

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

24. Jahrgang

3/2014

24^e année

Unbegründete Kritik am Urteil Gross

LUDWIG A. MINELLI

Déterminations sur l'arrêt Gross

HECTOR ENTENZA

Die menschenrechtliche Dimension des Freihandelsabkommens der Schweiz mit China

OLIVER DIGGELMANN, CLAUDIO BALDI, GIORDANA CAMPAGNA & DAVID HONGLER

«L'Etat X n'est pas membres des Nations Unies; donc il ne doit pas respecter le droit international»: Variations sur un thème saugrenu

ROBERT KOLB

Praxisberichte/Chroniques

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)/

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013)

URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013

MICHEL HOTTETLIER & VINCENT MARTENET

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und

Zwangsvollstreckungsrecht IVO SCHWANDER

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des

successions ANDREAS BUCHER

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht

RSDIE – Revue suisse de droit international et européen

RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo

SRIEL – Swiss Review of International and European Law

www.szier.ch / www.rsdie.ch

Herausgegeben von / Édité par:

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website/Kontakt: www.svir-ssdi.ch

Société suisse de droit international (SSDI)

site/contact: www.svir-ssdi.ch

Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften

Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales

Redaktionskomitee / Comité de rédaction:

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern

(Vorsitz/Président; Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern (Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Université de Genève (Völkerrecht/Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht/Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht/Droit international public)

Managing Editor:

Dr. Lorenz Langer, Universität Zürich

Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani,

Prof. Dr. Thomas Cottier et al., Prof. Dr. Sabine Gless, Dr. Xavier Favre-Bulle,

Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous, Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. Robert Kolb,

Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

Lorenz.Langer@szier.ch

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter www.szier.ch abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse www.rsdie.ch.

Verlag und Abonnementsverwaltung /

Edition et administration

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich / Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis/Prix de l'abonnement

CHF 250.–

Einzelnummer/Prix du numéro

CHF 71.–

ISSN 1019-0406

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Tagungen/Workshops 338

Debatte/Débat

LUDWIG A. MINELLI

Unbegründete Kritik am Urteil Gross..... 339

HECTOR ENTENZA

Déterminations sur l'arrêt Gross 347

Artikel/Article

OLIVER DIGGELMANN, CLAUDIO BALDI, GIORDANA CAMPAGNA &
DAVID HONGLER

Die menschenrechtliche Dimension des Freihandelsabkommens
der Schweiz mit China..... 353

ROBERT KOLB

«L'Etat X n'est pas membres des Nations Unies ; donc il ne doit pas
respecter le droit international »: Variations sur un thème saugrenu 369

Praxis/Chronique

URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER
Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)/

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013) .. 385

MICHEL HOTTELIER & VINCENT MARTENET

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013..... 421

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und
Zwangsvollstreckungsrecht 461

ANDREAS BUCHER

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé
de la famille et des successions 479

Datum/ Date	Thema/Sujet	Veranstalter/ Organisateur	Ort/Lieu	Information
12.– 15.10.2014	Flanders Fields Conference of Military Law and the Law of War	International Society for Military Law and the Law of War; ICRC	Ypres	http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/AB4E6A4C-7142-4E7C-B3ED2AE3507A2680
14.10.2014	Jugend und menschliche Sicherheit	EDA	Bern	http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/recent/actual/event.html.html
23.– 24.10.2014	Differentiated integration inside and outside the EU: taking stock and charting the future	ECSA-Suisse	Lausanne	http://www.ecsaswiss.ch/images/Registration-Form_Programme_Drei-laendertagung_En.pdf
31.10.2014	Die (Verfassungs-) Dynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation – Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz	Universität Zürich/ Universität Innsbruck	Zürich	http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/glaser/Programm_31_10_2014_def.pdf
6.11.2014	Das Provokationspotenzial der Religionsfreiheit. Erfahrungen aus der Praxis der UN-Menschenrechtsarbeit (Prof. Heiner Bielefeldt)	Universität Luzern	Luzern	https://www.unilu.ch/agenda/news/eventDetail/das-provokationspotenzial-der-religionsfreiheit-erfahrungen-aus-der-praxis-der-un-menschenrechtsarb/

Unbegründete Kritik am Urteil Gross

von **Ludwig A. Minelli**¹

HECTOR ENTENZA wirft dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einer Kritik² des Urteils Gross gegen die Schweiz³ vor, dessen Begründung leide an zwei offensichtlichen Denkfehlern: Einerseits überzeuge das Urteil nicht mit der Aussage, es fehle in der Schweiz eine klare gesetzliche Regelung, ob und wann ein Arzt einer nicht auf den Tod kranken Person eine tödlich wirkende Medikamentendosis verschreiben dürfe, um damit einen Suizid vornehmen zu können. Als zweiten Denkfehler sieht der Autor die Auffassung des Gerichtes bezüglich der positiven Pflichten eines Vertragsstaates im konkreten Fall, der von der sonstigen Linie des Gerichtshofes abweiche, den Vertragsstaaten insbesondere in heiklen gesellschaftlichen Fragen ein breites Ermessen einzuräumen.

Worum geht es? Die Beschwerdeführerin Alda Gross hatte sich darüber beschwert, dass sie als betagte Person, ohne schwer krank zu sein, von keinem Arzt ein Rezept für eine tödliche Dosis Natrium-Pentobarbital (NaP) erhalten konnte, um einen begleiteten Suizid vornehmen zu können. Auch das Bundesgericht hatte ihr Begehren abgewiesen⁴. Zwar wären Ärzte grundsätzlich bereit gewesen, das Rezept auszustellen. Da ihnen jedoch die innerstaatliche Rechtslage als unklar erschien und sie deshalb gegen sie gerichtete mögliche Verfahren befürchteten, lehnten sie das Ersuchen der Beschwerdeführerin ab.

Das Bundesgericht war nicht bereit, der Beschwerdeführerin den Zugang zu diesem Betäubungsmittel zu öffnen. In seiner Begründung führte es aus⁵:

«Sie erfüllt unbestrittenermassen die Voraussetzungen der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) vom 25. November 2004 betreffend die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende nicht. Sie leidet nach eigenen Angaben an keiner (tödlich verlaufenden) Krankheit, sondern hegt den

¹ lic.iur., Rechtsanwalt, Forch, Gründer und Generalsekretär des Vereins DIGNITAS – Menschenwürdig leben – Menschenwürdig sterben sowie der Schweizerischen Gesellschaft für die Europäische Menschenrechtskonvention (SGEMKO).

² SZIER 2/2014, S. 189–206.

³ Urteil Gross gegen die Schweiz vom 14. Mai 2013, noch nicht rechtskräftig, zurzeit vor der Grossen Kammer hängig.

⁴ Urteil 2C_9/2010 vom 12. April 2010.

⁵ In Erw. 3.1.

Wunsch, aus dem Leben zu scheiden, da sie immer älter und schwächer werde und keinen Sinn darin sehe, einen weiteren körperlichen und seelischen Verfall über sich ergehen zu lassen. Zwar hat das Bundesgericht festgestellt, dass nach neueren ethischen, rechtlichen und medizinischen Stellungnahmen bei einer unheilbaren, dauerhaften, schweren psychischen Beeinträchtigung eine Verschreibung von Natrium-Pentobarbital nicht mehr notwendigerweise kontraindiziert und generell als Verletzung der medizinischen Sorgfaltspflichten ausgeschlossen erscheine; dabei sei jedoch «äusserste Zurückhaltung» geboten. Hieraus kann – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht abgeleitet werden, die Ärzteschaft oder der Staat seien gehalten, durch die Abgabe von Natrium-Pentobarbital für den von ihr gewünschten Tod zu sorgen.»

Das Bundesgericht hat somit einerseits die in seinem Urteil erwähnten medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW auf diesen Fall angewandt, indem es insbesondere festgehalten hat, die Beschwerdeführerin erfülle die Voraussetzung der Richtlinien der SAMW nicht, zufolge einer Krankheit ihrem baldigen Lebensende gegenüberzustehen. Andererseits hat es einen Anspruch auf Abgabe von Natrium-Pentobarbital (NaP) gegenüber der Ärzteschaft oder dem Staat abgelehnt. Dagegen hat sich Alda Gross beim EGMR mit der Begründung beschwert, es werde damit ihr Anspruch auf Achtung ihres Privatlebens, wie er in Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert wird, verletzt.

Die Zweite Sektion des EGMR hat die Beschwerde gutgeheissen und in ihrem Urteil erklärt⁶:

«Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass die Ungewissheit über das Ergebnis ihres Ersuchens in einer Situation, die einen besonders wichtigen Aspekt ihres Lebens betrifft, der Beschwerdeführerin erhebliches Leid zugefügt haben muss. Der Gerichtshof folgert, dass die Beschwerdeführerin sich in einem Zustand der Angst und der Ungewissheit bezüglich des Umfangs ihres Rechtes, ihr Leben zu beenden, befunden haben muss, der nicht eingetreten wäre, wenn es klare, staatlich genehmigte Richtlinien gegeben hätte, die die Umstände festlegten, unter denen Ärzte die gewünschte Verschreibung in Fällen ausstellen dürften, in denen jemand in Ausübung seines oder ihres freien Willens zu der ernsthaften Entscheidung gekommen ist, sein oder ihr Leben zu beenden, ohne dass der Tod unmittelbar aufgrund einer besonderen medizinischen Gegebenheit bevorstünde.»

Betrachten wir vorerst den ersten Punkt der Kritik von HECTOR ENTENZA näher. Er vertritt die Auffassung, die schweizerische Rechtsordnung sei klar.

⁶ Siehe Fussnote 3, in Abschnitt 66.

Die Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW betreffend die «Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende» erlauben einem Arzt die Abgabe von NaP zum Zwecke eines begleiteten Suizids des Patienten nur, wenn dieser kurz vor dem natürlichen Lebensende stehe. Damit sei das innerstaatliche Recht, welches die Richtlinien der SAMW als Standesrecht anerkenne, klar. Hier liege der Denkfehler des EGMR.

Bei näherer Untersuchung erweist sich diese Kritik jedoch als unbegründet. Es zeigt sich nämlich, dass ENTENZA ein wesentliches Element des kritisierten Urteils übersehen hat.

Im Unterschied zu HECTOR ENTENZA und dem Bundesgericht, welches in seinem das Alda Gross betreffenden Urteil ebenfalls von diesen SAMW-Richtlinien ausgegangen ist und festgehalten hat, die Beschwerdeführerin erfülle schon die erste Voraussetzung nicht, nämlich dass der Tod nahe sei, hat der EGMR die SAMW-Richtlinien nicht nur in deren Ziffer 4.1 gelesen. Er hat auch Ziffer 1 der Richtlinien aufmerksam gelesen. Darin heisst es:

«Die Richtlinien betreffen die Betreuung von Patienten am Lebensende. Damit sind Kranke gemeint, bei welchen der Arzt aufgrund klinischer Anzeichen zur Überzeugung gekommen ist, dass ein Prozess begonnen hat, der erfahrungsgemäss innerhalb von Tagen oder einigen Wochen zum Tod führt.»

Damit wird klar und deutlich gesagt, dass die dieser Ziffer 1 nachfolgenden Richtlinien sich nur auf Kranke beziehen, die erfahrungsgemäss innerhalb kurzer Zeit sterben⁷. Da diese Voraussetzung bei Alda Gross nicht gegeben war, waren somit auch die Richtlinien auf ihren Fall gar nicht anwendbar. Andere Richtlinien der SAMW, welche sich mit der Frage eines begleiteten Suizids beschäftigen würden, bestehen nicht; die SAMW hat derartige Regeln im An-

⁷ Ob derartigen «ethisch-medizinischen» Richtlinien staatlicherseits ausnahmslos Geltung zu verschaffen ist, ist eine Frage, die sich immer dringender stellt. Insoweit sie nämlich nicht evidenzbasiert, also durch wissenschaftliche Forschung untermauert sind, handelt es sich dabei um ein Konglomerat von Meinungen einiger Einzelpersonen, die oft nur allzu gerne ihre eigene Weltanschauung zum Massstab für andere machen wollen, oder die derartige Richtlinien gerne im Interesse der von ihnen bevorzugten Wirtschaftsgruppe gestalten. Es sollte nicht übersehen werden, dass einer der enragiertesten Gegner jeglicher Sterbehilfe, der deutsche Moralthologe Markus Zimmermann-Acklin (Universität Freiburg i.Ue.), innerhalb der Zentralen Ethikkommission der SAMW erheblichen Einfluss ausübt, und Basler Professoren, die in der SAMW tätig sind, meist über enge Verbindungen zur Basler Pharmaindustrie verfügen. Zudem werden derartige Richtlinien im Rahmen der Verbindung der Schweizer Ärzte (FMH) innerhalb dieses Vereins nie einem Votum der Mitglieder dieses Berufsverbandes unterworfen, wie dies etwa bei den Ärztekammern der deutschen Bundesländer der Fall ist. Ebenso wenig gibt es bei der FMH eine staatliche Rechtsaufsicht beim Erlass von Berufsregeln; eine solche besteht jedoch in Deutschland.

schluss an das Bundesgerichtsurteil BGE 133 I 58 trotz Aufforderung aus der Wissenschaft⁸ gar nicht erlassen wollen⁹.

Der eng begrenzte Anwendungsbereich dieser SAMW-Richtlinien ist schon dem Basler Strafgericht¹⁰ aufgefallen, welches diese Frage genau gleich wie der EGMR entschieden hat.

Somit bestehen entgegen der Auffassung von HECTOR ENTENZA jedenfalls bislang keinerlei von der SAMW aufgestellte Regeln für den ärztlichen Beruf, ob und wann ein Arzt einer Person, *die nicht in Kürze sterben wird*, eine letale Dosis eines Medikaments zur Vornahme eines Suizids verschreiben darf.

Prüft man nach diesem Zwischenergebnis das schweizerische Recht, bleiben nur noch die Art. 11 des Betäubungsmittelgesetzes und Art. 26 des Heilmittelgesetzes. Beide verweisen auf die «anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften» bzw. auf die «anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften» und allenfalls die möglicherweise gar nirgends schriftlich niedergelegte Maxime, ein Arzt dürfe ein Betäubungsmittel oder ein Medikament nur nach Vorliegen einer medizinischen Indikation verschreiben.

Diese Unsicherheit der Rechtslage für den Arzt, der um ein solches Rezept ersucht wird, hat sich erst durch BGE 133 I 58 ergeben. In jenem Entscheid hat das Bundesgericht¹¹ – soweit ersichtlich, als erstes Gericht weltweit – die Freiheit zum bzw. das Recht auf Suizid als Menschenrecht qualifiziert, indem es erklärt hat:

«Zum Selbstbestimmungsrecht im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK gehört auch das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden; dies zumindest, soweit der Betroffene in der Lage ist, seinen entsprechenden Willen frei zu bilden und danach zu handeln.»

Damit, dass diese Freiheit bzw. dieses Recht zum Menschenrecht erklärt wurde, wird gleichzeitig ausgeschlossen, dass die Inanspruchnahme dieser Freiheit respektive dieses Rechts an irgendeine besondere Bedingung geknüpft werden kann, wie etwa einen bestimmten Gesundheitszustand. Menschenrechte sind ihrer Natur nach bedingungsfeindlich, weil Bedingungen stets Diskriminierungen oder andere Verletzungen von Grundrechten zur Folge hätten.

⁸ CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Das Mittel zur Suizidbeihilfe und das Recht auf den eigenen Tod, Schweizerische Ärztezeitung (SÄZ) (2007) 88:19, 843–846.

⁹ CLAUDE REGAMEY, MICHELLE SALATHÉ, Antwort der SAMW auf den Beitrag von Prof. Dr. iur. Christian Schwarzenegger [1]/Ärztinnen und Ärzte sind nicht Experten für den freiwilligen Tod, SÄZ (2007) 88:24, 1051–1052.

¹⁰ Vgl. dazu PATRICK SCHAERZ, Rezept für Freitodbegleitung wegen Erblindung zulässig. Fragwürdiger Geltungsbereich einer SAMW-Richtlinie, AJP 6/2013, S. 942–955.

¹¹ in Erwägung 6.1.

Demnach würde eine medizinische Regel, welche eine derartige Bedingung aufstellt, gegen die Menschenrechte und Grundfreiheiten verstossen; ihr müsste jegliche Anerkennung versagt bleiben.

Das Bundesgericht hat diesen Widerspruch geschaffen, indem es einerseits dieses Menschenrecht anerkannt hat, gleichzeitig aber die Zulässigkeit einer ärztlichen Verschreibung für eine letale Dosis NaP von den Voraussetzungen der SAMW-Richtlinie abhängig gemacht hat. In seinem späteren Urteil im Fall Gross ist ihm dies immer noch nicht aufgefallen; es sieht so aus, als hätte es die Prüfung jener Beschwerde eher oberflächlich vorgenommen, weil damals über die Beschwerde Haas gegen die Schweiz beim EGMR¹² noch nicht entschieden war.

Damit dürfte gezeigt worden sein, dass der erste Kritikpunkt HECTOR ENTENZAS ins Leere läuft.

ENTENZA wirft der Kammer aber auch noch vor, in ihrem Entscheid nicht beachtet zu haben, dass die konstante EGMR-Praxis den Vertragsstaaten insbesondere in heiklen gesellschaftlichen Fragen einen beachtlichen eigenen Ermessensspielraum zubillige. Da er diese Kritik aber wiederum auf die Annahme abstützt, die schweizerische innerstaatliche Regelung, welche die SAMW-Richtlinien mit umfasse, sei klar und eindeutig, wäre diese Kritik schon aus diesem Grunde nicht mehr zu hören, denn dieses Argument ist vorstehend bereits ad absurdum geführt worden.

ENTENZA verweist aber zusätzlich auf die Resolution 1859 vom 25. Januar 2012 der Beratenden Versammlung des Europarates, indem er schreibt, darin hätten «die 47 nationalen Parlamentarier kürzlich unterstrichen, dass «die Euthanasie im Sinne absichtlicher Tötung einer abhängigen Person in deren angeblichem Interesse, sei es durch Handeln oder Unterlassen, für immer verboten sein muss»».

Ganz abgesehen davon, dass die Beratende Versammlung des Europarates nicht aus 47, sondern 318 nationalen Parlamentariern besteht¹³, hat der Begriff der Euthanasie, wie er in jener Resolution verwendet wird, mit der Frage einer Beihilfe zum Suizid rein gar nichts zu tun. Denn materiell ist diese Kritik völlig unangebracht. Bei der Beurteilung der konkreten Beschwerde kommt es nicht darauf an, dass von den 47 Europaratsstaaten nur deren vier eine vernünftige Sterbehilfe kennen¹⁴. Wo eine solche gilt, hat jedoch deren Regelung den

¹² Haas gegen die Schweiz, Beschwerde Nr. 31322/07, Urteil vom 20. Januar 2011.

¹³ Siehe Art. 26 der Satzung des Europarates, SR 0.192.030.

¹⁴ Die Niederlande, Belgien und Luxemburg haben sich für Medikalisierung der Sterbehilfe im Sinne der Zulassung der Beihilfe zum Suizid oder der Tötung auf Verlangen allein durch Ärzte aufgrund eines im Einzelnen gesetzlich geregelten Verfahrens entschieden; in der Schweiz herrscht ein sehr liberales System, welches ohne besondere Gesetzgebung auskommt und bemer-

Anforderungen der EMRK zu entsprechen und ist vom EGMR anhand seiner in langjähriger Rechtsprechung entwickelter Kriterien zu überprüfen. Es ist eben auch Aufgabe des EGMR, in Ländern, die bei einer einzelnen Frage in der Gewährung von Menschenrechten über den Durchschnitt aller Vertragsstaaten hinausgehen, zu prüfen, ob bei solchen Regelungen allenfalls unzulässige Diskriminierungen oder andere Verletzungen der EMRK stattfinden, die nach deren Bestimmungen nicht zu rechtfertigen sind.

Damit, dass das Urteil lediglich feststellt, das schweizerische Recht lasse den Arzt im Ungewissen, ob er einer nicht tödlich erkrankten Person ein Rezept für ein letales Mittel verschreiben darf oder nicht, setzt sich der EGMR noch lange nicht an die Stelle des zuständigen nationalen Gesetzgebers, der berufen wäre, das auf diese Weise erkannte legislatorische Defizit zu beheben. Er stellt damit lediglich dieses Defizit staatlicher Regelung fest; es bleibt aber Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, das erkannte Defizit zu beseitigen.

Dass ein derartiges Defizit besteht, dürfte unwidersprochen sein. Anzunehmen, das aktuelle schweizerische Recht lasse nur in Fällen eine ärztliche Verordnung einer letalen Dosis NaP zu, bei welchen mit dem überaus baldigen Ableben ohnehin zu rechnen sei, bedeutet gleichzeitig eine nach Art. 14 EMRK unzulässige Diskriminierung aller anderer, die zumindest ebenso bedeutsame Gründe für ihren Wunsch anführen, ihr Leiden und Leben sicher und in Würde vorzeitig beenden zu dürfen¹⁵.

In diesem Zusammenhang hat der Berner Ordinarius für Staatsrecht, Rechtsphilosophie und Verfassungsgeschichte AXEL TSCHENTSCHER eine wichtige Überlegung zur Auffassung des Bundesgerichtes zur Abgabe von NaP zum Zwecke eines Suizids von Alda Gross beige-steuert¹⁶:

«Unter anderem stützt das Gericht seine strenge Haltung auf den Umstand, dass die Beschwerdeführerin an keinerlei Krankheit litt, sondern lediglich den weiteren körperlichen und seelischen Verfall des Alters vermeiden wollte. In solchen Fällen könne die Beständigkeit des Todeswunsches nur

kenswerterweise zu einer viel tieferen Rate an Sterbefällen in Verbindung mit Sterbehilfe führt, als dies etwa in den Niederlanden der Fall ist.

¹⁵ In der am 13. Juli 2014 erfolgten Debatte zum Thema Sterbehilfe im englischen Oberhaus, die 9 ¾ Stunden gedauert hat, hat Lord Harries of Pentregarth die Frage aufgeworfen, wieso eigentlich nach dem privaten Gesetzesentwurf von Lord Falconer Sterbehilfe nur Menschen in Anspruch nehmen dürfen, die über eine Prognose verfügen, höchstens noch sechs Monate zu leben, Menschen mit Aussicht auf ein viel längeres unerträgliches Leiden jedoch weiter leben müssen; siehe Hansard, House of Lords, 18 July 2014, Column 806.

¹⁶ AXEL TSCHENTSCHER, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, in Walter Kälin, Jörg Künzli, Andreas Lienhard, Pierre Tschannen, Axel Tschentscher, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 2009 und 2010, ZBJV 2010, S. 968.

durch eine länger dauernde ärztliche Begleitung durch einen Spezialisten sicher festgestellt werden (E. 3.2).

Diese Argumentation wirkt improvisiert. Die Kriterien sind aus der Luft gegriffen und können sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen. Es geht nicht um eine aktive Beihilfehandlung des Staates, denn die Beschwerdeführerin, die zum Urteilszeitpunkt 78 Jahre alt war, wollte sich mit dem Medikament ohne fremde Hilfe das Leben nehmen. Sie verlangt dazu eine punktuelle Befreiung von einem rechtfertigungsbedürftigen gesetzlichen Zugangsverbot. Es dürfte in der Praxis kaum je einen Fall geben, in dem der Todeswunsch nachhaltiger, freiverantwortlicher und klarer belegt wird. Anders als viele andere (gerettete) Suizidenten hat die Beschwerdeführerin ihren Todeswunsch nach dem ersten Suizidversuch nicht aufgegeben. Gerade die Abwesenheit einer krankheitsbedingten Verzweiflung spricht für, nicht gegen die Freiverantwortlichkeit, denn bei Kranken ist der Sterbewunsch labiler als bei Gesunden. Nicht einmal mit dem möglicherweise die Motivation verfälschenden Dazwischentreten Dritter konnte in diesem Fall das Schutzinteresse des Staates begründet werden, denn eine organisierte Sterbehilfeorganisation war gerade nicht beteiligt.»

TSCHENTSCHER befindet sich mit dieser Auffassung auf der Linie von ZACCARIA GIACOMETTI, der in seiner Zürcher Rektoratsrede 1955 in Wiederholung seiner analogen Ausführungen in einer Reihe seiner Werke erklärte¹⁷, den Katalog der Freiheitsrechte als Ganzes müsse man als Ausdruck «des freiheitlichen politischen Wertsystems» begreifen. Deshalb müsse

«jede neue Gefährdung der menschlichen Würde und des Eigenwertes des Einzelnen durch den Staat eine Schranke am Freiheitsrechtskatalog finden. Mit anderen Worten, jede neue Seite der individuellen Freiheit, die als Gegensatz solcher neuer Eingriffe in die menschliche Würde oder Persönlichkeit des Einzelnen konkrete Gestalt erlangt, muss sinnvollerweise ebenfalls im Menschenrechtskatalog gewährleistet sein.»

Dazu gehört eben auch das Recht auf das selbstbestimmte eigene Lebensende im selbstbestimmten Zeitpunkt und mit dem besten dafür vorhandenen Mittel.

¹⁷ ANDREAS KLEY, Von Stampa nach Zürich, Zürich 2014, S. 363–364

Déterminations sur l'arrêt Gross

par **Hector Entenza**¹

Le débat autour de la délicate thématique de l'assistance médicale au suicide ne cesse de susciter émotions et réactions, comme le démontre l'article de LUDWIG A. MINELLI, fondateur et actuel secrétaire général de l'association d'aide au suicide Dignitas. Se prononçant sur nos réflexions autour de l'arrêt *Gross c. Suisse*, MINELLI estime que notre argumentaire portant, d'une part, sur l'examen de la qualité du cadre juridique suisse relatif aux conditions d'accès au natrium-pentobarbital (NaP) à des fins de suicide et, d'autre part, sur la marge d'appréciation de l'Etat en la matière, est dénué de fondement. Nous nous efforcerons dès lors, dans la présente contribution, de répondre aux critiques formulées et de revenir, si besoin est, sur certains aspects importants d'ores et déjà traités dans notre précédent article.

Dans son commentaire, MINELLI estime en substance que le contenu du cadre juridique actuel réglementant les conditions d'accès à l'assistance médicale au suicide, notamment les directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM), ne permet pas de déterminer les conditions d'obtention de NaP lorsque le candidat au suicide n'est atteint d'aucune pathologie mortelle, voire d'aucune pathologie clinique, à l'instar de Mme Gross. En effet, les directives de l'ASSM n'autorisent l'assistance médicale au suicide qu'à la stricte condition que le médecin vérifie la réunion de certaines exigences minimales. La première d'entre elles, qui fait actuellement débat, est que la maladie dont souffre le patient permette de considérer que la fin de la vie est proche. Partant de ce constat, MINELLI arrive à la conclusion catégorique que puisque Mme Gross ne remplit pas cette exigence, les directives ne sauraient s'appliquer à son cas, sa situation juridique étant dès lors incertaine.

Un tel raisonnement semble inabouti, puisqu'il part du principe que les normes ne contenant pas une mention expresse des personnes qui ne souffrent d'aucune pathologie mortelle ne sauraient régler la situation juridique de ces dernières en matière d'accès au suicide médicalement assisté. En outre, MINELLI mésinterprète selon nous le cadre juridique permettant de répondre au pro-

¹ Assistant doctorant au Centre de droit comparé, européen et international de l'Université de Lausanne.

blème en cause, qui est de savoir si Mme Gross a une quelconque prétention légale à l'obtention d'une prescription médicale de NaP.

Observons ce cadre juridique de plus près. Le droit à l'autodétermination – consacré par l'art. 8 CEDH – a été récemment interprété comme englobant le droit de n'importe quel individu de *choisir* de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin. Il garantit de ce fait la *liberté* pour toute personne de se suicider de la manière dont elle l'entend, du moins dans la mesure où elle est en mesure de former librement sa volonté et d'agir en conséquence. Toutefois, les personnes souhaitant se suicider en ingérant des barbituriques soumis à ordonnance médicale restent assujetties aux conditions légales régissant l'obtention de ces substances. Certes, il s'agit là d'une restriction à la liberté de choisir de se suicider. Cependant, nous rappelons que tant le Tribunal fédéral que la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) ont considéré cette restriction comme étant justifiée notamment en raison des intérêts publics qu'elle poursuit, aux titres desquels nous trouvons la protection de la sécurité et de la santé publiques². Une telle restriction a de surcroît été jugée comme « d'autant plus nécessaire s'agissant d'un pays comme la Suisse, dont la législation et la pratique permettent un accès relativement facile au suicide assisté » et où le risque existe que les associations d'assistance au suicide « n'interviennent dans l'illégalité et la clandestinité avec un risque considérable d'abus »³.

Les propos de MINELLI soutenant que « l'utilisation de la liberté, respectivement du droit [au suicide] » en tant que droit de l'homme « ne peut être soumise à aucune condition particulière, tel qu'un état de santé particulier » méconnaissent donc la jurisprudence claire de la CourEDH en matière de justification des restrictions aux droits de l'homme, et reflètent par ailleurs une tendance à vouloir interpréter le droit de *choisir* de se suicider comme un droit d'*exiger* de pouvoir bénéficier sans restrictions d'une assistance médicale au suicide⁴. L'Etat

² ATF 133 I 58, du 3 novembre 2006, consid. 6.3.2, traduit au JdT 2008 I 349; arrêt du Tribunal fédéral 2C_9/2010, du 12 avril 2010, consid. 2.2; CourEDH, Haas c. Suisse, arrêt du 20 janvier 2011, §§ 55 – 58.

³ ATF 138 I 58, consid. 6.3.6; CourEDH, Haas c. Suisse, arrêt du 20 janvier 2011, § 57.

⁴ En vertu de la jurisprudence de la CourEDH, un individu ne saurait invoquer un quelconque droit de l'homme à ce que les autorités lui remettent une dose mortelle de NaP sans ordonnance médicale. En effet, il n'existe actuellement aucune obligation positive à la charge de l'Etat qui lui imposerait de prévoir dans son droit interne des mesures positives garantissant une aide au suicide, et ce encore moins avec une substance mortelle soumise à ordonnance médicale. Que Minelli considère, en citant Axel Tschentscher, que Mme Gross ne réclamait pas une telle prestation positive de l'Etat mais uniquement une dérogation ponctuelle aux conditions prévues par la loi en vue d'obtenir une dose mortelle de NaP semble pour le moins étonnant. En effet, l'arrêt spécifie à plusieurs reprises que la requérante « submitted a request to the Health Board of the Canton of Zurich to be provided with 15 grams of sodium pentobarbital in order for her to commit suicide » et que « [s]he averred that the State was under an obligation to provide the necessary means allowing her to

est donc en mesure de poser des exigences à l'obtention d'une dose mortelle de NaP, sauf si ces exigences s'avèrent discriminatoires et donc contraires à l'art. 14 CEDH. Toutefois, la question de la conformité des exigences actuelles avec l'art. 14 CEDH, de même que celle de l'opportunité d'étendre la prescription de NaP aux patients ne souffrant d'aucune pathologie, relève d'un tout autre débat de fond et ne préjuge en rien le caractère clair et dépourvu d'ambiguïté de la réglementation actuelle en matière d'assistance médicale au suicide.

Revenons-en maintenant au cadre juridique suisse. L'art. 24 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup), combiné aux autres dispositions pertinentes de droit fédéral relatives au contrôle des stupéfiants, spécifie que le NaP est habilité à être remis uniquement sur ordonnance médicale. A cela s'ajoute l'art. 11 LStup ainsi que l'art. 26 al. 1 et 2 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPTh), qui disposent de manière explicite et dans des termes semblables que «les règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales doivent être respectées lors de la prescription et de la remise de médicaments» et que cette prescription ne peut être effectuée «que si l'état de santé du consommateur ou du patient est connu». Tel que l'a souligné le Tribunal fédéral, ces règles font expressément référence aux directives de l'ASSM⁵. Or aux termes de ces dernières, comme nous l'avons vu, le médecin ne peut exceptionnellement prescrire du NaP qu'aux seules personnes souffrant d'une pathologie mortelle.

Le fait que la situation spécifique de Mme Gross ne soit pas expressément prise en compte par lesdites directives ne signifie pas pour autant, contrairement à ce que pense MINELLI, que la situation juridique de Mme Gross ne soit pas réglée. A notre sens, l'absence de mention des personnes ne souffrant d'aucune pathologie mortelle ne ressort pas d'une omission de réglementer le sort de cette catégorie de personnes mais bien d'une volonté d'exclure les prétentions légales des personnes sortant du cadre exceptionnel des individus souffrant d'une telle pathologie.

Ainsi, si les directives médico-éthiques de 1995 relatives à l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes ne prévoyaient la possibilité d'assistance médicale au suicide, ni pour les patients en fin de vie, ni pour ceux qui ne l'étaient pas, les discussions ayant mené la Commission Centrale d'Ethique (CEE) et le Sénat de l'ASSM à adopter

exercise this right in a concrete and effective way», reflétant ainsi clairement la nature positive de l'action qui était attendue de la part de l'Etat. Ce n'est que subsidiairement qu'elle demanda que le Tribunal fédéral établisse que la prescription d'une dose létale de NaP à une personne dans sa situation ne constituait pas une violation des règles professionnelles médicales. CourEDH, Gross c. Suisse, arrêt du 14 mai 2013, §§ 12, 17 et 18.

⁵ ATF 138 I 58, consid. 6.3.4; arrêt du Tribunal fédéral 2C_9/2010, consid. 3.1.

en 2004 les directives actuelles, révisées d'ailleurs en 2012, ont démontré le choix expresse de n'ouvrir cette possibilité qu'aux personnes souffrant d'une pathologie mortelle. La CEE souligne par ailleurs avoir conscience que les directives excluent les personnes désirant mettre fin à leur vie parce qu'elles sont fatiguées de vivre ou qu'elles considèrent leur qualité de vie insuffisante, mais n'étant pas en fin de vie⁶. Elle rajoute que ce choix de limiter l'assistance au suicide à un espace de temps défini a été *in fine* pris afin d'éviter les abus, et qu'au-delà de ce cadre, le choix de l'ouverture croissante de l'assistance au suicide relève de la responsabilité de la société et non pas du corps médical⁷. Le contenu des directives, reprises dans le code de déontologie de la FMH, reflète donc le sens se dégageant de la déontologie médicale, qui est de n'admettre l'assistance médicale au suicide que dans les cas exceptionnels où le patient ne possède, médicalement parlant, plus d'espoir de guérison. Il est par ailleurs notable de souligner que le Département fédéral de justice et police (DFJP), suite à la proposition d'introduire dans la LStup une disposition limitant expressément la possibilité de prescrire du NaP aux seuls malades en phase terminale, a conclu que les dispositions légales combinées aux règles déontologiques actuelles étaient suffisantes, accréditant ainsi la solution légale contenue dans les directives de l'ASSM ainsi que la clarté de sa formulation⁸. La confirmation de l'intérêt visé par les directives de l'ASSM a par ailleurs été apportée par la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK/CNE), organe indépendant instauré par l'Office fédéral de la santé publique, qui souligne que « considérant le principe de la protection de la vie, il apparaît douteux du point de vue éthique d'apporter une assistance au suicide à des personnes qui sont insatisfaites de leur vie, qui ne tiennent pas à la vie en raison de convictions philosophiques ou qui sont prises de pessimisme existentiel. (...) C'est pourquoi seules les personnes endurent de graves souffrances liées à une maladie peuvent entrer en ligne de compte »⁹. Enfin, et à pur titre de comparaison, face au projet d'intégrer à l'art. 115 CP l'exigence d'une maladie mortelle chez le candidat au suicide, la quasi-totalité des avis souhaitant supprimer cette exigence sont néanmoins partis du principe que le suicidant devait souffrir d'une maladie

⁶ ASSM, Problèmes de l'assistance médicale au suicide – Prise de position de la Commission Centrale d'Éthique (CCE) de l'ASSM, du 14.03.2012, pp. 2–3.

⁷ Ibid.

⁸ Rapport du DFJP « Assistance au décès et médecine palliative : la Confédération doit-elle légiférer ? », du 24 avril 2006, p. 51. Voir également Rapportcompétant le rapport « Assistance au décès et médecine palliative : la Confédération doit-elle légiférer ? », juillet 2007, p. 8.

⁹ NEK/CNE, « L'assistance au suicide », prise de position n° 9/2005, approuvée par la Commission le 27 avril 2005. Voir également « Critères de diligence concernant l'assistance au suicide », prise de position n° 13/2006, octobre 2006, ch. 4.1.

physique ou psychique, excluant ainsi les personnes ne souffrant d'aucune pathologie¹⁰.

L'interprétation des directives amène ainsi à confirmer la volonté d'exclure la possibilité aux médecins d'étendre la prescription de NaP aux personnes ne souffrant d'aucune pathologie pouvant conduire à la mort. Le Tribunal fédéral a dès lors conclu avec raison que les directives étaient claires et permettaient de régler la situation litigieuse de la requérante, à savoir que Mme Gross ne possédait aucune prétention légale à l'obtention d'une prescription d'une dose mortelle de NaP¹¹. En conclure alors, tel que l'a fait la CourEDH, que le résultat juridiquement applicable à la requérante était incertain et propre à créer chez elle une angoisse quant à ses chances d'obtenir auprès du médecin une dose mortelle de NaP nous apparaît dès lors totalement erroné, bien que MINELLI fustige cet avis.

En ce qui concerne maintenant les critiques portant sur la qualité formelle des directives de l'ASSM, si nous ne nions encore une fois pas que ces dernières ne possèdent pas la qualité de loi formelle, il est tout simplement insoutenable d'avancer qu'elles ne sont pas agréées par l'Etat¹². Sur ce point, nous renvoyons le lecteur à notre précédente contribution, ainsi qu'aux récentes réflexions de JEAN-FRANÇOIS PERRIN en la matière¹³.

