitspflicht. Verlangt wird absoluter Gehorsam gegenüber den Regeln der Institution.

Wenn sich Gefangene nicht normgemäss verhalten, müssen sie damit rechnen, dass sie diszipliniert und bestraft werden: Sei es durch Arrest, Verweigerung des Urlaubs, Einschränkungen der Besuchsmodalitäten, Verweigerung der bedingten Entlassung oder Verlängerung einer stationären Massnahme, Entzug des Fernsehgerätes oder der abonnierten Zeitung. Die Definitionsmacht, wie «normgemässes Verhalten» aussieht, beziehungsweise ob eine Norm verletzt wurde und welche Konsequenzen das hat, liegt zum grossen Teil in der Hand der Justizvollzugseinrichtungen und -behörden.

«Für diesen Verstoß gegen die Hausordnung werden Sie als Disziplinar massnahme für zwei Wochen mit Zimmereinschluss belegt. So können Sie über Ihr Fehlverhalten nachdenken», steht es dann beispielsweise in einer Verfügung der Anstaltsdirektion, wenn sich eine Person «respektlos» gegenüber dem Personal verhalten hat. Die Durchsetzung von Zucht und Ordnung mit dem Ziel, auf die Gefangenen einzuwirken, sie gefügig und folgsam zu machen und damit auch die Arbeit der Vollzugsmitarbeitenden zu erleichtern, ist auch heute noch ein zentrales Element des schweizerischen Justizvollzugs. Die repressive Vollzugsrealität wird von den Betroffenen häufig als weitaus gravierender empfunden als der Entzug der (Bewegungs-) Freiheit an sich.

Auch unterhalb der Schwelle von formell verfügbaren Vollzugsentscheiden bestehen Mittel, um Gefangene zu disziplinieren und unter Druck zu setzen. Hierzu gehört beispielsweise das «Vergessen» (einer Abmachung, eines Versprechens, eines Medikaments), das «Wartenlassen» (in der Zelle, auf eine Antwort, in

3 Vgl. Christoph Mäder, In totaler Gesellschaft, Eine ethnographische Untersuchung zum offenen Strafvollzug, St. Gallen 1995, S. 168 f.

4 Vgl. www.humanrights.ch, Probleme im Umgang mit der «kleinen Verwahrung» nach Art. 59 StGB (besucht am 11. August 2017).

einem bestimmten Haftsetting), das «genaue Hinsehen» (filzen oder Razzien in der Zelle), das «Sprücheklopfen» (etwa durch Anspielung auf verbleibende Zeit in Haft oder der Frage, was wohl die Partnerin draussen so alles unternimmt), das «Im Ungewissen Lassen» (durch fehlende Information bezüglich wichtiger Sachverhalte) oder das «Verlegen» (in eine Sicherheitsabteilung oder zu ungemütlichen Zellennachbar\_innen oder in eine andere Anstalt).<sup>3</sup> Ob diese Mittel des Machtmissbrauchs vom Personal genutzt werden oder nicht, hängt stark von der jeweiligen Institutionskultur und den Führungspersonen ab.

Bei all diesen Praktiken kommt den Gerichtsinstanzen oftmals keine unmittelbare Autorität zu, da schon die Festlegung der Sachverhalte zu grossen Teilen in den Händen der Vollzugsbehörden und Institutionen liegt. Wenn beispielsweise in einem Ereignisbericht festgehalten wird, dass Herr X den vor ihm stehenden Stuhl in einer bestimmten Situation «mit erheblicher Kraftanwendung mehrmals auf den Boden geschlagen hat», fliesst dieser Darstellung in die Vollzugsakten ein – auch wenn der Betroffene die Situation ganz anders erlebt hat. Beweise für den Sachverhalt – wie zum Beispiel der beschädigte Stuhl – müssen keinen Richter\_innen vorgelegt werden. Oftmals bekommen die Betroffenen selbst die Ereignis- oder Vollzugsberichte nicht einmal zu Gesicht, obwohl sich daraus gravierende Konsequenzen ergeben können, wie etwa eine Verlängerung der Haftzeit oder die Verlegung in eine Sicherheitsabteilung.

Neben der Unschuldsvermutung und des rechtlichen Gehörs werden auch andere (strafrechtliche) Verfahrensrechte wie beispielsweise der Grundsatz, sich nicht selber belasten zu müssen, im (verwaltungsrechtlichen) Vollzugsverfahren ausgehebelt. So etwa im Rahmen einer Psychotherapie, bei der niemand die Betroffenen darauf hinweist, dass sie sich nicht selber belasten müssen. Im Gegenteil: Sinn und Zweck der Therapie ist es ja gerade, in den Tiefen der Persönlichkeit nach deliktischen Motiven und problematischen Mustern zu forschen. Wenn die Betroffenen den Therapeut\_innen also Mordfantasien schildern, kann dies im Haftprüfungs- und im Verlängerungsverfahren einer stationären Massnahme oder beim Entscheid über die bedingte Entlassung gegen sie verwendet werden. Im Straf- und Massnahmenvollzug werden also laufend «Beweise» geschaffen, welche in Anwendung von Art. 141 Strafprozessordnung (StPO) eigentlich einem Verwertungsverbot unterliegen müssten.<sup>4</sup>

## Strukturell rechtswidrige Zustände

Neben den beschriebenen Mechanismen und Praktiken, welche das Machtungleichgewicht zwischen staatlichen Vollzugsbehörden und -einrichtungen einerseits und den Gefangenen andererseits zum Teil auf subtile Weise prägen und fördern, gibt es im schweizerischen Justizvollzug auch zahlreiche offensichtliche und rechtlich unhaltbare Missstände.

Zu den gravierendsten Problemen gehört die nicht-sachgemässe Unterbringung von psychisch kranken Menschen. Die zunehmende Verlagerung vom Strafzumassnahmenrecht führt dazu, dass die Population an Behandlungsgefangenen stetig zunimmt, ohne dass dafür genügend geeignete Haft- und Therapieplätze verfügbar wären. Personen, die zu einer stationären Massnahme nach Art. 59 Strafgesetzbuch (StGB; sogenannte «kleine Verwahrung») verurteilt werden, müssen zum Teil monate- oder sogar jahrelang in Regional- beziehungsweise Untersuchungsgefängnissen warten, bis eine geeignete Einrichtung gefunden

5 Vgl. KKJPD, Kapazitätsmonitoring Freiheitsentzug 2016; Ergänzender Bericht zur Unterbringung, Behandlung und Betreuung psychisch gestörter und kranker Straftäter\_innen\*

6 Vgl. www.humanrights.ch, (Fn. 4).

7 Vgl. Human Rights Committee; Concluding observations on the fourth periodic report of Switzerland (CCPR/C/CHE/4).

8 Vgl. EGMR, Kadusic gegen die Schweiz (Nr. 43977/13), 9.1.2018; Vgl. auch Zusammenfassung auf www.humanrights.ch, Fokus Schweiz, EGMR-Entscheidung zur Schweiz.

9 Vgl. Artikel in Tageswoche, Zwei Jahre «Kurzeithaft»? Baselland steckt Häftling monatelang ins letzte Loch, 10. September 2018.

wird. Gemäss einem Bericht der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) warteten 2016 mindestens 300 Personen (!) auf einen geeigneten Massnahmenplatz.<sup>5</sup> Diese Situation hat sich bis heute kaum verbessert.

Konkret bedeuten diese «Vollzugsverzögerungen» für die Betroffenen, dass sie die Therapie nicht erhalten, zu der sie verurteilt worden sind und die für sie dringend notwendig ist. Dass psychisch kranke Menschen zum Teil jahrelang in einem Untersuchungs- oder Regionalgefängnis auf die Verlegung in eine geeignete Einrichtung warten, ist mit rechtsstaatlichen und medizinisch-psychiatrischen Grundsätzen unvereinbar. Für die Betroffenen kann diese unrechtmässige Inhaftierung zu körperlichen und psychischen Schäden führen, welche die vorbestehenden psychischen Störungen noch verstärken oder verfestigen und im Extremfall zu einer Unbehandelbarkeit führen.

Im Umgang mit der «kleinen Verwahrung» zeigen sich neben den fehlenden Haftplätzen zahlreiche weitere rechtliche Probleme.<sup>6</sup> In seinen Empfehlungen vom Juli 2017 wies der UNO-Menschenrechtsausschuss darauf hin, dass die stationäre Platzierung von psychisch Kranken nur als letztes Mittel angewendet werden darf und dass Alternativen zum institutionellen Freiheitsentzug gefunden und angewendet werden müssen.<sup>7</sup> Der Ausschuss empfiehlt der Schweiz, die gesetzlichen Bestimmungen anzupassen, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Am 9. Januar 2017 hat zudem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Schweiz in einem wegweisenden Entscheid (Kadusic gegen die Schweiz) wegen der nachträglichen Anordnung einer therapeutischen Massnahme nach Art. 59 verurteilt.<sup>8</sup> Aktuell sind in Strassburg weitere Beschwerdeverfahren gegen die Schweiz bezüglich Art. 59 StGB hängig – so etwa im Fall von «Igor L.». Dieser wurde insgesamt fünf Jahre lang in verschiedenen Regionalgefängnissen sowie in der Hochsicherheitsabteilung einer Strafvollzugsanstalt untergebracht, bevor er die für seine Erkrankung indizierte Therapie in einer geeigneten Einrichtung überhaupt beginnen konnte.

Es fehlen in der Schweiz nicht nur Massnahmenplätze, sondern auch Strafvollzugsplätze. Gemäss Art. 76 StGB müssten Freiheitsstrafen ab sechs Monaten in einer offenen oder geschlossenen Strafanstalt – das heisst, in einer für eine längere Aufenthaltsdauer geeignete Institution – vollzogen werden. Auch hier ist es so, dass die Inhaftierten nach dem rechtskräftigen Urteil bisweilen noch lange in einem Regional- oder Untersuchungsgefängnis ausharren müssen, bevor sie in die gesetzlich vorgesehene Strafanstalt übertreten können.<sup>9</sup> Rückverlegungen aus psychiatrischen Kliniken und spezialisierten Massnahmeeinrichtungen in Regional- und Untersuchungsgefängnisse infolge angeblicher Untragbarkeit gehören ebenfalls zur Tagesordnung.

Besonders belastend ist der Aufenthalt für die Menschen im «Wartesaal Untersuchungsgefängnis», insbesondere deshalb, weil sie kaum je darüber orientiert werden, wann eine Verlegung stattfinden wird. Die Vollzugsbehörden stellen sich regelmässig auf den Standpunkt, die Bestimmung des Eintrittstermins in eine Massnahmeeinrichtung oder in eine Vollzugsanstalt liege nicht in ihrem Kompetenzbereich. Vielmehr werde der Verlegungstermin durch die aufnehmende Institution entsprechend den frei werdenden Plätzen bestimmt. Die aufnehmenden Einrichtungen ihrerseits berichten, dass sie «Wartelisten» für angemeldete Personen führen, wobei unklar ist, nach welchen Kriterien die angemeldeten Personen berücksichtigt werden.

10 Vgl. Jonas Weber et al., Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB, 2016, S. 45.

11 Siehe Art. 29 BV.

12 Siehe Art. 6 EMRK.

So kommt es vor, dass Gefangene, die schon sehr lange im Regional- oder Untersuchungsgefängnis auf einen geeigneten Platz warten, mitansehen müssen, wie neu eingewiesene Zellennachbar\_innen im Gegensatz zu ihnen schon nach kurzer Zeit in ein angemessenes Setting verlegt werden. Die fehlende Transparenz führt zu Frustration bei den Betroffenen und schwächt ihr Vertrauen in den Rechtsstaat massiv. Ein «Case Management» im Sinne einer durchgehenden, persönlichen Begleitung eines Menschen gibt es kaum. Die betroffenen Personen werden im Labyrinth des Straf- und Massnahmenvollzugs scheinbar willkürlich hin und her geschoben. In vielen Fällen fehlt es hierbei auch gänzlich an den gesetzlich an sich vorgeschriebenen individuellen Vollzugsplänen.<sup>10</sup> Solche müssten nach Antritt der Freiheitsstrafe oder der Massnahme zwingend zusammen mit der verurteilten Person erstellt werden. Mit dem individuellen Vollzugsplan werden zu erreichende Zwischenziele definiert und gleichzeitig eine Zukunftsperspektive aufgezeigt.

Eine weitere rechtlich problematische Tendenz der Justizbehörden besteht darin, immer weniger von Lockerungen wie etwa Ausgang, Freigang, bedingte Entlassung Gebrauch zu machen, obwohl ein grundrechtlicher Anspruch auf die Gewährung von Vollzugsprogressionen besteht und die Nichtgewährung auch dem Normalisierungsgrundsatz diametral entgegensteht. Ein wesentlicher Zweck des Strafvollzugs besteht nämlich gemäss Art. 75 StGB darin, den Gefangenen möglichst viel Selbstverantwortung und Autonomie zu belassen oder zu gewähren, damit sie während des Vollzuges nicht verlernen, ein realitätsbezogenes Leben zu gestalten und zu führen. Das gesteigerte gesellschaftliche Sicherheitsbedürfnis führt stattdessen zu einer Politik der Nulltoleranz und der Ausrichtung aller Entscheide auf maximale Sicherheit. Dies betrifft etwa die bedingte Entlassung nach zwei Dritteln der Strafe, welche gemäss Art. 86 StGB die Regel darstellen sollte, aber heute immer öfter wegen abstrakten Sicherheitsüberlegungen verweigert wird.