Enfin, en exigeant de la Suisse qu'elle adopte une législation plus claire en matière d'accès à l'assistance médicale au suicide – et même si elle précise ne pas vouloir déterminer le contenu de cette législation – la seconde section de la CourEDH ne laisse en définitive au législateur suisse d'autre choix que de légaliser des critères mentionnant expressément si les personnes dans la situation de Mme Gross possèdent ou ne possèdent pas une prétention légale à l'assis-

¹⁰ Rapport du DFJP « Modification du code pénal et du code pénal militaire, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative au rapport et à l'avant-projet concernant l'assistance organisée au suicide », juin 2010, p. 19. Par ailleurs, le Conseil fédéral a lui-même constaté que l'exigence de la maladie mortelle était un moindre mal, et que le principe même de tracer une limite entre les vies qui méritent d'être protégées sans réserve et celles qui ne le méritent plus est extrêmement contestable. Voir Rapport du Conseil fédéral « Soins palliatifs, prévention du suicide et assistance organisée au suicide », juin 2011, p. 31.

¹¹ Le Tribunal fédéral a par ailleurs admis « avec une extrême retenue » une exception au critère de la pathologie mortelle, à savoir une atteinte psychique incurable, durable et lourde à tel point que la vie n'est plus digne d'être vécue, exception que Mme Gross ne remplissait en l'occurrence pas. Voir ATF 133 I 58, consid. 6.3.5.1.

¹² Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur les remarques volontairement polémiques de Minelli quant au supposé manque d'impartialité et d'indépendance tant intellectuelle qu'économique des membres de la CCE ayant adopté les directives de l'ASSM, puisque ces remarques – outre démontrer un parti-pris manifeste de leur auteur – n'apportent aucun élément juridique pertinent à la problématique intéressant l'arrêt Gross c. Suisse.

¹³ JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Après l'arrêt Gross c. Suisse... Que faut-il faire?, in: Jusletter, du 18 août 2014.

tance médicale au suicide, alors que le cadre juridique suisse régit d'ores et déjà ces questions de manière claire. Une telle décision, qui ne sera définitive que si elle est confirmée par la Grande Chambre, empiète sur la marge d'appréciation de l'Etat et doit paraître particulièrement frustrante pour le législateur suisse étant donné que la majorité des autres Etats membres du Conseil de l'Europe ne réglementent pas l'assistance médicale au suicide¹⁴. MINELLI décrie cette opinion et estime en outre que puisque la Suisse a fait le choix d'adopter un cadre juridique libéral en matière d'assistance au suicide, il est normal que le contrôle effectué par la CourEDH à son égard ne prenne pas en compte les solutions juridiques des autres Etats parties à la Convention et ce concentre uniquement sur la conformité dudit cadre avec la CEDH. Un tel argument, bien que défendable, est à double tranchant. En effet, comme le souligne PERRIN, «est-il dès lors seulement raisonnable de continuer à exiger, en diverses autres circonstances, l'existence d'un [tel consensus] sur d'autres questions éthiques qui doivent faire l'objet d'une réglementation – et de condamner un pays européen, qui ne peut ni ne veut faire le pas que ses grands voisins ne sont prêts à faire ? »¹⁵. La question est légitime.

Alors que les associations d'assistance au suicide «se fondent (...) toujours moins sur la présence d'une maladie incurable susceptible de causer directement la mort»¹⁶ à l'heure d'exercer leurs activités, le débat quant à l'opportunité d'étendre l'assistance médicale au suicide aux personnes ne souffrant pas d'une pathologie mortelle semble donc loin d'être clos. Toujours est-il que le cadre juridique actuel réglementant la prescription de NaP à des fins de suicide nous apparaît, ainsi qu'au Tribunal fédéral, clair et apte à régler les problèmes juridiques tels que soulevés dans l'arrêt *Gross c. Suisse*.

¹⁴ La plupart des Etats ne possèdent en effet qu'une réglementation relative à l'euthanasie, passive ou active, et condamnent par ailleurs dans la grande majorité des cas cette pratique. A cet égard, nous remarquons par ailleurs que la Résolution 1859 du 25 janvier 2012 souligne que l'euthanasie doit toujours être interdite. Nous rejoignons ici la remarque corrective de Minelli, ladite Résolution ayant été adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, et non 47 de ses parlementaires, ce chiffre faisant bien évidemment référence aux 47 Etats membres du Conseil de l'Europe destinataires de ladite Résolution.

¹⁵ PERRIN (note 13), § 15.

¹⁶ Rapport du DFJP «Assistance organisée au suicide: examen approfondi des solutions envisageables et la nécessité d'une nouvelle réglementation fédérale», du 15 mai 2009, p. 21.

Die menschenrechtliche Dimension des Freihandelsabkommens der Schweiz mit China

von **Oliver Diggelmann, Claudio Baldi, Giordana Campagna & David Hongler**¹

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Inhalt des Zusatzabkommens
 - A. Verhältnis zum FHA
 - B. Kommunikation über Arbeitsstandards
 - C. Institutioneller Rahmen
- III. menschenrechtliche Dimension der Freihandelsbeziehungen
 - A. Neue Standards
 - B. Bessere Beachtung geltender Standards
 - C. Menschenrechtliche Dimension
- IV. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Am 6. Juli 2013 schloss die Schweiz mit der Volksrepublik China ein Freihandelsabkommen ab (FHA).² Gleichzeitig wurde ein «Abkommen über Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen» vereinbart, das am selben Tag unterzeichnet wurde (Zusatzabkommen).³ Die Aushandlung des Zusatzabkommens ging im Wesentlichen auf eine Auflage der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrates aus dem Jahr 2010 zurück, dass die Schweiz bei den – damals erst bevorstehenden – Verhandlungen über ein FHA mit China

¹ Oliver Diggelmann ist Professor für Völker- und Staatsrecht an der Universität Zürich. Claudio Baldi, Giordana Campagna und David Hongler sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht der Universität Zürich.

² Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China vom 6. Juli 2013, SR 0.946.292.492.

³ Abkommen zwischen dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Ministerium für Humanressourcen und Soziale Sicherheit der Volksrepublik China über die Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 6. Juli 2013, SR 0.822.924.9.

auch Fragen der Menschenrechte und Nachhaltigkeit thematisieren solle.⁴ Auch Nichtregierungsorganisationen hatten auf eine thematische Ausweitung über unmittelbare Freihandelsfragen hinaus gedrängt und wiesen wiederholt darauf hin, dass die sog. Sozialdimension von Freihandelsverträgen in verschiedenen internationalen Organisationen seit längerer Zeit ein Thema sei.⁵ Bei den Verhandlungen über ein FHA wurde in der Folge ein «Umweltkapitel» in das FHA selbst aufgenommen und gesondert ein Abkommen über Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen ausgehandelt. Die beiden Abkommen wurden von der Bundesversammlung im Dezember 2013 bzw. März 2014 genehmigt.⁶

In diesem Beitrag wird der Frage nachgegangen, wie weit wegen des Abschlusses des Zusatzabkommens ernsthaft von einer «Berücksichtigung der menschenrechtlichen Dimension» bei der Regelung der Freihandelsbeziehungen gesprochen werden kann. Es geht nicht darum zu fragen, ob das Ausgehandelte das bestmögliche Verhandlungsergebnis war. Die Frage ist, ob das Freihandelsregime inklusive Zusatzabkommen insgesamt die Menschenrechts- bzw. Arbeitsstandard-Problematik in einer Weise angeht, dass man sagen kann, dass es sie *überhaupt* angeht. Allgemein gesprochen hängt die Antwort auf diese Frage davon ab, ob bzw. wie weit das Zusatzabkommen zu einem rechtlich verbindlichen Bestandteil der Freihandelsbeziehungen geworden ist, welches Niveau die geltenden Menschenrechtsstandards erreichen, und wie die Implementierungsmechanismen ausgestaltet sind.

⁴ Sekretariat der Aussenpolitischen Kommissionen, Kommission strebt Nachhaltigkeit im Freihandel mit China an, Medienmitteilung APK-N, 16.11.2010.

⁵ Für die EFTA: Working Groups on Trade and Environment/Labour Standards, Joint Final Report, 16 June 2010, Annex I (Draft Model Provisions Concerning the Environment and Labour Standards in EFTA Free Trade Agreements); SECO, Background Information: Conclusion of EFTA work on Trade, Environment and Labour Standards (undatiert, veröffentlicht nach der EFTA-Ministerkonferenz vom 24. Juni 2010, an der der Bericht gutgeheissen wurde). Zum Ganzen: CHRISTINE KAUFMANN, Trade and Labour Standards, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2012, S. 988 ff.

⁶ Genehmigung mit einfachem Bundesbeschluss durch den Nationalrat am 10. Dezember 2013 und durch den Ständerat am 20.03.2014. Von einer Unterstellung unter das Staatsvertragsreferendum wurde abgesehen. *Vgl.* dazu OLIVER DIGGELMANN, Verletzt die Standardabkommen-Praxis der Bundesversammlung die Bundesverfassung? 115 Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (2014), S. 291 ff.

II. Inhalt des Zusatzabkommens

A. Verhältnis zum FHA

Die menschenrechtliche Dimension der Freihandelsbeziehungen wird im FHA selbst nicht angesprochen. Das Thema wurde in das politisch mit dem FHA aufs Engste verknüpfte Zusatzabkommen «ausgelagert», das eine Spezialthematik der Freihandelsbeziehungen gesondert regelt. Zu klären ist im Folgenden, ob es sich beim Zusatzabkommen um einen rechtlich selbständigen völkerrechtlichen Vertrag handelt, oder ob die *rechtlichen* Schicksale der Abkommen in irgendeiner Weise verknüpft sind. Davon hängt ab, ob die Regelung der Menschenrechts- bzw. Arbeitsstandard-Dimension – wie die Umwelt-Dimension durch Aufnahme eines entsprechenden Artikels ins FHA⁷ – rechtlich Bestandteil der Freihandelsbeziehungen geworden ist. Umgekehrt formuliert: Falls dies nicht zutrifft, kann China das Zusatzabkommen beenden, ohne dass die Geltung des FHA selbst tangiert wird. In diesem Fall wäre die Arbeitsstandard-Dimension rechtlich nicht Teil des FHA.⁸

Der Bundesrat schrieb in der Botschaft zu den beiden Abkommen, das Zusatzabkommen sei «rechtlich verbindlich» mit dem FHA «verbunden».⁹ Die Formulierung lässt eher an rechtliche als an bloss politische Verbundenheit der Abkommen denken. Am 9. Dezember 2013 äusserte er sich auf eine Anfrage von Nationalrätin Maja Ingold wie folgt: Das Zusatzabkommen sei mit dem FHA «rechtlich verbunden».¹⁰ Auch hier denkt man spontan an ein gemeinsames rechtliches Schicksal. Bundesrat Johann Schneider-Ammann nahm am 4. Dezember 2013 – kurz vor der Debatte über die beiden Abkommen im Nationalrat – in der Sendung «Rundschau» des Schweizer Fernsehens Stellung. Das «Parallelabkommen» sei «absolut gleichwertig» mit dem FHA, ebenfalls auf Ministerstufe und zum gleichen Zeitpunkt unterschrieben, wobei das eine Abkommen «zum anderen [...] referenziere».¹¹ Beim Begriff der Parallelität denkt man in der Schweiz wegen der sieben parallel verhandelten Bilateralen Ver-

⁷ FHA China, Kapitel 12.

⁸ Beispiel eines FHA, das die soziale Dimension in den eigentlichen Abkommenstext aufnimmt, ist jenes zwischen den USA und Jordanien vom 24. Oktober 2000 (Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area). Art. 6.5 dieses FHA erwähnt explizit das Verbot der Zwangsarbeit, Kollektivrechte, Kinderrechte sowie «akzeptable Arbeitsbedingungen».

⁹ Botschaft zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und China sowie des Abkommens zwischen der Schweiz und China über die Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 4. September 2013, BBl 2013 8165, 8208 (Botschaft FHA China).

¹⁰ Geschäft 13.5537. Fragestunde: Frage von Nationalrätin Maja Ingold, eingereicht am 3. Dezember 2013.

¹¹ Sendung «Rundschau» des Schweizer Fernsehens SRF vom 4. Dezember 2013, Minute 38:40.

träge I – die mittels sog. Guillotine-Klausel rechtlich verbunden sind – eher an rechtliche als an politische Verbundenheit. Die Aussage lässt jedoch Spielräume offen. In der Nationalratsdebatte vom 9. Dezember 2013 äusserte sich Bundesrat Schneider-Amman erneut. Das Abkommen sei mit dem FHA «verbunden» und stehe mit ihm «in rechtlicher Hinsicht auf gleicher Stufe».¹² Diese Aussage ist nicht eindeutig, kann politische oder rechtliche Verbundenheit bedeuten. Erwähnung verdient im vorliegenden Zusammenhang auch eine Aussage des Schweizer Verhandlungsleiters, Botschafter Christian Etter, der für die Aushandlung beider Abkommen zuständig war. Die Abkommen seien miteinander «verbunden», wobei die Menschen- und Arbeitsrechte «Bestandteil des Freihandelsabkommens mit China» seien.¹³ Da Menschen- und Arbeitsrechte im FHA selbst nicht angesprochen werden, kann diese Aussage wohl nur so verstanden werden, dass die beiden Abkommen eine rechtliche Einheit bilden. Andernfalls wären die Arbeitsstandards nicht Bestandteil des Freihandelsabkommens mit China. Die Aussagen lassen sich wie folgt zusammenfassen. Erstens: Die Behördenmitglieder betonen die Verbundenheit der beiden Abkommen. Zweitens: Teilweise ist explizit oder quasi-explizit von rechtlicher Verbundenheit der Abkommen die Rede. Drittens: Von einem rechtlich getrennten Schicksal der beiden Abkommen ist nirgends die Rede. Entspricht der Eindruck, der hier erzeugt wurde, den Tatsachen?

Völkerrechtliche Verträge sind gemäss Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) nach Treu und Glauben auszulegen.¹⁴ Ausgangspunkt bildet der Wortlaut. Ist er eindeutig und liegen keine Hinweise vor, dass er den Konsens der Vertragsparteien nicht oder nicht korrekt wiedergibt, so ist er massgeblich. Entscheidend ist die sog. «gewöhnliche Bedeutung» des Vertragstexts (*ordinary meaning*), wobei die Frage leitend ist, wie ein unvoreingenommener Leser den Text verstehen würde.¹⁵ Im Folgenden ist daher zunächst zu klären, ob der Wortlaut eine rechtliche Verknüpfung zwischen den beiden Abkommen herstellt. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage, ob allenfalls Umstände jenseits des Wortlauts eruierbar sind, die die Annahme einer rechtlichen Verbundenheit rechtfertigen würden. Im Zusatzabkommen wird das FHA nicht

¹² AB 2013 N 2077 (Votum Schneider-Amman).

¹³ NICOLE TESAR, Freihandelsabkommen Schweiz-China: Der Verhandlungsleiter erläutert, wie es zum Abschluss kam, *Die Volkswirtschaft* 2013/11, S. 53.

¹⁴ Die Schweiz und die Volksrepublik China sind Vertragsstaaten der Wiener Vertragsrechtskonvention.

¹⁵ Die *ordinary meaning*-Regel rechtfertigt sich dadurch, dass die Ermittlung eines vom Wortlaut abweichenden Willens der Vertragsparteien grundsätzlich schwierig ist und der Einigung auf einen bestimmten Wortlaut oft mehrjährige Aushandlungen vorausgehen. Es ist deshalb zunächst davon auszugehen, dass Vertragsparteien einen Vertrag bewusst mit dem betreffenden Wortlaut abschliessen. *Vgl.* RICHARD K. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008, S. 165 ff.

erwähnt,¹⁶ während das FHA an einer Stelle in Art. 13.5 Bezug auf das Zusatzabkommen nimmt. Die Bestimmung sieht vor, dass die Vertragsparteien ihre Zusammenarbeit betreffend Arbeit und Beschäftigung «gemäss dem Abkommen über Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen» verbessern werden (*«shall enhance their cooperation»*).¹⁷ Erwähnt werden also eine Verpflichtung der Vertragsparteien (Verbesserung der Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen) und ein Abkommen (Zusatzabkommen), das die Erfüllung dieser Verpflichtung regelt. Für die Regelung eines bestimmten Vertragsgegenstandes wird auf ein anderes Abkommen verwiesen. Art. 13.5 FHA «informiert», welcher Normtext die Regeln für den betreffenden Regelungsgegenstand enthält. Nach gewöhnlichem Verständnis enthält er einen sog. unechten Verweis, der ein anderes Abkommen «zitiert», an der Rechtslage aber nichts ändert. Unechte Verweise sind von echten zu unterscheiden, die den Normbestand eines anderen Rechtstexts in das eigene Abkommen integrieren und durch den Verweis neue Rechte und Pflichten schaffen.¹⁸ Echte Verweise verwenden Formulierungen, die auf andere Normen nicht nur hinweisen, sondern deutlich machen, dass sie ihnen zusätzliche Geltung verschaffen, zum Bestehenden etwas hinzufügen. Typisch ist etwa die Formulierung, dass die Vertragspartner bestimmte – anderenorts formulierte – Normen oder Rechtsakte im Anwendungsbereich des Abkommens «anwenden».¹⁹ Der vorliegend interessierende Wortlaut von Art. 13.5 FHA sagt demgegenüber nicht, dass die Normen des Zusatzabkommens Bestandteil des FHA sind oder dass die Vertragspartner des FHA zu deren Anwendung verpflichtet werden. Er ist eindeutig: Die Verbesserung der Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen erfolgt «gemäss» dem betreffenden Abkommen. Der Wortlaut hat offensichtlich nicht den Sinn, eine *rechtliche* Verknüpfung zwischen den beiden Abkommen herzustellen.

¹⁶ Im Zusatzabkommen zum FHA mit Hongkong (Free Trade Agreement between the EFTA States and Hong Kong, China) ist dies anders. Es verweist in der Präambel auf das parallel dazu ausgehandelte FHA.

¹⁷ Der im Streitfall massgebliche englische Text von Art. 13.5 lautet: *«The Parties shall enhance their cooperation on labour and employment according to [...] the Agreement on Labour and Employment Cooperation [...] signed in Beijing on 6 July 2013.»*

¹⁸ Wir lehnen uns in den folgenden Ausführungen an die Terminologie des schweizerischen Standardwerks zur Rechtsetzungslehre von GEORG MÜLLER und FELIX UHLMANN an: Dies., *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 3.A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 360 ff.

¹⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Anhang B des Abkommens über die Assoziierung bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstandes vom 26. Oktober 2004, SR 0.360.268.1.

Damit stellt sich noch die Frage nach Umständen jenseits des Wortlauts, die für die rechtliche Verbundenheit der Abkommen sprechen könnten.²⁰ Es müssten Anhaltspunkte für einen Willen der Vertragsparteien bestehen, das Inkrafttreten oder die Beendigung mindestens eines der beiden Abkommen an das jeweils andere zu knüpfen. Die diesbezüglich massgebenden Bestimmungen beider Abkommen – Art. 5 des Abkommens über Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen und Art. 16.4 sowie Art. 16.5 FHA – enthalten keine Anhaltspunkte in dieser Richtung. Sie handeln ausschliesslich vom Inkrafttreten und von der Beendigung des jeweiligen Abkommens. Als Umstände jenseits des Abkommenstexts könnten – theoretisch – die erwähnten Aussagen von Bundesrat und Chefunterhändler infrage kommen, in denen teilweise von rechtlicher Verbundenheit die Rede ist. Grundsätzlich gilt, dass Umstände jenseits des Abkommenstexts mit einer gewissen Zurückhaltung zu würdigen sind,²¹ und die rechtliche Verknüpfung von Abkommen ist ein wichtiger Vertragsbestandteil, kein Detail. Es müsste daher konkrete, nachvollziehbare Gründe dafür geben, weshalb dieser Punkt nicht im Abkommenstext selbst geregelt wurde. Die normale Form einer Verknüpfung des Schicksals von Verträgen bestünde in der expliziten Fixierung im Vertragstext. Die erwähnten sieben Bilateralen Verträge I, deren Inkrafttreten und Beendigung jeweils mittels einer «Guillotine-Klausel» aneinander geknüpft sind, sind ein prominentes Beispiel.²² Vorliegend fehlt jedoch jede Erklärung für die Abwesenheit einer rechtlichen Verknüpfung der Abkommen im Vertragstext. Die erwähnten Aussagen, die einen solchen Konnex behaupten oder implizieren, haben durchwegs pauschalen Charakter und gehen mit keinem Wort auf die Unterschiede zwischen behaupteter Rechtslage (rechtlicher Konnex) und Wortlaut der Abkommen ein. Es fehlt auch jeder Hinweis auf einen korrespondierenden Willen des anderen Vertragspartners, China. Die Grundlage für die Behauptung rechtlicher Verbundenheit ist auf jeden Fall ungenügend. Als Ergebnis der Auslegung ist festzuhalten, dass die Schicksale von FHA und Zusatzabkommen rechtlich nicht miteinander verknüpft sind. Daraus folgt, dass beide Vertragsparteien das

²⁰ Zur Bedeutung der Umstände für die Vertragsinterpretation: ULF LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 2007, S. 246 ff.

²¹ Art. 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention macht dies explizit. Er bezeichnet die Umstände als «ergänzendes Auslegungsmittel», die herangezogen werden können, wenn das Auslegungsergebnis mehrdeutig oder dunkel ist (Abs. 1) oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen Ergebnis führt (Abs. 2). *Vgl.* MARK E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Boston 2009, Art. 32 N 6-11.

²² *Vgl.* Art. 25 Abs. 1 und 4 des Abkommens über die Personenfreizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681 (sog. Guillotine-Klausel).

Zusatzabkommen beenden können, ohne dass die Geltung des Freihandelsabkommens tangiert würde.²³

B. Kommunikation über Arbeitsstandards

Das Abkommen über Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen regelt – allgemein formuliert – den Rahmen für die Kommunikation zwischen China und der Schweiz über Arbeitsstandards.²⁴ Es legt die Modalitäten und Bezugspunkte für Kommunikation zwischen den Vertragsparteien über Arbeits- und Beschäftigungsfragen fest, dient gemäss Art. 1 dem Zweck, die Arbeitsbedingungen zu verbessern, menschenwürdige Arbeit zu fördern und grundlegende Arbeitsrechte zu schützen.²⁵ Der für die Kommunikation vereinbarte Rahmen weist eine materiellrechtliche (Art. 2) und eine institutionelle Seite (Art. 3 und 4) auf. Der materiellrechtliche Rahmen wird durch Art. 2 festgelegt. Dessen Abs. 1 bis 4 enthalten Verweise auf internationale Instrumente, d.h. Verträge und Deklarationen, insbesondere auf bestimmte Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO). Die Parteien «bekräftigen» bzw. «erinnern» an die sich aus diesen Instrumenten ergebenden Pflichten. Die genaue Bedeutung der Verweise wird später zu klären sein.²⁶ Zum materiellrechtlichen Rahmen gehören auch die drei letzten Absätze von Art. 2 Zusatzabkommen, d.h. die Abs. 5 bis 7. Darin wird die «Unangemessenheit» von Sozialdumping und protektionistischen Arbeitsgesetzen anerkannt (Abs. 5 und 6). Ausserdem verpflichten sich die Vertragsstaaten, ihre Arbeitsgesetze innerstaatlich wirksam durchzusetzen (Abs. 7).

²³ Die Art der Verbundenheit – bloss politisch oder rechtlich – ist ein Hinweis darauf, wie ernst es die Vertragsparteien mit der Integration der menschenrechtlichen Dimension meinen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zu beanstanden, dass Behörden – teilweise ex- und teilweise implizit, sachlich unzutreffend – den Eindruck erweckten, die Abkommen seien rechtlich miteinander verbunden. Da sie um das Fehlen eines rechtlichen Konnexes hätten wissen müssen, ist dies u.E. als unzulässige Beeinflussung des Zustimmungsverfahrens zu werten.

²⁴ Unzutreffend ist die Aussage des Verhandlungsleiters, Botschafter Etter, wonach im Abkommen «Bestimmungen zu den Rechten bei der Arbeit» vereinbart worden seien (vgl. TESAR, *supra* Fn. 13, S. 53). Es wurde lediglich ein Rahmen für Kommunikation über Standards geschaffen, auf die das Abkommen verweist.

²⁵ Das Abkommen über Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen konkretisiert ein *Memorandum of Understanding*, das bereits 2011 abgeschlossen wurde (Memorandum of Understanding between the Federal Department of Economic Affairs of the Swiss Confederation and the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China Regarding Cooperation on Labour and Employment Issues of 15 June 2011).

²⁶ Vgl. unten III.A.

C. Institutioneller Rahmen

Der institutionelle Rahmen für die Kommunikation zwischen den Vertragsparteien wird durch Art. 3 und insbesondere durch Art. 4 Zusatzabkommen festgelegt. Dieser sieht in Abs. 1 die Schaffung sogenannter Kontaktpunkte vor, die die Kommunikation über die Umsetzung des Abkommens erleichtern sollen. Fragen betreffend Auslegung und Anwendung des Abkommens können über diese Kontaktpunkte angesprochen werden, wobei die Parteien gemäss Abs. 2 zur Suche eines Konsenses verpflichtet sind. Vorgesehen ist in Abs. 3 auch, dass die Parteien ein Treffen verlangen können, das innerhalb von 90 Tagen stattfinden soll. Es geht, vereinfacht gesagt, um die Einrichtung eines Kommunikationskanals sowie eines rudimentären Streitbeilegungsmechanismus.

III. Menschenrechtliche Dimension der Freihandelsbeziehungen

A. Neue Standards

Gemäss seinem Zweckartikel (Art. 1) soll das Zusatzabkommen dazu beitragen, die Arbeitsbedingungen zu verbessern (1), menschenwürdige Arbeit zu fördern (2) und die grundlegenden Arbeitsrechte zu schützen (3). Grundsätzlich kann auf die Verwirklichung dieser Zwecke auf zwei Wegen hingewirkt werden. Zum einen können die rechtlichen Menschenrechts- und Arbeitsstandards angehoben werden, und zum anderen kann die Beachtung bestehender Standards verstärkt werden. Hier interessiert zunächst die Frage, ob mittels Zusatzabkommen die geltenden Standards angehoben werden. Weiter oben wurde festgestellt, dass das Zusatzabkommen auf verschiedene Verträge und Deklarationen verweist, und dass es zwei Arten von Verweisen gibt: Bloss informierende, sog. unechte Verweise, die an der Rechtslage nichts ändern, und echte Verweise, die andernorts geltenden Normen in einem zusätzlichen Kontext Geltung verschaffen.²⁷ Nur bei echten Verweisen werden neue, d.h. zusätzliche Verpflichtungen geschaffen. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob es sich bei den Verweisen in Art. 2 des Zusatzabkommens um echte oder unechte Verweise handelt.

Auszugehen ist wiederum vom Wortlaut, der bei Eindeutigkeit nach gewöhnlichem Sprachverständnis massgeblich ist.²⁸ Gemäss Abs. 1, 2 und 4 «bekräftigen» (*reaffirm*) die Parteien bestimmte Verpflichtungen und Erklärungen,

²⁷ Vgl. oben II.A.

²⁸ Vgl. RICHARD K. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008, S. 161 ff.

gemäss Abs. 3 «erinnern» (*recall*) sie sodann an bestimmte andere Verpflichtungen. Der Begriff «bekräftigen» wird in internationalen Abkommen und Resolutionen von Organen internationaler Organisationen regelmässig dann verwendet, wenn ein politischer oder rechtlicher Rahmen eines Aktes ins Bewusstsein gerufen werden soll.²⁹ Der Begriff bringt typischerweise die Absicht zum Ausdruck, eine «Auslegeordnung» des rechtlichen Kontexts eines Aktes zu erstellen und darauf aufmerksam zu machen, dass zeitlich Vorausliegendes weiterhin relevant ist. Dasselbe ist mit Blick auf die Verwendung des Begriffs «erinnern» zu sagen. Was in Erinnerung gerufen wird, existiert bereits und liegt zeitlich voraus. Der Begriff hat im vorliegenden Zusammenhang dieselbe Bedeutung wie «bekräftigen». Aus völkerrechtlicher Sicht schafft daher keine der angeführten Formulierungen neue Verpflichtungen. Es handelt sich bei den Verweisen in Art. 2 Abs. 1 bis 4 um unechte Verweise. Damit werden im Zusatzabkommen weder zusätzliche Menschenrechts- und Arbeitsstandards akzeptiert noch neue geschaffen.

B. Bessere Beachtung geltender Standards

Könnte das Zusatzabkommen zur Folge haben, dass es als Ganzes auf eine bessere Beachtung der für China bereits geltenden Standards hinwirkt? Ein gewisser Erfolg in diesem Sinn kann allenfalls im Abschluss des Abkommens an sich gesehen werden. Das Thema Arbeitsstandard wird – wenn auch ohne neue Verpflichtungen – zumindest zugelassen.³⁰ Als von einer gewissen Bedeutung kann im Licht dieser Frage allenfalls das Kernelement des Abkommens, die Einrichtung der «Kontaktpunkte», betrachtet werden. Die Vertragsparteien schaffen eine gemeinsame Institution, die sich mit der Auslegung und Anwendung des Abkommens befasst. Damit wird eine Möglichkeit geschaffen – wenn auch nur mittelbar über die andere Vertragspartei –, auf die Beachtung der für China bereits geltenden Standards Einfluss zu nehmen.

Welche Bedeutung den Kontaktpunkten in der Praxis zukommen wird, muss sich im Einzelnen noch zeigen. Es handelt sich um ein «weiches» Instru-

²⁹ Vgl. die Struktur von Resolutionen der UNO-Generalversammlung, des Wirtschafts- und Sozialrates sowie des UNO-Sicherheitsrates. Nach einem rechtlich unverbindlichen Präambel-Teil folgen typischerweise Hinweise auf den zu beachtenden rechtlichen und politischen Rahmen und schliesslich der eigentliche Gegenstand der Resolution. *Siehe etwa:* A/RES/67/302 (2013), E/RES/2013/26 (2013), S/RES/2133 (2014).

³⁰ Die Thematisierung an sich stellt eine gewisse Anknüpfung an den sog. Menschenrechtsdialog dar, den die Schweiz mit China seit 1991 führt. Für eine kritische Evaluation des Dialogs: THOMAS RICHTER/FRAUKE SEIDENSTICKER, *Evaluation des Menschenrechtsdialogs der Schweiz mit der Volksrepublik China*, Berlin 2007.

ment, dessen konkrete künftige Wirkungen nicht abschätzbar sind.³¹ Man kann sicher sagen, dass sie «mehr sind als nichts». Neben den Kontaktpunkten könnten eventuell auch die im Abkommen enthaltenen Verweise zur verbesserten Einhaltung bereits geltender Arbeitsstandards durch China beitragen. Die «Substanz» dieser Verweise wird im nachfolgenden Abschnitt untersucht. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das Abkommen mit «weichen» Instrumenten – Einrichtung von «Kontaktpunkten» und Verweise auf bereits geltende Standards – in gewissem Umfang auf eine verbesserte Beachtung geltender Standards hinwirken dürfte.

C. Menschenrechtliche Dimension

Im Folgenden ist zu untersuchen, was die bisherigen Erkenntnisse für die letztlich entscheidende Frage bedeuten, ob das Zusatzabkommen die Menschenrechtsdimension der Freihandelsbeziehungen im Grundsatz ernsthaft berücksichtigt. Für die Beantwortung dieser Frage genügt es nicht, das Hinwirken auf bessere Beachtung geltender Standards zu betrachten, den Blick alleine auf das «Erreichte» zu richten. Entscheidend ist, wie dieses «Hinwirken» vor dem Hintergrund der Gesamtwirkungen der vereinbarten Freihandelsbeziehungen und der ursprünglichen Auflage der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrates einzuschätzen ist.³² Die Menschenrechtsdimension darf als umso ernsthafter berücksichtigt gelten, je mehr das Abkommen zur Einhaltung eines zivilisatorischen Minimalniveaus beiträgt. Je mehr die für China geltenden Standards diesem Minimalniveau genügen, umso eher trägt auch ein blosses Hinwirken auf ihre bessere Beachtung zur Verwirklichung der in der Präambel des Abkommens genannten «sozialen Dimension der Nachhaltigkeit» bei.

Was ist das Gesamtniveau der für China geltenden Standards? Um diese Frage beantworten zu können, ist es nötig, bei den einzelnen Verweisen nach der rechtlich-normativen «Substanz» zu fragen. Das soll im Folgenden getan werden. Art. 2 des Zusatzabkommens verweist in den Abs. 1 bis 4 teilweise auf Abkommen und teilweise auf Erklärungen. Grundsätzlich gilt: Abkommen

³¹ Es verdient Erwähnung, dass mit dem Begriff der Kontaktpunkte jeder Eindruck vermieden wird, es seien eigens für die Implementierung zuständige Stellen mit einer gewissen, auch nur bescheidenen Selbständigkeit geschaffen worden. Sie dienen gemäss Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 denn auch nicht der Umsetzung des Abkommens, sondern nur der Erleichterung der Umsetzung: «*With a view to facilitating the implementation of this Agreement and related communications, each Party shall appoint contact points within six months following the entry into force of this Agreement.*»

³² Vgl. oben I. (Einleitung); Sinn der Auflage, das Thema Menschenrechte zu thematisieren, ist nicht, das Thema lediglich *pro forma* anzusprechen, sondern dass die Assoziierung via Freihandelsvertrag unter Einhaltung eines beiderseits akzeptablen menschenrechtlichen Minimalrahmens erfolgt.

schaffen rechtlich verbindliche Standards, während Erklärungen völkerrechtlich nicht verbindlich sind, sofern sich ihre Rechtsgeltung nicht ausnahmsweise aus Gewohnheitsrecht ergibt. Bei der Annahme gewohnheitsrechtlicher Geltung von Erklärungen ist Zurückhaltung geboten, denn Deklarationen werden von den Staaten regelmässig gerade *wegen* ihrer bloss politischen Verbindlichkeit akzeptiert, sodass etwa die Einstimmigkeit der Annahme einer Erklärung für sich genommen keinen aussagekräftigen Hinweis auf ihre rechtliche Verbindlichkeit darstellt.³³ Für die Frage nach der Substanz geltender *rechtlicher* Standards bedeutet dies, dass den Verweisen auf blosser Erklärungen höchstens marginales Gewicht zukommt. Auf Erklärungen verweisen die Abs. 1 (2. Halbsatz), 2 und 4. Konkret wird auf Pflichten gemäss der «Erklärung der IAO [...] über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemassnahmen» von 1998, der «Erklärung des Wirtschafts- und Sozialrats über Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit» von 2006 und der «Erklärung der IAO über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung» von 2008 verwiesen.

Wichtig sind im Licht der hier interessierenden Frage deshalb vor allem die Verweise auf völkerrechtliche Verträge. Solche Verweise sind im Zusatzabkommen in den Abs. 1 (1. Halbsatz) und 3 zu finden. Sie erwähnen die aus der Mitgliedschaft in der IAO sowie die aus der Ratifizierung von IAO-Konventionen fließenden Pflichten. Aus der blossen Mitgliedschaft bei der IAO ergeben sich keine konkreten Verpflichtungen mit Blick auf Arbeitsstandards; die IAO-Verfassung enthält ausschliesslich organisatorische Bestimmungen, die etwa gewisse Mitfinanzierungspflichten einschliessen, während die materiellen Arbeitsstandards in separaten Konventionen geregelt sind. Diese Konventionen müssen von den Staaten einzeln ratifiziert werden, um Rechtsverbindlichkeit zu erlangen. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang, dass die IAO-Verfassung im Annex eine Erklärung (*declaration*) mit gewissen materiellen Grundideen enthält, die der Organisation zugrunde liegen. Es handelt sich jedoch nicht um verbindliche Arbeitsstandards, sondern um eine nicht

³³ Vereinzelt wird mit Blick auf die Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemassnahmen von 1998 die Auffassung vertreten, ihre rechtliche Verbindlichkeit sei umstritten, was die Möglichkeit rechtlicher Verbindlichkeit einschliesst. Uns scheint eindeutig, dass Rechtsverbindlichkeit zu verneinen ist. Der Hauptgrund ist, dass sie einstimmig angenommen wurde, obschon sie in Ziff. 2 eine Verpflichtung zur Respektierung aller grundlegenden Standards gemäss IAO-Grundkonventionen enthält, die jedoch von knapp einem Drittel der Staaten der Welt nicht vollständig ratifiziert wurden. Nur 138 Staaten haben alle IAO-Grundkonventionen ratifiziert. Vgl. HILARY KELLERSON, *The ILO Declaration of 1998 on Fundamental Principles and Rights: A Challenge for the Future*, 137 *International Labour Review* (1998), S. 224; eine eingehende Auseinandersetzung mit dem rechtlichen Charakter und den Auswirkungen der Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit findet sich bei: ISABELLE DUPLESSIS, *La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail: Une nouvelle forme de régulation efficace?* 59 *Industrial Relations* (2004), S. 52 ff.

rechtsverbindliche Statuierung von Prinzipien, an denen sich die IAO orientiert. Dazu gehören beispielsweise der Grundsatz, dass Arbeit keine Handelsware und die Vereinigungsfreiheit für den Fortschritt wichtig ist.³⁴

Die rechtliche Substanz der Verweise entscheidet sich damit an der Substanz des Verweises auf ratifizierte IAO-Konventionen. Kern der von der IAO geschaffenen Abkommen betreffend Arbeitsstandards bilden acht Konventionen, in welchen sog. *core principles* der IAO kodifiziert sind. Diese sog. Grundkonventionen betreffen vier zentrale Themen: Gleichbehandlung/Diskriminierung, Kinderarbeit, Kollektivrechte und Zwangsarbeit. 138 Staaten – darunter die Schweiz – anerkennen alle acht Konventionen. China hat vier ratifiziert: die beiden Konventionen betreffend Gleichbehandlung/Diskriminierung und die beiden betreffend Kinderarbeit, eine davon mit einer einschränkenden Erklärung.³⁵ Nicht ratifiziert hat es die beiden Konventionen betreffend Kollektivrechte sowie jene betreffend Zwangsarbeit.³⁶

Was bedeutet dies alles für die Berücksichtigung der Menschenrechtsdimension der Freihandelsbeziehungen insgesamt? Das in den Verhandlungen diesbezüglich «Erreichte» muss, wie bereits erwähnt, in eine Relation zu den Gesamtwirkungen der neu geschaffenen Beziehungen gesetzt werden. Daran – und nicht bloss daran, ob das Erreichte einen «Mehrwert» darstellt – entscheidet sich, ob das Abkommen die Menschenrechtsdimension zumindest im Grundsatz ernsthaft berücksichtigt. Es stellt sich insbesondere die Frage, welches «Gewicht» Chinas Nichtratifizierung der Konventionen betreffend Kollektivrechte und Zwangsarbeit in diesem Zusammenhang zukommt.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass ein globaler Konsens über ein unverhandelbares Mindestniveau in Bezug auf Arbeitsstandards nicht existiert. Erwähnung verdient auch, dass die Themen der IAO-Grundkonventionen nicht alle im selben Mass elementarste Menschenrechtsfragen betreffen. Fragen der Lohndiskriminierung etwa stehen aus menschenrechtlicher Perspektive wohl

³⁴ Etwa auch: Armut ist überall, wo sie besteht, eine Gefahr für den allgemeinen Wohlstand; der Kampf gegen Knappheit ist eine Daueraufgabe in jeder Nation. *Vgl.* Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation, Anlage: Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation vom 10. Mai 1944, Art. I.