## Das Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz

Mit dem Abschluss des Strafverfahrens sind keinesfalls alle für die Beschuldigten rechtlich relevanten Fragen geklärt. Im Gegenteil: Mit dem rechtskräftigen Urteil beginnt für die Gefangenen häufig eine Odyssee, auf der sie, durch die widrigen Winde der übermächtigen Justiz- und Vollzugsbehörden gelenkt, orientierungslos umherirren und von der sie nach vielen Jahren oftmals als gebrochene Menschen in die Gesellschaft entlassen werden. Häufig haben sie häufig sowohl subtile Formen von Unterdrückung wie auch offensichtliche Rechtsverletzungen in Kauf nehmen müssen.

Gerade weil die Menschen im Freiheitsentzug dem Staat so umfassend ausgeliefert sind, ist ein wirksamer Rechtsschutz zentral. Dieser ergibt sich sowohl aus der verfassungsmässigen Rechtsweggarantie<sup>11</sup> wie auch aus dem Recht auf ein faires Verfahren gemäss Europäischer Menschenrechtskonvention.<sup>12</sup> Er erschöpft sich nicht in der theoretischen Möglichkeit, sich bei einem Gericht zu beschweren, sondern muss auch die faktische Möglichkeit zur Durchsetzung von Rechten beinhalten – denn individuelle Rechte nützen nichts, wenn sie nicht angerufen und durchgesetzt werden können.

13 Siehe Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Empfehlung des Europarates, 2006.

14 United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules), General Assembly resolution 70/175, adopted on 17 December 2015.

Hierfür ist entscheidend, dass die Betroffenen sich überhaupt informieren können, welches ihre Rechte sind. Die gute Information der Gefangenen über ihre rechtliche Situation und mögliche Handlungsoptionen gehört demnach zu den Mindestanforderungen an einen menschenwürdigen Freiheitsentzug.

Spezifiziert wird dieser Anspruch in zwei menschenrechtlichen Richtlinien: Gemäss den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen haben alle Gefangenen Anspruch auf Rechtsberatung, und die Vollzugsbehörden haben ihnen hierzu in angemessener Weise den Zugang zu ermöglichen (Ziff. 23.1).<sup>13</sup> Auch die UNO-Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen («Nelson Mandela Rules») halten in der Regel 61 fest: «Den Gefangenen sind ausreichende Gelegenheit, Zeit und Möglichkeiten zu geben, damit sie von einem Rechtsberater ihrer Wahl oder einem Anbieter rechtlicher Unterstützung aufgesucht werden, mit diesem verkehren und sich von ihm beraten lassen können [...]».<sup>14</sup>

## Unabhängige Beratungsstelle für Menschen im Freiheitsentzug

Diesem menschenrechtlichen Anspruch möchte die Organisation humanrights.ch Geltung verschaffen. Seit Februar 2017 betreibt die Menschenrechtsorganisation eine «unabhängige Beratungsstelle für Menschen im Freiheitsentzug» mit Schwerpunkt im Kanton Bern. Als strategische Partnerorganisationen unterstützen die Demokratischen Jurist\_innen und die Aktion zur Abschaffung der Folter (ACAT) das Projekt. Finanziell unterstützt wird das Projekt von den Kirchen und privaten Stiftungen.

Die Beratungsstelle hört die Betroffenen an, trifft erste Abklärungen, sieht die Akten ein, unterstützt sie dabei, ihre Situation zu verstehen, zeigt mögliche Handlungsoptionen auf und verfasst Briefe sowie formelle Rechtsbeschwerden an die Behörden. In komplexen Fällen vermittelt die Beratungsstelle spezialisierte Anwält\_innen.

Hierzu hat die Beratungsstelle eine Fachgruppe an kompetenten und motivierten Anwält\_innen aufgebaut und finanziert jährlich eine begrenzte Anzahl an Rechtsvertretungen. Das Ziel ist es, die Zusammenarbeit und den Wissensaustausch zwischen Anwält\_innen zu fördern und Kompetenzen aufzubauen. Aktuell könne man die wenigen Anwält\_innen überspitzt gesagt «als einen Haufen Barbar\_innen bezeichnen, die einem gut organisierten römischen Vollzugsbehördenheer gegenüberstehen», so ein Anwalt aus der Fachgruppe. Nur durch Kooperation sei es möglich, das grosse Wissens- und Kompetenzdefizit seitens der Rechtsanwält\_innen gegenüber den Vollzugsbehörden auszugleichen.

Durch einen Zufall hat auch Tarek Rosiqi vom Angebot von humanrights.ch erfahren. Nach einer ersten telefonischen Beratung entschied sich humanrights.ch, gemeinsam mit einem Rechtsanwalt und mit Unterstützung eines Studenten der Law Clinic der Universität Bern eine Beschwerde beim zuständigen Regierungsrat einzureichen.

Drei Monate nach Einreichen der Beschwerde gab die Sicherheitsdirektion Herrn Rosiqi teilweise recht und hob die Verfügung mit der Begründung auf, dass sie «mangelhaft begründet war» und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorlag.

In derselben Verfügung begründete die Vollzugsbehörde ausführlich, warum Herr Rosiqi trotzdem in der Sicherheitsabteilung verbleiben muss. Es soll hier



nicht näher darauf eingegangen werden, ob die neu aufgeführten Gründe aus rechtlicher Sicht genügend stichhaltig waren, um die sechsmonatige Unterbringung in der Sicherheitsabteilung zu rechtfertigen. Der Fall zeigt aber beispielhaft, dass die Vollzugsbehörden zurzeit nichts zu befürchten haben, wenn sie ihre Entscheide ungenügend begründen. Denn nur die wenigsten Gefangenen können sich – wie Tarek Rosiqi – mit rechtlicher Unterstützung dagegen zur Wehr setzen.

Ob das erst kürzlich lancierte Projekt von humanrights.ch noch lange Bestand haben wird, ist ungewiss. Die Finanzierung gestaltet sich äusserst schwierig; bereits für das Jahr 2019 besteht eine substantielle Finanzierungslücke. Der Autor dieses Artikels und Projektleiter der Beratungsstelle glaubt, dass die fehlende Unterstützung durch private Stiftungen nicht zufällig ist: Mit der Unterstützung von Gefangenen gewinnt man in der heutigen Zeit keine Sympathiepunkte. Über Hinweise auf taugliche Finanzquellen wäre der Autor dankbar.

# Protéger les victimes de violences sexuelles

**La législation suisse actuelle ne correspond ni à la réalité ni à la particularité des violences sexuelles et comporte même une forme de discrimination. Le législateur suisse doit remédier à cela au plus vite, notamment au travers de trois modifications indispensables.**

Encore aujourd'hui, accueillir une victime de viol et la conseiller juridiquement équivaut, dans un premier temps, à lui expliquer le peu de chances de voir sa plainte pénale aboutir à la condamnation de l'auteur-e.

En effet, la législation suisse actuelle pose des critères strictes à la réalisation des infractions de viol (art. 190 CP) ou de contrainte sexuelle (art. 189 CP). Une définition qui ne correspond pas à la réalité vécue par les nombreuses victimes de violences sexuelles.

En ratifiant la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (ci-après la Convention d'Istanbul), la Suisse a accepté un certain nombre de principes qui impliquent une modification de la législation. Un premier pas a été franchi lors de l'acceptation par le Conseil fédéral d'une motion sollicitant que la définition du viol soit élargie à toutes les formes d'actes sexuels, sans distinction du sexe de la victime. Mais cette modification est insuffisante au regard des principes énoncés par la Convention d'Istanbul et afin de protéger toutes les victimes de violences sexuelles.

Il est, en effet, indispensable de réfléchir aux notions de violence et de consentement contenues dans la législation, à l'image des modifications intervenues récemment dans d'autres pays d'Europe, par exemple en Suède.

## Elargir la définition de l'infraction de viol devient urgent

L'article 4 de la Convention d'Istanbul rappelle les principes fondamentaux d'égalité et de non-discrimination fondés notamment sur le sexe, le genre, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, en particulier dans la mise en œuvre des dispositions visant à la protection des victimes.

En Suisse, la législation opère une distinction entre le viol qui est défini comme le fait de contraindre « une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel » et qui prévoit une « peine privative de liberté de un à dix ans » (art. 190 CP) et la contrainte sexuelle qui interdit le fait de contraindre une personne à « tout acte sexuel analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel » et



- 1 Motion 13.3485 de 2013.
- 2 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, no 191.
- 3 CrEDH, arrêt de la 1<sup>re</sup> Chambre n° 39272/98, par. 166.

qui prévoit une « peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire » (art. 189 CP).

La victime d'un viol, en droit suisse, est donc nécessairement une personne de sexe féminin, et l'auteur est nécessairement de sexe masculin. La définition actuelle du viol opère ainsi une discrimination inacceptable. Elle exclut tout d'abord toutes les personnes LGBTQIA de la qualité de victime, mais également toutes les victimes de violences sexuelles qui ont subi un autre acte que la pénétration vaginale par le sexe de l'homme. Bien que ces actes soient couverts par la disposition de contraintes sexuelle, cette distinction permet qu'ils soient punis de manière différente, les peines planchers n'étant pas les mêmes.

En Suisse, la question de l'abandon de la différenciation entre les types de violences sexuelles n'est pas récente.<sup>1</sup> Elle n'a toutefois malheureusement jamais abouti, malgré plusieurs tentatives.

Or, il est inacceptable qu'une telle discrimination persiste dans la législation. Toutes les infractions de violences sexuelles devraient être traitées sous un seul et même article, permettant à toutes les infractions d'ordre sexuel un traitement égalitaire. Le ou la juge déterminera alors en fonction des circonstances du cas d'espèce de la peine à infliger et ce, sans jugement de valeur discriminatoire entre un viol entre personnes de même sexe ou de sexe différent ou une pénétration vaginale ou anale par exemple.

Une modification de la loi est urgente et respectera l'une des exigences contenues dans la Convention d'Istanbul que la Suisse a ratifiée, ainsi que les principes d'égalité et de non-discrimination qui représentent des droits fondamentaux de notre ordre juridique.

## L'abandon indispensable de la notion de violence

La Convention d'Istanbul définit les violences sexuelles qui doivent être érigées en infraction pénale par les Etats partis, soit « la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet, les autres actes à caractère sexuel non consentis sur autrui » et « le fait de contraindre autrui à se livrer à des actes à caractère sexuel non consentis avec un tiers ».

Le rapport explicatif de la Convention d'Istanbul<sup>2</sup> en relation avec l'article précité précise que les Etats doivent prendre en compte, dans le cadre de son application, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), en particulier, l'arrêt M.C. contre Bulgarie du 4 décembre 2003<sup>3</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour condamne « toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait, par exemple, à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique » de la victime. En effet, une telle approche risque, selon la CourEDH, « de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu ».

Dans ce même arrêt, la CourEDH confirme ainsi que les articles 3 et 8 de la CEDH commandent « la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique ».

Actuellement, en Suisse, les infractions de viol et de contrainte sexuelle sont définies comme des actes de violence qui répriment, avant tout, l'usage de la

- 4 ATF 122 IV 97 c. 2b (définition), ATF 87 IV 68 (intensité), TF 6B/570/2012 du 26.11.2012 c. 1.2 (actes de violence suffisants) et TF 6B\_493/2016 du 27.04.2017 c.2.2.1.
- 5 TF 6B\_912/2009 du 22.02.2010 c.2.1.2, TF 6B\_267/2007 du 03.11.2007 c.6.3.
- 6 ATF 128 IV 106 c. 3a/bb, TF 6B\_71/2015 du 19.11.2015 c. 2.1.2., ATF 119 IV 309 c. 7b, ATF 131 IV 167 c. 3.1., TF 6B\_493/2016 du 27.04.2017 c. 2.2.1 et 2.2.2.
- 7 TF 6B\_493/2016 du 27.04.2017 c. 2.2.1. et 2.2.2., ATF 126 IV 124 c. 3b ; c, TF 6B\_71/2015 du 19.11.2015 c. 2.1.2., ATF 131 IV 107 c. 2.2., ATF 128 IV 97 c. 2b, TF 6B\_774/2014 du 22.05.2015 c. 3.3, TF 6B\_968/2016 du 25.09.2017 c. 2.1.
- 8 Muriel Salmona, Pour en finir avec le déni et la culture du viol en 12 points, 2016, p. 16, <https://www.memoiretraumatique.org/assets/files/v1/Articles-Dr-MSalmona/2016article-deni-culture-du-viol.pdf>.

contrainte pour amener une personne à faire ou subir un acte d'ordre sexuel sans son consentement.

Ainsi, ces deux infractions sont tous deux conditionnées à l'usage de « menace ou violence envers une personne », à l'exercice sur elle de « pressions d'ordre psychique » ou au fait de la mettre « hors d'état de résister » (art. 189 et 190 CP). Le fait que l'auteur-e sache que la victime n'est pas consentante et qu'il ou elle aille contre son refus ne suffit donc pas à ce que ces infractions soient réalisées.