³⁵ Die Erklärung betrifft das Minimalalter für die Zulassung zu Beschäftigung: 2077 U.N.T.S. 315 (1999).

³⁶ IAO-Konvention Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28. Juni 1930 (Pflicht zur Aufhebung von Zwangs- und Pflichtarbeit, mit Ausnahmen bezüglich Militärdienst, Gefangenearbeit u.a.); IAO-Konvention Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. Juli 1948 (Pflicht zur Zulassung von Arbeitsorganisationen); IAO-Konvention Nr. 98 über das Vereinigungsrecht und Kollektivverhandlungen vom 1. Juli 1949 (Pflicht zum Schutz des Vereinigungsrechtes von Arbeitnehmern); IAO-Konvention Nr. 105 über die Aufhebung von Zwangsarbeit vom 25. Juni 1957 (Pflicht zum absoluten Verbot jeglicher Zwangsarbeit zu bestimmten Zwecken wie politischer Zwang, Erziehung etc.).

nicht auf derselben Stufe wie das Thema der Zwangsarbeit. Es ginge daher zu weit zu sagen, dass jedes Unterschreiten der von den *core principles* gesetzten Standards im Licht der «Menschenrechtsdimension-Problematik» von vornherein als massiver Mangel einzustufen wäre. Diese Einschränkungen bedeuten jedoch nicht, dass die Grundkonventionen gar keine Anhaltspunkte für zivilisatorische Mindeststandards liefern. Der Begriff der *core principles* verweist auf einen internationalen Konsens darüber, dass ein solches Niveau zumindest der Grundidee nach existiert und dass die acht Konventionen den zentralen Orientierungspunkt darstellen. Anders formuliert: Ihre Einhaltung bedeutet, dass der betreffende Staat die Menschenrechtsdimension ernst nimmt. Helfen kann für die Beurteilung der hier interessierenden Frage allenfalls auch, dass das Zusatzabkommen selbst in seinen Zielbestimmungen ebenfalls Gesichtspunkte für den Beurteilungsmassstab liefert.³⁷ Es nennt unter anderem die Förderung *menschenwürdiger* Arbeit und den Schutz grundlegender Arbeitsrechte als Ziele.³⁸

Zu fragen ist also, ob einige der von China nicht ratifizierten IAO-Konventionen zum Kerngehalt, zum zivilisatorischen Minimum im Bereich der Menschen- und Arbeitsrechte gehören. Dabei dürfte an einer Überlegung nicht vorbeizukommen sein: China hat die beiden Konventionen betreffend Zwangsarbeit nicht ratifiziert. Zwangsarbeit ist das Gegenteil von menschenwürdiger Arbeit. Sie ist in Zeiten, in denen Sklaverei abgeschafft ist, eine der schlimmsten Formen der Unfreiheit. Sie stellt offenkundig nicht nur eine Abweichung von wünschbaren Arbeitsstandards dar, die durch kulturelle und historische Besonderheiten eines Landes begründet werden kann, sondern ist Teil eines Systems der Unterdrückung. Der Kampf gegen Zwangsarbeit steht in der Tradition des Kampfes für ein Sklavereiverbot, das heutzutage unmittelbar zum Kern der Menschenrechtsidee gehört und direkt die Frage der Menschenwürde berührt.³⁹ Ein Freihandelsabkommen mit einem Staat einzugehen, der sich nicht zur Abschaffung von Zwangsarbeit verpflichten will, ist ein Mangel anderer Kategorie

³⁷ Zielbestimmungen sind trotz ihrer Rechtsverbindlichkeit keine justiziablen Normen. Sie skizzieren in ihrer Gesamtheit aber dennoch einen gewissen Rahmen für das, was von den einzelnen Regeln getragen ist und was nicht. Fundamentale Widersprüche zu einzelnen Zielsetzungen sind ein starkes Indiz dafür, dass ein Normtext nicht das realisiert, was er zu realisieren vorgibt.

³⁸ Gemäss Art. 1 des Abkommens «beschliessen» die Parteien neben der Verbesserung der Arbeitsbedingungen, «menschenwürdige Arbeit zu fördern» und «die grundlegenden Arbeitsrechte» zu schützen, wobei dieser Beschluss durch die Möglichkeit zur Berücksichtigung des kulturellen und historischen Hintergrunds der Parteien wieder relativiert wird.

³⁹ ERIKA DE WET, The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law, 15 European Journal of International Law (2004), S. 114 ff.; *Doe I v. Unocal*, 395 F.3d 932 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 2002), S. 14245 ff.; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Abolishing Slavery and its Contemporary Forms, HR/PUB/02/4, S. 12 ff.

als etwa ungenügende Standards bei Kollektivrechten oder bei der Lohngleichheit der Geschlechter. Er bedeutet für den Vertragspartner, hier: die Schweiz, im Rahmen von Freihandelsbeziehungen Gütern Gleichbehandlung gewähren zu müssen, die in Arbeits- beziehungsweise Umerziehungslagern⁴⁰ entstanden sind.⁴¹ Diese Grundkonstellation verunmöglicht es zu sagen, dass das Abkommen – trotz Hinwirkens auf bessere Beachtung geltender Standards – die Menschenrechtsdimension der Freihandelsbeziehungen im Grundsatz wirklich ernst nimmt. Das Erreichte verblasst angesichts des menschenrechtlichen Defizits. Bekenntnis zur Menschenrechtsdimension von Handel und Handelsprivilegien für durch Zwangsarbeit entstandene Güter ist ein Widerspruch in sich. Das Abkommen ist in dieser Form nicht geeignet, die menschenrechtlichen Bedenken bezüglich des FHA auszuräumen.⁴² Nicht zu helfen vermag auch der Hinweis, dass in Art. 2 Abs. 1 des Abkommens auf die «Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit» von 1998 verwiesen wird, in der die Mitgliedstaaten dazu angehalten werden, alle acht Konventionen betreffend *core principles* anzuerkennen.⁴³ Es macht einen grundlegenden Unterschied, ob ein Staat zur Anerkennung von Pflichten betreffend Abschaffung von Zwangsarbeit angehalten wird, oder ob er rechtlich verpflichtet wird. Der Bundesrat streicht heraus, das Abkommen basiere auf den Modellbestimmungen der EFTA-Staaten zu Handel und nachhaltiger Entwicklung.⁴⁴ Die Modellbestimmungen formulieren jedoch kein explizites rechtsverbindliches Min-

⁴⁰ Zum chinesischen *labour camp system*: European Parliament Research Service (EPRS), EU Imports of Goods from Chinese Forced Labour, Briefing vom 9. Januar 2014. Amnesty International, China: «Changing the Soup but not the Medicine?»: Abolishing Re-education through Labour in China, Bericht ASA 17/042/2013 vom 17. Dezember 2013.

⁴¹ Rein theoretisch bestünde die Möglichkeit, die Einfuhr von Erzeugnissen aus Zwangsarbeit gestützt auf eine «evolutionäre Auslegung der Gefangenearbeits-Ausnahme» gemäss Artikel XX (e) GATT 94 zu verweigern, auf die das FHA mit China in Art. 2.7 verweist. Dazu wäre es nötig, Zwangsarbeiter als Gefangene im Sinne dieser Bestimmung zu betrachten. Es gibt jedoch in der gesamten WTO-Rechtsprechung keinen Fall, in dem gestützt auf diese Klausel die Einfuhr von Gütern beschränkt wurde, geschweige denn jene von durch Zwangsarbeit hergestellten Gütern: *Siehe*: PETER VAN DEN BOSSCHE & WERNER ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge 2013, S. 571; GABRIELLE MARCEAU, *Trade and Labour*, in: Bethlehem et al. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford 2009, S. 540 ff., S. 550 ff., die im Kontext von Produkten, die unter schlechten Arbeitsbedingungen entstanden sind, insbesondere auch Massnahmen gestützt auf Artikel XX (a) GATT 94 diskutiert.

⁴² Die Aussage in der nationalrätlichen Debatte, Grundsätze zu handelsrelevanten Arbeitsfragen würden verbindlich festgelegt, ist angesichts der Substanz des Abkommens zumindest verzerrend (Votum Schneider-Schneider, AB 2013 N 2069).

⁴³ *Vgl.* demgegenüber das Votum von Bundesrat Schneider-Ammann in der nationalrätlichen Debatte, der den Verweis auf die Erklärung als Argument für ein hinreichendes Niveau der Standards des Abkommens über Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen anführt (Votum Schneider-Ammann, AB 2013 N 2077 f.).

⁴⁴ Botschaft FHA China, BBI 2013 8208.

destniveau. Sie erwähnen zwar die Themen der acht IAO-Grundkonventionen, rufen aber lediglich andere sie betreffende Instrumente «in Erinnerung».⁴⁵ Es ist daher möglich, dem Wortlaut der Modellbestimmungen zu entsprechen, ohne dass genau dieser – neuralgischste – Punkt der Menschenrechtsdimension beachtet wird, jener des Mindestniveaus. Aufschlussreich ist mit Blick auf diese Frage ein vom SECO öffentlich gemachtes Dokument über die Arbeit der *ad hoc*-Arbeitsgruppen, die die Modellbestimmungen erarbeitet haben.⁴⁶ Darin wird davon ausgegangen, dass die Modellbestimmungen eine Verpflichtung zur Einhaltung der acht Grundkonventionen enthalten. Das Dokument spricht das aus, was man intuitiv bei Modellbestimmungen zur sozialen Nachhaltigkeitsdimension voraussetzt: dass ihre Beachtung den Zweck auch tatsächlich verwirklicht, zumindest in einer ganz basalen Weise. Der Hinweis des Bundesrates, die Modellbestimmungen seien beachtet worden, erweckt damit einen falschen Eindruck: Jenen nämlich, das Abkommen stelle zumindest ein zivilisatorisches Mindestniveau sicher. Hinzu kommt, dass das Zusatzabkommen selbst geltende Standards der Grundidee nach explizit restriktiv verstehen will. Art. 1 Abs. 1 sieht vor, dass bei der Umsetzung «die unterschiedlichen nationalen Rahmenbedingungen einschliesslich des entwicklungs-mässigen, sozialen, kulturellen und historischen Hintergrunds berücksichtigt werden».

IV. Schlussbemerkung

Zum Schluss drängt sich eine grundsätzliche Bemerkung auf. Es ist auffällig, dass das Zusatzabkommen in Struktur und Entstehungskontext mehreren weiteren Abkommen gleicht, die von China oder durch dieses für sein autonomes Verwaltungsgebiet Hongkong abgeschlossen wurden.⁴⁷ China schloss bereits 2005 mit Chile⁴⁸ und 2008 mit Neuseeland⁴⁹ Freihandelsabkommen ab, zu

⁴⁵ European Free Trade Association, Working Groups on Trade and Environment/Labour Standards, Joint Final Report, 16 June 2010, Annex I (Draft Model Provisions Concerning the Environment and Labour Standards in EFTA Free Trade Agreements), Article «International Labour Standards».

⁴⁶ Dokument Background Information: Conclusion of EFTA Work on Trade, Environment and Labour standards (undatiert, veröffentlicht nach der EFTA-Ministerkonferenz vom 24. Juni 2010, an der die Minister die Arbeit guthiessen).

⁴⁷ Hongkong verfügt in bestimmten Bereichen wie Handelsbeziehungen über Autonomie, wird in der UNO und der IAO aber durch China vertreten. Zu den völkerrechtlichen Implikationen dieser Konstellation: JONATHAN NIEDRIG/CHRISTINE KAUFMANN, Menschenrechtssensible Bereiche im Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der Volksrepublik China, Gutachten vom 21. November 2011, 2.2.

⁴⁸ In Kraft seit dem 1. Oktober 2006. Ein zweites Zusatzabkommen betrifft Umweltfragen.

⁴⁹ In Kraft seit dem 1. Oktober 2008. Dieses Zusatzabkommen schliesst auch Umweltfragen ein.

denen je ein Parallelabkommen zu Arbeitsfragen ausgehandelt wurde. Das *Memorandum of Understanding on Labour and Social Security Cooperation* zwischen China und Chile richtet «Koordinatoren» ähnlich den Kontaktpunkten im Abkommen mit der Schweiz ein. Im *Memorandum of Understanding on Labour Cooperation* zwischen China und Neuseeland ist dieser Punkt noch etwas detaillierter geregelt. In späteren Abkommen sind zur Einrichtung eines Kommunikationskanals unechte Verweise auf für die Partner bereits geltende Standards hinzugekommen. Hier sind das Abkommen zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong über Arbeitsstandards von 2011⁵⁰ und das vorliegend interessierende Abkommen zu nennen, die weitestgehend, wenn auch nicht vollständig, denselben Inhalt aufweisen.⁵¹

Man kann in der «thematischen Ausdehnung» mittels Verweisen einen Fortschritt sehen und mit einigem Recht sagen, dass das Ansprechen der sozialen Nachhaltigkeitsdimension mehr ist als Nichtansprechen derselben. Bei etwas kritischerer Betrachtung stellt sich jedoch die Frage, ob nicht die ganze Konstruktion der Zusatzabkommen dem Zweck dient, die Normierung der Menschenrechtsdimension «standardmässig» vom Freihandelsabkommen selbst fernzuhalten. Beide Elemente – Kontaktpunkte und Verweise – sind «weiche» Elemente, die möglicherweise – garantiert ist dies allerdings keineswegs – etwas zur Verbesserung der Arbeitssituation beitragen. Den Freihandelspartnern werden jedoch keine harten Schranken auferlegt. Die genannten Elemente werden auch kaum zufällig in Abkommen geregelt, deren Schicksal die Geltung des Freihandelsregimes selbst nicht berührt. Dazu passt, dass es bei den Verhandlungen betreffend das FHA mit China nicht möglich war, auch nur den Begriff der Menschenrechte in der Präambel zu verankern.⁵² Darin liegt – angesichts der Existenz von Zwangsarbeit in China – mehr als eine bloss symbolische Distanzierung. Es dürfte zwar zutreffen, dass eine bessere Berücksichtigung der Arbeitsstandards- und Menschenrechtsdimension in den Verhandlungen mit China nicht möglich war. Die andere und in diesem Beitrag bejahte Frage aber ist, ob das in den Verhandlungen Erreichte nicht in einem kaum auflösbaren Widerspruch zu den im Abkommen deklarierten Zielen der Förderung menschenwürdiger Arbeit und des Schutzes grundlegender Arbeitsrechte steht.

⁵⁰ In Kraft seit dem 1. Oktober 2012.

⁵¹ Materielle Unterschiede bestehen insofern, dass für Hongkong sechs der acht IAO-Grundkonventionen gelten, auf die in Art. 2 Abs. 2 des Abkommens verwiesen wird. Einzig die Konventionen betreffend Gleichbehandlung/Diskriminierung gelten nicht für Hongkong.

⁵² Vgl. das Interview mit dem zuständigen Verhandlungsleiter: TESAR, *supra* Fn. 13, S. 53. Der Begriff der Menschenrechte wird im FHA mit China – im Unterschied etwa zum ebenfalls 2013 abgeschlossenen FHA mit Panama und Costa Rica – auch in der Präambel nicht erwähnt.

«L'Etat X n'est pas membre des Nations Unies ; donc, il ne doit pas respecter le droit international» : Variations sur un thème saugrenu

Par Robert Kolb¹

This contribution is based on the assumption that a State not member of the United Nations is not bound by international law (as was indeed suggested by one of my students in an exam, roughly ten years ago). Rather than dismissing the point, this essay takes it as the starting point for a legal analysis, unveiling progressively what type of consequences on the system of international law this statement would have if it were true. The question is tracked through the different areas of international law, for example the sources, the relationships of international and municipal law, State responsibility, etc. The style of analysis is the one of the Roman School of international Law, around the late Judge Gaetano Morelli. It is a sort of tribute to that great master of International Law, written immediately after I had translated his "Notions of International Law".

1. Il y a quelques années, dans un examen de l'Université de Neuchâtel, un étudiant ou une étudiante écrivait, dans sa copie d'examen : «L'Etat x n'est pas membre des Nations Unies» – ce qui était vrai, selon l'énoncé – « donc il ne doit pas respecter le droit international» (dans le sens : il n'est pas lié par le droit international). On peut adopter deux attitudes fondamentales face à cette prise de position. D'un côté, on peut souligner l'incompétence, l'incapacité ou le caractère provocateur de l'examiné ; et on peut railler son affirmation outrancière et inexacte. De l'autre côté, on peut accepter cette phrase non comme une vérité (ce qu'elle n'est pas), mais comme axiome ou comme hypothèse, à partir desquels il sera possible de tirer certaines conséquences sur un droit international différent de celui qui existe dans la réalité. En d'autres termes, on peut se mettre à imaginer ce que cette affirmation impliquerait si elle était vraie. C'est ce que nous avons décidé de faire ici sur quelques pages (il ne se justifierait guère de faire perdre son temps au lecteur avec ce thème pour plus qu'un moment de dépaysement et – espère-t-on – aussi de plaisir). L'effet de l'affirmation susdite sur les grands piliers du droit international sera envisagé et analysé, sous forme de variations successives. Parfois, il faudra envisager des possibilités plus que d'énoncer des certitudes. Le style sera celui de l'analyse juridique conceptuelle, car il est évident qu'il n'existe pas de pratique fondée sur cet axiome, pratique

¹ Professeur de droit international public à l'Université de Genève ; membre du Comité de rédaction.

qui pourrait – si elle existait – permettre la conception précise d'un ordre juridique positif basé sur ses manifestations. Etant donné que nous venons de traduire vers le français les *Nozioni di diritto internazionale* (1967) de feu notre éminent collègue G. Morelli, nous nous permettrons d'employer pour notre analyse les concepts et outils très aiguisés de cet auteur. Le temps est déjà venu de plonger *in medias res*, en l'occurrence dans une espèce de pays des merveilles juridiques, sans y rencontrer Alice.

2. La véracité de l'affirmation aurait de profondes conséquences relativement à la configuration de la *communauté juridique internationale*. En premier lieu, elle implique qu'il n'a pas existé de droit international avant 1945, date de la création des Nations Unies et d'entrée en vigueur de la Charte. Il pourrait en être autrement si l'on considérait, sur ce point précis, l'ONU comme successeur juridique de la Société des Nations (ce qu'elle n'est pas au sens de la succession universelle). Dans ce cas, le droit international aurait peut-être déjà existé pour les membres de la Société. Lors de la dissolution de la Société et la création de l'ONU, la continuité de l'ordre juridique international aurait pu être maintenue en passant cette fonction, celle d'être « dépositaire » du droit international, comme d'autres fonctions (par exemple les mandats) ou avoirs (par exemple le palais et les archives), de l'ancienne vers la nouvelle Organisation. Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, le droit international n'est pas le droit régissant spontanément une certaine société, par la volonté du corps social (*ubi societas, ibi jus*), en l'occurrence la société internationale avec ses Etats, issue progressivement des Traités dits de Westphalie. Il est au contraire l'ordre juridique ou un ordre juridique d'une organisation internationale, ou encore un ordre juridique nécessairement et indissolublement lié à celle-ci, c'est-à-dire l'ordre juridique d'une union spécifique d'Etats. Des rapports juridiques internationaux ne pourraient exister qu'au sein ou en lien avec cette union d'Etats. Tous les autres rapports entre entités effectivement existantes dans la réalité (on ne saurait parler ici d'Etats, puisqu'un Etat n'existe au sens juridique qu'en vertu du droit international) ne seraient peut-être que des rapports de fait. Ils relèveraient alors de la politique. C'est dire qu'ils ne pourraient pas donner lieu à des traités, à des différends juridiques, à des échanges diplomatiques encadrés par le droit, etc. Au contraire, des traités, des différends juridiques et des échanges diplomatiques, entre autres, au sens susindiqué, seraient concevables s'il était possible d'établir l'existence d'une norme du droit de l'ONU qui prévoirait que le droit international doit s'appliquer à ces rapports. Tel serait certainement le cas pour ses membres, dont la norme envisagerait les rapports externes à l'Organisation, qu'ils soient des rapports *inter se* ou des rapports avec des entités tierces. Il n'est pas non plus impossible que la norme en question envisage d'étendre le bénéfice du droit international à toute entité qu'elle définirait, dans ses relations externes à l'ONU, même si cette entité n'est pas membre. Il s'agirait ici d'une norme de

droit général (applicable à toutes les entités d'une catégorie donnée), issue d'une norme de droit particulier (celui régissant l'ONU), à moins que l'ONU ne soit dépositaire du droit international général dans le système que nous considérons (sous réserve des remarques qui vont suivre). Cette norme aurait en tout cas un effet analogique à celui que possède une norme conventionnelle prévoyant des droits et avantages en faveur d'entités tierces (voir par exemple l'article 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969). Il est évidemment également possible que des les rapports hors de l'Organisation soient soumis à d'autres ordres juridiques quasi-internationaux que le droit international, hypothèse que nous envisagerons ci-après.

En deuxième lieu, la communauté internationale serait centrée sur l'ONU au point de n'exister qu'en elle. Aucun Etat (sujet principal du droit international) ne pourrait exister en dehors de cette union d'Etats. L'Etat cesserait d'être le *prius* pour devenir une entité juridique dérivée du droit des Nations Unies. La qualité d'Etat serait acquise en devenant membre des Nations Unies, ce qui signifie juridiquement : en ratifiant la Charte ou en y adhérant. La souveraineté de l'Etat découlerait d'une norme de la Charte des Nations Unies, en l'occurrence de l'article 3 (pour les membres originaires) et de l'article 4 (pour les Etats admis par la suite). L'ONU ne serait pas une union d'Etats fondée sur l'égalité souveraine de ses membres, qualité que ceux-ci posséderaient dès avant leur entrée dans l'Organisation (article 2, § 1, de la Charte). En réalité, l'ONU, à travers ses processus d'admission, constituerait l'Etat. Cessant d'être une organisation de coopération entre Etats lui préexistant et restant autonomes, l'Etat au sens du droit international serait à la merci de l'ONU : tant que l'entité qu'il forme de fait n'est pas admise en son sein, elle reste une simple entité de fait, qui ne peut jouir d'aucun droit ni se voir engagé par aucune obligation, ni posséder des facultés juridiques ou d'autres positions juridiques subjectives, en vertu du droit international. L'ONU ne serait de ce point de vue plus une union d'Etats déclarative, mais une union d'Etats constitutive. A strictement parler, elle ne serait même pas une union d'Etats, car celle-ci présuppose des Etats qui s'unissent ; or ces Etats n'existent pas ici avant leur entrée dans l'ONU, et ils ne peuvent dès lors s'unir en elle. La création de l'Etat ne serait donc plus un processus de fait (effectivité, et légalité là où elle est requise pour la reconnaissance de l'Etat), auquel une norme juridique internationale rattacherait certaines conséquences, à savoir la création d'un nouveau sujet de droit titulaire de situations juridiques subjectives. La création de l'Etat supposerait en plus l'admission aux Nations Unies. Il y aurait dès lors deux normes du droit des Nations Unies, l'une envisageant la formation de l'Etat comme situation de fait, l'autre l'admission de l'Etat à l'Organisation ; la conjonction de ces deux normes ferait découler l'effet juridique de la création d'un nouvel Etat. L'articulation exacte de ces deux normes donnerait lieu à des discussions juridiques. La première

norme se réfère à un fait extérieur à l'ONU ; la seconde à un fait intérieur. Il serait possible de considérer que les deux faits requis par la norme, un fait matériel et un fait subjectif, sont sur le même plan. Mais il serait également possible de considérer que le deuxième fait opère comme une condition suspensive. L'Etat existerait déjà comme un fait potentiel suite à l'opération de la première norme. Par l'admission, la condition prévue par la seconde norme serait satisfaite et la suspension de la qualité d'Etat au sens juridique serait écartée. La résolution de l'Assemblée générale admettant le nouveau membre constituerait ainsi un acte juridique collectif (l'effet étant que l'entité devient membre des Nations Unies, effet voulu par l'acte) et en même temps, sous un autre point de vue, un fait juridique ayant l'effet de la création d'un Etat nouveau (cet effet n'étant pas directement voulu par la résolution qui n'est dès lors pas à cet égard un acte juridique). Il faudrait d'ailleurs repenser la justification des conditions posées à l'article 4 de la Charte pour l'admission de nouveaux membres. Dans le droit existant, l'ONU peut ou peut ne pas admettre un nouveau membre. Dans le système analysé ici, ce pouvoir d'appréciation aurait pour effet qu'un Etat ne peut exister juridiquement que si les Etats membres de l'ONU le veulent. Il y aurait ainsi à une espèce de reconnaissance collective constitutive pour l'existence d'Etats nouveaux. Cela rappelle l'admission des Etats «aux avantages du droit public européen» par des actes de reconnaissance collective et constitutive du 19^{ème} siècle. Qui plus est, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité pourraient exercer leur droit de veto et empêcher la création d'un Etat nouveau. Il faudrait donc peut-être songer à une réforme du droit des Nations Unies, permettant éventuellement de postuler un droit à l'admission. On tempérerait ainsi le caractère révolutionnaire du système analysé, en le rapprochant de celui que nous connaissons actuellement. En tout cas, ce système créerait une inégalité : les Etats existent ou n'existent pas, peuvent exister ou ne peuvent pas exister, en fonction d'une appréciation (acte juridique collectif) des membres des Nations Unies. Certaines entités deviendraient dès lors des Etats, d'autres, en tous points similaires, ne le deviendraient pas.

S'il fallait conclure un accord entre un Etat membre et une entité étatique non membre, cet accord ne serait pas couvert par l'ordre juridique international. Des échanges diplomatiques ne seraient pas basés sur le droit international y relatif. L'intégrité des territoires ne serait pas protégée par des normes du droit international. Et ainsi de suite. Ce n'est toutefois pas dire que ces relations seraient nécessairement placées hors du droit, c'est-à-dire de simples rapports de fait. Il pourrait en effet se développer un nouveau corps de normes issues de la pratique entre les Etats membres et les entités étatiques non membres. Il s'agirait d'un ordre juridique quasi-international ou d'un droit international II. On aboutirait ainsi à l'existence de trois ordres juridiques distincts entre eux : l'ordre juridique des Nations Unies ; l'ordre juridique international, qui en serait

dérivé (droit secondaire); et le quasi-droit international II. Il faudrait alors se pencher sur les relations entre ces ordres juridiques, notamment les deux premiers vis-à-vis du troisième. Ainsi, peut-être un accord pourrait-il être conclu entre des Etats et entités relevant des deux ordres juridiques différents, mais alors cet accord relèverait pour chacune des entités de l'ordre juridique dont elle relève. Pour qu'il soit contraignant, il faudrait au moins que les deux ordres juridiques contiennent une norme prévoyant le caractère obligatoire des accords inter-systématiques; et il faudrait de plus que cette norme soit indérogeable. De plus, peut-être le droit international public I primerait le droit international public II; s'il en était ainsi, il faudrait peut-être conclure à un système moniste entre les deux ordres. Peut-être, au contraire, les deux systèmes resteraient résolument séparés; il y aurait alors dualisme. En cas de conflit entre eux, chaque système maintiendrait son évaluation normative et les conséquences qu'il y rattache; l'entité en cause serait simplement responsable pour la violation des normes de l'autre système vis-à-vis des entités étant sujets de ce dernier. La responsabilité internationale deviendrait alors la cheville ouvrière des relations entre les systèmes. Mais il faudrait que les deux systèmes contiennent des normes identiques à cet effet, et qu'en plus ces normes prévoient leur opération dans le cas de violations d'obligations ressortissant à l'autre système. Cette opération croisée pourrait être obtenue par des normes de renvoi. La responsabilité contiendrait donc à chaque fois une norme secondaire, prescrivant les obligations en cas de violation d'une obligation primaire; et en plus une norme supplémentaire, greffée sur la précédente, opérant un renvoi vers l'autre ordre juridique. La responsabilité pourrait alors se développer comme une branche matériellement commune, les mêmes règles étant admises dans le droit international I et dans le droit international II. En cas de dualisme, ces systèmes de responsabilité, matériellement identiques, resteraient toutefois formellement distincts, chacun reposant sur son propre système normatif.

Seuls les Etats peuvent être admis comme membres à l'ONU (articles 3 et 4 de la Charte). Cela signifie que d'autres entités ne peuvent pas devenir membres. Or, dans le système sous considération, ces sujets ne pourraient jamais devenir des sujets du droit international (mais ils pourraient être des sujets d'un système de quasi-droit international additionnel, un droit international III). Une seule union d'Etats existerait en d.I., l'ONU; et il y aurait aussi des Etats, sujets du droit international. Il ne pourrait exister aucun autre sujet du droit international. Ainsi, les autres unions d'Etats (par exemple les organisations régionales) seraient du point de vue du droit international de simples unions de fait. Le CICR serait une association sans subjectivité internationale, incapable d'être titulaire de situations juridiques subjectives internationales. Et ainsi de suite. S'il se développait ici encore un droit international III, au sens susindiqué, il se poserait la question de savoir quelles relations ce quasi-droit international des

entités non-étatiques aurait avec le quasi-droit international des entités étatiques, le droit international II. N'y aurait-il qu'un seul système de droit international II, englobant les entités non étatiques et les entités étatiques? Ou y aurait-il deux ordres quasi-internationaux pour l'un et pour l'autre, les droits internationaux II et III? Dans ce dernier cas, un problème de rapports de système se poserait.

Il y aurait certes un moyen pour échapper à ces difficultés. Il faudrait prouver que le droit des Nations Unies, système juridique suprême et directeur, développe ou contienne déjà une norme qui étendrait les «avantages du droit international public onusien» à des entités qu'elle définirait. Il y aurait là une norme au bénéfice de tiers (sauf si l'on considère que le droit de l'ONU forme dans ce système du droit général, mais sous réserve de ce qui sera dit ci-après). En exerçant les facultés prévues par la norme du droit des Nations Unies, écrite (reposant sur une résolution ou un amendement de la Charte) ou coutumière (pratique onusienne), expresse ou tacite, l'entité tierce serait admise au sein des sujets du droit des Nations Unies sans devenir membre de l'Organisation. Il y aurait ici deux cas de figure : seraient sujets du droit international les Etats membres des Nations Unies, en vertu de la norme axiomatique posée ou impliquée par notre étudiant ; et seraient également des sujets du droit international d'autres entités en vertu d'une norme de deuxième degré, créée par les membres des Nations Unies. Dans ce dernier cas, comme il ne préexiste pas de droit international en relation avec ces Etats, la norme onusienne ne pourrait pas opérer automatiquement ; il faudrait en tout cas une acceptation constitutive de l'Etat tiers pour créer le rapport juridique. L'une et l'autre de ces normes (la norme axiomatique et la norme de deuxième degré) sont des faits de production juridique : la première est un fait de production juridique de premier degré, la seconde est un fait de production juridique de deuxième degré, c'est-à-dire prévue par une norme de premier degré. Il s'agit de faits de production juridique (créant du droit international) parce que l'une et l'autre de ces normes opèrent de manière constitutive : les entités visées deviennent partie de l'ordre juridique et donc titulaires de droits subjectifs, d'obligations, de facultés juridiques ou de pouvoirs de droit, bref de situations juridiques subjectives, uniquement en fonction de ces normes. On soulignera d'ailleurs que la première de ces normes, en tant que fait de production juridique de premier degré, est supérieure à la norme de production juridique de deuxième degré, dans le sens que la première est axiomatique et ne peut être modifiée (car cela reviendrait à nier toute possibilité d'existence d'un droit international) alors que la seconde est basée sur la pratique des membres et relève dès lors d'un privilège accordé aux tiers, celui-ci pouvant à tout moment être révoqué pour l'avenir. Si tel devait être le cas, en vertu du principe de non-rétroactivité des situations juridiques les entités ayant acquis leur personnalité juridique et leurs droits et obligations subjectifs pen-

dant le temps où la norme était en vigueur, resteraient bénéficiaires de cette personnalité et des positions juridiques subjectives qu'elles ont acquises.

On remarquera que l'ordre juridique international serait, dans un cas comme dans l'autre, un ordre juridique interne des Nations Unies, mais un ordre juridique à effet externe : tout droit international à proprement parler est du droit des Nations Unies (droit interne) ; mais il concerne tant les relations entre les membres à l'intérieur de l'Organisation (volet interne) que les relations des membres à l'extérieur de l'Organisation (volet externe), ou encore les relations entre autres sujets admis aux avantages au droit international en vertu de la norme déjà mentionnée. Plus précisément, il faudrait donc qualifier ce droit international de droit international interne et externe des Nations Unies. Il n'est pas impossible que le volet interne et le volet externe se composent de règles ne coïncidant pas entièrement même quand elles portent sur un objet identique, si bien qu'il y aurait deux systèmes de droit international onusiens (mais nécessairement monistes), en plus des possibles systèmes externes de quasi-droit international déjà mentionnés (qui peuvent être basés sur des relations monistes ou dualistes avec le droit onusien, selon la pratique qui serait adoptée).

3. L'affirmation axiomatique ici en cause aurait aussi des effets profonds sur le système des *sources du droit international*, comme nous l'avons déjà partiellement vu. En effet, le droit international proprement dit serait un « droit des Nations Unies ». Pour ainsi dire, la norme fondamentale du système est une norme sur la production juridique du droit onusien. De cette norme découlerait en premier lieu le « droit constitutionnel » de cette union d'Etats, c'est-à-dire la Charte et les normes de droit non écrit se voyant octroyer le même rang (droit conventionnel et droit coutumier de la Charte). Or, il serait difficile de configurer ce droit de la Charte comme droit international général à proprement parler. Il ne s'agitait de droit général ou commun que pour les membres des Nations Unies, et éventuellement pour les autres entités qu'une norme du droit des Nations Unies soumettrait au même régime. Cependant, n'englobant pas tous les sujets de la communauté internationale effective (hors de l'ONU), il ne serait pas possible de qualifier ce droit de général ou de commun dans le sens où ces termes sont utilisés actuellement. La réalité juridique du système considéré ici serait donc que le fondement du droit international reposerait sur du droit international particulier (le droit international d'une union d'Etats spécifique), c'est-à-dire sur une norme de production juridique envisageant la création de normes à portée subjectivement limitée. Au-dessous de cet édifice de droit de la Charte, prendrait place le droit international créé par des traités et des coutumes particulières des Etats membres de l'Organisation. Chacune de ces sources créerait des normes dérivées par rapport au droit de la Charte ; elles découleraient toutes de cet acte fondateur. Le droit coutumier international (visant en particulier les relations juridiques entre Etats membres en dehors de l'Organisation) constitue-

rait un fait de production juridique de deuxième degré, basé sur le droit des Nations Unies. Le droit conventionnel constituerait soit un fait de production juridique de deuxième degré (s'il était prévu comme fait apte à produire des normes juridiques directement par le droit des Nations Unies) ou un fait de production juridique de troisième degré (s'il était laissé par le droit des Nations Unies aux prévisions de la coutume que les Etats développeraient dans leur droit international « externe »). Au vu de l'importance des traités et de l'équivalence de principe entre le droit coutumier et conventionnel du point de vue de son rang (au moins dans le système de droit international réellement existant), il sera peut-être probable que le système que nous considérons ici confie au droit de l'ONU d'instaurer la capacité de ses membres de conclure des accords (à moins d'un changement de paradigme). L'accord serait alors à l'instar de la coutume un fait de production juridique de deuxième degré.