Le Tribunal fédéral a défini ce qu'il fallait entendre par violence physique et a confirmé à maintes reprises la nécessité de son intensité. Même si aujourd'hui il est admis que la victime n'a pas nécessairement besoin d'être mise hors d'état de résister pour que ces infractions soient réalisées, une intensité importante est toutefois requise.<sup>4</sup> Par ailleurs, le Tribunal fédéral relève encore que, lorsque les circonstances permettent d'établir que la victime pouvait résister et que l'on pouvait attendre d'elle qu'elle le fasse, la condition de l'usage de la violence n'est pas réalisée et donc l'auteur-e pas punissable.<sup>5</sup>

Les pressions d'ordre psychique sont quant à elle reconnues, selon les circonstances, si la victime se trouve dans une situation telle que sa « soumission soit compréhensible ». A nouveau, « la loi n'exige pas que la victime soit totalement hors d'état de résister. L'effet produit sur la victime doit cependant être grave et atteindre l'intensité d'un acte de violence ou d'une menace. »<sup>7</sup>

Ces définitions restrictives ne correspondent pas à la réalité et à la particularité des violences sexuelles. En effet, bien souvent l'auteur-e ne doit pas utiliser la violence exigée par la jurisprudence pour contraindre une personne à faire ou subir un acte d'ordre sexuel.

Il est aujourd'hui établi que certaines personnes agressées sexuellement peuvent se retrouver dans un état de sidération psychique ou de dissociation. Lorsqu'une victime se retrouve dans un état de sidération, elle est dans l'incapacité d'analyser une situation et de réagir. La personne est pétrifiée. Cette sidération peut être engendrée par la violence, mais également par le caractère incongru, incompréhensible et impensable de l'agression. La victime peut également se trouver dans un état de dissociation traumatique. Elle est alors déconnectée de ses émotions et dans l'impossibilité de réagir rationnellement et de se défendre de manière adaptée. Ces réactions sont fréquentes chez les personnes victimes d'agression.<sup>8</sup>

Même lorsqu'une victime ne se retrouve pas dans un tel état, il est dans tous les cas fréquent de ne pas se défendre lors d'une agression, de peur que le danger n'augmente. Par ailleurs, la société patriarcale dans laquelle nous vivons a inculqué bien souvent aux femmes qu'elles n'étaient pas capables de se défendre seules, ce qui augmente le risque de ne pas réagir face à une agression.

La loi ne protège ainsi largement pas toutes les victimes d'infraction sexuelle : celles qui ne réagissent pas avec l'intensité requise et celles qui ne réagissent pas suite à un état de sidération psychique ou de dissociation ne sont pas protégées. Sans compter toutes les victimes qui, bien qu'ayant réagi, ne pourront pas prouver l'existence de leur réaction. Le comportement de l'auteur-e ne sera alors pas punissable.

La nécessité de la violence comme condition à la reconnaissance des infractions de contrainte sexuelle ou de viol va à l'encontre de la définition contenue dans la Convention d'Istanbul, mais également à l'encontre de l'idée même de protéger toutes les victimes de violences d'agressions sexuelles.

9 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, no 193.

10 TF 6B\_774/2014 du 22.05.2015 c.3.3, TF 6B\_968/2016 du 25.09.2017 c.2.1.

11 Danièle Zucker, Viol : approches judiciaires, policières, médicales et psychologiques : acte du colloque 2004, Bruxelles 2005, p. 34.

12 <https://www.neonmag.fr/definition-du-viol-et-si-faisait-comme-les-suedois-509430.html>

13 ibid.

14 ibid.

## Une modification nécessaire de la notion de consentement

Selon la Convention d'Istanbul, « le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes » (art. 36 alinéa 2). Le rapport explicatif précise, quant à lui, que dans le cadre de la poursuite pénale, une évaluation contextuelle des preuves afin de déterminer au cas par cas si la victime a consenti à l'acte sexuel est nécessaire. Il ajoute encore qu'une telle évaluation doit tenir compte de toute la série de réactions comportementales aux violences d'ordre sexuel que la victime peut adopter et ne doit pas se fonder sur des hypothèses relatives au comportement typique en de pareil cas<sup>9</sup>.

En droit suisse, pour admettre que la victime n'était pas consentante, il faudra que cette dernière ait donné « des signes évidents et déchiffrables de son opposition », lesquels devront être reconnaissables pour l'auteur-e. « La nature, les circonstances et la durée des rapports joueront également un rôle pour déterminer si l'auteur pouvait accepter l'éventualité que la victime n'était pas consentante ».<sup>10</sup> Ainsi, selon l'ordre juridique suisse, le fait de ne pas résister activement ou de ne pas exprimer son désaccord de façon suffisamment expresse empêche la reconnaissance d'une agression sexuelle comme une infraction punie par le Code pénal.

A nouveau, cette exigence ne tient pas compte des situations lors desquelles les victimes se trouvent en état de sidération ou de dissociation provoqué par le comportement de l'agresseur et qui les empêchent d'être en mesure d'exprimer leur refus par des signaux suffisants aux yeux de la jurisprudence.

Par ailleurs, nombre de situations de contrainte sexuelle et de viol n'entrent pas dans la définition susmentionnée. Il s'agit par exemple du cas très répandu des victimes qui estiment à un moment donné que toute défense est dérisoire ou dangereuse et abandonnent toute réaction ; ou encore de celui des victimes en état de sidération psychique ou de dissociation. Dans de telles situations, les victimes réagissent par de la résistance passive qui véhicule un message très clair à l'auteur-e de l'infraction qui est en mesure de comprendre le refus de l'acte sexuel.<sup>11</sup> Ce comportement échappe pourtant à toute poursuite pénale.

La définition de la notion de consentement actuelle donnée par le droit suisse entre donc clairement en violation avec celle exigée par la Convention d'Istanbul.

## La Suède : un exemple à suivre

Au mois de mai 2018, la Suède a adopté une nouvelle législation sur le consentement qui est entrée en vigueur au mois de juillet suivant et qui définit désormais comme viol tout acte sexuel commis sur une personne sans son accord explicite et ce, même en l'absence de toutes menaces ou violences<sup>12</sup>.

Cette nouvelle législation revient également sur la notion de consentement même et bannit de manière définitive l'idée de consentement implicite. Ainsi, il faudra démontrer que l'autre personne a exprimé son accord à l'acte sexuel, par des gestes ou des mots notamment<sup>13</sup>.

L'objectif affiché de la Suède est de changer les comportements et le principe de base régissant la prise en compte des cas de viol<sup>14</sup>. Le consentement

explicite est une réelle avancée législative qui devrait donner des idées au législateur suisse.

L'ordre juridique se développe en parallèle de la société. Il est malheureusement encore bien souvent le reflet d'une société patriarcale. Il est aujourd'hui primordial que notre société évolue et considère que chaque relation sexuelle, quelle que soit son contexte, doit débiter par un consentement explicite.

Aujourd'hui, c'est la victime, avec la souffrance que cela implique, qui doit se justifier et démontrer l'absence de consentement et le fait que l'auteur-e ne pouvait pas ne pas l'avoir comprise. C'est son comportement qui sera jugé, sa réaction, sa communication et, souvent, par la même occasion, ses choix de vie.

Alors même que le sentiment de culpabilité habite souvent les victimes de violences sexuelles de manière directe ou indirecte, la législation actuelle ajoute une culpabilité dans la mesure où c'est en fonction de leur comportement, de leur réaction que l'auteur-e pourra ou non être puni-e.

Quant à la discrimination entre les couples homosexuels et hétérosexuels et la hiérarchie entre un viol vaginal ou anal, elle est choquante et ne peut plus perdurer dans une société qui se veut ouverte et égalitaire et qui prétend vouloir protéger toutes les victimes de violence sexuelle.

L'ordre juridique doit évoluer de manière urgente et la ratification de la Convention d'Istanbul doit pousser la Suisse à une réaction immédiate.

«Ich fühle mich als demokratische Juristin, weil ich mit meiner Stimme für diejenigen Menschen auftrete, die sonst keine Stimme haben. Sei es als Rechtsanwältin oder als Politikerin.»

*Margret Kiener Nellen, Bern*

«Eine demokratische Juristin erkennt das Recht als Herrschaftsinstrument und macht sich dessen Kontingenz zunutze, um die gesellschaftliche Ordnung zu hinterfragen, Ungleichheiten anzugreifen und sich für ein würdevolles Leben aller einzusetzen.»

*Barbara von Rütte, Bern*

## Andrej

Endlich ist es still. Ruhig ist es nur selten und nachts. Andrej ist wach und schliesst die Augen. In solchen Momenten verschwinden die Umrisse seiner kleinen, einfach eingerichteten Zelle, die – von seinem Bett aus – jeden Tag gleich erscheinen. Andrej erkennt die sanften Hügel seiner Heimatprovinz im Süden Moldawiens. Er hört den Fluss, der durch sein Dorf fliesst und er kann die Geborgenheit des Waldes riechen, der bis nah an sein kleines Haus ragt und ihm seit seiner Jugend so vertraut ist. Manchmal glaubt er gar, den salzigen Wind auf seiner Haut zu spüren, der oft vom Schwarzen Meer her in die Täler Südmoldawiens weht. In solchen Momenten erinnert er sich auch an die feinen Stimmen seiner beiden noch kleinen Kinder und die dunklen Augen seiner Ehefrau. Seine Liebsten, die er seit Wochen vermisst, sind dann ganz nah und wirklich und Andrej kann nicht glauben, dass er hier in der Schweiz in einem Gefängnis sitzt.

Andrej verbrachte eine glückliche Jugend. Er ist gut erzogen und eher schüchtern. Er lebte mit seinen Geschwistern und seinen Eltern in einem kleinen Dorf in der Nähe von Cahul. Andrej ging mehrere Jahre zur Schule und die Familie hatte ein Auskommen. Sein Vater arbeitete als Näher in einer Fabrik, die im Auftrag einer Schweizer Firma Textilien produzierte.

Andrej hat nach der Schule eine Lehre als Möbelschreiner absolviert und ist seit ein paar Jahren verheiratet. Seit Kurzem ist seine bereits betagte Mutter schwer erkrankt. Er konnte in Moldawien keine Arbeit finden, um seine Familie zu ernähren. Die Fabrik, in der sein Vater lange Jahre gearbeitet hatte, wurde geschlossen, als die Schweizer Firma die Produktion ihrer Textilien nach Südostasien verlagerte. Der Anblick der zerrissenen Kleider seiner hungrigen Kinder und das eigene Unvermögen als Familienvater waren für Andrej unerträglich. Er beschloss, im nahen Ausland auf Arbeitssuche zu gehen, aber niemand hatte Arbeit für ihn. Andrej reiste schliesslich – zusammen mit einem Jugendfreund – unbemerkt in die Schweiz ein. Sein Kollege zeigte und erklärte ihm, wie man effizient und lautlos in Einfamilienhäuser einbricht. Andrej lernte schnell. Der Umgang mit Werkzeugen ist ihm vertraut. Andrej achtete darauf, dass in den Häusern, in die er einstieg, niemand zu Hause war. Er wollte keinen Menschen begegnen. Er verabscheute seine neue Arbeit und hatte – zumindest am Anfang – schreckliche Schuldgefühle. Andrej klaute Schmuck, Unterhaltungselektronik und Bargeld. Ein seltsamer Kollege seines Freundes verhökerte die Beute weiter. Andrej musste im Wald oder bei unsympathischen Bekannten übernachten. Viel Geld verdiente er nicht. Ein bisschen davon konnte er nach Hause schicken. Andrej fror oft, war ungepflegt und vermisste seine Familie.

Eines Tages, im Frühling 2016, wird Andrej von der Polizei in flagranti erwischt und verhaftet. Er leistet keinen Widerstand. Der Polizist erklärt ihm bei der Verhaftung, dass er das Recht habe, eine Rechtsvertretung beizuziehen. Andrej weiss nicht, wie er sich verhalten soll, entschliesst sich dann aber, mit einem Anwalt zu sprechen. Andrej wartet daraufhin vier Stunden in einer Tageszelle der Staatsanwaltschaft. Dann, endlich, erscheint der Anwalt mit einer Dolmetscherin. Andrej kann sich mit der kurzfristig aufgebotenen Übersetzerin nicht in seiner Muttersprache unterhalten und versteht sie nur teilweise. Andrej will dem unbekanntem Anwalt seine unglückliche und ausweglose Situation

erklären, der erwidert ihm jedoch, dass jetzt für seine Geschichte nicht genügend Zeit zur Verfügung stehe. Stattdessen überreicht der Anwalt ihm eine Visitenkarte und erzählt etwas von Strafverteidigung, Berufsgeheimnis des Anwaltes und der Dolmetscherin sowie von einer bevorstehenden Einvernahme. Der Anwalt, der Andrej gegenüber sitzt, ist jung und hat wache Augen. Er wirkt aber irgendwie etwas gelangweilt. Andrej erwidert ehrlich, dass er kein Geld habe, um sich einen Verteidiger leisten zu können. Der Anwalt beruhigt ihn und meint, dass er eine amtliche Verteidigung beantragen würde. In so einem Fall würden die Verteidigungskosten durch den Staat übernommen. Andrej kann das nicht verstehen. In seinem Heimatland arbeiten Anwält\_innen immer für diejenigen, die sie bezahlen. Andrej wird misstrauisch. Der Anwalt rät ihm, anlässlich der bevorstehenden Einvernahme zu schweigen. Auch das kann Andrej nicht verstehen. Er will sich verteidigen. Er will der Welt seine missliche Situation erklären, die Armut in seiner Heimat und die Not seiner Kinder.