Il reste évidemment la difficulté d'expliquer comment la Charte des Nations Unies aura pu être conclue, étant donné qu'il n'existait pas de droit international au moment de sa conclusion. La conclusion d'un traité, source du droit international, ne suppose-t-elle pas l'existence d'un ordre juridique de référence ? Si nous considérons qu'un tel droit international existait pour les membres de la Société des Nations (*supra*, no 2), le problème serait seulement reculé dans le temps, car il se poserait alors la question de savoir comment les Etats ont pu juridiquement conclure le Pacte de cette Organisation. Par ailleurs, le problème demeurerait en tout cas au niveau de la Charte, au vu du fait que tous les Etats membres de l'ONU n'étaient pas membres de la Société des Nations. Cette absence de congruence subjective dans l'applicabilité des normes sociétaires et onusiennes emporte comme conséquence que les Etats n'ayant pas été membres de la Société n'ont pas pu hériter d'un statut d'Etat précédent leur entrée dans la Charte. La solution de ce problème ne peut s'opérer que de deux manières. Soit l'on admet l'existence d'une seule norme de droit international général (supposée ou censée découler d'un fait de production juridique spécial inhérent à la société internationale), conférant la capacité aux entités étatiques de conclure l'accord fondateur, leur permettant par la suite d'être des sujets du droit international ; cela suppose à bien voir que les Etats fondateurs étaient déjà des sujets du droit international, par rapport à une seule norme, au moment de la conclusion de la Charte ; en devenant membres, ces Etats ont par la suite acquis la capacité de posséder toutes les autres positions juridiques subjectives que confère le droit international. Cette explication abandonne en partie ou en tout cas adoucit la portée de l'axiome de base, en vertu duquel il n'existe pas de droit international en dehors de la Charte. Il n'est donc pas certain qu'il soit compatible avec cet axiome. La question relève de l'interprétation de cet axiome. Soit, alternativement, la Charte n'est pas configurée comme un traité. Les entités étatiques l'ayant conclue s'y sont rencontrés comme simples porteurs d'un

pouvoir de fait, c'est-à-dire de la faculté naturelle (et non juridique) de conclure des accords. La Charte était ainsi d'abord un pacte naturel. Alternativement encore, cet accord pouvait relever d'un autre ordre juridique que le droit international. Une fois conclu, cet accord aurait conféré la personnalité juridique internationale aux Etats devenus membres, y compris la capacité de conclure des accords. Deux options s'ouvrent ici : soit les Etats membres ont à ce moment avalisé l'accord conclu dans la Charte, en le transformant en un traité de droit international en bonne et due forme ; soit la Charte est restée un accord non soumis au droit international, comme une sorte de constitution de fait de la communauté onusienne. Dans la première hypothèse, l'acte de mutation peut être tacite ou exprès ; il peut aussi reposer sur la conclusion d'un accord reprenant entièrement les termes de la Charte, mais étant formellement distinct. Il s'agirait en tout cas d'un acte juridique par lequel la nature de certaines normes est transformée de normes d'un accord de fait (ou d'un autre ordre juridique) en normes d'un accord soumis au droit international. Dans la deuxième hypothèse, il reste à expliquer comment un texte ne relevant pas du droit international peut fonder du droit dérivé, qui lui relève précisément du droit international. Mais il n'y a pas là une impossibilité juridique. Il arrive que des ordres juridiques constitutionnels (étatiques) ou supranationaux (UE) soient basés sur un traité relevant du droit international. Ce traité prévoit l'instauration d'un Etat nouveau ou d'une communauté supranationale. Quand ce traité est exécuté, et que l'Etat ou la communauté sont créés, ceux-ci secrètent un ordre juridique interne qui leur est propre. Cet ordre juridique découle d'un autre ordre juridique : le droit international enfante un droit interne (ou un ordre juridique spécial, dans le cas des communautés supranationales). Certes, dans notre cas, une difficulté supplémentaire reste à résoudre. Dans les exemples susmentionnés, l'ordre juridique international est un fait qui produit un ordre juridique interne. Une norme juridique d'un ordre juridique produit une norme juridique d'un autre ordre juridique à travers des actes d'exécution. Du droit produit du droit. Or, ici, un accord de fait (justement éventuellement non juridique) produit une norme juridique internationale. Toutefois, si l'on considère, comme la Cour permanente de Justice l'a elle-même fait, que les normes juridiques d'un autre ordre juridique constituent des faits du point de vue du premier ordre juridique, on peut admettre plus aisément que des faits très divers peuvent être tenus dans un cas donné pour des faits de production juridique.

Dans l'ensemble, pour que les Etats puissent faire valoir un droit, une obligation, une faculté ou un pouvoir, il sera toujours nécessaire de reconduire ces capacités juridiques à une norme contenue dans le droit des Nations Unies, que ce soit de manière expresse ou tacite. Cette norme prévoirait directement une compétence ou renverrait aux sources coutumières et conventionnelles (donc au droit dérivé) pour déterminer la mesure de son existence. S'agissant de droit

dérivé, la supériorité hiérarchique du droit onusien s'imposerait juridiquement. Toutefois, l'effet de primauté «dérogoire» du droit supérieur par rapport au droit inférieur n'existe pas dans tous les cas. Ainsi, la constitution d'un Etat est certainement supérieure à des lois ordinaires; il n'en demeure pas moins qu'à défaut de procédures spécialement organisées pour sanctionner cette supériorité, le droit inférieur contraire reste en vigueur et l'emporte même sur la norme constitutionnelle en souffrance, tant qu'il n'est pas modifié. En Suisse, si le peuple vote une loi anticonstitutionnelle, celle-ci reste applicable aussi longtemps qu'elle n'aura pas été abrogée; elle violera ainsi la constitution et en matière pratique l'emportera sur elle, puisqu'elle sera appliquée alors que la norme constitutionnelle ne le sera pas, du moins dans le domaine où existe le conflit. Dans notre cas, il faudrait voir dans quelle mesure le droit de la Charte serait supérieur au droit international (qui est par rapport à lui du droit dérivé), dans le sens qu'en cas de conflit le premier l'emporterait sur le second. S'il y avait une telle supériorité «dérogoire» au droit inférieur, c'est-à-dire une supériorité signifiant qu'en cas de conflit la norme onusienne l'emporterait sur la norme dérivée du droit onusien, l'article 103 de la Charte serait devenu superflu. On se rappelle que cette norme prévoit qu'en cas de conflit entre une obligation en vertu de la Charte et une obligation en vertu de tout autre accord international, la première prévaudra. Mais ici, toute norme de la Charte prévaudrait sur l'ensemble du droit international (en tant que droit dérivé), y compris sur le droit coutumier. La norme sur la hiérarchie des sources, plus large, résorberait la norme, plus étroite, relative aux conflits qu'est l'article 103. Alternativement, si le droit onusien primaire ne l'emportait pas automatiquement sur le droit dérivé en cas de conflit (nous avons vu que c'est là une situation possible et même plus fréquente qu'on ne le croit souvent), il faudra déterminer les rapports de système entre le droit onusien et le droit dérivé. A la question du rapport entre le droit international et les ordres juridiques internes se joindrait ainsi la question supplémentaire du rapport entre le droit onusien primaire et le droit onusien de deuxième, de troisième, etc. degré. Il va de soi que les réponses que la pratique pourrait apporter à ces problèmes pourraient être de nature très diverse.

4. Nous arrivons ainsi aux *rapports de systèmes entre le droit international et le droit interne ou d'autres systèmes de droit*. La question se poserait d'emblée dans un contexte plus complexe que celui que nous connaissons. Nous sommes accoutumés à considérer ce problème comme composé de deux paires de rapports: droit international/droit interne; droit supranational (par exemple de l'UE)/droit interne. En considérant que le droit supranational constitue une forme spéciale de droit international, la question peut se réduire même à une seule relation. Dans notre système supposé, la question serait celle des rapports entre le droit des Nations Unies et celui des Etats membres (et seulement des Etats membres). Mais cette relation comporte deux volets: le droit des Nations

Unies au sens étroit (droit primaire) et le droit international dérivé (ayant un certain degré d'autonomie). De plus, il y aurait à tenir compte des divers droits quasi-internationaux, I, II, III, et éventuellement plus, envisagés sous le no 2. Il y aurait à ces égards plusieurs possibilités juridiques, parmi lesquelles la pratique devrait choisir. Ainsi, il se pourrait que l'Etat n'ait plus d'ordre juridique interne autonome. Etant donné qu'un Etat ne devient tel que par son admission à l'Organisation, et que cette admission le constitue comme Etat, il n'est pas exclu que l'ordre juridique interne de l'Etat soit instauré lui-même à travers cette admission, dans le sens que l'Etat ne serait avant celle-ci, de tout point de vue, qu'un sujet de fait. Ce droit interne étatique deviendrait alors un droit dérivé du droit onusien. Cela pourrait avoir (mais pourrait aussi ne pas avoir) pour conséquence un rapport de hiérarchie proprement dit, avec effet «dérogoratoire» de la norme supérieure par rapport à la norme inférieure en cas de conflit. Il y aurait alors dans le monde uniquement du droit des Nations Unies, tous les autres droits étant dérivés de celui-ci. Les Nations Unies seraient la seule communauté internationale porteuse de droit international et interne. Des conflits éventuels se résoudraient alors comme des conflits au sein d'un ordre juridique interne. Des mécanismes divers peuvent être imaginés à cette fin ; nous nous dispenserons de les considérer ici en détail. Au contraire de l'hypothèse mentionnée ci-devant, il se pourrait aussi que l'admission, et donc la constitution d'un Etat au sens du droit international, se borne à la création de cet Etat, à l'instar de ce qui se passe quand un traité «crée» un Etat nouveau (plus précisément cet Etat sera créé par l'exécution du traité). Une fois ainsi créé, cet Etat établit son propre ordre juridique interne. Cet ordre juridique est alors originaire et autonome. Il ne constitue pas du droit dérivé. De cette manière, l'admission aux Nations Unies n'aurait que l'effet de constituer la personnalité juridique internationale de l'Etat, c'est-à-dire qu'elle créerait l'Etat du point de vue international. Mais l'admission ne toucherait pas à l'ordre juridique interne de l'Etat, qui lui préexisterait et serait concomitant à la naissance de l'Etat comme entité effective au niveau sociologique. L'admission aux Nations Unies n'aurait ici pour effet que d'ajouter à cette personnalité juridique de l'Etat au sein de son ordre juridique interne la personnalité juridique de l'Etat comme sujet du droit international. Les rapports de système seraient dans ce cas similaires à ce que nous possédons dans le droit international réellement existant.

Resterait évidemment la question du rapport entre le droit international et les divers ordres juridiques quasi-internationaux tels qu'indiqués plus haut. Si l'on part d'un postulat dualiste (en supposant que la pratique de notre monde putatif l'admette), chacun de ses ordres juridiques existerait pour lui-même en tant que système originaire et indépendant. Les qualifications et normes d'un système ne pourraient alors ni s'imposer aux autres systèmes ni même constituer du droit pour ces autres systèmes. Il s'agira pour eux d'un simple fait. Des

liens ne pourront être tissés entre ces systèmes que par des renvois, qu'ils soient réceptifs ou non réceptifs (reprise du contenu d'une norme de l'autre système ou référence à une qualification opérée par une norme de l'autre système pour lui rattacher des conséquences juridiques). Dans le cas où le droit onusien opérerait un renvoi général ou spécial vers ces ordres juridiques, les relations entre ces systèmes seraient plus étroites que dans le cas où le droit onusien n'opérerait pas de tels renvois. De l'intensité de ces renvois dépendra par conséquent l'ampleur de l'interaction entre les systèmes. Si au contraire la pratique de notre système axiomatique s'orientait dans le sens moniste, considérant que les divers ordres juridiques internationaux et quasi-internationaux dérivent tous du droit onusien suprême (en tant que systèmes dérivés par l'effet de normes du droit des Nations Unies), les rapports pourraient être de tel type que des lacunes dans un système peuvent être directement comblées par des normes de l'autre.

On prêtera attention au fait que la situation diffère ici par rapport à celle des rapports entre le droit international et le droit étatique. Dans ce dernier cas, il s'agit de voir comment le droit international peut pénétrer dans le droit interne pour y être applicable. Ainsi, si un Etat conclut un traité relatif à des droits de l'homme, il faudra que ce traité puisse être appliqué sur son territoire au bénéfice des personnes protégées. La réponse dualiste prévoit à cet effet un acte de transformation spécial, normalement une loi, qui reprend mot par mot le contenu du traité. Ainsi, le traité reste applicable dans les rapports entre Etats, alors que les organes des Etats, dans les relations de droit interne, recourent à la loi pour appliquer les normes initialement contenues dans le traité. La réponse moniste serait au contraire que le droit international, en vertu d'une norme de droit interne, est censé être automatiquement applicable dans l'ordre juridique interne. Il n'y aurait dès lors rien à transformer. Le traité peut être directement appliqué en droit interne, du moins s'il contient des normes de caractère *self-executing*. La situation n'est pas la même dans notre cas. L'ordre juridique international (onusien) doit certes être reçu dans le droit interne des Etats membres, que ce soit de manière dualiste ou moniste. Les quasi-ordres juridiques internationaux devront de la même manière être reçus dans les ordres juridiques internes des entités étatiques ou autres auxquelles ils s'adressent. Un conflit entre ces deux devoirs de réception pourrait d'ailleurs se présenter si des Etats liés par le droit international (membres des Nations Unies) peuvent conclure des accords et être tenus par des règles coutumières envers les autres entités (non membres des Nations Unies). Or, ce problème de la réception (auquel répondent essentiellement le monisme et le dualisme) ne se pose que dans ces rapports verticaux droit (quasi-)international/droit interne, non dans les rapports horizontaux entre droit international et droits quasi-internationaux. Chacun de ces systèmes est en effet autonome et en un certain sens complet. Il n'y aurait dans ces derniers rapports de système que des relations de renvoi et de comblement de lacunes.

En effet, il ne s'agirait pas de rendre un accord de droit international applicable dans le quasi-ordre juridique international des autres entités ; ni d'y rendre applicable une règle coutumière de droit international. Chacun de ces ordres aurait ses propres accords et ses propres règles coutumières. Le problème n'apparaîtrait que dans le cas où un ordre juridique ou quasi-juridique serait doté d'une règle de droit général faisant défaut à un autre système, mais néanmoins utile pour le fonctionnement de ce dernier. Il faudra alors se demander dans quelle mesure une analogie est possible d'un ordre juridique à l'autre. Cela dépendrait de divers facteurs. La conception moniste entre ces ordres juridiques ouvrirait la voie à de telles analogies, alors que la conception dualiste les empêcherait. Si par ailleurs la réception d'accords ou de normes coutumières d'un système dans un autre devenait nécessaire (dans le sens que ces ordres juridiques ne seraient justement pas autonomes et en un certain sens complets), les considérations classiques sur le monisme et dualisme seraient applicables dans ces relations comme dans celles entre le droit international et le droit interne. Il y aurait dès lors deux rapports de réception normative : celle du droit international dans le droit interne ; et celle du droit international dans le quasi-droit international I, ou dans le quasi-droit international II, etc., ainsi que vice versa.

5. Enfin, il y aurait aussi une série de matières de droit international qui ne seraient pas fondamentalement affectées par le changement de paradigme, comme par exemple la *responsabilité internationale des Etats et le règlement pacifique des différends*. Mis à part le fait qu'il y aurait une pluralité de systèmes de responsabilité et de règlement, matériellement très similaires mais formellement distincts (droit international et quasi-droits internationaux), certains problèmes juridiques mériteraient une analyse plus approfondie. Ainsi, en matière de responsabilité, comme toute action étatique est une action en fonction du droit de l'ONU, il faudrait voir dans quelle mesure surgiraient des responsabilités conjointes de l'Organisation et des membres (responsabilités subsidiaires ou au contraire en solidarité) et dans quelle mesure le droit de la responsabilité devrait développer des devoirs de contrôle et de prévention, selon les standards de la diligence due, à la charge des organes onusiens face aux actions et omissions illicites des Etats membres. Il faudrait plus généralement définir les cas où l'action et l'omission des membres engage la responsabilité de l'Organisation. Il faudrait voir aussi dans quelle mesure les organes *de jure* et *de facto* de l'Etat resteraient ses propres organes, en vertu de son droit interne et du droit international des relations «externes» à l'Organisation, ou deviendraient au contraire des organes *longa manu* de l'ONU, la responsabilité étant directement rattachée à cette dernière du fait que la définition même de l'organe reposerait largement sur le droit onusien. Au vu des principes de droit international commun, cette dernière construction ne saurait se présumer ; il faudrait donc qu'elle repose sur une pratique contraire claire. Elle signifierait que l'ONU

se serait fédéralisée, les organes des entités fédérées étant considérés comme des organes engageant la responsabilité de la fédération.

En matière de règlement pacifique des différends, il faudra par exemple se demander si l'article 2, § 3, de la Charte et le Chapitre VI de celle-ci, en tant que normes du droit international onusien primaire, auraient la priorité sur les normes relatives au règlement des différends contenues dans le droit international secondaire, c'est-à-dire ce que nous appelons de nos jours le droit international. Si tel devait être le cas, une certaine marge de liberté des Etats dans le choix des moyens leur serait enlevée, dans la mesure même où le Chapitre VI prévoit l'intervention des organes de l'ONU. Il dépendrait de l'interprétation de ces compétences que de savoir s'il y aurait une différence tangible quant au libre choix des moyens et quant au degré d'intervention de l'ONU. Il se poserait aussi le problème de savoir comment des différends entre un Etat et une entité étatique (qui n'est pas un Etat à défaut d'être membre des Nations Unies), ou entre autres entités, pourra être résolu, étant donné que des systèmes juridiques différents sont en cause. Au regard de l'orientation du droit moderne vers le maintien de la paix, il serait approprié que le droit des Nations Unies prévoie une norme permettant aux Etats (membres) de conclure des accords avec d'autres entités, comme cela a déjà été suggéré. Cela permettrait d'y recourir pour établir des mécanismes concertés de règlement des différends. Notre axiome aurait par ailleurs la conséquence que seuls des Etats (par définition membres) pourraient être parties au Statut de la Cour internationale de Justice (car seuls les Etats peuvent être parties à ce traité, et ne serait un Etat qu'un membre des Nations Unies). Selon une certaine interprétation, seul l'article 92 de la Charte resterait donc pertinent; il prévoit la participation automatique au Statut des Etats devenant membres des Nations Unies. Au contraire, les articles 35, §§ 2 et 3, du Statut de la CIJ seraient devenus sans objet, et donc caducs, c'est-à-dire des *litterae mortuae*. On sait que ces dernières dispositions prévoient que des Etats non membres des Nations Unies peuvent devenir parties au Statut. Alternativement, ces dispositions pourraient être interprétées comme des normes du droit de l'ONU ouvrant le Statut à des entités étatiques non membres, en leur permettant de participer aux avantages du droit international. Au vu de la volonté d'assurer le plus largement possible le règlement des différends, cette dernière interprétation se recommanderait. Comme dans le droit réellement existant, ces entités devraient accepter expressément certaines normes de la Charte relatives à la Cour, notamment l'article 94 prévoyant des pouvoirs du Conseil de sécurité en matière d'exécution des arrêts rendus par la Haute Juridiction.

6. Le temps est venu d'arrêter nos raisonnements fantasmagiques et de revenir à la réalité. Au-delà de toutes ces analyses savantes ou délirantes, on peut reconnaître au moins un mérite à l'axiome posé par notre étudiant errant. Intuitivement, il semble avoir saisi le rôle essentiel des Nations Unies dans le déve-

loppement du droit international moderne d'après-guerre. Il suffit à cet égard de rappeler le poids de l'article 2 de la Charte, avec ses principes, ou encore le travail insigne de la Commission du droit international public de l'ONU dans la codification du droit international. Il suffit de comparer l'état du droit international à l'époque de la Société des Nations – quand il n'existait qu'un tout petit nombre de conventions de codification et un grand nombre de lacunes et d'incertitudes juridiques – et la situation d'aujourd'hui, pour s'en convaincre. Tant que notre étudiant voulait exprimer cette relation fructueuse et intense, il s'en tenait au vrai; en la dépassant pour poser un théorème aberrant, il a au moins tardivement inspiré l'auteur de ces lignes au présent pastiche, dont le lecteur jugera l'intérêt et le talent.

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013)

par **Ursula Cassani**¹, **Sabine Gless**², **Robert Roth**³ & **Christian Sager**⁴

Table des matières/Inhaltsverzeichnis

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
 - A. La mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI; FATF) révisées en 2012
 - B. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de corruption
 - C. L'approbation de deux instruments internationaux sur la répression d'actes illicites contre l'aviation civile
 - D. La Convention de Varsovie sur la lutte contre la traite des êtres humains
 - E. La Convention de Lanzarote sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels
 - F. La Convention Médicrime
 - G. Les instruments bilatéraux
- II. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)
 - A. Einleitung
 - B. Vorschlag für eine Europäische Staatsanwaltschaft
 - C. Harmonisierung des Strafprozessrechts? – Stärkung der Verfahrensrechte
 - D. Ausblick

¹ Professeure ordinaire, Université de Genève, Juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève, membre du comité de rédaction. L'auteure remercie son assistante Katia Villard, titulaire de la maîtrise en droit et du brevet d'avocat, de son aide compétente dans la recherche des sources et la mise au net du manuscrit.

² Ordinaria, Universität Basel. Ich danke Mirjam Bammatter (BLaw) und Dario Stagno (BLaw) für die Hilfe bei der Vorbereitung dieser Übersicht.

³ Professeur ordinaire, Université de Genève, Directeur de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains. L'auteur remercie Hikmat Maleh, avocat, de son appui.

⁴ Christian Sager, Dr. iur., LL.M. (Cambridge) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bundesamt für Justiz (BJ), Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe. Er hat den vorliegenden Beitrag als Privatperson verfasst. Allenfalls erkennbare Wertungen und Ansichten sind seine eigenen und decken sich nicht notwendigerweise mit denjenigen des Bundesamts für Justiz. Für Inputs und kritische Lektüre dankt der Autor Dr. iur. Susanne Kuster (Vizedirektorin BJ).

- III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)
- A. Auslieferung
1. Auslieferung an Italien: Weiterhin ohne Garantien möglich
 2. Absolutes und relatives politisches Delikt
 3. Romaverfolgung und relatives politisches Delikt
 4. Relevanz der Erwägungen aus dem Asylverfahren bei Einrede des politischen Delikts
 5. Beidseitige Strafbarkeit – « *complot/conspiracy* » im kanadischen Strafrecht
 6. Eröffnung des Auslieferungshaftbefehls
 7. Auslieferung bei konkurrierender Gerichtsbarkeit
- B. Akzessorische Rechtshilfe
1. Kontosperrung ohne entsprechenden Antrag im Rechtshilfeersuchen
 2. Einsicht in nationale Strafakten – Beschwerdelegitimation nach IRSG bzw. StPO?
 3. Rechtshilfeersuchen von inkompetenter ausländischer Behörde
 4. Weitergabe rechtswidrig erlangter Beweismittel
 5. Beweismass bei Rechtshilfe wegen Geldwäscherei
 6. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen
- IV. Le droit pénal international de la Suisse (par Robert Roth)

I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)

A. La mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI; FATF) révisées en 2012

La transposition des standards internationaux dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent continue d'occuper le législateur suisse. L'accent est clairement mis sur les standards du GAFI, ce qui apparaît à la lecture du dixième rapport sur la Suisse et les Conventions du Conseil de l'Europe du 27 février 2013, qui précise de manière surprenante que la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme de 2005 (STE 198) n'est plus considérée aujourd'hui comme pouvant représenter une « valeur ajoutée » aux yeux du Conseil fédéral, « du moment où le droit suisse est déjà quasiment conforme à la convention et que les nouveaux standards du GAFI – de nature politiquement contraignante – vont au-delà de ceux de la

convention»⁵ et «n'obligent aucunement les Etats à ratifier et mettre en œuvre la convention».⁶ Cette expression de réalisme politique semble sceller définitivement le triomphe de la «*soft law*» sur le droit conventionnel en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ; toutefois, les travaux parlementaires actuels illustrent les limites découlant de la souplesse de cet instrument.

La mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, publiées le 16 février 2012 sous le titre «Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération», déjà mentionnées dans notre précédente chronique,⁷ a passé en 2013 le cap de la procédure de consultation, ainsi que de l'élaboration d'un projet de loi.

L'avant-projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, a été envoyé en procédure de consultation le 27 février 2013,⁸ parallèlement à un autre avant-projet daté du même jour, visant à mettre en œuvre la stratégie de «conformité fiscale» («*Weissgeldstrategie*»)⁹. Alors que le second, mal reçu par certains milieux consultés,¹⁰ a été suspendu, afin de le coordonner avec la mise en œuvre future de l'échange automatique d'informations en matière fiscale, le premier a été suivi d'un projet de loi adopté par le Conseil fédéral le 13 décembre 2013.¹¹

A l'heure où nous écrivons ces lignes, le Conseil national vient d'hypothéquer lourdement la conformité de ce projet de loi aux exigences du GAFI, en procédant à des coupes et amendements importants lors de ses délibérations des 18 et 19 juin 2014,¹² alors que le Conseil des Etats n'avait procédé qu'à des re-

⁵ Dixième rapport sur la Suisse et les Conventions du Conseil de l'Europe du 27 février 2013, FF 2013 1915, p. 1946.

⁶ Rapport précité, FF 2013 1915, p. 1947.

⁷ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012)*, RSDIE/SZIER 2013, p. 467 ss, p. 468 ss.

⁸ Cf. aussi le Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la procédure de consultation relative à la mise en œuvre des recommandations du GAFI, révisées en 2012, de septembre 2013.

⁹ Avant-projet de loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (modifications de la LBA ; vérification de la conformité fiscale), du 27 février 2013 ; cf. le Rapport explicatif du Département fédéral des finances, Stratégie concernant la place financière (obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées). Révision de la loi sur le blanchiment d'argent, du 27 février 2013.

¹⁰ Rapport du Département fédéral des finances du 29 novembre 2013 sur les résultats de la procédure de consultation relative à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

¹¹ Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (Projet), FF 2014 685 ; Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, du 13 décembre 2013, FF 2014 585.

¹² BOCN 2014 1159 ss ; BOCN 2014 1255 ss.

touche légères le 12 mars 2014.¹³ Nous nous contenterons donc d'une évocation brève des grands axes du projet du 13 décembre 2013, en attendant de savoir si la suite de la procédure parlementaire permettra d'en rétablir les éléments essentiels.

La modification législative la plus importante pour la place financière dans ce contexte a trait à la question du blanchiment en relation avec les infractions fiscales. Les recommandations révisées en 2012 prévoient, dans leur Glossaire général, une liste de catégories désignées d'infractions sous-jacentes au blanchiment, dans laquelle se trouvent «les infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)». Or, le droit suisse ne satisfait actuellement pas à cette exigence, puisque le blanchiment d'argent ne peut porter que sur le produit d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP¹⁴ et que les infractions fiscales suisses sont des contraventions ou des délits.¹⁵

L'avant-projet du 27 février 2013 proposait de doter les infractions fiscales de circonstances aggravantes passibles d'une peine privative de liberté jusqu'à cinq ans, ce qui en aurait fait des crimes, de sorte que l'art. 305^{bis} CP réprimant le blanchiment d'argent aurait pu s'appliquer sans autre modification. Le projet du 13 décembre 2013 emprunte, quant à lui, une autre voie, puisqu'en lieu et place de la création de nouveaux crimes il propose d'élargir la définition du blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) au produit des *délits fiscaux qualifiés*. Est considéré comme un délit fiscal qualifié, au regard du projet (art. 305^{bis} ch. 1^{bis} P-CP¹⁶), l'usage de faux fiscal au sens de l'art. 186 LIFD¹⁷ ou la fraude fiscale au sens de l'art. 59 al. 1 (1^{er} état de fait) LHID,¹⁸ à condition que l'impôt soustrait par période fiscale se monte à plus de 200 000 francs. La définition proposée est donc étroite, du fait de l'exigence de l'usage d'un faux, inconnue de la plupart des droits étrangers, et de la définition d'un montant seuil; pourtant, les

¹³ BOCE 2014 156 ss.

¹⁴ Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311.0.

¹⁵ Cela à l'exception de la contrebande aggravée au sens de l'art. 14 al. 4 DPA (Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974; RS 313.0), qui a été érigée en crime pour satisfaire aux exigences découlant des précédentes recommandations du GAFI de 2003 par la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, en vigueur depuis le 1^{er} février 2009 (RO 2009 361).

¹⁶ L'indication «P-CP» se réfère à la version de l'article du code pénal proposée dans le projet précité du 13 décembre 2013.

¹⁷ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11.

¹⁸ Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990, RS 642.14.

Chambres fédérales se sont encore employées à en limiter la portée.¹⁹ En matière de fiscalité indirecte, le projet propose d'étendre le crime de contrebande aggravée réprimé à l'art. 14 al. 4 DPA aux escroqueries aggravées en matière de contributions, commises sans trafic transfrontière.

Les autres modifications proposées portent sur divers autres aspects de la législation suisse, soit :

- le remaniement du système des communications en cas de soupçon fondé de blanchiment (art. 9 LBA), par le découplage – recommandé par les experts du GAFI – entre la communication et le blocage des avoirs et l'instauration d'une obligation à la charge de l'intermédiaire financier d'observer son client afin de suspendre l'exécution des ordres qui pourraient servir au blanchiment d'argent ou au financement du terrorisme (art. 9a P-LBA²⁰), dont la durée maximale est portée à 30 jours ouvrables (art. 23 al. 5 P-LBA);²¹
- pour tenir compte des recommandations 10 et 24 du GAFI, l'instauration de l'obligation des intermédiaires financiers d'identifier les personnes physiques qui sont les ayants droit économiques de personnes morales exerçant une activité opérationnelle (art. 4 al. 1 et al. 2 lit. b P-LBA), étant précisé que sont considérées comme ayants droit économiques les personnes physiques qui, seules ou de concert avec des tiers, détiennent au moins 25% du capital ou des voix ou contrôlent la personne morale d'une autre manière, à défaut, l'organe de direction (art. 2a al. 3 P-LBA);
- plus spécifiquement, pour tenir compte de l'exigence de mesures visant à empêcher l'utilisation des actions au porteur pour blanchir de l'argent (recommandation 24 du GAFI), l'instauration, à la charge des sociétés anonymes dont les titres ne sont pas cotés en bourse, de l'obligation de tenir une liste des détenteurs de telles actions et des ayants droit économiques lorsque le seuil de 25% est atteint (art. 697j P-CO²² et art. 697l P-CO) et, pour les sociétés à responsabilité limitée, l'obligation de tenir une liste des ayants droit économiques des parts sociales (art. 790a P-CO);

¹⁹ Le montant seuil a été relevé à 300 000 francs par le Conseil des Etats (BOCE 2014 156, 171), alors que le Conseil national exige qu'il y ait eu un *remboursement* d'impôt de 200 000 francs (BOCN du 18 juin 2014). Le Conseil national a en outre ajouté l'exigence que le contribuable ait obtenu un remboursement d'impôt supérieur à 200 000 francs, ce qui achèverait de rendre la norme quasiment inapplicable.

²⁰ «P-LBA» se réfère à l'article de la loi sur le blanchiment proposé dans le projet précité du 13 décembre 2013.

²¹ C'est le délai dont disposerait le Bureau de communication pour se déterminer sur la suite donnée à la communication. Le délai applicable est actuellement de cinq jours ouvrables entre la communication et la notification d'une ordonnance de séquestre par le Ministère public, art. 10 al. 2 LBA.

²² «P-CO» se réfère à l'article du code des obligations proposé dans le projet précité du 13 décembre 2013.

- l'insertion d'une définition des personnes politiquement exposées (PPE) dans la LBA (art. 2a P-LBA), étendant cette notion aux PPE nationales ainsi qu'aux PPE d'organisations intergouvernementales, afin de soumettre les intermédiaires financiers à des obligations de diligence particulières fondées sur le risque accru que représentent ces clients;
- la limitation des paiements en espèces, lors d'opérations de vente immobilières et mobilières, à 100 000 francs, avec l'obligation d'acquitter la partie du prix excédant ce montant par l'entremise d'un intermédiaire financier (art. 2 al. 1^{bis}, 2b et 2c P-LBA), afin de bénéficier ainsi des mesures de lutte contre le blanchiment incombant à ce dernier;
- pour tenir compte des critiques très formalistes du GAFI,²³ l'instauration d'une base légale créant l'obligation des intermédiaires financiers de communiquer, voire bloquer, les avoirs de personnes frappées de sanctions internationales ciblées (art. 9 al. 2 lit. c P-LBA).

B. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de corruption

La Suisse a ratifié les instruments internationaux en matière de corruption, conclus successivement sous l'égide de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et de l'ONU,²⁴ et adapté son droit aux exigences qui en découlaient.²⁵ Toutefois, en 2011, dans le cadre du troisième cycle d'évaluation sur la base de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, le GRECO a évalué le droit suisse et formulé des recommandations sur deux thèmes: les incriminations et le financement des partis politiques.²⁶

Sur la question des *incriminations*, le GRECO a émis cinq recommandations,²⁷ auxquelles l'administration fédérale a partiellement donné suite par un avant-projet de modification des dispositions pénales incriminant la corruption

²³ Message précité (n. 11 supra), FF 2014 585, p. 617 s.

²⁴ Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997 (RS 0.311.21); Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, du 27 janvier 1999 (STE 173; RS 0.311.55) et Protocole additionnel du 15 mai 2003 (STE 191; RS 0.311.551); Convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 octobre 2003 (RS 0.311.56).

²⁵ L'approbation en 2009 de la Convention de l'ONU de 2003 n'a toutefois pas mené à des modifications du droit suisse.

²⁶ Cf. à ce sujet, NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2011)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2011)*, RSDIE/SZIER 2012, p. 505 ss, p. 513.

²⁷ Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport d'Évaluation sur la Suisse, Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) (Thème I), adopté par le GRECO lors de sa 52^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17–21 octobre 2011), § 94.

dans le code pénal et le code pénal militaire et un rapport explicatif y relatif du 15 mai 2013. Ainsi, il est proposé de modifier les art. 322^{quinquies} CP et 322^{sexies} CP réprimant l'octroi et l'acceptation d'un avantage, de manière à préciser que l'incrimination englobe les cas dans lesquels l'avantage est dû à un tiers. L'avant-projet suit également la recommandation consistant à supprimer la poursuite sur plainte en matière de corruption privée, tout en proposant de déplacer cette infraction de la LCD²⁸ dans le CP, ce qui aurait pour avantage de faire échapper la définition de l'infraction à l'exigence d'un rapport de concurrence économique, perçu par certains comme un obstacle, notamment dans la lutte contre la corruption dans le sport.²⁹ N'est, en revanche, pas suivie la recommandation du GRECO consistant à étendre la répression à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage sans lien d'échange avec un acte officiel précis violant les devoirs de la charge ou dépendant d'un pouvoir d'appréciation, lorsque le corrompu est un agent public étranger.³⁰ Quant aux recommandations consistant à examiner l'opportunité de créer une infraction visant spécifiquement le trafic d'influence et celle de supprimer la condition de double incrimination pour les infractions commises à l'étranger, elles n'ont pas conduit la Suisse à modifier son droit. La procédure de consultation portant sur cet avant-projet s'est achevée le 5 septembre 2013.³¹ Le rapport de conformité du GRECO sur la Suisse, publié le 18 octobre 2013, prend acte de cette mise en œuvre partielle des recommandations.³²

En matière de *financement des partis politiques*, le droit suisse se caractérise par une opacité quasi-généralisée qui avait mené le GRECO à formuler une

²⁸ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241).

²⁹ Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), du 10 novembre 2004, FF 2004 6549, p. 6575. Nous sommes de l'avis que la compétition sportive de haut niveau se déploie dans un marché dominé par la concurrence économique et que la LCD est dès lors applicable (sur ces questions, cf. URSULA CASSANI, *La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir ?*, in: URSULA CASSANI & ANNE HÉRITIER LACHAT (éd.), *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Genève (etc.) 2011, p. 33 ss, p. 56 s.

³⁰ Pour les agents publics suisses, ces comportements sont réprimés au regard des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP.

³¹ Postérieurement à l'année qui fait l'objet de la présente chronique, soit le 30 avril 2014, le Conseil fédéral a adopté le Message concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption) et le projet de loi de modification du CP, FF 2014 3433.

³² Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport de Conformité sur la Suisse, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » – « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 61^e Réunion Plénière (Strasbourg, 14–18 octobre 2013), § 6–29 et 42.

série de recommandations.³³ Dans son rapport de conformité précité, le GRECO « prend acte de la position des autorités suisses selon laquelle elles n'envisagent pas à l'heure actuelle de remédier à l'absence de législation et de réglementation constatée par le Rapport d'Evaluation et de mettre en œuvre ses recommandations, compte tenu du fait que « les particularités [du système politique] empêchent de rendre le financement des partis plus transparent en Suisse » ».³⁴

Compte tenu du niveau actuel de conformité avec les recommandations, jugé « globalement insuffisant », la Suisse a été invitée à adresser au GRECO un rapport sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations avant le 30 avril 2014.³⁵

C. L'approbation de deux instruments internationaux sur la répression d'actes illicites contre l'aviation civile

Adoptés à Pékin le 10 septembre 2010 sous l'égide de l'Organisation de l'aviation civile internationale, la Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale et le Protocole additionnel à la Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs³⁶ ont pour but de renforcer la sécurité aérienne contre les actes illicites, en réaction aux attaques terroristes du 11 septembre 2001.³⁷

La Suisse a joué un rôle de premier plan dans l'élaboration de la Convention, en particulier dans la négociation de son art. 6, dont le § 2 *exclut* du champ d'application de la Convention les « activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit », ainsi que « les activités accomplies par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles » *en dehors de périodes de conflit*, « dans la mesure où elles sont régies par d'autres règles de droit international ». Bien que présente dans d'autres traités internationaux,

³³ Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport d'Evaluation sur la Suisse, Transparence du Financement des Partis Politiques (Thème II), adopté par le GRECO lors de sa 52^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17–21 octobre 2011), *in toto*.

³⁴ Rapport de Conformité cité n. 32, § 43.

³⁵ Rapport de Conformité cité n. 32, § 44. Le Rapport intérimaire de Conformité sur la Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 64^e Réunion Plénière (Strasbourg, 16-20 juin 2014), reste sévère, surtout sur la question du financement des partis politiques, pour laquelle les recommandations sont jugées « non mises en œuvre » (§ 27).

³⁶ La Convention et le Protocole additionnel sont publiés dans la FF 2013 7671 et 7685.

³⁷ Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale et du protocole additionnel à la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, du 9 octobre 2013, FF 2013 7653, p. 7655.

cette clause « a constitué », à en croire le Message du Conseil fédéral, « la principale pierre d'achoppement sur laquelle ont buté les parties pour parvenir à un consensus, la majorité des pays non alignés et des pays arabes plaidant pour sa suppression tandis qu'une quantité non négligeable de pays, dont au premier chef les Etats-Unis, souhaitaient vivement l'exclusion des forces armées du champ d'application de la convention ». ³⁸ Les Parties ont fini par adopter une solution de compromis, consistant à ajouter une clause affirmant le principe – qui allait d'ailleurs de soi *a priori* – selon lequel « [I]es dispositions du par. 2 du présent article ne s'interprètent pas comme excusant ou rendant licites des actes par ailleurs illicites, ni comme excluant l'exercice de poursuites sous l'empire d'autres lois » (art. 6 § 3).

Le Conseil fédéral a adopté son Message proposant l'approbation de ces instruments internationaux, qui ne nécessitent aucune modification du droit suisse, ³⁹ le 9 octobre 2013. L'approbation a été votée à l'unanimité par les Chambres fédérales le 20 juin 2014. ⁴⁰

D. La Convention de Varsovie sur la lutte contre la traite des êtres humains

La Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005 (Convention de Varsovie) est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2013. ⁴¹ Elle a été suivie de l'élaboration de l'ordonnance sur les mesures de prévention des infractions liées à la traite des êtres humains, du 23 octobre 2013, ⁴² qui a pour but de régler la mise en œuvre des mesures de prévention exigées aux art. 5 et 6 de la Convention, ainsi que les tâches du Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants (SCOTT).

E. La Convention de Lanzarote sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels

L'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus

³⁸ FF 2013 7653, p. 7661.

³⁹ Cf. le Message précité n. 37, FF 2013 7653, p. 7658 ; l'arrêté fédéral est publié dans la FF 2013 7669. ⁴⁰ BOCE 2014 701 ; BOCN 2014 1301 ; FF 2014 5083 (délai référendaire au 9 octobre 2014).

⁴¹ STE 197 ; RS 0.311.543 ; cf. notre précédente chronique, URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7 supra), RSDIE/SZIER 2013, p. 473.

⁴² RS 311.039.3 ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Le rapport sur les résultats de la procédure d'audition relative à l'ordonnance du Conseil fédéral sur les mesures de prévention des infractions liées à la traite des êtres humains a été publié par le DFJP en juillet 2013.

sexuels (Convention de Lanzarote, STE 201)⁴³ a été adopté le 27 septembre 2013. Les Chambres fédérales ont adhéré à l'unanimité,⁴⁴ avec quelques retouches mineures, aux solutions proposées par le Conseil fédéral. Le délai référendaire ayant expiré le 16 janvier 2014 sans avoir été utilisé, la Convention et les modifications législatives sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014.⁴⁵ Pour une analyse critique des principales modifications, dépassant les exigences découlant de la Convention de Lanzarote, le lecteur est prié de se référer à nos précédentes chroniques.⁴⁶

F. La Convention Médicrime

Le 18 décembre 2013, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation portant sur la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, du 28 octobre 2011 (Convention Médicrime; STE 211).⁴⁷ L'avant-projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention Médicrime prévoit, entre autres, de doter l'art. 86 LPTh,⁴⁸ réprimant la mise en danger de la santé d'êtres humains, de nouvelles circonstances aggravantes formulées sur le modèle des circonstances aggravantes en matière de trafic de stupéfiants (art. 19 al. 2 LStup⁴⁹). La sanction prévue – soit la peine privative de liberté de dix ans au plus ou la peine pécuniaire (art. 86 al. 2 AP-LPTh) – est certes moins lourde qu'en matière de stupéfiants, mais il s'agit néanmoins d'une infraction très grave, ce qui se reflète aussi dans les propositions d'amendements du CPP⁵⁰, autorisant des mesures de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ou d'investigation secrète proposées dans l'avant-projet (art. 269 al. 2 lit. k et 286 al. 2 lit. i AP-CPP). Par ailleurs, l'avant-projet étend l'obligation d'annonce des fabricants et distributeurs de produits thérapeutiques à « tout soupçon de trafic illégal de produits thérapeutiques, commis par des tiers [...] » (art. 59 al. 3^{bis} AP-LPTh) et permet à l'Institut suisse des produits thérapeutiques et à l'Administration fédérale des douanes de collaborer avec le secteur privé en communiquant aux titulaires

⁴³ FF 2013 6621.

⁴⁴ BOCN 2013 1771 ; BOCE 2013 932.

⁴⁵ RO 2014 1159, p. 1160.

⁴⁶ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7 *supra*), RSDIE 2013, p. 474 et NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS (n. 26 *supra*), RSDIE/SZIER 2012, p. 509–512.

⁴⁷ La procédure de consultation s'est achevée le 2 avril 2014.

⁴⁸ Loi du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques, RS 812.21.

⁴⁹ Loi sur les stupéfiants du 3 octobre 1951, RS 812.121.

⁵⁰ Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0.

d'autorisations des données confidentielles si cette mesure permet de mettre au jour et de combattre un trafic illégal suspecté de produits thérapeutiques (art. 62b AP-LPTh).

G. Les instruments bilatéraux

Le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la *République argentine*, conclu le 10 novembre 2009, est entré en vigueur le 16 février 2013.⁵¹ Le Traité entre la Suisse et le *Kosovo* sur le transfèrement des personnes condamnées, conclu le 14 mai 2012, a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 2013, de sorte qu'il est entré en vigueur le 11 mai 2014.⁵²

II. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)

A. Einleitung

Die gutnachbarschaftliche Beziehung zwischen der Schweiz und Europa und das Verhältnis zwischen der Eidgenossenschaft und der EU sind seit der Abstimmung über die «Masseneinwanderungsinitiative» vom 9. Februar 2014 in besonderer Weise gefordert. «Das bilaterale Gebäude wankt», titelte die NZZ am 1. März diesen Jahres zu Recht.⁵³ In der Praxis der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zur Strafverfolgung ist davon zwar noch nichts zu merken. Doch bereits in der letzten Übersicht⁵⁴ zur Schweiz und dem Europäischen Strafrecht wurde – mit Blick auf die ins Stocken geratenen bilateralen Beziehungen – angeregt, über neue Modelle einer zeitgemässen Zusammenarbeit, der Koexistenz europäischer und Schweizer Strafverfolgung nachzudenken. Diese Anregung hat sicherlich nichts von ihrer Aktualität verloren, selbst wenn die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Justiz und Polizei bisher nicht von Konsequenzen aus der Abstimmung über die Freizügigkeit betroffen ist. Die Anregung sollte aber noch um die Aufforderung ergänzt werden, dass beide Seiten nicht nur pragmatisch kooperieren, sondern die Gelegenheit zu gegenseitigem Austausch und Unterstützung bei der Bewältigung aktueller

⁵¹ RS 0.351.915.4.

⁵² RS 0.344.475.

⁵³ <<http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/das-bilaterale-gebaeude-wankt-1.18253760>> (besucht am 26.06.2014).

⁵⁴ URSULA CASSANI, SABINE GLESS & PETER POPP, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2010)*, SZIER/RSDIE 2011, S. 513 ff., insb. S. 526.

Fragen und der Entwicklung neuer Modelle über die gemeinsamen Grenzen hinweg nutzen. Denn beide Seiten haben bei der grenzüberschreitenden Strafverfolgung vor allem gemeinsame Interessen.

B. Vorschlag für eine Europäische Staatsanwaltschaft

Eine Gelegenheit für die EU, von Schweizer Erfahrungen zu lernen, könnte sich beispielsweise bei einer der wichtigsten aktuellen Initiativen der EU-Kommission im Bereich des gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergeben, nämlich bei der Errichtung einer gemeinsamen Europäischen Staatsanwaltschaft. Das von der EU-Kommission im Juli 2013 vorgeschlagene *European Public Prosecutor's Office* (EPPO)⁵⁵ soll eine Zentralfunktion bei der Verfolgung von Kriminalität zulasten der finanziellen Interessen der EU einnehmen. Die EU steht damit heute vor ähnlichen Fragestellungen, für die in der Schweiz bereits bei der Einführung der Bundesanwaltschaft im Jahr 1849 Antworten gefunden werden mussten: Wie kann eine gemeinsame Strafverfolgungsbehörde in ein föderales System mit unterschiedlichen Prozessordnungen, unterschiedlichen Sprachen und (wenngleich in der Schweiz nicht in demselben Ausmass wie in der EU) unterschiedlichen Kulturen gezogen werden? Bedarf es nicht zwangsläufig einer Harmonisierung von Strafrecht und Strafprozessordnung?⁵⁶

Mit dem Vorschlag für eine Verordnung über die Errichtung des EPPO konkretisiert die EU-Kommission ein seit langer Zeit anvisiertes Projekt, das im Vertrag von Lissabon⁵⁷ eine primärrechtliche Grundlage erhalten hatte: Nach Art. 86 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat der EU-Rat das Recht, eine Europäische Staatsanwaltschaft einzurichten, die zentral mutmassliche Straftaten untersuchen kann, welche die finanziellen Interessen der Union schädigen. Dahinter steht das Ziel, die strafbaren Handlungen zulasten des EU-Haushalts effizienter und in möglichst gleicher Intensität in der gesamten EU zu verfolgen. Das ist aus vielerlei Gründen ein schwieriges Unterfangen: Zum Ersten sehen die Mitgliedstaaten – zu Recht – die Strafverfolgung als einen Bereich an, in dem sie nur ganz begrenzt Kompetenzen an die EU abgegeben haben, der aber zunehmend durch EU-Recht beein-

⁵⁵ EU Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorgelegt (COM [2013] 534 final).

⁵⁶ Vgl. NICOLE BURGER-MITTNER, Die Stellung der schweizerischen Bundesanwaltschaft und ihrer Staatsanwälte: verfassungsrechtliche Grundlagen und gesetzliche Ausgestaltung, unter besonderer Berücksichtigung von Aufsichts- und Weisungsrechten, Diss. St.Gallen 2011, Zürich 2011, S. 14.

⁵⁷ NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS (siehe Fn. 26), S. 505 ff., insb. S. 514.

flusst wird. Zum Zweiten soll die Behörde in einem Bereich agieren, in dem nicht nur nationales Recht, sondern auch nationale Wirtschaftspolitik wichtig sein kann, etwa für die Verfolgungspraxis bestimmter mutmasslicher Wirtschaftsdelikte. Vor diesem Hintergrund erschliesst sich, dass eine Europäische Staatsanwaltschaft auch dann eingerichtet werden können soll, wenn nicht alle, sondern nur neun der EU-Mitgliedstaaten das besondere Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit beschreiten wollen.⁵⁸ Hier gilt es allerdings zu bedenken: Wenn nur ein Drittel der Mitgliedstaaten eine solche Staatsanwaltschaft mittragen würde, wäre die Akzeptanz bei missliebigen Entscheidungen in den Trägerstaaten wohl nur schwerlich herzustellen. Zudem könnten sich verschiedenste Fragen der Kompetenzausübung, -übertragung resp. -abgrenzung zwischen einem nur partiell zuständigen EPPO und den nationalen Staatsanwaltschaften stellen, die dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den die EU-Staaten anstreben, sicherlich nicht dienlich wären.

Mit ihrem Vorschlag zur Errichtung eines EPPO hat die Kommission ein Modell präsentiert, das aus ihrer Sicht geeignet ist, zentral die Verfolgung mutmasslicher Straftaten zulasten der finanziellen Interessen der Union zu koordinieren, ohne aber eine Superbehörde zu schaffen, die unkontrolliert in einen originären Bereich der Mitgliedstaaten eingreift. Das EPPO soll eine eigenständige Einrichtung der EU sein, die mit Rechtspersönlichkeit, aber mit dezentraler hierarchischer Struktur ausgestattet ist: Ein Europäischer Staatsanwalt an der Spitze leitet die Ermittlungen aller abgeordneten europäischen Staatsanwälte und beaufsichtigt deren Ermittlungen und Strafverfolgungsmassnahmen. Letztere tragen also gewissermassen einen «Doppelhut», weil sie zugleich nationale und europäische Strafverfolger sind. Insofern sie europäisch agieren, soll ihnen – in den nationalen Rechtsordnungen verankert – ein Katalog von Ermittlungsmassnahmen zur Verfügung stehen, die sie bei der Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU sowie damit eng zusammenhängenden Straftaten nutzen können.

Die dezentrale Struktur des EPPO ist eine entscheidende politische und rechtliche Weichenstellung: Wenn der Europäische Staatsanwalt lediglich die Oberaufsicht führt, die Verfahren selbst aber durch abgeordnete Europäische Staatsanwälte und Gerichte der Mitgliedstaaten geführt werden, ist eine deutlich höhere Akzeptanz vor Ort zu erwarten. Dem europäischen Amt käme im Wesentlichen eine Leitungs- und Koordinierungsfunktion zu, um eben den EU-weit kohärenten Ansatz zu gewährleisten, um dessentwillen das EPPO geschaffen werden soll. Insofern folgt es fast einer Art Gegenmodell zu dem

⁵⁸ Art. 86 Abs. 1 AEUV, KOM (2013) 532–534 endg. vom 17. Juli 2013, (WU), abgedruckt in: EuZ 2013, S. 146 ff., 147.

Schweizer Konkordat vom 5. November 1992 über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen, das sowohl für die Bundesanwaltschaft als auch für die kantonalen Behörden ein pragmatisch ausgerichtetes Modell für die innerschweizerische Kooperation zur Verfügung stellte.⁵⁹ Denn nach Art. 3 des Konkordats konnten die Strafverfolgungsbehörden unter den dort festgelegten Bedingungen nicht nur im Heimatkanton, sondern auch in anderen Kantonen Verfahrenshandlungen nach eigenem Recht und mit eigenem Personal vornehmen.⁶⁰

In der weiteren Umsetzung des Vorschlages für ein EPPD muss der EU-Gesetzgeber nun jene Probleme lösen, welche die Einrichtung einer föderalen Staatsanwaltschaft mit sich bringt. Hier kann er von Erfahrungen der Territorialstaaten profitieren, die selbst neben den lokalen Staatsanwaltschaften eine föderale Staatsanwaltschaft geschaffen haben. Für die EU ist dabei die Schweiz von besonderem Interesse.

Eine besondere Parallelität zur Situation in der Schweiz ergibt sich etwa aus der Mehrsprachigkeit in einem gemeinsamen Rechtsraum oder den unterschiedlichen kantonalen Regelungen bis zur Vereinheitlichung des Schweizer Strafprozesses sowie in der starken lokalen Verankerung der Strafverfolgungsbehörden.

Der Schweizer Bundesgesetzgeber strebte vor anderthalb Jahrhunderten eine Vereinheitlichung der Verfolgung aller gegen die Rechtsinteressen des Bundes gerichteten Taten an und etablierte deshalb – nachdem die Tore für eine Bundesgesetzgebung geöffnet worden waren⁶¹ – nicht nur eine Bundesanwaltschaft, sondern gab dieser auch ein eigenes Verfahrensrecht, den Bundesstrafprozess zur Ahndung der besonderen Straftaten unter der Bundesgerichtsbarkeit.⁶²

Insofern erscheint das Anliegen der EU-Kommission (zunächst) kleiner: Erzielt werden soll erhöhte Effizienz mit der Hoffnung auf Gleichmässigkeit der Strafverfolgung mutmasslicher Betrügereien zu Lasten des EU-Haushaltes und anderer Finanzdelikte. Gleichwohl wird in manchen EU-Mitgliedstaaten die Einrichtung einer solchen Behörde gefürchtet: Die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers könne im Bereich des Strafrechts (weiter) ausgehöhlt werden. Darüber hinaus könne allenfalls die Praxis der Strafverfolgung in einem prekären

⁵⁹ AS 1993 2876, nicht mehr in Kraft.

⁶⁰ SABINE GLESS, «*Aus 29 mach 1*» – die jüngsten Bemühungen um die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts in der Schweiz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), S. 419 ff., Fn. 7 zu S. 419.

⁶¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat 1848 (insbesondere Art. 107), die am 12. Herbstmonat 1848 durch die Tagsatzung als angenommen erklärt wurde (BBl 1849 I 34 f.).

⁶² Vgl. NICOLE BURGER-MITTNER (siehe Fn. 56), S. 14.

Bereich zentral von Brüssel aus bestimmt werden, beispielsweise wenn – aus europäischer Sicht unerwünschte oder jedenfalls ineffizient erscheinende – administrative Vorgehensweisen etwa im Subventionsregime zur Unterstützung einer bestimmten Wirtschaftspolitik in einem Mitgliedstaat gefordert werden.

Die EU-Kommission will solchen Befürchtungen vor allem durch die bereits erläuterte dezentralisierte Übernahme der Aufgaben durch ein prinzipiell unabhängiges Amt begegnen, das nur eine eingeschränkte Rechenschaftspflicht gegenüber politischen Organen hat und vor allem durch die Gerichte der Mitgliedstaaten – wo die jeweiligen Strafverfahren geführt werden – auf die rechtmässige Amtsausübung kontrolliert werden kann.

Diese Eckpunkte in dem von der EU-Kommission vorgelegten Vorschlag werfen neue Fragen auf: Der Umstand, dass die Strafverfahren vor den Gerichten der Mitgliedstaaten geführt werden, bringt es mit sich, dass dort prinzipiell nationales Recht Anwendung findet. Parallel dazu muss sich eine Europäische Staatsanwaltschaft jedoch zur Gewährleistung gleicher Befugnisse und zum Schutz gleicher Verfahrensrechte jedenfalls in bestimmtem Umfang auf EU-weit geltende Vorschriften stützen können. Aus diesem Grund steht auch im Zusammenhang mit der Einführung einer gemeinsamen Europäischen Staatsanwaltschaft wieder die Forderung nach einer Harmonisierung des Strafprozessrechts in der EU zur Debatte – eine Aufgabe, welche die Schweiz ebenfalls bewältigen musste und deren weitreichende Folgen in der Praxis heute und auch zukünftig noch – zum Teil recht unerwartete – Fragen aufwerfen.

C. Harmonisierung des Strafprozessrechts? – Stärkung der Verfahrensrechte

Die Schweiz hat bekanntlich 2011 mit der eidgenössischen StPO nach einer langen Vorbereitungszeit⁶³ die Grundlage dafür geschaffen, dass nicht nur die Straftaten (im StGB⁶⁴ von 1937⁶⁵) einheitlich umschrieben werden, sondern auch nach denselben prozessualen Regeln verfolgt und beurteilt werden können. Zur Begründung verwies der Gesetzgeber einerseits auf die Gebote von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit und die Tatsache der faktischen Vereinheitlichung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, andererseits auf den Gewinn und die

⁶³ Zur Entstehungsgeschichte der StPO vgl. BENJAMIN F. BRÄGGER, Die neue schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen zur Untersuchungs- und Sicherheitshaft, Bern 2010, S. 8.

⁶⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁶⁵ GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, S. 23 ff., insb. N. 20.

Chancen eines einheitlichen Prozessrechts für die Effizienz der Ahndung von Straftaten, aber auch der akademischen Aufarbeitung des Prozessrechts.⁶⁶

Auch in der EU wird die Einführung eines europäischen Prozessrechts bereits seit zwei Jahrzehnten diskutiert.⁶⁷ Das 2009 als Vertrag von Lissabon in Kraft getretene Vertragswerk⁶⁸ öffnete in Art. 82 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV) den Weg für eine Rechtsangleichung im Strafverfahrensrecht, die aber direkt wieder durch einen sog. Notbremse-Mechanismus eingeschränkt wird. Dementsprechend kann hier kein EU-Recht per Mehrheitsentscheidung geschaffen werden, wenn ein EU-Mitgliedstaat grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung betroffen sieht (*siehe* Art. 82 Abs. 3 AEUV).

Spätestens seit dem Vorschlag zur Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft steht die Forderung nach einer (partiellen) Harmonisierung des Strafprozessrechts wieder oben auf der rechtspolitischen Agenda. Praktisch durchsetzbar wäre dies mithilfe des EU-Rechtsinstruments der Richtlinie, die den Mitgliedstaaten – wie früher die Rahmenbeschlüsse – bestimmte Ziele vorschreibt, die die Staaten dann durch individuelle Umsetzung erreichen können.⁶⁹

Bemerkenswerterweise liegt das Gewicht der bereits im Rahmen von Art. 82 vorgelegten resp. verabschiedeten Richtlinien auf einer europaweiten Stärkung der Verfahrensrechte von Individuen, Beschuldigten und Opfern:

- Richtlinie 2010/64/EU vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren;⁷⁰
- Richtlinie 2012/13/EU vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren (im Folgenden: Richtlinie 2012/13/EU);⁷¹
- Richtlinie 2013/48/EU vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines

⁶⁶ BBl 2006, S. 1085, 1086.

⁶⁷ Vgl. etwa zum sog. Corpus Juris-Projekt: MIREILLE DELMAS-MARTY (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Köln 1998; MIREILLE DELMAS-MARTY & JOHN A. E. VERVAELE (Hrsg.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. 1–4, Antwerpen u.a. 2000 f.; vgl. auch THOMAS WEIGEND, *Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2004, S. 275 ff., insb. S. 292 f.

⁶⁸ URSULA CASSANI, SABINE GLESS & PETER POPP (*siehe* Fn. 54), S. 521.

⁶⁹ *Siehe* 288 AEUV.

⁷⁰ Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. L 280 vom 26.10.2010, S. 1.

⁷¹ Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. L 142 vom 01.06.2012, S. 1.

- Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs;⁷²
- Richtlinie 2012/29/EU vom 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI;⁷³
 - Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen.⁷⁴

Dass EU-Richtlinien eine weitgehende Vereinheitlichungswirkung haben können, wurde den EU-Mitgliedstaaten spätestens mit Annahme und Inkrafttreten der Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren bewusst, die u.a. zu einer (bestimmten) Information und Belehrung des Beschuldigten verpflichtet,⁷⁵ und in vielen Staaten für eine Rechts- und Praxisänderung sorgen wird, auch wenn sie nur Minimalstandards festsetzt.⁷⁶

Damit wirkt der europäische Gesetzgeber der lange beklagten Verschiebung des prozeduralen Gleichgewichts zugunsten der Strafverfolgungsbehörden entgegen und stärkt die Position von Beschuldigten – jedenfalls auf dem Papier. In Deutschland etwa muss nun ausdrücklich auf die Möglichkeit der Pflichtverteidigung, i.e. amtlichen Verteidigung, hingewiesen werden. Das hilft einer beschuldigten Person am Ende aber natürlich nur, wenn dann auch eine effektive Strafverteidigung gewährt wird. Die Voraussetzungen und Bedingungen – nicht nur für die amtliche Verteidigung, sondern für die Strafverteidigung an sich – sind in der EU aber bekanntlich sehr unterschiedlich.⁷⁷ Dieses Problems hat sich der EU-Gesetzgeber aber nicht in Zusammenhang mit der EU-Richt-

⁷² Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl. L 294 vom 06.11.2013, S. 1.

⁷³ Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl. L 315 vom 14.11.2012, S. 57; vgl. dazu auch REGULA ECHLE, in: URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (siehe Fn. 7), S. 481 ff.

⁷⁴ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. L 130 vom 01.05.2014, S. 1.

⁷⁵ Zur Auswirkung im deutschen Recht s. etwa die Neufassung von § 136 StPO sowie von § 187 Abs. 1 GVG.

⁷⁶ Siehe Erwägungsgrund 40 sowie Art. 10, Richtlinie 2012/13/EU.

⁷⁷ Vgl. JACQUELINE HODGSON, Safeguarding Suspects' Rights in Europe: A Comparative Perspective, *New Criminal Law Review*, Vol. 14, No. 4, Fall 2011; S. 611 ff., insb. S. 646.

linie angenommen: Es fehlen flankierende Massnahmen zur Sicherung von Qualität der Pflichtverteidigung durch entsprechende Qualifikation und Entlohnung der Pflichtverteidiger etc.⁷⁸ Dass die neue Belehrungspflicht ferner weitere praktische Schwierigkeiten in den einzelnen Rechtsordnungen schafft, ist kaum zu vermeiden. Bereits in der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob aus einer fehlenden Belehrung über das Recht auf Pflichtverteidigung, wie es in der Richtlinie 2012/13/EU niedergelegt ist, ein Verwertungsverbot für die erlangte Aussage gelten soll.⁷⁹ In Frankreich, Polen oder den Niederlanden beispielsweise wird diese Frage noch einmal ganz anders beurteilt.

Möglicherweise können die EU-Staaten auch hier von der Schweiz lernen, die nach Inkrafttreten der eidgenössischen StPO ebenfalls mit regional unterschiedlichen Problemen nach einer föderalen Rechtsvereinheitlichung umgehen musste, da sie – wie ein Europa auf engem Raum – Prozessordnungen mit Traditionen aus unterschiedlichen europäischen Verfahrenstypen vereinheitlichen musste. Dass dies nicht ohne Probleme geht, versteht sich von selbst, sowohl was ständige Kontroversen betrifft – etwa die Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen Polizei und Anklagebehörde⁸⁰ – als auch was die Ausgestaltung neuer Einrichtungen betrifft: So wurde etwa der neu eingeführte Anwalt der ersten Stunde in den Kantonen als Recht auf Verteidigung zum Teil recht unterschiedlich gehandhabt.⁸¹

D. Ausblick

Gegenseitiger Austausch ist nie eine Einbahnstrasse. Die Schweiz kann natürlich auch von den Erfahrungen der EU lernen. Einer der Bereiche, in denen in den kommenden Jahren eine gewaltige Entwicklung zu erwarten ist, die wohl für alle ein Umdenken erfordern wird, ist der Umgang mit persönlichen (Kommunikations-)Daten und maschineller Informationsgewinnung, sei es als Vorratsdatenspeicherung, als automatisierter Datenaustausch in Form von sog. *Data-mining* resp. *Data-profiling* oder in anderer Weise. In der EU hat sich in

⁷⁸ SABINE GLESS, *OHN(E)MACHT: Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber europäischer Strafverfolgung?*, Strafverteidiger 2013, S. 317 ff.

⁷⁹ Siehe dazu etwa deutscher Bundesgerichtshof, NStZ 2006, S. 236, 237; SABINE GLESS, Der Europäische Gesetzgeber im Lichte des neu gefassten § 136 Abs. 1 Sat2 StPO, in: ROLAND HEFENDEHL & TATJANA HÖRNLE (Hrsg.) FS Schünemann (im Erscheinen).

⁸⁰ MARCEL BRUN, *Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens*, recht 2014, S. 92 ff., insb. S. 95 und 98.

⁸¹ Vgl. NIKLAUS RUCKSTUHL, *Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 128 (2010), S. 132 ff., insb. S. 137; CORINNA HAURI, «Anwälte tragen Last der Rechtsstaatlichkeit», plädoyer 6/11 vom 3. Dezember 2011, S. 12 ff.

den letzten Jahrzehnten ein starkes Bewusstsein für das Bestimmungsrecht über eigene Daten sowie die Bedeutung einer automatischen Registrierung aller Kommunikations- und Internetnutzungsdaten entwickelt. Der EuGH hat hierzu in jüngerer Zeit zwei wichtige Urteile gefällt: das sog. Google-Urteil⁸² und das Urteil zur Vorratsdatenspeicherung.⁸³ Während das Google-Urteil als Entscheid über das Recht an persönlichen Daten und Datenschutz im Internet⁸⁴ eher nicht dem Strafrecht zuzuordnen ist, hat das Urteil zur Vorratsdatenspeicherung für die Strafrechtspolitik auch hierzulande Bedeutung, denn das Ringen um die *Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung*⁸⁵ steht paradigmatisch für den klassischen Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit. Hintergrund für diese Auseinandersetzung war die Verpflichtung der Telekommunikationsdiensteanbieter, Telekommunikationsbestands- und -verkehrsdaten für mindestens sechs Monate und maximal zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Kommunikation «auf Vorrat» zu speichern, damit – falls schwere Straftaten aufgeklärt werden müssten – die Daten zur Strafverfolgung genutzt werden könnten.⁸⁶ Der EuGH hat die Richtlinie für nichtig erklärt, denn aus seiner Sicht muss eine Speicherung von Kommunikationsdaten ohne Verdacht als besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten auf das Notwendigste beschränkt, i.e. verhältnismässig, sein. Dem genüge die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung nicht, weshalb diese nichtig sei.⁸⁷

Ob die Bestimmung, welche die Vorratsdatenspeicherung in der Schweiz regelt und Kommunikationsanbieter verpflichtet, die Vorratsdaten über mindestens sechs Monate zu speichern (Art. 15 Abs. 3 BÜPF)⁸⁸, den Standards der europäischen Richter genügen würde, ist zu bezweifeln. Denn es fehlt u.a. eine Begrenzung über die erlaubte Länge der Speicherung. Dass das Thema auch in der Schweiz ein heikles ist, zeigt die aktuelle Medienberichterstattung um die geplante Revision des BÜPF, wo die Vorratsdatenspeicherfrist auf zwölf Mo-

⁸² Urteil des EuGH vom 13.05.2014 in der Rs. C-131/12.

⁸³ Urteil des EuGH vom 08.04.2014 in der verbundenen Rs. C 293/12 und C 594/12.

⁸⁴ Der EuGH räumte den Bürgern ein eigentliches «Recht auf Vergessenwerden» betreffend die Suchresultate von Internetsuchmaschinen ein und stärkte damit den Schutz der persönlichen Daten im Internet. Neu können betroffene Bürger bei den Suchmaschinenbetreibern die Löschung von Verlinkungen auf für sie unvorteilhafte Informationen verlangen.

⁸⁵ Richtlinie 2006/24/EG vom 15.03.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet werden (und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG), ABl. L 105 vom 13.04.2006, S. 54.

⁸⁶ Art. 6 Richtlinie 2006/24/EG.

⁸⁷ EuGH-Urteil vom 08.04.2014 in der verbundenen Rs. C 293/12 und C 594/12, «Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.».

⁸⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1).

nate verlängert werden soll.⁸⁹ Nach Art. 273 Abs. 3 StPO kann die Staatsanwaltschaft von privaten Kommunikationsanbietern Verkehrsdaten über einen Zeitraum von rückwirkend sechs (und zukünftig ebenfalls zwölf) Monaten herausverlangen.⁹⁰ Da diese Kommunikationsanbieter die Daten aber durchaus auch länger speichern dürfen, stellte sich bereits vor dem Bundesgericht die Frage, ob Daten, die älter als sechs Monate waren, ebenfalls verwertet werden dürfen.⁹¹

Die Brisanz des Streits liegt heute nicht mehr darin, wer eigentlich die Kosten für solche Vorratsspeicherungen tragen muss, sondern in der Frage, wer die Bestimmungsmacht über die verschiedenen Formen automatisierter Datengewinnung und automatisierten Datenaustauschs hat, die durch neue technische Möglichkeiten und durch den Ausbau von Kooperationen stetig an Bedeutung gewinnen.

Wenn man heute über Vorratsdatenspeicherung diskutiert, dürfen ferner damit verbundene Möglichkeiten weiterer Gewinnung von Informationen nicht ausser Acht gelassen werden, etwa das sog. *Data-mining*. Diese Form der Informationsgewinnung registriert automatisch das Verhalten von Internetnutzern und wertet es maschinell aus, um Muster – etwa die Vorliebe für bestimmte Internetseiten – zu erkennen. *Data-mining* wird seit mehr als zwei Jahrzehnten durch IT-Firmen und seit einigen Jahren durch Nachrichtendienste, Geheimdienste, aber auch Strafverfolgungsbehörden angewendet. Landesgrenzen spielen dabei grundsätzlich keine Rolle. Gesetzliche Regelungen gibt es kaum. Vielmehr ist weitgehend unklar und gesetzlich wenig reguliert, wie gross die registrierten Datenvolumen sind und welche Lebensbereiche der Bürgerinnen und Bürger genau dokumentiert werden. Vor diesem Hintergrund drängen sich weltweit neue Fragen dazu auf, inwieweit elektronische Alltagshelfer, Informationsdatenbanken und Behörden in einer Weise miteinander vernetzt werden, dass der Einzelne praktisch gläsern wird. Aus strafrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, inwieweit Strafverfolgungsbehörden auf von Privaten erhobenen Daten bereits Zugriff haben oder Zugriff haben sollten, bzw. wo die Grenzen solcher Ausforschungen liegen.

Ob die EU und die Schweiz in der Zukunft hier vergleichbare Entwicklungen durchlaufen werden, ist heute noch nicht absehbar. Beide Seiten dürfen

⁸⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27.02.2013, BBl 2013, 2683 ff., 2697 f.; vgl. auch <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/trotz-umstrittenen-massnahmen-nur-wenig-kritik-1.18252789> (besucht am 26.06.2014).

⁹⁰ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0).

⁹¹ BGE 139 IV 98; vgl. dazu auch den späteren Entscheid des Bundesgerichts vom 08.05.2013, IB_128/2013, insb. E. 2.3, wo das Gericht forderte, die Sechsmonate-Regel müsse strikt eingehalten werden.

aber nicht ausser Acht lassen, dass nicht nur gemeinsame Rechtstraditionen sie verbinden, sondern dass sie über elektronische und nicht elektronische Netzwerke eng miteinander verknüpft sind und die Schweiz geopolitisch unverrückbar mitten in Europa liegt.

III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)

Ziel der folgenden Übersicht ist es, Praktikern den Zugang zur aktuellsten Rechtsprechung der Eidgenössischen Gerichte im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen zu erleichtern. Diese Rechtsprechung hat in jüngerer Vergangenheit an Ausmass und Komplexität zugenommen, was mitunter vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass sich inzwischen mit dem Bundesstrafgericht und dem Bundesgericht zwei eidgenössische Instanzen damit befassen. Es wurde vorliegend eine praxisorientierte Auswahl an Urteilen aus beiden Gerichten getroffen, wobei der Schwerpunkt auf der Praxis des Bundesstrafgerichts liegt. Die Entscheide werden grundsätzlich nicht kommentiert.

A. Auslieferung

1. Auslieferung an Italien: Weiterhin ohne Garantien möglich

Aus Art. 3 EMRK⁹² folgt, dass niemand an ein Land ausgeliefert werden darf, in welchem ihm Folter oder eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe droht (Gebot des *non-refoulement*).⁹³ Dieses Gebot kann unter anderem dadurch verletzt werden, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat unter Bedingungen in Haft gehalten zu werden droht, welche seine physische Integrität gefährden. Vor diesem Hintergrund verbietet Art. 37 Abs. 3 IRSG⁹⁴ die Auslieferung, wenn der ersuchende Staat keine Gewähr bietet, dass der Verfolgte nicht einer Behandlung unterworfen wird, die seine körperliche Integrität beeinträchtigt. Bestehen diesbezüglich Unsicherheiten, verlangt die Schweiz vom ersuchenden Staat vor der Auslieferung entsprechende Garantien. Dabei hat sich im Verlauf der Zeit ein Kategoriensystem von Staaten entwi-

⁹² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

⁹³ Vgl. u.a. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.30 + RP.2014.4 vom 21. März 2014, E.2.1.

⁹⁴ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1.

ckelt: An eine erste Kategorie von bewährten Rechtsstaaten liefert die Schweiz bedenkenlos aus. Bei der mittleren Kategorie verlangt sie Garantien – und an eine letzte Kategorie von Staaten liefert sie grundsätzlich niemanden aus.⁹⁵

Das Bundesstrafgericht stellte fest, Italien könne nicht mehr der ersten Kategorie von Staaten zugerechnet werden – für Auslieferungen von der Schweiz nach Italien seien Garantien einzuholen.⁹⁶ Dabei hat es sich auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i.S. Torregiani und andere gegen Italien gestützt, worin eine Verletzung des Art. 3 EMRK seitens Italiens durch drastische Überbelegung von Gefängniszellen festgestellt worden war.⁹⁷ Der EGMR war in diesem Urteil zum Schluss gekommen, die unmenschliche Behandlung in italienischen Gefängnissen sei einem «*problème systémique résultant d'un dysfonctionnement chronique propre au système pénitentiaire italien, qui a touché et est susceptible de toucher encore à l'avenir de nombreuses personnes*»⁹⁸ zuzuschreiben. Verstärkt wurde dieses Argument durch einen Bericht des Europäischen Komitees zur Verhütung der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT), der ebenfalls gravierende und systemische Mängel im italienischen Strafvollzug festhielt.⁹⁹

Das Bundesgericht hingegen hat festgestellt, dass Italien nach wie vor als bewährter Rechtsstaat zu qualifizieren sei. Zwar stimme die Aussage, der EGMR habe eine strukturelle und systemische Verletzung des Art. 3 EMRK im italienischen Strafvollzug festgestellt. Nach dem Urteil des EGMR i.S. Torregiani und andere gegen Italien habe der Staat jedoch unverzüglich Massnahmen ergriffen, um diese Verletzung zu beenden. Ohne neuerliches Urteil des EGMR könne vor diesem Hintergrund nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die Verletzung weiterhin bestünde. Insgesamt reichten somit die festgestellten Missstände nicht aus, um Italien die Qualität eines bewährten Rechtsstaates abzusprechen.¹⁰⁰ Auslieferungen nach Italien sind weiterhin ohne Garantien möglich.

⁹⁵ Vgl. den Beitrag dieses Autors in der letztjährigen Chronique, URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (siehe Fn. 7), S. 491f., bestätigt in Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.30 + RP.2014.4 vom 21. März 2014, E.2.2.

⁹⁶ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.30 + RP.2014.4 vom 21. März 2014, E.2.4.