Die Einvernahme beginnt. Als Übersetzerin fungiert dieselbe Dolmetscherin wie beim 20-minütigen Gespräch mit dem Anwalt. Sie ist nicht mehr so freundlich und wirkt streng. Manchmal lacht sie zusammen mit dem Polizisten. Andrej fühlt sich betrogen. Er ist verwirrt und er weiss nicht, wie er sich verhalten soll. Die Fragen des Polizisten beantwortet er teilnahmslos, einen Teil der Vorwürfe bestreitet er, einen Teil gibt er zu. In Gedanken ist er bei seiner Familie. Der Anwalt sagt während der ganzen Einvernahme kein Wort. In einer Nebenbemerkung bezeichnet der Polizeibeamte ihn einmal als «typischen Kriminaltouristen». Andrej blickt kurz zu seinem Verteidiger, der gerade wieder mit seinem Smartphone beschäftigt ist, und glaubt, dass die Worte des Polizisten wohl falsch übersetzt worden seien. Andrej fühlt sich alleine.

Am Ende der Befragung erzählt der Polizist etwas von Untersuchungshaft und Gerichtsverhandlung. Der Anwalt klärt ihn auf, dass er keinen festen Wohnsitz in der Schweiz habe und deshalb wegen Fluchtgefahr wohl bis zur Hauptverhandlung in Haft bleiben müsse. Andrej ist wütend. Weil er bei seinen Einbruchdiebstählen unvorsichtig vorgegangen war und etliche Male Spuren hinterlassen hat, macht ihm die Staatsanwältin schwere Tatvorwürfe. Der Haftrichter ordnet drei Monate Untersuchungshaft an. Andrej will sich dagegen wehren, aber der Anwalt sagt, es sei chancenlos.

Den ganzen Tag eingesperrt zu sein, macht Andrej zu schaffen. Zum Glück kann er im Untersuchungsgefängnis schon bald als Kalfaktor arbeiten und etwas Geld verdienen. Er ernährt sich wieder regelmässig und findet genügend Schlaf. Einmal kann er sogar etwas Geld von seinem Pekulium nach Hause schicken.

Jetzt wacht Andrej auf. Das Klopfen an der Türe und die lauten Stimmen müssen ihn geweckt haben. Er muss in den letzten Stunden eingeschlafen sein. Ein Polizist tritt in seine kleine Zelle und drückt ihm ein Dokument in die Hand. Andrej unterzeichnet den Erhalt eines Strafbefehls, der Polizist erzählt etwas von Bewährungsstrafe und nach Hause gehen. Kurze Zeit später wird er in ein anderes Gefängnis verlegt und am nächsten Morgen nach Moldawien ausgeflogen. Von seinem Anwalt hat er nie mehr etwas gehört.

Andrej hat – trotz allem – Glück gehabt. Wenn er heute straffällig würde, wäre er eine ungleich längere Zeit in Untersuchungs- respektive Sicherheitshaft und von Frau und Kindern getrennt. Da ihm als moldawischer Staatsbürger eine obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 1 des Strafgesetzbuches

drohen würde, hätte er zwar Anspruch auf eine notwendige Verteidigung, über seine Delinquenz und die Straffolgen müsste aber zwingend das Strafgericht beraten und entscheiden. Andrej würde nicht nur bis zur Ausstellung des Strafbefehls durch die Staatsanwaltschaft, sondern Monate im Gefängnis auf seinen rund zweistündigen Prozess vor Gericht warten. Und auf seine Familie. An der Sanktion – einer Bewährungsstrafe – würde sich durch die gerichtliche Beurteilung nichts Entscheidendes ändern. Ob Andrej – wie früher zusammen mit dem Strafbefehl – eine Fernhalteverfügung der Migrationsbehörden erhält oder wie heute eine Landesverweisung durch das Strafgericht, dürfte ihm egal sein. Die Haft bis zum gerichtlichen Prozess – als provisorische Sicherheitsmassnahme – ist trotz Unschuldsvermutung zur Hauptsanktion mutiert: Ein staatlich verordneter Freiheitsentzug ausserhalb des Strafvollzugs.

Vielleicht hat Andrej (nochmals) Glück und kann trotz der rigiden Haftbedingungen während der Monate dauernden Untersuchungs- und Sicherheitshaft im Gefängnis arbeiten und einen Teil seines Pekuliums nach Hause zu seiner Familie schicken. Vielleicht lässt ihn die Gefängnisleitung auch einmal mit seiner Familie telefonieren. Möglicherweise wird Andrej, wenn ihn seine prekäre wirtschaftliche Lage in seinem Heimatland nochmals in die Schweiz treibt, bei Einbruchdiebstählen sorgfältiger vorgehen und sich nicht mehr erwischen lassen. Möglicherweise wird er nie mehr in die Schweiz einreisen.

## IV. Biographies sommaires

### *Kurzbiografien*

**Melanie Aebli** ist Anwältin in Bern, seit sieben Jahren Geschäftsleiterin der Demokratischen Jurist\_innen Schweiz und aktiv in mehreren Gruppierungen.

**Peter Albrecht** ist ehemaliger Strafgerichtspräsident in Basel und emeritierter Extraordinarius mit Lehraufträgen an verschiedenen Universitäten. Als Richter wie auch als Wissenschaftler hat er sich stets dezidiert für eine selbstkritische und massvolle Strafjustiz öffentlich engagiert.

**Lucien Bachelard** est avocat à l'ASLOCA-Genève et associé de l'Etude Zutter, Locciola, Buche & Associés depuis 2005. Il a été juge-asseur locataire à la Cour de Justice, chambre des baux et loyers.

**Guillaume Beausire**, Doctorant à l'Institut d'études politiques, historiques et internationales (IEPHI) de l'Université de Lausanne, s'est particulièrement intéressé durant ses études à la sociologie des mouvements sociaux et à l'usage du droit dans l'action collective. Il travaille désormais sur l'essor de l'arbitrage commercial international en Suisse et interroge la libéralisation du droit et de la justice dans le secteur économique privé.

**Stephan Bernard** ist Anwalt und Mediator mit Schwerpunkt Strafverteidigung, Strafvollzugsrecht, EMRK sowie Kindervertretungen und Mediationen im Familienrecht. Er übt nebenberufliche Tätigkeiten als Referent an Weiterbildungen sowie in diversen ehrenamtlichen Engagements aus und publiziert häufig.