⁹⁷ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Torregiani und andere gegen Italien, vom 8. Januar 2013 (Nr. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 und 37818/10), §70ff.

⁹⁸ *Supra*, § 88.

⁹⁹ Report to the *Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013) 32 vom 19. November 2013.

¹⁰⁰ Entscheid des Bundesgerichts 1C.176/2014 vom 12. Mai 2014, E.4.4.

2. Absolutes und relatives politisches Delikt

Über ausländische Auslieferungsersuchen entscheidet gemäss Art. 55 Abs. 1 IRSG das Bundesamt für Justiz (BJ). Macht der Verfolgte geltend, er werde eines politischen Delikts bezichtigt, oder ergeben sich bei der Instruktion ernsthafte Gründe für den politischen Charakter der Tat, so bestimmt Art. 55 Abs. 2 IRSG, die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheide darüber auf Antrag des BJ und nach Einholung einer Stellungnahme des Verfolgten. In Absenz einer Legaldefinition des «politischen Charakters» sowohl im Europäischen Auslieferungsübereinkommen (EAUe)¹⁰¹ als auch im IRSG hat das Bundesgericht den Begriff näher bestimmt. Es unterscheidet dabei zwischen «absolut» politischen und «relativ» politischen Delikten. Dabei stehen absolut politische Delikte in unmittelbarem Zusammenhang mit politischen Vorgängen. Die Kategorie umfasst Straftaten, welche sich ausschliesslich gegen die soziale und politische Staatsorganisation richten, wie etwa Angriffe gegen die verfassungsmässige Ordnung, Landes- oder Hochverrat. Demgegenüber liegt ein relativ politisches Delikt vor, wenn einer gemeinrechtlichen Straftat im konkreten Fall ein vorwiegend politischer Charakter zukommt. Dieser wiederum ergibt sich aus der politischen Natur der Umstände, der Beweggründe und Ziele, die den Täter zum Handeln bestimmten und die in den Augen des Rechtshilferichters vorherrschend erscheinen. Das Delikt muss dabei stets im Rahmen eines Kampfes um die Macht im Staat begangen worden sein und in engem Zusammenhang mit diesem Kampf stehen.¹⁰² Gemäss Art. 3 Ziff. 2 EAUe (sowie Art. 2 lit. b und c IRSG) wird die Auslieferung dann nicht bewilligt, wenn die Schweiz aus ernsthaften Gründen annimmt, ein Auslieferungsersuchen wegen einer nach gemeinem Recht strafbaren Tat sei gestellt worden, um eine Person aus rassischen, religiösen, nationalen oder auf politischen Anschauungen beruhenden Erwägungen zu verfolgen oder zu bestrafen. Gleiches gilt, wenn sie annimmt, der Verfolgte sei bloss der Gefahr einer Erschwerung der Lage aus einem dieser Gründe ausgesetzt.

Um den Schutz dieser Bestimmungen beanspruchen zu können, genügt die Behauptung allerdings nicht, aufgrund einer besonderen politischen Lage bedroht zu sein. Es muss vielmehr in glaubhafter Weise dargelegt werden, inwiefern ernsthafte und objektive Risiken einer verbotenen Diskriminierung bestehen sowie konkret aufgezeigt werden, dass die strafrechtliche Verfolgung nur vorgeschoben und in Wirklichkeit politisch motiviert ist.¹⁰³ Im konkreten Fall

¹⁰¹ Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957, SR 0.353.1.

¹⁰² Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.112 vom 12. September 2013, E.4.1 unter Verweis auf BGE 130 II 337 E.3.2 m.w.H.

¹⁰³ *Supra*, E.4.1 unter Verweis auf BGE 132 II 469 E.2.4, S. 472f. sowie BGE 129 II 268 E.6.3, S. 272.

ist dieser Nachweis dem Verfolgten im Rahmen eines Auslieferungsverfahrens zwischen der Schweiz und der Ukraine nicht gelungen.¹⁰⁴ Der zugrunde liegende Sachverhalt hatte sich allerdings im Jahr 2008 und damit vor der aktuellen Krise in der Ukraine ereignet.

3. Romaverfolgung und relatives politisches Delikt

Diese Rechtsprechung hat das Bundesstrafgericht in einem Auslieferungsverfahren weiter konkretisiert, in welchem sich der Verfolgte darauf berief, er sei Angehöriger der Volksgruppe der Roma. Diese würden in seinem Herkunftsstaat¹⁰⁵ systematisch verfolgt. Das gegen ihn erhobene Strafverfahren wegen eines gemeinrechtlichen Delikts sei nur vorgeschoben.¹⁰⁶ Das Bundesstrafgericht ist bei seiner Prüfung nicht auf die globale Situation der Roma im betreffenden Staat eingegangen, sondern hat sich mit den Verhältnissen im konkreten Strafverfahren befasst. Es hat dabei festgestellt, der Verfolgte habe nicht dargetan, inwiefern die Strafverfolgung gegen ihn mit der Tatsache verknüpft sei, dass er den Roma angehöre. Dabei hat das Gericht ausschliesslich in serbischer Sprache eingereichte, unübersetzt gebliebene Akten unbeachtet gelassen und sich bloss auf die ebenfalls ins Recht geführten Berichte von Amnesty International und des UNO-Menschenrechtsrats gestützt. Es ist aufgrund dieser Beweislage zum Schluss gekommen, es bestehe «aucun élément qui permettrait de comprendre en quoi l'action de la Serbie contre X serait motivée du seul fait de son appartenance ethnique».¹⁰⁷

4. Relevanz der Erwägungen aus dem Asylverfahren bei Einrede des politischen Delikts

Die Parallelität von Auslieferungs- und Asylverfahren ist keine Seltenheit. Aus naheliegenden Gründen erheben in Auslieferungsverfahren involvierte Personen, die in der Schweiz einen Asylantrag gestellt haben, oft auch im Auslieferungsverfahren die Einrede des politischen Delikts. Die angegebenen Gründe decken sich in der Regel mit den Fluchtgründen im Asylverfahren. Das Bundesstrafgericht hat festgehalten, der Auslieferungsrichter verfüge zwar über umfassende Kognition. Um Widersprüche zu verhindern habe er sich jedoch in

¹⁰⁴ *Supra*, E.4.3 und 4.4. Der Verfolgte hatte behauptet, er werde von den ukrainischen Strafverfolgungsbehörden nur verfolgt (wegen Nötigung bzw. Raub), weil er Mitglied einer politischen Organisation und Wahlbeobachter sei.

¹⁰⁵ *In casu* Serbien.

¹⁰⁶ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.260 vom 18. Februar 2014, E.2.1.

¹⁰⁷ *Supra*, E.2.3.

Fällen, in denen schon ein rechtskräftiger (negativer) Asylentscheid ergangen sei, grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellung und die Erwägungen der Asylbehörden zu halten.¹⁰⁸

5. Beidseitige Strafbarkeit – «*complot/conspiracy*» im kanadischen Strafrecht

In Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG findet sich die Auslieferungsvoraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit: Grundsätzlich ist eine Auslieferung nur zulässig, wenn eine Tat nach dem Recht sowohl der Schweiz als auch des ersuchenden Staates mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder einer schwereren Strafe bedroht ist. Dieser Grundsatz wurde in mehrere bilaterale Auslieferungsverträge inkorporiert, er findet sich u.a. auch in Art. 2 Abs. 1 des Auslieferungsvertrages zwischen der Schweiz und Kanada.¹⁰⁹ Dieser Vertrag bestimmt in Art. 2 Abs. 5 weiter, eine strafbare Handlung gelte als auslieferungsfähig, ungeachtet, ob das Recht der Vertragsstaaten die Straftat in dieselbe Kategorie einordne oder mit anderen Begriffen bezeichne (lit. a). Überdies wird bei der Beurteilung, ob die Handlung im ersuchten Staat eine auslieferungsfähige Handlung darstellt, die Gesamtheit der der auszuliefernden Person zur Last gelegten strafbaren Handlungen berücksichtigt (lit. b). Vor diesem Hintergrund übertrug das Bundesstrafgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 35 IRSG auch auf den Auslieferungsvertrag mit Kanada: Es sei unerheblich, ob eine strafbare Handlung in beiden Staaten juristisch gleich qualifiziert werde; ebenfalls unerheblich sei die Frage nach den Bedingungen der Strafbarkeit oder jene nach gleicher Strafdrohung. Entscheidend sei einzig, dass die Handlung in beiden Staaten mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion von mindestens einem Jahr bedroht sei. Überdies sei das Vorliegen der beidseitigen Strafbarkeit für jede Straftat einzeln zu prüfen.¹¹⁰

In einem Auslieferungsverfahren mit Kanada hatte das Bundesstrafgericht zu prüfen, ob der kanadische Tatbestand des «*complot*»¹¹¹ gemäss Art. 465 des kanadischen Strafgesetzbuches dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit zu genügen vermöge. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum US-amerikanischen Tatbestand der «*conspiracy*» kam das Bun-

¹⁰⁸ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.101 + RR.2013.141 + RP.2013.27 vom 21. November 2013, E.8.2.

¹⁰⁹ Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Kanada vom 7. Oktober 1993, SR 0.353.923.2.

¹¹⁰ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.177 vom 30. August 2013, E.4.1.

¹¹¹ In der englischen Fassung des kanadischen Strafgesetzbuches ist Art. 465 mit der Marginalie «*conspiracy*» überschrieben.

des Strafgericht zum Schluss, der «*complot*» erfülle für sich alleine genommen das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit nicht. Allerdings hatte die ersuchende Behörde *in casu* den «*complot*» nicht unabhängig, sondern in Verbindung mit anderen Straftatbeständen untersucht, bezüglich welchen die beidseitige Strafbarkeit unbestritten war. Vor diesem Hintergrund kam das Bundesstrafgericht zum Schluss, im schweizerischen Strafrecht seien nicht selbstständig strafbare Vorbereitungshandlungen zu einer Straftat von der Strafe für die Straftat selbst mit eingeschlossen. Somit ist dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit genüge getan: was im kanadischen Strafrecht einen «*complot*» zur Begehung einer bestimmten Straftat darstellt, ist in der Schweiz von der Strafe für die Begehung dieser Straftat mit umfasst.¹¹²

6. Eröffnung des Auslieferungshaftbefehls

Der Auslieferungshaftbefehl ist gemäss Art. 48 Abs. 2 IRSG sowie Art. 34 Abs. 1 VwVG¹¹³ i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG schriftlich zu eröffnen, wobei die schriftliche Eröffnung den Lauf der zehntägigen Beschwerdefrist auslöst. Massgeblich für die Berechnung der Frist ist der Tag der Eröffnung oder Mitteilung respektive der Zustellung des Aktes, wobei die Frist an dem auf die Mitteilung folgenden Tag zu laufen beginnt (Art. 20 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG). Die Mitteilung muss in der vom Gesetz vorgesehenen Form eröffnet werden, um wirksam zu sein. Als empfangs-, nicht aber annahmepflichtige Rechtshandlung muss die schriftliche Mitteilung in den Zugriffsbereich des Betroffenen oder seines Vertreters gelangt sein (Art. 11 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG). Dabei ist unerheblich, ob der Empfänger von der Mitteilung tatsächlich Kenntnis nimmt. Die Beweislast für die ordnungsgemässe Eröffnung der Mitteilung und für deren Zeitpunkt obliegt der eröffnenden Behörde. Die Schriftlichkeit ist ein Gültigkeitserfordernis. Sie gibt Klarheit über den Inhalt der Verfügung und dient der Rechtssicherheit. Fehlt dieses Erfordernis, ist die Verfügung in der Regel nichtig. Allerdings ist umstritten, ob die Schriftlichkeit nach Art. 34 Abs. 1 VwVG zwingend nach einer Unterzeichnung seitens der verfügenden Behörde verlangt und bejahendenfalls, welche Rechtsfolgen an einen diesbezüglichen Mangel geknüpft sind. Das VwVG verlangt die namentliche Nennung der am Entscheid mitwirkenden Behördenmitglieder nicht und auch das IRSG kennt keine entsprechende Norm.¹¹⁴

¹¹² Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.177 vom 30. August 2013, E.4.2 und 4.3.

¹¹³ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021.

¹¹⁴ Vgl. zum Überblick über die formellen Erfordernisse der Eröffnung des Auslieferungshaftbefehls Entscheid des Bundesstrafgerichts RH.2013.1 vom 23. April 2013, E.4.1.

In einem Auslieferungsverfahren hat das BJ einen formgültigen Auslieferungshaftbefehl ausgestellt und eine kantonale Staatsanwaltschaft mit dessen Vollzug beauftragt, wobei es darum ersuchte, dem Verfolgten das Original zu eröffnen, unter Rücksendung der Empfangsbestätigung an das BJ. Aus ungeklärten Gründen wurde dem Betroffenen jedoch nur eine Faxe Kopie des Auslieferungshaftbefehls – und diese ausserdem unvollständig, ohne die letzte Seite mit Rechtsmittelbelehrung und Unterschrift – übergeben. Vom Inhalt der Verfügung, ausgenommen die Rechtsmittelbelehrung, erhielt der Betroffene allerdings Kenntnis.¹¹⁵

Das Bundesstrafgericht hielt fest, gemäss Art. 38 VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG dürfe den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Besonders schwere Form- und Eröffnungsfehler, die offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sind, führen zur Nichtigkeit einer Verfügung. Weniger schwerwiegende Form- und Eröffnungsfehler machen diese bloss anfechtbar. Eine fehlende Eröffnung wäre dabei ein schwerwiegender Eröffnungsfehler und würde zur Nichtigkeit führen. Bei Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung handelt es sich um einen weniger schwerwiegenden Mangel, der die fragliche Anordnung bloss anfechtbar macht. Das Bundesstrafgericht hielt fest, es gehöre zum Allgemeinwissen, dass behördliche Entscheide angefochten werden könnten. Es sei dem Adressaten also zuzumuten, innert der üblichen Frist ein Rechtsmittel einzulegen oder sich nach den infrage kommenden Rechtsmitteln zu erkundigen.¹¹⁶

Nicht zum Allgemeinwissen gehören jedoch gemäss Bundesstrafgericht genaue Beschwerdefrist und -form. *In casu* trat es auf eine nach Ablauf der zehntägigen Frist – aber innerhalb von 30 Tagen – und bloss per Fax eingereichte Beschwerde ein. Dem nicht anwaltlich vertretenen Betroffenen sei es nicht zuzumuten gewesen, sich in Ermangelung einer Rechtsmittelbelehrung selbst nach der einschlägigen Frist und Form zu erkundigen.¹¹⁷

7. Auslieferung bei konkurrierender Gerichtsbarkeit

Gemäss Art. 7 Abs. 1 EAUe kann die Schweiz die Auslieferung des Verfolgten wegen einer strafbaren Handlung ablehnen, die nach ihren Rechtsvorschriften ganz oder teilweise auf ihrem Hoheitsgebiet begangen worden ist. Dabei handelt es sich um eine Kann-Vorschrift, die es der Schweiz erlaubt, von der Auslieferung abzusehen – sie aber nicht dazu verpflichtet. Vor diesem Hintergrund

¹¹⁵ *Supra*, E.4.2 und 4.3.

¹¹⁶ *Supra*, E.4.3.1.

¹¹⁷ *Supra*, E.4.3.2.

steht Art. 7 Abs. 1 EAUE nicht im Widerspruch zu Art. 36 Abs. 1 IRSG, der besagt, der Verfolgte könne für eine Tat, die der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliege, ausnahmsweise ausgeliefert werden, wenn besondere Umstände, namentlich die Möglichkeit der besseren sozialen Wiedereingliederung, dies rechtfertigten. Das Zusammenspiel der beiden Normen illustriert vielmehr den weiten Ermessensspielraum, den die Auslieferungsbehörde in Fällen konkurrierender Gerichtsbarkeit hat: Während es Art. 7 Abs. 1 EAUE erlaubt, das schweizerische Strafverfolgungsinteresse gegenüber einer grundsätzlichen Auslieferungsverpflichtung zu priorisieren, erlaubt es Art. 36 Abs. 1 IRSG, im Interesse der Verfahrensökonomie sicherzustellen, dass gegen den Beschuldigten nicht zwei verschiedene Strafverfahren betreffend denselben Sachverhaltsvorwurf geführt werden. Grundsätzlich hat sich die Auslieferungsbehörde bei ihrer Abwägung innerhalb dieses rechtlichen Rahmens am Kriterium des deliktischen Schwerpunkts zu orientieren. Die Möglichkeit der besseren sozialen Wiedereingliederung ist nur ein weiteres dabei zu berücksichtigendes Kriterium.¹¹⁸

In einem Auslieferungsverfahren wegen Betrugs, bei dem sämtliche Geschädigte in Deutschland wohnten, wo sie vom deutschen Verfolgten getäuscht wurden und anschliessend grössere Geldsummen auf ein Konto desselben in die Schweiz transferierten, liegt der Schwerpunkt der deliktischen Handlungen gemäss der Auffassung des Bundesstrafgerichts klarerweise in Deutschland. Obwohl die Tat auch der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterläge (Erfolgsort)¹¹⁹, kann sich das BJ demnach auf Art. 36 Abs. 1 IRSG abstützen und die Auslieferung des Verfolgten nach Deutschland bewilligen.¹²⁰

B. Akzessorische Rechtshilfe

1. Kontosperrung ohne entsprechenden Antrag im Rechtshilfeersuchen

Die Rechtshilfebehörde verletzt den Grundsatz der Proportionalität nicht, wenn sie im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens zwecks Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung von Vermögenswerten gemäss Art. 74a IRSG eine Kontosperrung anordnet, ohne dass diese Massnahme im ausländischen Rechtshilfeersuchen explizit verlangt worden war. Zwar stuft das Bundesgericht die Kontosperrung grundsätzlich als vorläufige Massnahme nach Art. 18 IRSG

¹¹⁸ Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2013.235 + RP.2013.49 vom 26. November 2013, E.5.5 sowie RR.2013.229 vom 16. Oktober 2013, E.3.1.

¹¹⁹ Vgl. dazu m.w.H. BGE 133 IV 171, E.6.3, S. 177.

¹²⁰ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.235 + RP.2013.49 vom 26. November 2013, E.5.6.

ein.¹²¹ Der Wortlaut dieses Artikels setzt voraus, dass die ausländische Behörde die Anordnung einer vorläufigen Massnahme ausdrücklich verlangt. Das Bundesstrafgerichts ist allerdings der Auffassung, die Kontosperrung sei quasi im Antrag auf Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung von Vermögenswerten mit enthalten, wonach die Rechtshilfebehörden ihre Kompetenzen nicht überschreitet, wenn sie im Rahmen eines derartigen Verfahrens eine Kontosperrung anordnet, ohne dass dies im zugrunde liegenden Ersuchen verlangt worden war.¹²²

2. Einsicht in nationale Straftaten – Beschwerdelegitimation nach IRSG bzw. StPO?

In bestimmten Situationen laufen ein Rechtshilfeverfahren und eine schweizerische Strafuntersuchung betreffend die gleiche Person parallel. Bewilligen die schweizerischen Behörden in einem derartigen Fall die Einsicht einer Drittperson – in der Regel der ausländischen Strafverfolgungsbehörde – in die nationalen Straftaten, so stellt sich die Frage, gestützt worauf die im schweizerischen Strafverfahren beschuldigte Person die entsprechende Verfügung anfechten kann. Richtet sich ihre Beschwerdelegitimation nach Art. 80e IRSG oder aber nach Art. 382 Abs. 1 StPO?¹²³

Das Bundesstrafgericht hielt dazu fest, die Regeln des IRSG fänden Anwendung, wenn die Akteneinsicht ein nationales Strafdossier betreffe, dessen Inhalt sich auf den gleichen Sachverhalt beziehe, wie er dem parallelen Rechtshilfeverfahren zugrunde liege.¹²⁴ Ist dies hingegen nicht der Fall, kommt die StPO zur Anwendung.¹²⁵

Findet das IRSG Anwendung, so richtet sich die Beschwerdelegitimation nach dessen Art. 80e Abs. 2 lit. b *per analogiam*, da die Akteneinsicht der ausländischen Behörde in die schweizerischen Straftaten im Ergebnis einer Anwesenheit von ausländischen Prozessbeteiligten gleichkommt.¹²⁶

In einem Fall, wo die Bundesanwaltschaft ein Verfahren wegen Bestechung fremder Amtsträger i.S.v. Art. 322^{septies} StGB führte und gleichzeitig ein Rechtshilfeverfahren anhängig war, weil ein ausländischer Staat nach seinem nationalen Recht in der gleichen Sache ein eigenes Strafverfahren führte,¹²⁷ prüfte das

¹²¹ Entscheid des Bundesgerichts 1C_562/2011 vom 22. Dezember 2011, E.1.3.

¹²² Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.73-76 vom 6. August 2013, E.3.

¹²³ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

¹²⁴ Entscheid des Bundesstrafgerichts BB.2012.194 + BP.2012.83 vom 2. Juli 2013, E. 3.1.1.

¹²⁵ *Supra*, E.3.1.2.

¹²⁶ *Supra*, E.3.1.1.

¹²⁷ Vgl. *supra*, Darstellung des Sachverhalts.

Bundesstrafgericht die Beschwerdelegitimation der im schweizerischen Strafverfahren verfolgten Person sowohl nach IRSG als auch nach StPO. Es kam dabei zum Schluss, die Beschwerdelegitimation sei nach beiden gesetzlichen Grundlagen gegeben – und verzichtete darauf, diejenige zu bezeichnen, die es seinen weiteren Erwägungen *in casu* zugrunde legte.¹²⁸

3. Rechtshilfeersuchen von inkompetenter ausländischer Behörde

Gemäss Art. 5 IRSG müssen sich die schweizerischen Rechtshilfebehörden grundsätzlich vergewissern, dass der Rechtshilfe ersuchende Staat in der Sache, die Gegenstand des Ersuchens ist, über einen Strafanspruch verfügt. Dies bedeutet jedoch gerade nicht, dass die schweizerische Behörde die Kompetenz der ersuchenden Behörde nach dem nationalen Recht des ausländischen Staates zu überprüfen hätte. Im Gegenteil ist eine derartige Überprüfung grundsätzlich verboten – es sei denn, die ersuchende Behörde sei offensichtlich inkompetent zum Stellen von Ersuchen bezüglich Rechtshilfe in Strafsachen. Eine derartige offensichtliche Kompetenzüberschreitung der ausländischen Behörde käme dann einem schweren Mangel des ausländischen Verfahrens gemäss Art. 2 lit. d IRSG gleich und die Rechtshilfe würde verweigert.¹²⁹

Das Bundesstrafgericht erkannte in einem Rechtshilfeersuchen im Rahmen eines Korruptionsverfahrens, das von der brasilianischen «*6ème Chambre criminelle fédérale spécialisée en Crime contre le Système Financier National et en Blanchissage de Valeurs*» ausging, keinen derartigen offensichtlichen Mangel und äusserte sich konsequenterweise nicht weiter zur Einrede des Verfolgten, wonach diese Behörde nach brasilianischem Recht im konkreten Fall nicht zur Stellung des besagten Rechtshilfeersuchens kompetent gewesen wäre.¹³⁰

4. Weitergabe rechtswidrig erlangter Beweismittel

Ein ausländisches Strafverfahren kann durch unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen gemäss Art. 67a IRSG seitens der schweizerischen Strafverfolgungsbehörden in Gang gesetzt werden. Wenn sich diese Beweismittel später aufgrund eines Gerichtsentscheids in einem schweizerischen Strafverfahren als rechtswidrig erlangt erweisen, stellt sich die Frage,

¹²⁸ *Supra*, E.3.1.1 und 3.1.2.

¹²⁹ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.203-204 vom 28. Februar 2014, E.4.1.

¹³⁰ *Supra*, E.4 und E.4.2.

welche Folgen diese Tatsache für die Rechtmässigkeit von deren Übermittlung an das Ausland bzw. für das darauf aufbauende ausländische Strafverfahren hat.

Das Bundesstrafgericht entschied in einem Rechtshilfeverfahren mit Brasilien, dem eine derartige Konstellation zugrunde lag, zwar widerspreche die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel in einem schweizerischen Strafverfahren grundsätzlich den Garantien des Art. 29 BV.¹³¹ Allerdings erlaube Art. 141 Abs. 2 StPO, dem seinerseits ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts¹³² zugrunde liege, ausnahmsweise die Verwertung derartiger Beweise, wenn dies zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sei. Dieser Grundsatz sei auf das Rechtshilfeverfahren zu übertragen.¹³³ Vor diesem Hintergrund sei die Verwertbarkeit der widerrechtlich erlangten Beweismittel Gegenstand einer Interessenabwägung.¹³⁴ In diese Abwägung bezog das Bundesstrafgericht anschliessend die Elemente der Schwere der verfolgten Straftaten¹³⁵, den Sinn und Zweck des Rechtshilfevertrages zwischen der Schweiz und Brasilien¹³⁶ sowie weitere völkerrechtliche Verpflichtungen¹³⁷ der beiden Staaten mit ein. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen kam das Bundesstrafgericht zum Schluss, dass der Schweiz und Brasilien gemeinsame Strafverfolgungsinteresse triumphiere *in casu* über das grundsätzliche Beweisverwertungsverbot.¹³⁸ Die spontane Übermittlung der Beweismittel, die sich später als rechtswidrig erlangt erwiesen haben, war demnach rechtmässig.

Das Bundesgericht hat diesen Entscheid geschützt.¹³⁹

5. Beweismass bei Rechtshilfe wegen Geldwäscherei

Ersucht eine ausländische Behörde um Rechtshilfe in einem Strafverfahren wegen Geldwäscherei, so muss sie in ihrem Ersuchen weder den Beweis für die Geldwäscherei noch für die Vortat erbringen. Konkrete Verdachtsmomente

¹³¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.

¹³² Vgl. z.B. BGE 133 IV 329, E.4.4, S. 331.

¹³³ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.203-204 vom 28. Februar 2014, E.3.2.

¹³⁴ *Supra*, E.3.3., unter Verweis auf den Entscheid des Bundesstrafgerichts SK.2010.13 vom 21. April 2011, E.5.3.2.

¹³⁵ *In casu* Bestechung in nicht geringem Ausmass sowie Geldwäscherei, beides Delikte, die das Bundesstrafgericht als schwere Straftaten einstufte.

¹³⁶ SR 0.351.919.81. Dieser Vertrag zielt gemäss Botschaft explizit auf den gemeinsamen Kampf gegen Korruption und Geldwäscherei ab, vgl. BBl 2007 1903, 1907.

¹³⁷ Insb. die United Nations Convention against Corruption, UNTOC, SR 0.311.56.

¹³⁸ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.203-204 vom 28. Februar 2014, E.3.3.

¹³⁹ Entscheid des Bundesgerichts IC_148/2014 vom 24. März 2014.

vermögen dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit bereits zu genügen.¹⁴⁰ Dieser Verdacht kann einzig auf verdächtigen Transaktionen beruhen. Verdächtig sind dabei Transaktionen ohne offensibaren Grund oder solche, die über mehrere Gesellschaften in unterschiedlichen Staaten abgewickelt werden. Auch die Höhe der transferierten Summe kann ein Verdachtsmoment sein.¹⁴¹

In einem Rechtshilfeverfahren mit den USA hat das Bundesstrafgericht einen Verdacht gründend auf hohen Geldsummen in runden Beträgen, verbunden mit der unbekanntem Herkunft des Geldes und einem nicht weiter konkretisierten « *contexte fort suspect* » der Überweisungen als dem Nachweis der beidseitigen Strafbarkeit bereits genügend erachtet.¹⁴²

6. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen

Gemäss seinem Wortlaut erlaubt Art. 67a Abs. 1 IRSG einer schweizerischen Strafverfolgungsbehörde die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde, wenn die schweizerische Behörde diese Beweismittel für eine eigene Strafuntersuchung erhoben hat. Gemäss Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts war vor diesem Hintergrund die Eröffnung eines schweizerischen Strafverfahrens *conditio sine qua non* für die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen gemäss Art. 67a IRSG: Hatte keine schweizerische Strafverfolgungsbehörde ein eigenes Strafverfahren eröffnet, war auch eine Übermittlung bereits erlangter Beweismittel an das Ausland nicht zulässig.¹⁴³

Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung nun revidiert. Es hält zwar fest, Art. 67a IRSG sei zurückhaltend anzuwenden. Sein Sinn sei es nicht, die Denunziation zu fördern und einen unkontrollierten Informationsfluss an das Ausland zu ermöglichen.¹⁴⁴ Es ist demnach zu verhindern, dass ein schweize-

¹⁴⁰ Zuletzt Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.199-201 vom 14. Januar 2014, E.5; vgl. auch Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2011.238 vom 29. November 2011, E. 2.1 sowie RR.2008.8 vom 23. Juli 2008, E.2.2.

¹⁴¹ Vgl. dazu Entscheid des Bundesgerichts 1A_188.2005 vom 24. Oktober 2005, E.2.4. sowie Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2008.69-72 vom 14. August 2008, E.3.3.

¹⁴² Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.199-201 vom 14. Januar 2014, E.5.1.

¹⁴³ Vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.311 vom 11. Juli 2013, E.5.3. Dies galt auch in Fällen, wo die schweizerische Strafverfolgungsbehörde, z.B. aufgrund der ungenügenden Beweislage oder aufgrund fehlenden Strafanspruchs, gar kein eigenes Strafverfahren eröffnen konnte. Das Bundesstrafgericht stützte diese Meinung vornehmlich auf die Botschaft zur IRSG-Revision 1997 ab, wo Art. 67a IRSG ins Gesetz eingefügt worden war, vgl. BBl 1995 III 1, 24f.

¹⁴⁴ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.1, unter Verweis auf BGE 125 II 238, E.5a, S. 245.

risches Strafverfahren nur vorgeschoben und sein Zweck umgangen wird. Gleichzeitig steht gemäss der Auffassung des Bundesgerichts das schweizerische Strafverfolgungsinteresse bei der unaufgeforderten Übermittlung von Beweismitteln nicht im Vordergrund. Ihr Hauptzweck ist es, die Einleitung oder den Fortschritt eines ausländischen Strafverfahrens zu befördern.¹⁴⁵ Vor diesem Hintergrund widerspricht das Bundesgericht der Auffassung des Bundesstrafgerichts, wonach es unverhältnismässig sei, zwecks Durchsetzung rein ausländischer Strafverfolgungsinteressen Beweismittel oder Informationen unaufgefordert an ausländische Behörden weiterzuleiten.¹⁴⁶ Dabei gab das Bundesgericht insbesondere zu bedenken, dass Art. 67a IRSG lange vor der eidgenössischen Strafprozessordnung in Kraft getreten ist. Dies habe zur Folge, dass im Jahr 1995, als die Botschaft zur IRSG-Revision und zu Art. 67a IRSG verfasst wurde, anders als heute gemäss Art. 309 Abs. 3 StPO, die förmliche Eröffnung der Strafuntersuchung mittels Verfügung nicht vorgeschrieben war.¹⁴⁷ Also konnte damals schon in früherem Stadium vom Vorliegen einer schweizerischen «Strafuntersuchung» ausgegangen werden.

Das Bundesgericht hat sodann festgehalten, dass eine kantonale Staatsanwaltschaft, welche gestützt auf Art. 67a IRSG Informationen aus einer Verdachtsmeldung der Meldestelle für Geldwäscherei an Kolumbien weiterleitete, ohne selbst in der Sache ein Strafverfahren zu eröffnen, diese Bestimmung nicht verletzt hat. Eine Auslegung nach Sinn und Zweck des Art. 67a IRSG ergebe, dass die in der Norm enthaltenen Hinweise auf eine Strafuntersuchung bzw. ein Strafverfahren in der Schweiz nicht generell im Sinne einer unabdingbaren Voraussetzung für die unaufgeforderte Übermittlung zu verstehen seien. Da die betreffende kantonale Staatsanwaltschaft rechtmässig mit der Sache befasst war und die übermittelten Informationen geeignet waren, Kolumbien die Stellung eines Rechtshilfersuchens an die Schweiz zu ermöglichen, konnte die Staatsanwaltschaft deren unaufgeforderte Übermittlung auf Art. 67a IRSG abstützen.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.2.

¹⁴⁶ Vgl. dazu Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.311 vom 11. Juli 2013, E.5.3.2.

¹⁴⁷ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.2.

¹⁴⁸ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.5.

IV. Le droit pénal international de la Suisse (par Robert Roth)

Après des années bien remplies (adaptation du droit pénal suisse au Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹⁴⁹, participation de la Suisse au «mécanisme résiduel des Tribunaux pénaux internationaux¹⁵⁰), l'année 2013 a été une année de transition, avant le débat sur la ratification des modifications au Statut de Rome et l'adoption en Suisse du crime d'agression.¹⁵¹ Le Conseil fédéral a toutefois proposé le 29 novembre 2013¹⁵² la ratification de la Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.¹⁵³ Le dispositif proposé par le Gouvernement est complet : la création d'une *nouvelle norme d'incrimination* (art. 185^{bis} P-CP) et l'affirmation d'un *droit à l'information* des proches de la personne disparue en sont les deux points forts.

L'insertion proposée du nouvel article du Code pénal au sein des infractions contre la liberté (individuelle) peut surprendre, a été discutée lors de la procédure de consultation et sera peut-être discutée au Parlement. En soi, toute incrimination nouvelle fondée sur une obligation découlant du droit international n'a pas nécessairement sa place au sein du récent Titre 12^{bis} du CP¹⁵⁴, dont l'intitulé est bien «Génocide et crimes de guerre» et non «Crimes internationaux». Toutefois, faire de la disparition forcée un délit affectant en premier lieu un intérêt individuel ne convainc pas entièrement qui a à l'esprit l'origine de la Convention internationale du 20 décembre 2006 et le profil de *crime d'Etat* de ce «phénomène d'envergure mondiale»¹⁵⁵ ; la disparition forcée – ou plutôt les disparitions forcées – ne sont-elles vraiment qu'une séquestration (fortement) aggravée?

¹⁴⁹ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, PETER POPP & ROBERT ROTH, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international* (2009), *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld* (2009), RSDIE/SZIER 2010, p. 373–376.

¹⁵⁰ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7, *supra*), RSDIE/SZIER 2013, p. 502–503.

¹⁵¹ Message du Conseil fédéral portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre, du 19 février 2014, FF 2014 1973. Ce texte important sera commenté dans la prochaine Chronique.

¹⁵² Message du Conseil fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, du 29 novembre 2013, FF 2014 437 et 483 (pour l'Arrêté fédéral comprenant le nouvel article du Code pénal commenté ci-après).

¹⁵³ Que l'on trouve également à la FF 2014 491.

¹⁵⁴ RO 2010 4964.

¹⁵⁵ *Sic*, FF 2014 441.

La délimitation entre la nouvelle infraction et la disparition forcée en tant que crime contre l'humanité (art. 264a lit. e CP) posera également problème, puisque celle-ci (le crime contre l'humanité) ne se distingue de celle-là (la disparition forcée « simple ») que par le fait qu'elle ne comprend pas la dimension de l'« attaque généralisée ou systématique contre la population civile » qui définit *tout* crime contre l'humanité. Lorsque cet élément fera défaut, c'est donc l'article 185^{bis} qui s'appliquera seul; en revanche, en cas d'attaque généralisée ou systématique contre la population civile, les deux dispositions devraient entrer en *concours*.

Preuve enfin de l'importance de ce nouveau crime, l'al. 2 de l'art. 185^{bis} P-CP exclut l'application de la règle de la double incrimination, ce qui ajoute une nouvelle page au roman touffu de l'application de l'art. 7 CP (en l'espèce, application de l'al. 1 de l'article, à l'exception de sa lit. a) prévoyant précisément la double incrimination; la nouvelle infraction est ainsi implicitement reconnue comme « un crime particulièrement grave affectant la communauté internationale » (art. 7 al. 2 lit. b CP);¹⁵⁶ ce qu'il est !

Cette activité législative relativement calme contraste avec une activité diplomatique intense. La Suisse a tout d'abord plaidé en vain afin que le Conseil de sécurité défère à la Cour pénale internationale les crimes graves commis dans le cadre du conflit syrien, compétence prévue par l'art. 13 lit. b du Statut de Rome (janvier 2013¹⁵⁷); la Suisse a également poursuivi son intense lobbying en faveur de la Cour pénale internationale, qui a résulté en une « Déclaration de soutien » publiée le 26 septembre 2013 et signée par vingt-quatre Etats exigeant « davantage de fermeté » dans la lutte contre l'impunité.¹⁵⁸ Le dossier syrien est toutefois loin d'être clos, puisque divers projets de mise sur pied d'une juridiction *ad hoc* de caractère mixte sont actuellement discutés dans divers bureaux et de plus rares forums. A notre connaissance, la Suisse n'a pas encore pris position face à l'alternative qui va se profiler dans ses prochains mois: saisine de la Cour pénale internationale ou nouveau tribunal mixte? Nous aurons sans doute l'occasion d'y revenir dans une prochaine chronique.

Sur le plan judiciaire, l'année 2013 n'a pas connu de nouvelle décision Nezzar¹⁵⁹. L'activité du « Centre de compétences Droit pénal international » du

¹⁵⁶ Cf. URSULA CASSANI & ROBERT ROTH, *Le juge suisse au service de la « communauté des peuples » ?*, in: Festschrift Stefan Trechsel, Zurich, 2002, p. 449–475.

¹⁵⁷ Cf. communiqué du DFAE du 14 janvier 2013, <<https://www.news.admin.ch>> (consulté le 8.7.2014)

¹⁵⁸ Communiqué du DFAE du 26 septembre 2013, <<https://www.news.admin.ch>> (consulté le 8.7.2014), avec, en annexe, la *Declaration of Commitment to the International Criminal Court*.

¹⁵⁹ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 25 juillet 2012; cf. SÉVANE GARIBIAN, in: URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7, *supra*), RSDIE/SZIER 2013, p. 500–502.

Ministère public de la Confédération s'est toutefois développée, et les fruits de cette activité devraient nous être connus dans ces prochains mois. Le Rapport de gestion 2013 du Ministère public de la Confédération¹⁶⁰ fournit quelques données intéressantes : cette autorité de poursuite s'est saisie ou a été saisie de cinq nouvelles affaires portant sur une suspicion de crimes de guerre, voire de crimes contre l'humanité, touchant « principalement » l'ex-Yougoslavie. Pour la première fois a été dénoncé au Centre de compétences le cas d'une société suisse soupçonnée de blanchiment d'argent en relation avec des crimes de guerre portant sur le pillage de ressources naturelles en Afrique. Ce cas sera, à n'en pas douter, passionnant s'il parvient à maturation judiciaire.

¹⁶⁰ Disponible sur <<http://www.bundesanwaltschaft.ch>> (consulté le 8. 7. 2014), p. 25.

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013

par **Michel Hottelier & Vincent Martenet**¹

avec la collaboration de

Stéphanie Dahmen et Véronique Dubosson,
ainsi que Matthieu Corbaz et Guillaume Lammers²

Table des matières

Introduction

- A. Partie générale
 - 1. La Suisse et le Conseil de l'Europe
 - 2. Instruments de protection des droits de l'homme
 - 3. Retrait d'une réserve
 - 4. Notion de règles impératives du droit international
 - 5. Relations entre les initiatives populaires fédérales et le droit international
 - 6. Portée de l'arrêt *Udeh c. Suisse*
 - 7. Révision d'un arrêt du Tribunal fédéral
 - 8. Questions de procédure
- B. Partie spéciale
 - 1. La CEDH
 - 2. Le Protocole n° 7 à la CEDH
 - 3. Le Pacte I
 - 4. Le Pacte II
 - 5. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Introduction

A l'image de celles qui l'ont précédée, la *Pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013* contient de nombreux documents dignes d'intérêt. La partie générale met en exergue l'intérêt que porte le Conseil fédéral à plusieurs instruments de première importance, à l'image de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (A.2.1) ou

¹ Professeurs, respectivement à l'Université de Genève et à celle de Lausanne.

² Assistant(e)s, respectivement à l'Université de Genève et à celle de Lausanne.

de celle sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, que l'Assemblée fédérale a approuvée le 27 septembre 2013 (A.2.3). Celle-ci a également approuvé le 13 décembre 2013, quelque dix ans après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (A.2.2). L'engagement de la Suisse en faveur des droits de l'homme est illustré par les propos du Conseil fédéral soulignant l'attachement de la Suisse au Conseil de l'Europe à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'adhésion de notre pays à cette organisation (A.1). Cet engagement est aussi perceptible dans un nouvel arrêt du Tribunal fédéral rendu dans une procédure de révision ouverte à la suite d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (A.7).

A plusieurs reprises (RSDIE 2011, p. 455 ; RSDIE 2010, p. 420 et les autres références citées), la *Pratique suisse relative aux droits de l'homme* a mis en relief les problèmes juridiques susceptibles de résulter de l'acceptation par le peuple et les cantons d'initiatives populaires contraires aux engagements internationaux auxquels la Suisse a souscrit en matière de droits de l'homme. Après avoir rappelé ces problèmes dans le message qu'il a présenté le 26 juin 2013 à l'Assemblée fédérale au sujet de la mise en œuvre de l'article 121 alinéa 3 à 6 Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels, le Conseil fédéral a proposé aux Chambres fédérales, le 19 février 2014, de classer les propositions visant à assurer une meilleure compatibilité des initiatives populaires avec le respect des droits de l'homme (A.5).

Dans la partie spéciale, plusieurs arrêts originaux ont conduit le Tribunal fédéral à se prononcer sur les obligations découlant du droit à la vie (CEDH 2.1) et sur la portée des articles 3 et 8 CEDH en lien notamment avec la détention de personnes âgées, les modalités entourant le renvoi d'étrangers indésirables ou l'extradition de personnes (CEDH 3.2–3.5 et 8.3 ; voir également A.6).

La casuistique relative à l'article 4 CEDH n'est guère fournie. Un arrêt prononcé le 18 juillet 2013 a permis au Tribunal fédéral de statuer sur l'obligation faite aux détenus de travailler lors de l'exécution de leur peine, indépendamment de leur âge (CEDH 4.1). En matière de privation de liberté, plusieurs arrêts de principe fort intéressants sont consacrés au contrôle de la détention provisoire, de même qu'à la mise en œuvre de la règle de l'*habeas corpus* (CEDH 5.3.1, 5.4.1 à 5.4.4).

Comme d'habitude, la casuistique relative au champ d'application et aux garanties de procédure qu'énonce l'article 6 CEDH est volumineuse. Le Tribunal fédéral a ainsi eu à connaître de plusieurs affaires qui ont permis de préciser la notion de tribunal (CEDH 6.1.1–6.1.2), les contours du droit d'accès à cette instance (CEDH 6.1.3), de même que les exigences attachées à l'indépendance et l'impartialité judiciaires (CEDH 6.1.5), au traitement de l'appel pénal

(CEDH 6.1.7) ou encore à la publicité (CEDH 6.1.10). Notons en particulier un arrêt par lequel les juges fédéraux se sont, le 11 septembre 2013, prononcés sur le contrôle de plans sectoriels adoptés par le Conseil fédéral à propos d'une ligne à haute tension (6.1.4).

Au chapitre de l'article 7 CEDH, signalons un intéressant précédent par lequel le Tribunal fédéral a jugé que les sanctions de l'article 49a de la loi fédérale sur les cartels ayant un caractère de droit pénal ou similaire au droit pénal, les garanties des articles 6 et 7 CEDH leur sont applicables (CEDH 6.1.3, 6.1.9 et 7.1). L'article 8 CEDH a donné lieu à plusieurs arrêts qui ont permis de préciser la portée de cette garantie dans le cadre du droit au regroupement familial (CEDH 8.2) ou en matière de détermination du lieu de détention (CEDH 8.5). Une série d'arrêts a en outre conduit la Haute Cour à conférer une portée résolument restrictive à l'article 8 CEDH dans le domaine du droit des assurances sociales, tout en confirmant par ailleurs la jurisprudence niant tout effet direct aux droits du Pacte I en lien avec la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDH 8.4 et 14.1 ; Pacte I 9.1). Le Tribunal fédéral a aussi indiqué que le fait pour un ressortissant étranger de dépendre de l'aide sociale constitue une circonstance que l'autorité chargée de la police des étrangers peut prendre en compte, quoiqu'avec une grande retenue (CEDH 8.6).

La jurisprudence en matière de liberté religieuse ménage, une nouvelle fois, une ample marge d'appréciation en faveur des autorités fédérales ou cantonales, en ce qui concerne les contingents d'importation de viande casher (CEDH 9.1) ou l'impôt ecclésiastique dû par des sociétés commerciales (CEDH 9.2).

S'agissant de la liberté d'expression, un intéressant arrêt rendu le 25 janvier 2013 contient des indications fort utiles sur la portée l'article 10 CEDH en lien avec la publicité faite par les avocats (CEDH 10.1). Concernant le droit au mariage au sens de l'article 12 CEDH, les contours du droit à pouvoir séjourner en Suisse en vue de s'y marier sont définis par touches successives par le Tribunal fédéral (CEDH 12.1).

Les garanties du protocole n° 7 à la CEDH donnent, elles aussi, lieu à des arrêts dignes d'intérêt. Ainsi, le principe *ne bis in idem* qui figure à son article 4 ne s'oppose pas à la réouverture d'une procédure pénale (CEDH 7.4.1).

Enfin, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant a permis au Tribunal fédéral d'aborder la question du droit de séjour du parent étranger à l'égard d'un enfant disposant du droit de résider en Suisse, mais sur lequel il n'a pas l'autorité parentale (CDE 9.1). Un autre arrêt de principe extrêmement intéressant a conduit les juges fédéraux à examiner la portée de la liberté religieuse dans le cas de deux écolières portant le foulard islamique (CDE 14.1).

A. Partie générale

1. La Suisse et le Conseil de l'Europe

Dans son rapport sur la politique extérieure du 15 janvier 2014, le Conseil fédéral a relevé que l'année 2013 a été marquée par la célébration du 50^e anniversaire de l'adhésion de la Suisse au Conseil de l'Europe, le 6 mai 1963. A l'occasion de cet anniversaire, le chef du Département fédéral des affaires étrangères est intervenu devant l'Assemblée parlementaire à Strasbourg, où il a rappelé l'attachement de la Suisse aux valeurs défendues par le Conseil de l'Europe, ainsi que l'importance de construire un monde meilleur pour les générations futures. Le Conseil fédéral a rappelé à cette occasion que le Conseil de l'Europe revêt une double importance pour la Suisse. D'une part, les valeurs qu'il défend, à savoir les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit sont également inscrites dans la Constitution fédérale, ce qui permet à la Suisse de faire bénéficier l'institution strasbourgeoise de son expérience. D'autre part, les standards élaborés par le Conseil de l'Europe constituent pour l'ensemble des pays membres, y compris la Suisse, des jalons de référence dans tous les domaines dans lesquels il est actif.

FF 2014 1009.

2. Instruments de protection des droits de l'homme

2.1 Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

Le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales le 29 novembre 2013 un message portant approbation de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Cet instrument, à la rédaction duquel la Suisse a activement collaboré avant de le signer le 19 janvier 2011, vise à opposer une lutte globale à la grave violation des droits de l'homme que constituent les disparitions forcées. Le Conseil fédéral a relevé que, si l'ordre juridique suisse satisfait dans une large mesure aux principales exigences de la Convention, certaines dispositions du droit interne doivent toutefois être modifiées pour que celle-ci puisse être correctement mise en œuvre. Il s'agit notamment de créer une nouvelle infraction qui sanctionne la disparition forcée et de créer les bases légales permettant d'instaurer un réseau entre la Confédération et les cantons, grâce auquel les personnes privées de liberté pourront être rapidement localisées.

FF 2014 437.

2.2 Convention relative aux droits des personnes handicapées

L'Assemblée fédérale a approuvé le 13 décembre 2013 la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées. Cet instrument est le premier traité qui vise à assurer le respect des droits de l'homme des personnes handicapées. Il a pour objet d'assurer la pleine jouissance de ces droits par les personnes handicapées et leur participation active à la vie politique, économique, sociale et culturelle. Le Conseil fédéral a ratifié la Convention le 15 avril 2014 et celle-ci est entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai suivant.

RO 2014 1119 ; FF 2013 8721. Voir également RSDIE 2013, p. 406.

2.3 Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels

Le 27 septembre 2013, l'Assemblée fédérale a approuvé la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Convention de Lanzarote). Cet instrument met un accent particulier sur les droits des victimes mineures et leur protection. Il prévoit des dispositions pénales réprimant notamment les abus d'ordre sexuel commis sur des enfants, la prostitution infantine, la pornographie infantine et la participation d'enfants à des représentations pornographiques. La Convention prend en compte les nouvelles technologies utilisées pour commettre des infractions d'ordre sexuel, à l'instar de la sollicitation d'enfants sur Internet à des fins sexuelles (*grooming*). Elle renforce par ailleurs la lutte contre le tourisme sexuel visant des enfants en obligeant les Etats parties à poursuivre pénalement certaines infractions commises à l'étranger, même si elles n'y sont pas punissables.

RO 2014 1159 ; FF 2013 6621 ; FF 2012 7051.

2.4 Convention d'Aarhus

Le 27 septembre 2013, l'Assemblée fédérale a approuvé la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus). Cet instrument garantit un droit d'accès à l'information en matière d'environnement et procure certains droits aux personnes concernées par les décisions déterminantes en ce domaine, ainsi que la mise en place d'une voie de recours en vue d'assurer l'application des droits garantis par la Convention. Le Conseil fédéral a ratifié la Convention le 3 mars 2014 et celle-ci est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin suivant.

RO 2014 1021 ; FF 2013 6629. Voir également RSDIE 2012, p. 565.

2.5 Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain

Le 1^{er} janvier 2014 sont entrées en vigueur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain et ses ordonnances d'exécution. Conformément à son article 1^{er}, cette loi vise à protéger la dignité, la personnalité et la santé de l'être humain dans le cadre de la recherche. Elle pose le principe de la primauté des intérêts, de la santé et du bien-être de l'être humain sur les intérêts de la science et de la société. La recherche sur l'être humain ne peut être pratiquée que si la personne concernée a donné son consentement éclairé ou si elle n'a pas exercé son droit d'opposition après en avoir été informée conformément à la loi.

RO 2013 3215, 3381, 3407 et 3455 ; FF 2009 7259.

3. Retrait d'une réserve

Le 30 octobre 2013, la Suisse a notifié au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies sa décision de retirer la réserve qui avait été formulée à l'égard de l'article 16 paragraphe 1 lettre g de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes au sujet du nom de famille au sens des articles 160 du Code civil et 8a du Titre final du Code civil.

RO 2013 4341.

4. Notion de règles impératives du droit international

« La notion de < règles impératives du droit international > se rattache d'abord au droit international impératif (*jus cogens*). Elle comprend notamment les principes fondamentaux du droit international humanitaire (*jus in bello*), l'interdiction du recours à la force figurant dans la Charte des Nations Unies, l'interdiction du génocide, de la torture et de l'esclavage, de même que l'interdiction d'expulser une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel elle risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains (principe du non-refoulement, cf. art. 25 al. 2 et 3 Cst. ; art. 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, art. 3 CEDH et art. 3 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines et traitement cruels inhumains et dégradants). La notion de < règles impératives du droit international > recouvre également les droits intangibles contenus dans la CEDH et dans le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques. »

FF 2013 7794. Voir également FF 2013 8502.

5. Relations entre les initiatives populaires fédérales et le droit international

«Selon l'art. 195 Cst., une initiative populaire entre en vigueur dès que le peuple et les cantons l'ont acceptée. Elle devient donc, dès ce moment, du droit constitutionnel valable, que les autorités doivent mettre en œuvre en respectant l'esprit. Seules les initiatives contraires aux règles impératives du droit international doivent être invalidées par l'Assemblée fédérale et ne sont donc pas soumises au peuple et aux cantons. Celles qui violent d'autres règles du droit international sont valables et doivent être appliquées du moment qu'elles ont été acceptées par le peuple et les cantons (art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst.). L'art. 5 al. 4 Cst. oblige la Suisse à respecter le droit international. Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral confirme que la Suisse est liée par le droit international. Les normes constitutionnelles contraires au droit international devraient représenter une exception de durée limitée, au nom de la Constitution elle-même, mais aussi des intérêts de politique extérieure de la Suisse et de l'importance du droit international pour la coexistence pacifique des Etats. Cela signifie que si une initiative populaire contraire au droit international venait à être acceptée, il faudrait renégocier, lorsque c'est possible, ou éventuellement dénoncer les engagements internationaux concernés. Qu'en est-il alors des traités non dénonçables ou des engagements auxquels la Suisse ne veut pas renoncer pour des raisons politiques ou économiques? Il peut dans ce cas s'en suivre une violation du droit international. Si le traité concerné dispose d'un mécanisme de contrôle, la Suisse s'expose à une condamnation par un organe international. Dans le cas de la CEDH, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constatant une violation de la CEDH doit être mis en œuvre; l'exécution de l'arrêt par l'Etat concerné est surveillée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. D'après la pratique constante du Comité des Ministres, les mesures à prendre ne se limitent pas à celles visant à résoudre le cas d'espèce. L'Etat doit également prendre des mesures à caractère général afin d'éviter que le même type de violation de la Convention ne se répète. Si une initiative contraire aux dispositions non impératives du droit international est acceptée, les autorités s'efforceront de la mettre en œuvre conformément au droit international. Dans ce contexte, il n'est pas toujours facile de décider à partir de quel point une mise en œuvre conforme n'est plus justifiable, si bien qu'il faut envisager la renégociation ou la dénonciation du traité, ou encore la violation des obligations internationales de la Suisse. Si les autorités choisissent la voie de la mise en œuvre conforme au droit international, elles ne pourront peut-être pas concrétiser l'ensemble des objectifs poursuivis par l'initiative et risquent de décevoir les attentes des citoyens ayant voté en faveur de cette dernière.»

FF 2013 5382. Voir également FF 2014 2259.

Rapport du Conseil fédéral du 19 février 2014 proposant le classement des motions des Commissions des institutions politiques du Conseil national et du Conseil des Etats visant à garantir une meilleure compatibilité des initiatives populaires avec les droits fondamentaux. Renonciation à l'instauration d'un examen matériel préliminaire des initiatives populaires et à l'extension des motifs d'invalidité de ces dernières à l'essence des droits fondamentaux.

6. Portée de l'arrêt *Udeh c. Suisse*

«Ensuite, il n'est pas possible de faire abstraction du fait que la condamnation de la Suisse résulte presque exclusivement de la prise en compte par la CourEDH de faits postérieurs à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral. Alors que ce dernier est contraint par l'art. 105 al. 1 LTF de fonder son jugement sur les faits retenus par l'autorité précédente – en l'espèce le Tribunal cantonal –, la CourEDH a pris en considération les faits survenus non seulement après l'arrêt du Tribunal cantonal, mais encore après l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral. Ainsi, le Tribunal fédéral a fondé son jugement et l'appréciation du comportement du recourant sur des faits arrêtés au 14 mai 2008, alors que la CourEDH a pris en compte des faits survenus entre cette date et le 4 décembre 2012, respectivement le 26 mars 2013, ce qui ne va pas sans poser des problèmes de coordination entre les juridictions nationales et la CourEDH. En effet, la CourEDH rappelle fréquemment qu'aux termes de l'art. 35 par. 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. La finalité de cette disposition est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées contre eux avant que la Cour n'en soit saisie. La règle de l'art. 35 par. 1 se fonde sur l'hypothèse, envisagée à l'art. 13, avec lequel elle présente d'étroites affinités, que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée, ledit recours devant par ailleurs être «à la fois relatif aux violations incriminées, disponible et adéquat». La règle en question n'a ainsi de sens que dans la mesure où le Tribunal fédéral peut corriger une violation incriminée, donc déjà survenue, non pas une éventuelle violation commise après son arrêt.»

ATF 139 I 325, consid. 2.4.

7. Révision d'un arrêt du Tribunal fédéral

«Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seinem Urteil (implizit) festgestellt, dass die durch die Gesuchsteller erlittene Konventionsverletzung (Art. 8 EMRK) infolge der Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung an den Gesuchsteller 2 nicht allein durch eine Entschädigung wiedergutmacht

werden könnte und es zur Umsetzung seines Entscheids notwendig erscheint, das bundesgerichtliche Urteil zu revidieren. Diese Ausführungen sind für das vorliegende Verfahren massgebend; die Voraussetzungen von Art. 122 BGG sind erfüllt und das Urteil deshalb zu revidieren.»

Arrêt du TF 2F_1/2014, *X. und Y. c. Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern et Einwohnergemeinde Bern*, du 27 mai 2014, consid. 1.3.

8. Questions de procédure

8.1 Contrôle abstrait des normes cantonales. Interprétation conforme à la CEDH

«Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines kantonalen Erlasses im Rahmen der abstrakten Normkontrolle massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der mit den angerufenen Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbar ist. Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Es ist grundsätzlich vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung auszugehen und der Sinn nach den überkommenen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Eine verfassungs- und konventionskonforme Auslegung ist namentlich zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist. Der klare und eindeutige Wortsinn darf indes nicht durch eine verfassungskonforme Interpretation beiseitegeschoben werden. Im Einzelnen wird auf die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit eines hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutzes bei einer späteren Normkontrolle, die konkreten Umstände der Anwendung und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit abgestellt. Der blosser Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen in verfassungswidriger Weise angewendet werden könnte, führt für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung wegen, sondern nur soweit diese klar, sachbezogen und falls möglich belegt dargetan werden.»

ATF 140 I 2, consid. 4.

8.2 Compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire. Cas de la juridiction civile gracieuse

«Nach Art. 570 Abs. 1 ZGB hat der Erbe die Ausschlagung bei der <zuständigen Behörde> mündlich oder schriftlich zu erklären. Diese führt über die Ausschlagungen ein Protokoll (Art. 570 Abs. 3 ZGB). Wo das ZGB von einer

«zuständigen Behörde» spricht, bestimmen gemäss Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB die Kantone, welche bereits vorhandene oder erst zu schaffende Behörde zuständig sein soll (Art. 54 Abs. 1 SchlT ZGB). Soweit das ZGB nicht ausdrücklich entweder vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde spricht, sind die Kantone frei, welche Behörde sie bezeichnen (vgl. Art. 54 Abs. 2 SchlT ZGB), wobei die Rechtsweggarantie im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29a BV zu beachten ist.»

ATF 139 III 225, consid. 2.2.

8.3. Détention administrative d'un étranger. Qualité pour recourir

«Zwar ist das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass das bundesgerichtliche Verfahren, vorbehaltlich besonderer Situationen, dahinfällt, wenn die Haft gestützt auf einen neuen, seinerseits wieder anfechtbaren Haftentscheid fortbesteht; diese Fälle sind jedoch zu präzisieren: Das Bundesgericht tritt – trotz Haftentlassung – auf Beschwerden gegen die Genehmigung der ausländerrechtlichen Festhaltung durch den Haftrichter bzw. den entsprechenden kantonalen Rechtsmittelentscheid ein, wenn der Betroffene rechtsgenügend begründet (Art. 42 BGG) und in vertretbarer Weise («griefs défendables») die Verletzung einer Garantie der EMRK rügt. Die freiheitsentziehenden ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen fallen in den Anwendungsbereich von Art. 5 und Art. 13 EMRK bzw. der von der Schweiz im Rahmen des Schengen-Besitzstands übernommenen sog. «Rückführungsrichtlinie» (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008 S. 98 ff.). Diese Regelungen setzen die Möglichkeit einer *wirksamen nationalen Beschwerde* voraus, wozu nach dem nationalen Recht (BGG) auch der Zugang zum Bundesgericht zählt. Prüft dieses – wie dargelegt – die konventions- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zwangsmassnahmen heute unter Umständen auch nach einer Haftentlassung, muss das auch gelten, wenn der Betroffene sich gestützt auf einen inzwischen ergangenen Verlängerungsentscheid weiterhin in derselben Haft befindet.»

ATF 139 I 206, consid. 1.2.1 et 1.2.2.

8.4 Qualité pour recourir de la partie plaignante

«La jurisprudence admet dans certains cas la qualité pour recourir de la partie plaignante, y compris en matière d'assistance judiciaire, lorsque les actes dénoncés sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions prohibant les actes de torture et autres peines ou traitements cruels ou dégradants (art. 3 et 13

CEDH, 7 Pacte ONU II, 10 al. 3 Cst. et 13 de la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants). Pour tomber sous le coup de ces dispositions, un mauvais traitement doit en principe être intentionnel et atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime.»
 Arrêt du TF 1B_729/2012, *A. c. Ministère public de la République et canton de Genève*, du 28 mai 2013, consid. 2.1.

8.5 Absence de droit subjectif à l'ouverture d'une procédure pénale

«Auf Art. 6 EMRK kann sich der Beschwerdeführer als geschädigte Person nicht berufen, um ein Strafverfahren gegen Dritte einzuleiten. Die Bestimmung bezieht sich auf zivilrechtliche Ansprüche und auf die Stichhaltigkeit der gegen eine Person gerichteten strafrechtlichen Anklage. Der Beschwerdeführer kann seine Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche auf dem zivil- oder öffentlichrechtlichen Weg geltend machen. Die Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern verpflichten diesen, ihnen in der ganzen Rechtsordnung zum Durchbruch zu verhelfen und damit das Leben seiner Bürger auch vor Angriffen Privater zu schützen (Art. 35 BV, siehe auch Art. 2 UN-Folterkonvention). Obwohl dem Staat ein grosses Ermessen bei der Gestaltung des Schutzes zusteht, ist er grundsätzlich gehalten, besonders schwerwiegende Eingriffe in die physische und psychische Integrität von Personen durch Dritte mit strafrechtlichen Sanktionen zu belegen und eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten. Das gesamte Verfahren muss der Verpflichtung entsprechen, vor einer Verletzung von u.a. Art. 3 EMRK zu schützen. Daraus folgt aber kein Recht auf Verurteilung eines Täters. Die Ermittlungspflicht kann erfüllt sein, wenn das Ermittlungsverfahren eingestellt oder der Täter freigesprochen wird. Der Staat kann seiner Ermittlungspflicht auch nachkommen, wenn der Betroffene die Möglichkeit hat, vor Zivilgerichten auf Schadenersatz zu klagen. Das in Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK verankerte Recht ist notstandsfest und gilt absolut, womit keine Einschränkungen oder Ausnahmen möglich sind (Art. 15 Ziff. 2 EMRK). Daraus folgt nicht, dass auch die Verfolgungspflicht absolut ist. Ein Staat darf aus sachlichen Gründen von der Verfolgung eines Eingriffs in ein absolutes Recht absehen. Ist ein rechtswidriger Eingriff in ein Grundrecht erfolgt, ist bei dessen Verfolgung nicht mehr zu unterscheiden, ob dieses absolut gilt oder nicht. Wie bei Art. 2 und 8 EMRK rechtfertigt es sich, Ausnahmen von der Verfolgungspflicht zuzulassen.»

Arrêt du TF 6B_479/2013, *X. c. Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Thurgau und Y.*, du 30 janvier 2014, consid. 3.1 et 3.2.

8.6 Portée du droit d'être entendu. Décision sur effet suspensif

«Selon la jurisprudence constante, l'art. 29 al. 2 Cst. trouve application dans le cadre d'une procédure concernant des mesures provisoires. Depuis l'arrêt de la Grande Chambre de la CourEDH *Micallef contre Malte* du 15 octobre 2009, il en va de même pour l'art. 6 CEDH, à condition, d'une part, que le droit en jeu tant dans la procédure principale que dans la procédure d'injonction soit de « caractère civil » au sens de l'art. 6 CEDH et, d'autre part, que la mesure provisoire soit déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil. En l'occurrence, il n'est pas nécessaire d'examiner si ces conditions sont réunies puisque l'art. 29 al. 2 Cst. a la même portée que l'art. 6 par. 1 CEDH s'agissant du droit à la réplique. Conformément aux art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH, les parties ont le droit d'être entendues. Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable, le droit d'être entendu comprend en particulier le droit, pour une partie à un procès, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer. »

ATF 139 I 189, consid. 3.1 et 3.2.

8.7 Droit de comparaître devant un tribunal

«In Prozessen über zivilrechtliche Ansprüche gewährleistet Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht generell, jedoch dann einen Anspruch auf persönliches Erscheinen oder persönliche Anhörung vor Gericht, wenn dies für die Entscheidung der Sache von unmittelbarer Bedeutung ist. Es betrifft dies insbesondere Fälle, in welchen der persönliche Eindruck des Gerichts von der Partei und ihren Lebensumständen für die zu treffende Entscheidung erheblich sein kann (beispielsweise in familienrechtlichen Streitigkeiten betreffend Entziehung oder Zuteilung der elterlichen Sorge oder Regelung des persönlichen Verkehrs oder auch in Haftungsprozessen). »

Arrêt du TF 9C_626/2013, *G. c. IV-Stelle des Kantons Aargau*, du 18 février 2014, consid. 3.1.

8.8 Droit d'être assisté d'un défenseur. Préjudice irréparable

«Das Bundesgericht hat im Urteil 1B_74/2008 vom 18. Juni 2008 E. 2 festgehalten, dass sich bereits aus Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK ein Anspruch ergibt, dass die Behörde bei der Ernennung des amtlichen Verteidigers die Wünsche des Angeschuldigten berücksichtigt. Diesen Anspruch hat der Bundesgesetzgeber in Art. 133 Abs. 2 StPO ausdrücklich geregelt. Der Bundesrat führt in der Botschaft zur Strafprozessordnung dazu aus, mit einer sachgerechten Auslegung der Bestimmung könne allfälligen Bedenken begegnet werden, wonach die Verfahrensleitung, insbesondere die Staatsanwaltschaft, versucht sein könnte, eine ihr genehme Verteidigung zu bestellen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht auszuschliessen, dass das Ablehnen eines Wunsches des Beschuldigten nach einem bestimmten amtlichen Verteidiger einen nicht wieder gutzumachenden (rechtlichen) Nachteil bewirken kann. In der vorliegenden Angelegenheit ist ein drohender nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil zu bejahen. Er liegt darin, dass dem Wunsch des Beschuldigten nach einem Anwalt seines Vertrauens keine Rechnung getragen würde und damit die Gefahr einer Verletzung des grundrechtlichen Anspruchs des Beschuldigten auf Verteidigung durch einen Rechtsvertreter seiner Wahl (Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK) besteht. Die Folgen einer Nichtberücksichtigung der Wünsche des Angeschuldigten können im weiteren Strafverfahren kaum mehr korrigiert werden, so dass auch bei einer späteren Einsetzung des Wunschverteidigers eine Verletzung des Vorschlagsrechts nach Art. 133 Abs. 2 StPO bestehen bliebe. Ausserdem würde eine spätere Korrektur einer Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf Berücksichtigung seiner Wünsche in der Regel zu Verzögerungen des Strafverfahrens führen, die mit dem Beschleunigungsgebot nicht zu vereinbaren sind (Art. 5 StPO). Es liegt somit ein mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbarer Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG vor.»

ATF 139 IV 113, consid. 1.2. Voir également ATF 139 V 99, consid. 2.3.1 :

«Der Entscheid einer Beschwerdeinstanz, die Sache zur weiteren medizinischen Abklärung an die IV-Stelle zurückzuweisen, ist vor Bundesgericht regelmässig nicht anfechtbar.»

8.9 CEDH et *reformatio in peius*

«Das Verbot der *reformatio in peius* zählt nicht zu den verfassungsmässigen Rechten und lässt sich nicht aus der EMRK herleiten. Der Grundsatz war jedoch bereits vor Inkrafttreten der StPO in den meisten kantonalen Strafprozessordnungen verankert.»

ATF 139 IV 282, consid. 2.3.1.

B. Partie spéciale

1. La CEDH

Art. 2

CEDH Obligations découlant du droit à la vie

- 2.1 «Das Recht auf Leben findet verfassungs- und völkerrechtlich in Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK und Art. 6 UNO-Pakt II seine Verankerung. Es schützt das Individuum vor Eingriffen des Staats, enthält jedoch darüber hinaus auch positive Schutzpflichten. Dazu gehört nach konstanter Rechtsprechung des EGMR die Pflicht des Staats, präventiv Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn das Leben einer Person durch Dritte bedroht wird. Wenn die Behörden wissen oder wissen müssten, dass von kriminellen Handlungen eines Dritten reell und unmittelbar eine derartige Gefahr ausgeht, sind sie verpflichtet, die in ihrer Macht stehenden geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Die genannten verfassungs- und völkerrechtlichen Garantien schreiben nicht vor, welche konkreten Massnahmen zum Schutz des Lebens zu ergreifen sind. Dem Staat kommt bei deren Auswahl ein Ermessen zu, dessen Umfang durch das Gebot der Effektivität und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bestimmt ist. Welche Massnahmen als geeignet anzusehen sind, bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls.»

ATF 139 IV 121, consid. 4.6.

Art. 3

CEDH Notion de traitement dégradant

- 3.1 «Eine erniedrigende Behandlung verstösst gegen Art. 10 Abs. 3 BV sowie Art. 3 EMRK, wenn sie ein gewisses Minimum an Schwere erreicht. Das ist im Einzelfall nach den gesamten Umständen zu beurteilen, insbesondere nach Dauer, physischen und psychischen Folgen, Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand. Eine erniedrigende Behandlung ist die schwächste Stufe eines Verstosses gegen Art. 3 EMRK. Diese kann nach der Rechtsprechung des EGMR vorliegen, wenn sie Gefühle der Furcht, Angst oder Inferiorität erzeugt, die demütigen oder herabwürdigen sollen wie etwa unnötige Nacktinspektionen. Eine Fesselung ist nicht erniedrigend, wenn dafür erwartete Reaktionen des Verhafteten vorliegen.»

Arrêt du TF 6B_559/2013, *X. c. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und Y.*, du 27 janvier 2014, consid. 2.4.

Détention d'une personne âgée

CEDH
3.2

«Aucune disposition, notamment l'art. 3 CEDH, n'interdit en tant que telle la détention au-delà d'un certain âge ni n'impose d'« obligation générale » de libérer un détenu pour motif de santé (arrêts de la CourEDH *Tekin Yildiz contre Turquie* du 10 novembre 2005, § 72; également *Cara-Damiani contre Italie* du 7 février 2012, § 67). Le tableau clinique d'un détenu constitue toutefois l'une des situations pour lesquelles la question de la capacité à la détention est posée sous l'angle de l'art. 3 CEDH. Dans une affaire donnée, la détention d'une personne atteinte d'une pathologie engageant le pronostic vital ou dont l'état est durablement incompatible avec la vie carcérale peut donc poser des problèmes sous l'angle de l'art. 3 CEDH (arrêts de la CourEDH *Tekin Yildiz* précité, § 72; également *Cara-Damiani* précité, § 67). Afin d'examiner la compatibilité d'un état de santé préoccupant avec le maintien en détention du requérant, la Cour européenne des droits de l'homme tient compte, en particulier, de trois éléments: la condition du détenu, la qualité des soins dispensés et l'opportunité de maintenir la détention au vu de l'état de santé du requérant (arrêts de la CourEDH *Arutyunyan contre Russie* du 10 janvier 2012, § 72; *Enea contre Italie* du 17 septembre 2009, § 59; *Farbtuhs contre Lettonie* du 2 décembre 2004, § 53; *Sakkopoulos contre Grèce* du 15 janvier 2004, § 39). Ce dernier critère implique la prise en considération des actes ayant justifié la privation de liberté, de même que le risque de récidive (cf. arrêts de la CourEDH *Sakkopoulos* précité, § 44; également *Enea* précité, § 65).»

Arrêt du TF 6B_504/2013, *A. c. Ministère public de la République et canton de Genève*, du 13 septembre 2013, consid. 2.3.

Conditions s'opposant au renvoi d'un étranger

CEDH
3.3

«Aux termes de l'art. 25 al. 2 Cst., les réfugiés ne peuvent par ailleurs être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat. Enfin, les art. 3 CEDH et 25 al. 3 Cst. interdisent le refoulement d'une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel elle risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains. Comme en matière d'extradition ou de transfèrement, on examinera dans un premier temps, la situation générale des droits de l'homme dans l'Etat concerné. Puis on regardera si la personne en cause, compte tenu des circonstances concrètes de sa situation personnelle, court le risque d'un traitement contraire aux droits de l'homme. Dans ce contexte, son appartenance éventuelle à un groupe particulièrement menacé dans l'Etat requérant joue un rôle important.»

ATF 139 II 65, consid. 5.4.

CEDH **Principes régissant l'extradition**

3.4 «In essa il Tribunale federale ha sviluppato una ripartizione tripartita: nella prima categoria rientrano gli Stati con una provata cultura dello stato di diritto, segnatamente i Paesi occidentali, i quali, sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, non presentano di massima alcun rischio per le persone perseguite, per cui nei loro confronti l'estradizione non è subordinata alla richiesta di garanzie. Nella seconda categoria figurano gli Stati nei quali sussistono seri rischi che la persona perseguita possa subire maltrattamenti vietati dall'art. 3 CEDU, scongiurabili mediante garanzie fornite dallo Stato richiedente. Un tale rischio teorico di trattamenti contrari ai diritti umani, che praticamente sussiste sempre, non è sufficiente per rifiutare l'estradizione: in effetti, in caso contrario, le estradizioni non sarebbero più possibili del tutto e gli autori di reati potrebbero tutelarsi dal perseguimento attraverso la fuga all'estero, impedendo in tal modo un efficace contrasto internazionale della criminalità. Al riguardo si può rilevare che in una recente sentenza il Tribunale federale, negando la sussistenza di un caso particolarmente importante, ha dichiarato inammissibile un ricorso contro un'estradizione alla Federazione russa. Vi è infine una terza categoria di Stati in cui il rischio di trattamenti contrari ai diritti umani non può essere evitato, neppure con l'ausilio di garanzie diplomatiche.»

Arrêt du TF IC_176/2014, Ufficio federale di giustizia, du 12 mai 2014, consid. 4.1.

CEDH **Hébergement d'un étranger en phase de renvoi dans un abri de protection civile**

3.5 «Pour un homme célibataire et en bonne santé, les inconvénients liés à l'hébergement provisoire dans un abri de protection civile n'atteignent pas le minimum nécessaire de gravité pour tomber sous le coup de l'art. 3 CEDH. Compte tenu de la situation personnelle et familiale de l'intéressé, ils ne sauraient non plus constituer une atteinte à la vie privée ni toucher au respect du domicile au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH.»

ATF 139 I 272, consid. 4 et 5.

CEDH **Droit de demander une enquête effective**

3.6 «Die Rechtsprechung anerkennt gestützt auf Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 und 13 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II sowie Art. 13 des UN-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 einen Anspruch des Betroffenen auf wirksamen Rechtsschutz. Anspruch auf eine wirksame und vertiefte amtliche Untersuchung hat, wer in vertretbarer Weise behauptet, von einem Polizeibeamten nach den genannten Bestimmungen unzulässig behandelt worden zu sein.»

Arrêt du TF IB_534/2012, X. c. A. und B., du 7 juin 2013, consid. 1.2.2.

Art. 4**Obligation de travailler lors de l'exécution d'une peine**

CEDH

4.1

«Nach Art. 4 Ziff. 3 lit. a EMRK verstösst die Arbeitspflicht nicht gegen das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit, wenn die Person unter den Voraussetzungen von Art. 5 EMRK verurteilt wurde. Gemäss dieser Bestimmung darf die Freiheit unter anderem durch rechtmässige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht entzogen werden. Der Begriff der Verurteilung ist weit auszulegen. Die von einem Gericht zusätzlich oder anstatt einer Freiheitsstrafe angeordnete Sicherheitsverwahrung gilt grundsätzlich als «Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht». Folglich ist die Arbeitspflicht von Gefangenen und Eingewiesenen grundsätzlich menschenrechtskonform.»