**Pierre-Yves Bosshard**, avocat à Genève, membre du comité de l'Association des juristes progressistes genevois. Il a aussi été avocat et juge dans le Canton de Vaud, président des Juristes progressistes vaudois en 1998 - 1999 et membre du comité des JDS Suisse. Il anime, pour l'AJP, une chronique mensuelle des droits humains dans le quotidien « Le Courrier », consacrée notamment à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

**Filippo Contarini**, MLaw, ist Tessiner Doktorand an der Universität Luzern, wo er auch wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Rechtstheorie und -geschichte tätig ist. 2013 - 2016 war er am Istituto Svizzero in Rom. Seine Dissertation verfasst er zum Thema «Erwartungen an Geschworenengerichte».

**Valerie Debernardi** est titulaire d'un Bachelor en Relations Internationales et un Master bilingue en droit public à l'Université de Genève et de Bâle. Elle travaille pour la Fondazione Diritti Umani à Lugano et s'apprête de commencer son stage d'avocat. Elle est membre de l'AJP et du comité de sa branche universitaire qu'elle a fondé avec d'autres étudiant-e-s.

**Claire Dechamboux** est titulaire d'une maîtrise en droit international et européen. Elle est actuellement assistante suppléante au département de droit public de l'Université de Genève. Elle est membre du comité de l'AJP et cofonde et co-préside sa branche universitaire (AJP-UNI).

**Anne-Sylvie** est professeure aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel. Elle s'intéresse tout particulièrement à l'adéquation du droit social avec l'évolution de la société et du monde du travail.

**Thomas Geiser** ist emeritierter Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, ehemaliger Direktor am Forschungsinstitut für Arbeit und nebenamtlicher Bundesrichter.

**Pierre Heusser** ist Anwalt in Zürich. Er beschäftigt sich mit Fragen des Sozialrechts und ist Vertrauensanwalt der Unabhängigen Fachstelle für Sozialhilferecht UFS.

**Markus Husmann** arbeitet als Advokat in Basel. Er ist Vorstandsmitglied der DJS.

**Manuela Hugentobler** ist wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für öffentliches Recht und im Doktoratsprogramm Gender Studies der Universität Bern. Sie engagiert sich unter anderem im Groupe Moteur des Schweizerischen Instituts für feministische Rechtswissenschaft und Gender Law (FRI) sowie im Vorstand der djb.

**Alain Joset**, Fachanwalt SAV Strafrecht, arbeitet seit 16 Jahren als Strafverteidiger in Basel. Er ist Vorstandsmitglied im Verein Forum Strafverteidigung und Gründungsmitglied des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Strafverteidigung: «Strafjustiz ist staatliche Machtausübung und Strafverteidigung ist Kampf und ein Schutzschild der Bürger und Bürgerinnen vor dieser Macht».

**Thomas Leuner**, ist deutsch-schweizerischer Doppelbürger und als Anwalt im Zivilrecht in Berlin und Zürich tätig. Er ist Vorstandsmitglied der DJS und Mitglied der Arbeitsgruppe zu einem schweizerischen Anwaltsgesetz.

**Regula Mader** ist Anwältin und arbeitet als Führungsperson in einer Organisation für Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen. Sie war Sekretärin der djb und hat die nationale Unterschriftensammlung zum Referendum gegen die OG-Revision organisiert.

**Camille Maulini** est avocate associée au Collectif de défense à Genève. Après des engagements antimilitaristes et altermondialistes, elle s'est spécialisée dans la défense des victimes de violences en couple et violences sexuelles en droit pénal, ainsi qu'en droit matrimonial. Elle est co-présidente l'Association des juristes progressistes (AJP-GE).

**Nadia Meriboute**, Titulaire du brevet d'avocat, d'une maîtrise en droit et d'une licence en relations internationales (IHEID), Nadia Meriboute est actuellement doctore à la faculté de droit de Genève. Sa thèse s'intitule « La traite d'êtres humains à des fins d'exploitation du travail ».

**David Mühlemann** hat in Bern Rechtswissenschaft studiert (2007 - 2012) und arbeitet seit 2014 bei humanrights.ch. Von 2014 - 2017 war er zuständig für das Projekt «Beratungsnetz für Rassismusopfer», seit 2017 ist er verantwortlich für die «Beratungsstelle für Menschen im Freiheitsentzug».

**Tania Nicolini**, après un stage à l'ASLOCA-Genève, a été associée plusieurs années au sein de l'Etude d'avocat-e-s genevoise Collectif de défense.

**Pascal Ronc** ist Anwaltssubstitut in der Advokatur am Stauffacher in Zürich. Zugleich ist er Forschungsassistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Frank Meyer. Seine Dissertation zu «Elementen einer Theorie der Menschenwürde in der EMRK» steht kurz vor dem Abschluss.

**Déborah Sangsue** est assistante à l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg. Au cours de ses études et de ses activités professionnelles, elle s'est spécialisée dans le droit de la protection des données et le droit de l'environnement.

**Marc Spescha** ist Anwalt in Zürich, Lehrbeauftragter für Migrationsrecht an der Uni Freiburg i.Ue. und Dozent bei diversen Bildungsinstituten. Seit über 20 Jahren ist er kritischer Begleiter der schweizerischen Migrationspolitik; profunder Kenner und profilierter Kommentator des schweizerischen Migrationsrechts.

**Clara Schneuwly**, avocate associée au Collectif de défense à Genève, spécialisée en défense de la victime de violences en couple et violences sexuelles en droit pénal. Elle co-préside actuellement l'Association des juristes progressistes (AJP-GE) et est également engagée dans les mouvements féministes et sociaux depuis plusieurs années.

**Laurence Steinemann** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Sie arbeitet beim Mieter\_innenverband Zürich\* und engagiert sich bei den Kritischen Jurist\*innen.

**Christophe Tafelmacher** est avocat associé au collectif d'avocat-e-s à Lausanne. Depuis 20 ans il s'est engagé au sein de diverses associations et mouvements de défense de droits humains en lien avec des personnes réfugiées et migrantes, publiant de nombreux articles. Il montre un intérêt pour la réflexion juridique et de philosophie politique et il a participé à des recherches interdisciplinaires et des colloques universitaires.

**Giulia Walter**, BLaw, studiert seit 2013 Rechtswissenschaft und absolviert gerade den Master an der Universität Luzern, wo sie seit 2018 als Hilfsassistentin am Lehrstuhl für Rechtstheorie und -geschichte arbeitet. Im Jahr 2017 hat sie die Gruppe Kritische Jurist\*innen Luzern mitgegründet.

**Catherine Weber** ist ehemalige Geschäftsleiterin der DJS (1998 - 2011) und seit über zwanzig Jahren Gewerkschaftssekretärin (VPOD).

**Remy Zraggen** erlangte das bernische Anwaltspatent im Jahr 2016 nach einer interdisziplinären Doktorarbeit über Risiken und Versicherungen durch Erdbeben an der EPFL in Lausanne 2015. Seine Schwerpunkte sind das Straf- und Strafprozessrecht, das