ATF 139 I 180, consid. 1.5.

Art. 5**Détention administrative en vue du renvoi d'un étranger**

CEDH

5.1.1

«La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 par. 1 let. f CEDH et de l'art. 31 Cst., ce qui suppose en premier lieu qu'elle repose sur une base légale. Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne soit prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés. En outre, selon la jurisprudence, il est certes admissible qu'un étranger, libéré d'une première détention administrative, soit détenu une nouvelle fois en vue de son renvoi dans le cadre de la même procédure ; il faut toutefois qu'un changement déterminant des circonstances permette de le justifier, comme la survenance d'un nouveau motif de détention ou la disparition de l'impossibilité dont était affectée le renvoi. Tel peut par exemple être le cas si l'étranger part dans la clandestinité après la libération de sa première détention. Est aussi envisageable la situation où l'autorité aurait levé une première détention administrative dès lors que l'exécution du renvoi de l'étranger, en soi possible, n'apparaissait plus comme vraisemblable dans un délai utile ; en tant que les causes pour la mise en détention de l'étranger persisteraient, cette même autorité pourrait ordonner la réincarcération de celui-ci, si ce renvoi s'avérait par la suite à nouveau vraisemblable dans un délai raisonnable.»

ATF 140 II 1, consid. 5.1 et 5.2.

CEDH **Contrôle de la détention provisoire**

5.3.1 «En vertu des art. 31 al. 3 Cst. et 5 par. 3 CEDH, toute personne qui est mise en détention préventive a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou d'être libérée pendant la procédure pénale. Une durée excessive de la détention constitue une limitation disproportionnée de ce droit fondamental, qui est notamment violé lorsque la durée de la détention préventive dépasse la durée probable de la peine privative de liberté à laquelle il faut s'attendre. L'art. 212 al. 3 CPP prévoit ainsi que la détention provisoire ou pour des motifs de sûreté ne doit pas durer plus longtemps que la peine privative de liberté prévisible. Le juge peut dès lors maintenir la détention préventive aussi longtemps qu'elle n'est pas très proche de la durée de la peine privative de liberté à laquelle il faut s'attendre concrètement en cas de condamnation. Il convient d'accorder une attention particulière à cette limite, car le juge – de première instance ou d'appel – pourrait être enclin à prendre en considération dans la fixation de la peine la durée de la détention préventive à imputer selon l'art. 51 CP. Selon une jurisprudence constante, la possibilité d'un sursis, voire d'un sursis partiel, n'a en principe pas à être prise en considération dans l'examen de la proportionnalité de la détention préventive. Toutefois, lorsque le détenu a déjà été jugé en première instance, ce prononcé constitue un indice important quant à la peine susceptible de devoir être finalement exécutée. Même s'il n'a en principe pas à examiner en détail le bien-fondé du jugement et de la quotité de la peine prononcée en première instance, le juge de la détention, saisi en application des art. 231 ss CPP, ne peut faire abstraction de l'existence d'un appel du Ministère public tendant à une aggravation de la peine, et doit dès lors examiner *prima facie* les chances de succès d'une telle démarche. Le maintien en détention ne saurait être limité aux seuls cas où il existerait sur ce point une vraisemblance confinante à la certitude.»

ATF 139 IV 270, consid. 3.1.

CEDH **Contrôle de la détention en cas d'exécution anticipée de la peine**

5.4.1 «La détention provisoire s'achève lorsque le prévenu commence à purger sa sanction privative de liberté de manière anticipée (art. 220 al. 1 CPP). Dans la mesure où le détenu a donné son consentement pour exécuter sa peine de manière anticipée, il a renoncé au contrôle périodique automatique de sa détention. Il a toutefois la possibilité de solliciter en tout temps sa mise en liberté, en vertu des art. 31 al. 4 Cst. et 5 par. 4 CEDH.»

ATF 139 IV 191, consid. 4.1.

Examen de la libération et de la levée d'une mesure thérapeutiqueCEDH
5.4.2

«Le contrôle annuel prévu par l'art. 62d al. 1 CP doit être opéré par une autorité judiciaire. La compétence d'une autorité administrative en première instance est toutefois admissible, dès lors qu'une voie de recours devant une autorité judiciaire disposant d'un plein pouvoir d'examen est aménagée et garanti ainsi l'accès au juge prévu par les art. 31 al. 4 Cst. et 5 par. 4 CEDH.»

ATF 139 I 51, consid. 3.

Détention administrative d'un étranger. Garanties de procédureCEDH
5.4.3

«Die bedürftige Partei hat gestützt auf Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV einen Anspruch darauf, dass ihr auf Gesuch hin ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt wird, falls dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint; nach Art. 31 Abs. 2 Satz 2 BV muss jede Person, welcher die Freiheit entzogen wird, die Möglichkeit haben, ihre Rechte – in einer den Umständen angemessenen, wirksamen Weise – geltend zu machen. Das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit ist bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer im Hinblick hierauf jeweils sachgerecht zu relativieren und das Kriterium der Erfolgsaussichten differenziert zu handhaben. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass dem Ausländer bei der Haftverlängerung nach drei Monaten bzw. einer Haftanordnung von über drei Monaten eine schwere Freiheitsbeschränkung droht, die für ihn mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen er – auf sich selber gestellt – mangels Kenntnis der Sprache und der hiesigen Verhältnisse nicht gewachsen erscheint. Es ist ihm in dieser Situation selbst in «einfachen» Fällen kaum möglich, das administrative Haftverlängerungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe zu verstehen. Die wirksame Geltendmachung seiner Rechte setzt deshalb spätestens in diesem Verfahrensabschnitt voraus, dass einem Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung entsprochen wird. Das Gleiche ergibt sich aus Art. 5 Ziff. 4 EMRK: Im Rahmen dieser Bestimmung sind dem Inhaftierten die der Haftart angepassten grundlegenden Rechte zu gewähren; das richterliche Prüfungsverfahren muss «fair» sein. Der Betroffene hat das Recht, sich selber zu vertreten, sich durch den Anwalt seiner Wahl vertreten zu lassen oder die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters zu verlangen, wenn er bedürftig ist und seine Verbeiständung «im Interesse der Rechtspflege erforderlich» erscheint (so auch Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK für den Strafprozess). Entsprechende Anforderungen ergeben sich heute indirekt zudem aus der für die Schweiz ebenfalls massgebenden europäischen Rückführungsrichtlinie, die festhält, dass die von ihr betroffenen Drittstaatsangehörigen «rechtliche Beratung, rechtliche Vertretung und – wenn nötig – Sprachbeistand in Anspruch nehmen können» bzw. ihnen auf Antrag die erforderliche Rechtsberatung und/

oder -vertretung gemäss dem einschlägigen Prozesskostenhilferecht (Art. 15 Ziff. 3–6 der Richtlinie 2005/85/EG) bereitzustellen ist (Art. 13 Ziff. 3 und 4 der Richtlinie 2008/115/EG).»

ATF 139 I 206, consid. 3.3.1 et 3.3.2.

CEDH Principe de la célérité. Détention administrative d'un étranger

5.4.4

«Das Bundesgericht hat zwar festgehalten, dass Verzögerungen, die auf eine fehlende Kooperation des Ausländers zurückgehen, den Behörden nicht entgegengehalten werden können, doch setzt dies voraus, dass die Behörden nicht – wie hier – ihrerseits untätig geblieben sind; die Ausschaffungshaft verlangt im Rahmen von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK ein *ernsthaft und mit Nachdruck* vorangetriebenes hängiges Wegweisungsverfahren (vgl. Art. 15 Ziff. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/115/EG). Die Mitwirkung des Beschwerdeführers hätte – wie die kantonalen Behörden geltend machen – das Verfahren zwar vereinfacht; dies genügt indessen nicht, um untätig bleiben, mit der Anfrage an die zuständige Botschaft über Monate zuwarten und den Betroffenen in Ausschaffungshaft behalten zu können. Welche schweizerische Behörde (Kanton oder Bund) die Verzögerung zu verantworten hat, ist dabei unerheblich. Die Vollzugsbehörden dürfen nicht untätig bleiben; sie müssen versuchen, die Identität der ausländischen Person festzustellen und die für ihre Ausschaffung erforderlichen Papiere auch ohne deren Mitwirkung zügig zu beschaffen.»

ATF 139 I 206, consid. 2.3.

Art. 6 par. 1

CEDH Notion de tribunal. Instance zurichoise de recours contre les décisions des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte

6.1.1

«Als Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein. Nebst den Merkmalen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gehört zu seinem Wesen, dass ein Gericht die rechtserheblichen Tatsachen selber erhebt, die Rechtssätze auf diesen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ermittelten Sachverhalt anwendet und für die Parteien bindende Entscheidungen in der Sache fällt. Es muss über

umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verfügen (...). Soweit die Behauptung zutrifft, einzelne Mitglieder der Bezirksräte verfügten über keine oder keine ausreichende juristische Ausbildung, ist festzuhalten, dass weder Art. 30 Abs. 1 BV noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Laienrichtertum grundsätzlich verbieten. Dass einem Mitglied des Bezirksrates ohne juristische Ausbildung ein juristisch ausgebildeter Ratschreiber zur Seite steht, begründet für sich allein keine unzulässige Abhängigkeit, sondern eine willkommene Hilfe.»

ATF 139 III 98, consid. 4.2. et 4.3.2.

Notion de tribunal. Commission communale des constructions

CEDH
6.1.2

«Bei einer kommunalen Baukommission handelt es sich nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 30 BV, sondern um eine Verwaltungsbehörde, bei der die aus Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 Abs. 1 BV ableitbaren Ansprüche auf ein unparteiliches Gericht nicht anwendbar sind. Wann Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, ergibt sich einerseits aus dem anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht und andererseits aus den aus Art. 29 Abs. 1 BV herleitbaren Grundsätzen.»

Arrêt du TF 1C_413/2012, X. c. A. AG, du 14 juin 2013, consid. 4.1.

Droit d'accès à un tribunal

CEDH
6.1.3

«Comme les mesures de coercition instituées par les ordonnances reposant sur la LEmb affectent des droits de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, cette disposition doit être respectée. Celle-ci garantit l'accès à un juge et les clauses d'irrecevabilité des art. 32 al. 1 let. a LTAF et 83 let. a LTF ne sont pas applicables. La décision rendue par le Département peut donc ensuite être déférée au Tribunal administratif fédéral et le prononcé de ce dernier au Tribunal de céans.»

ATF 139 II 384, consid. 2.3. Voir également ATF 139 I 72, consid. 4:

«Anforderungen von Art. 6 EMRK können in einem Kartellsanktionsverfahren auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden.»

Contrôle préjudiciel de plans sectoriels adoptés par le Conseil fédéral

CEDH
6.1.4

«Art. 189 Abs. 4 BV schliesst lediglich die direkte (selbstständige) Anfechtung von Akten des Bundesrats aus, nicht aber ihre vorfrageweise Überprüfung (Art. 190 BV e contrario). Insofern können Verordnungen des Bundesrates wie auch bundesrätliche Inventare im Anwendungsfall auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Gleiches muss für Sachpläne des

Bundesrates gelten, da ansonsten der nach Art. 29a BV und Art. 6 EMRK gebotene wirksame Rechtsschutz gegen die Bewilligung von Projekten, die sich auf einen bundesrätlichen Sachplan stützen, nicht gewährleistet wäre.»

ATF 139 II 499, consid. 4.1.

CEDH **Droit à un tribunal indépendant et impartial**

6.1.5

«Die Verfahrensgarantie gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK wird verletzt, soweit bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit des Gerichtsmitglieds begründen. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Gerichtsmitglieds oder gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden einer Partei; ihr Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet sein. Dabei reicht es praxisgemäss aus, dass Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den blossen Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Nicht verlangt wird, dass das Gerichtsmitglied tatsächlich befangen ist. Mit andern Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Betroffenen als offen erscheint. Besondere Gegebenheiten namentlich hinsichtlich des Verhältnisses zwischen einem Richter und einem Parteivertreter, welche den objektiven Anschein der Befangenheit des Ersteren zu begründen und daher dessen Ausstand zu gebieten vermöchten, können sich gleichermassen auf ein besonders freundschaftliches als auch auf ein besonders feindschaftliches Verhältnis zwischen Richter und Rechtsvertreter beziehen. In solchen Situationen kann Voreingenommenheit des Richters indessen nur bei Vorliegen spezieller Umstände und mit Zurückhaltung angenommen werden. Erforderlich wäre, dass die Intensität und Qualität der beanstandeten Beziehung vom Mass des sozial Üblichen abweicht und bei objektiver Betrachtung geeignet ist, sich auf die Partei selbst und deren Prozess auszuwirken, und derart den Anschein der Befangenheit hervorzurufen vermag. So hat das Bundesgericht im kürzlich ergangenen BGE 138 I 406 die in BGE 135 I 14 begründete Rechtsprechung bestätigt, wonach ein als Richter amtierender Anwalt nicht nur dann als befangen erscheint, wenn er in einem anderen Verfahren eine der Prozessparteien vertritt oder kurz vorher vertreten hat, sondern auch dann, wenn im anderen Verfahren ein solches Vertretungsverhältnis zur Gegenpartei einer der Prozessparteien besteht bzw. bestand, dies jedoch ohne die Doppelfunktion Anwalt/nebenamtlicher Richter grundsätzlich in Frage zu stellen.»

ATF 139 I 121, consid. 5.1. Voir également ATF 139 III 120, consid. 3.2.1 :

«L'avocat qui exerce les fonctions de juge apparaît objectivement partial non seulement lorsque, dans le cadre d'une autre procédure, il représente ou a représenté l'une des parties à la procédure dans laquelle il siège, mais également lorsqu'il représente ou a représenté récemment la partie adverse de cette partie.»

ATF 139 III 433 :

«Anschein der Befangenheit eines Rechts- bzw. Patentanwalts, der als nebenamtlicher Richter am Bundespatentgericht tätig ist, wenn ein offenes Mandat seiner Anwalts- bzw. Patentanwaltskanzlei zu einer Verfahrenspartei oder einer mit dieser eng verbundenen Person besteht.»

Composition irrégulière d'un tribunal arbitral

CEDH
6.1.6

«La constitution régulière du tribunal arbitral représentant une garantie essentielle pour les parties, il est logique que sa violation puisse entraîner l'annulation de la sentence. Celui qui renonce par anticipation, en concluant une convention d'arbitrage, au droit, de rang constitutionnel (art. 30 al. 1 Cst. pour la Suisse) et conventionnel (art. 6 par. 1 CEDH), à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi peut raisonnablement s'attendre à ce que les membres du tribunal arbitral ou l'arbitre unique, non seulement offrent des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, mais encore répondent aux exigences que les parties ont fixées d'un commun accord (nombre, qualifications, mode de désignation) ou qui résultent d'un règlement d'arbitrage adopté par elles, voire des dispositions légales applicables à titre subsidiaire (cf. art. 179 al. 2 LDIP). Il faut aussi lui donner les moyens d'agir au cas où ses attentes à cet égard auraient été déçues, sans qu'il ait eu la possibilité de rectifier la situation pendente lite. Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra lui opposer une sentence qu'il ne sera pas véritablement en mesure d'entreprendre sur le fond, sinon sous l'angle très restrictif de son incompatibilité avec l'ordre public matériel au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP et de la jurisprudence y relative.»

ATF 139 III 511, consid. 4.

Droit à un procès équitable. Traitement de l'appel pénal

CEDH
6.1.7

«La procédure d'appel est réglée par les art. 403 ss CPP. En principe, elle est orale et publique et se déroule selon les dispositions applicables aux débats de première instance (cf. art. 69 al. 1 et 405 CPP). Elle peut toutefois se dérouler selon une procédure écrite dans les cas visés à l'art. 406 al. 1 et 2 CPP. Cette disposition énumère exhaustivement les cas dans lesquels la juridiction d'appel peut traiter l'appel en procédure écrite. Le législateur n'a en effet prévu cette possibilité qu'à titre exceptionnel. La procédure écrite est soumise à des condi-

tions strictes. Ainsi, alors que l'art. 406 al. 2 CPP traite des cas dans lesquels l'appel peut faire l'objet d'une procédure écrite avec l'accord des parties, l'art. 406 al. 1 CPP énumère les cas dans lesquels la juridiction d'appel peut, sans que l'accord des parties ne soit nécessaire, traiter l'appel en procédure écrite. Il s'agit notamment du cas où seuls des points de droit doivent être tranchés (let. a). Il en découle que la procédure écrite est exclue lorsque les faits sont discutés. A cet égard, l'art. 406 CPP offre moins de souplesse que la jurisprudence rendue en relation avec les garanties de l'oralité et de la publicité des débats, composantes du droit à un procès équitable, déduites des art. 29 al. 1, 30 al. 3 Cst., 6 par. 1 CEDH et 14 par. 1 Pacte ONU II. En effet, selon cette jurisprudence, le droit de comparaître personnellement doit être respecté devant les juridictions de première instance ; l'absence de débats en appel ou en cassation n'est pas nécessairement contraire à la garantie du procès équitable lorsqu'il s'agit de questions de fait qui peuvent être aisément tranchées sur la base du dossier et qui n'obligent pas à une appréciation directe de la personnalité de l'accusé. De telles exceptions ne sont pas prévues dans le cadre de l'art. 406 CPP, des débats devant être tenus dès qu'une question de fait est litigieuse, sous réserve de l'accord des parties avec la procédure écrite.»

ATF 139 IV 290, consid. 1.1.

CEDH Notion de contestation sur des droits et obligations de caractère civil

6.1.8 «Beim vorliegenden Prozess über berufliche Eingliederungsmassnahmen und eine Rente der Invalidenversicherung handelt es sich um eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.»

Arrêt du TF 9C_680/2013, *B. c. IV-Stelle des Kantons Solothurn*, du 28 février 2014, consid. 3.1.

CEDH Notion d'accusation en matière pénale

6.1.9 «Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder wenn die Natur des Vergehens oder wenn die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter spricht. Schutzmassnahmen wie Rayon- und Kontaktverbote, die zur Vermeidung häuslicher Gewalt ergriffen werden, fallen nach der Rechtsprechung nicht unter den Begriff der strafrechtlichen Anklage.»

ATF 140 I 2, consid. 6.3. Voir également ATF 140 I 68, consid. 9.2 :

«L'art. 6 CEDH ne trouve pas application dans les procédures fiscales qui n'ont pas un caractère pénal. Les procédures en rappel d'impôt n'y sont donc pas

soumises. En revanche, la procédure réprimant la soustraction fiscale est une procédure à caractère pénal à laquelle l'art. 6 CEDH est applicable.»

ATF 139 I 72, consid. 2.2.2:

«Kartellrechtliche Sanktionen nach Art. 49a KG haben einen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter. Die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 und 32 BV sind bei solchen Sanktionen anwendbar.»

ATF 139 II 404, consid. 6:

«In ständiger Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass es sich beim Rechtshilfeverfahren dem Grundsatz nach um ein Verwaltungsverfahren handelt, auf das die strafrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK nicht anwendbar sind. Beim Entscheid über die Rechtshilfe handelt es sich nicht um einen Entscheid über eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, denn die vom ersuchten Staat durchgeführte Prüfung beinhaltet nicht eine vollständige Untersuchung der Schuld oder Unschuld der betroffenen Person. Die Entscheidung, Daten zu übermitteln, betrifft ausschliesslich die Durchführung von Verpflichtungen, die im Rahmen von internationalen Vereinbarungen eingegangen worden sind. Deshalb gelangen die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK bei der Rechtshilfe in Strafsachen nicht zur Anwendung.»

Arrêt du TF 2C_816/2013, *X. c. Office cantonal de la population du canton de Genève*, du 15 octobre 2013, consid. 3.2.1:

«Le fait que le recourant soit détenu administrativement ne suffit pas à conférer au litige la qualité de droit de caractère pénal. En effet, le recourant n'est pas détenu en qualité d'accusé d'un crime ou d'un délit, mais au titre d'une mesure administrative visant à faciliter un renvoi pour lequel il refuse de coopérer. L'art. 6 par. 1 CEDH fait d'ailleurs expressément mention d'un accusé, soit d'un justiciable prévenu d'une infraction pénale.»

Principe de la publicité

«Art. 30 Abs. 3 BV verankert das auch von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II vorgesehene Prinzip der Justizöffentlichkeit. Diese erlaubt Einblick in die Rechtspflege und sorgt für Transparenz gerichtlicher Verfahren. Damit dient sie einerseits dem Schutze der direkt an gerichtlichen Verfahren beteiligten Parteien im Hinblick auf deren korrekte Behandlung und gesetzmässige Beurteilung. Andererseits ermöglicht die Justizöffentlichkeit auch nicht verfahrensbeteiligten Dritten nachzuvollziehen, wie gerichtliche Verfahren geführt werden, das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeübt wird. Die Justizöffentlichkeit bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinettsjustiz, will für Transparenz der Rechtsprechung sorgen und die Grundlage für das

CEDH
6.1.10

Vertrauen in die Gerichtsbarkeit schaffen. Der Grundsatz ist von zentraler rechtsstaatlicher und demokratischer Bedeutung. Die demokratische Kontrolle durch die Rechtsgemeinschaft soll Spekulationen begegnen, die Justiz benachteilige oder privilegiere einzelne Prozessparteien ungebührlich oder Ermittlungen würden einseitig und rechtsstaatlich fragwürdig geführt. Im Ausmass der garantierten Justizöffentlichkeit bilden Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich zugängliche Quellen im Sinne der Informationsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 3 BV. Art. 30 Abs. 3 BV sieht für die gerichtlichen Verfahren die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung und der Urteilsverkündung vor, vorbehaltlich von gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen. Der Teilgehalt der öffentlichen Urteilsverkündung garantiert, dass nach dem Verfahrensabschluss vom Urteil als Ergebnis des gerichtlichen Verfahrens Kenntnis genommen werden kann. Die öffentliche Urteilsverkündung will in spezifischer Weise Geheimjustiz ausschliessen, Transparenz der Justiztätigkeit im demokratischen Rechtsstaat fördern und Vertrauen in die Rechtspflege schaffen. Sie ist im Sinne der Publikums- und Medienöffentlichkeit primär für nicht direkt am Verfahren beteiligte Dritte von Bedeutung. Dabei werden vom Grundsatz der Justizöffentlichkeit in der Form der Urteilsverkündung nicht nur bedeutende und medienwirksame Verfahren mit bekannten Protagonisten erfasst, sondern auch kleine und unscheinbare Prozesse, bei denen die demokratische Kontrolle der Justiz auf korrekte Behandlung, gesetzmässige Beurteilung und Gewährleistung eines gerechten Verfahrens hin ebenso wichtig ist. Öffentliche Urteilsverkündung bedeutet primär, dass am Schluss eines gerichtlichen Verfahrens das Urteil in Anwesenheit der Parteien sowie von Publikum und Medienvertretern verkündet wird. Darüber hinaus dienen weitere Formen der Bekanntmachung dem Verkündungsgebot, wie etwa öffentliche Auflage, Publikation in amtlichen Sammlungen oder Bekanntgabe über das Internet. Sie sind im Einzelnen anhand von Sinn und Zweck des Verkündungsgebots daraufhin zu beurteilen, ob sie die verfassungsrechtlich gebotene Kenntnisnahme gerichtlicher Urteile erlauben. Entsprechend der Marginale von Art. 30 BV gilt das Gebot der öffentlichen Verkündung nach Art. 30 Abs. 3 BV für alle gerichtlichen Verfahren. Es untersteht keinen Zweifeln, dass die ehemalige Asylrekurskommission ein Spezialgericht war, das von der genannten Verfassungsbestimmung erfasst ist.»

ATF 139 I 129, consid. 3.3.

Art. 6 par. 3**Droit d'interroger un témoin**CEDH
6.3.1

«Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Angeschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Der Angeschuldigte muss namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können. Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt grundsätzlich absoluter Charakter zu. Nach der Rechtsprechung des EGMR kann jedoch auf eine Konfrontation des Angeschuldigten mit dem Belastungszeugen oder auf die Einräumung der Gelegenheit zu ergänzender Befragung des Zeugen unter besonderen Umständen verzichtet werden. So unter anderem, wenn der Belastungszeuge berechtigterweise das Zeugnis verweigerte. Erforderlich war in diesen Fällen jedoch, dass der Angeschuldigte zu den belastenden Aussagen hinreichend Stellung nehmen konnte, die Aussagen sorgfältig geprüft wurden und ein Schuldspruch nicht allein darauf abgestützt wurde. Im Urteil i.S. *Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien* vom 15. Dezember 2011 relativierte der EGMR seine bisherige Rechtsprechung insofern, als unter Umständen auch ein streitiges Zeugnis von ausschlaggebender Bedeutung (preuve unique ou déterminante) ohne Konfrontation mit dem Belastungszeugen verwertbar sein kann, wenn ausreichend kompensierende Faktoren gegeben sind, um den Anspruch des Angeschuldigten auf ein faires Verfahren und die Überprüfung der Verlässlichkeit des Beweismittels zu gewährleisten (§ 147).»

Arrêt du TF 6B_75/2013, *A.X. und B.X. c. Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern*, du 10 mai 2013, consid. 3.3.1.

Art. 7**Signification et portée du principe de la légalité en matière pénale**CEDH
7.1

«Nach Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO-Pakt II darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein. So ist etwa der Grundsatz verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird, wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann, oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung

verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat. Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO-Pakt II enthalten neben dem Rückwirkungsverbot vor allem ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände. Nur ein hinreichend klar und bestimmt formuliertes Gesetz darf einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen. Allerdings bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung, und die beiden Vorschriften – wie auch Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV – enthalten kein Verbot der schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften durch richterliche Auslegung; es ist gerade die Aufgabe der Gerichte, verbleibende Auslegungszweifel zu beheben. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab. Technische oder relativ unbestimmte Begriffe, die im Allgemeinen zu unbestimmt sein mögen, können als Bestandteile von Straftatbeständen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen. So hat der EGMR etwa den Begriff <verwerflich> in § 240 Abs. 2 des deutschen StGB als mit Art. 7 EMRK konform betrachtet (vgl. Urteil des EGMR *Witt gegen Deutschland* vom 8. Januar 2007, Nr. 18397/03, § 1).»

ATF 139 I 72, consid. 8.2.1.

CEDH **Notion de peine**

7.2 «Der Begriff der Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK ist autonom auszu-legen. Er knüpft an eine strafrechtliche Verurteilung an. Der Begriff erfasst alle Verurteilungen, welche im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gestützt auf eine gegen eine Person erhobene strafrechtliche Anklage ergehen. Von Bedeutung sind ferner ihre Qualifikation im nationalen Recht, das Verfahren, in dem sie verhängt und vollstreckt wird, sowie namentlich ihre Eingriffsschwere.»

Arrêt du TF 6B_597/2012, X. c. Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, du 28 mai 2013, consid. 4.4.

Art. 8

CEDH **Vie privée et données économiques**

8.1 «Die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person gehören zu deren Privatsphäre, die einen Teilgehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV und Art. 8 EMRK bildet. Als Einschränkung des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre dürfen Bankkundendaten unter den Voraussetzungen

von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK ins Ausland weitergegeben werden, d.h., sofern eine gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage und ein öffentliches Interesse daran besteht und die entsprechende Massnahme zudem dem Gebot der Verhältnismässigkeit entspricht. Auch Zwangsmassnahmen dürfen nur unter den gleichen Voraussetzungen eingesetzt werden. Was Art. 17 UNO-Pakt II anbelangt, ist zu bemerken, dass diese Bestimmung keinen weitergehenden Schutz gewährt als Art. 8 EMRK, sodass nicht gesondert darauf eingegangen werden muss.»

ATF 139 II 404, consid. 7.1.

Droit au regroupement familial

CEDH

8.2

«Zwar ergibt sich aus Art. 8 Abs. 1 EMRK grundsätzlich kein verfahrensrechtliches Aufenthaltsrecht bis zum Bewilligungsentscheid; wurde die Ehe jedoch geschlossen, wird sie gelebt und ist – wie hier – (inzwischen) bereits ein Kind geboren, muss die Handhabung von Art. 17 AuG als Ganzes im Einzelfall im Rahmen der Interessenabwägung doch den Vorgaben von Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 in Verbindung mit Art. 36 BV Rechnung tragen. Die Einwanderungskontrolle ist ein legitimes öffentliches Interesse, um den Anspruch auf Schutz des Familienlebens einzuschränken; aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV ergibt sich weder ein Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einem bestimmten Staat noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts. Das entsprechende öffentliche Interesse muss jedoch jeweils gegen das private abgewogen werden, die Beziehung auch bis zum möglichst rasch zu treffenden Bewilligungsentscheid leben zu können. Bestehen keine anderen öffentlichen Interessen an der Rückkehr (Indizien für Scheinehe, Straffälligkeit, bestehende Sozialhilfeabhängigkeit usw.), ist bei absehbarer bzw. wahrscheinlicher Bewilligungsmöglichkeit vorrangig das Bewilligungsverfahren durch die Migrationsbehörde abzuschliessen (grundsätzliche Priorität des Bewilligungsverfahrens bei nachträglicher Änderung des visumsrechtlichen Aufenthaltzwecks).»

ATF 139 I 37, consid. 3.5.1. Voir également ATF 139 I 315, consid. 2.2 :

«Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind jedoch von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist es in der Regel nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebt und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben (Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV) ist es grundsätzlich ausreichend, wenn das Besuchsrecht im Rahmen

von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestalten sind. Gemäss der ständigen bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein weitergehender Anspruch nur dann in Betracht fallen, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (sog. tadelloses Verhalten).»

ATF 139 I 330, consid. 2 et 3 :

«Ausländerrechtlicher Familiennachzug von anerkannten Flüchtlingen mit Asyl in der Schweiz. Im Rahmen von Art. 8 EMRK und 13 BV zu beachtende Kriterien bei Zuwanderungsfragen mit asyl- und flüchtlingsrechtlichem Hintergrund; konventions- und verfassungskonforme Auslegung von Art. 44 AuG in einem solchen Fall.»

ATF 139 II 393, consid. 5 et 6 :

«Ein Aufenthalt gestützt auf Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA setzt voraus, dass die Rückkehr des Kindes in die Heimat nicht zumutbar erscheint und eine vor dem Dahinfallen der das abgeleitete Anwesenheitsrecht begründenden Familiengemeinschaft begonnene Ausbildung (noch) abgeschlossen werden soll. Keine Verletzung von Art. 8 EMRK oder Art. 50 AuG im konkreten Fall.»

CEDH **Critères gouvernant le renvoi d'étrangers indésirables**

8.3 «Wiederholung der massgeblichen Kriterien für die Abwägung zwischen den öffentlichen Fernhalteinteressen und den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz. Grundsätzliches Festhalten an der sog. «Reneja»-Praxis, wonach einem Ausländer nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer und bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren oder mehr in der Regel selbst dann kein Aufenthaltstitel mehr zu erteilen ist, wenn der schweizerischen Ehepartnerin die Ausreise nicht oder nur schwer zuzumuten ist. Wie bisher stellt diese sog. «Zweijahresregel» aber – ungeachtet der Art der Delinquenz – keine feste Grenze dar. Entscheidend ist stets das Gesamtbild eines jeden Einzelfalles, welches anhand von sämtlichen massgeblichen Kriterien zu bewerten ist. Trotz der Verurteilung zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe erweist sich die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung im vorliegenden Fall, namentlich aufgrund der familiären Situation des Betroffenen, als unverhältnismässig.»

ATF 139 I 145. Voir également ATF 139 II 121, consid. 6.5.1 :

«Tant en application de l'ALCP que des art. 5 al. 2 Cst., 96 LEtr et 8 par. 2 CEDH, il faut que la pesée des intérêts publics et privés effectuée dans le cas

d'espèce fasse apparaître la mesure d'éloignement comme proportionnée aux circonstances. A cet égard, il faut prendre en considération, outre la gravité de la faute, la situation personnelle de l'étranger, son degré d'intégration, la durée de son séjour en Suisse ainsi que les inconvénients que lui et sa famille devraient subir si la mesure litigieuse était appliquée.»

Droit au respect de la vie privée et familiale et prestations sociales

CEDH
8.4

«Nach allgemeiner Ansicht kommt Art. 8 Ziff. 1 EMRK – im Sinne einer konventionspolitischen (Grundsatz-)Entscheidung – primär die Funktion eines Abwehrrechtes zu. Ob und allenfalls inwieweit überhaupt positive Leistungspflichten der Staaten aus der Pflicht zur Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) abgeleitet werden können, ist weitgehend ungeklärt. Die Strassburger Richter nehmen überwiegend eine <einzelfallbezogene> Beurteilung vor und es werden soziale Leistungsrechte auf den <temporären und einzelfallabhängigen Ausnahmefall zum Schutz der Menschenwürde> begrenzt. In ständiger Rechtsprechung versteht der EGMR Art. 8 EMRK gleichwohl als rechtliche Grundlage für die Pflicht der Konventionsstaaten, den Einzelnen vor Eingriffen Dritter zu schützen (<Schutzpflichtdimension> von Art. 8 EMRK) und ihre innerstaatliche Rechtsordnung so auszugestalten, dass es <den Betroffenen möglich ist, ein normales Familienleben zu führen>. Eine klare Tendenz des Gerichtshofs in der Zusprechung positiver staatlicher Leistungen ist gegenwärtig (noch) nicht auszumachen. Immerhin scheint insoweit Konsens zu herrschen, dass sich Ansprüche auf Sozialversicherungsleistungen, die <weitab <klassischer> Eingriffskonstellationen liegen>, nicht ohne weiteres aus der EMRK ableiten lassen. Davon abgesehen, dass auch nach schweizerischem Grundrechtsverständnis ein Anspruch auf positive staatliche Leistungen grundsätzlich ausser Betracht fällt, wäre ein staatlicher Leistungsanspruch gestützt auf Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK somit selbst dann überaus fraglich, wenn eine verpönte Diskriminierung zu bejahen wäre, was aber nicht zutrifft.»

ATF 140 I 77, consid. 10. Voir également ATF 139 I 257, consid. 5 :

«Le refus d'accorder une rente de veuve à une femme, âgée de moins de 45 ans et sans enfant, qui a cessé de travailler pour s'occuper entièrement de son mari gravement atteint dans sa santé jusqu'au décès de celui-ci n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH.»

ATF 139 I 155, consid. 4 :

«La suppression du droit à une rente extraordinaire d'invalidité et du droit à une allocation pour impotent, en raison de l'absence de domicile en Suisse – l'assurance s'étant installée au Brésil, Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de sécurité sociale –, n'entre pas dans le champ d'application de

l'art. 8 CEDH. Les prestations en cause n'ont en effet pas pour but de favoriser la vie familiale ou d'intervenir dans les relations personnelles ou familiales. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner l'existence d'une discrimination au sens de l'art. 14 CEDH.»

CEDH **Droit au respect de la vie familiale et lieu de détention**

8.5 «Sous l'angle de la protection de la sphère privée et familiale, la CEDH ne garantit pas aux détenus le droit de choisir leur lieu de détention. La séparation et l'éloignement du détenu de sa famille constituent des conséquences inévitables de la détention. Ce n'est que dans des conditions exceptionnelles que le fait de détenir une personne dans une prison éloignée de sa famille à tel point que toute visite se révèle très difficile, voire impossible, peut constituer une ingérence dans la vie familiale du détenu (arrêt de la CourEDH *Selmani c. Suisse* du 28 juin 2001, Recueil CourEDH 2001-VII p. 459 ss). L'art. 84 al. 1 CP qui consacre le droit de recevoir des visites et d'entretenir des relations personnelles avec le monde extérieur n'accorde pas sous cet angle une protection plus étendue que le droit conventionnel et constitutionnel.»

Arrêt du TF 6B_80/2014, *X. c. Ministère public central du canton de Vaud*, du 20 mars 2014, consid. 1.3.

CEDH **Renvoi d'un étranger dépendant de l'aide sociale**

8.6 «Dans un arrêt récent (*Hansanbasic c. Suisse* du 11 juin 2013, n° 52166/09), la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que le bien-être économique du pays était un but légitime justifiant une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée familiale, de sorte que l'endettement et la dépendance à l'assistance publique des requérants pouvaient être pris en considération. Elle a cependant précisé que ces éléments ne constituaient qu'un aspect parmi les autres critères qui devaient être pris en compte dans l'examen sous l'angle de l'art. 8 § 2 CEDH, comme par exemple la situation de toutes les personnes concernées, conjoint et enfants, ou les éléments d'ordre médical. D'une manière générale, l'autorité de police des étrangers doit en outre faire preuve de beaucoup de retenue dans l'application des révocations d'autorisations d'établissement pour cause de dépendance à l'aide sociale.»

Arrêt du TF 2C_386/2013, *X. c. Service des migrations du canton de Neuchâtel*, du 13 septembre 2013, consid. 2.2.

Art. 9**Importation de viande casher**

CEDH

9.1

«Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts, der Praxis des EGMR und einheitlicher Doktrin ist unstrittig, dass die Religionsfreiheit die Individuen darin schützt, Zugang zu koscherem Fleisch zu haben. Die Bundesgesetzgebung trägt diesem Anliegen mit Art. 14 Abs. 1 des Tierschutzgesetzes vom 16. Dezember 2005 Rechnung. Ihm zufolge bemisst sich der Umfang der zulässigen Einfuhr von Koscher- und von Halalfleisch anhand des Versorgungsbedarfs (objektives Kriterium) der Angehörigen der jüdischen und der islamischen Gemeinschaften (subjektives Kriterium). Weitergehende Verhaltenspflichten des Staates, die über das allgemeine Gebot religiöser und konfessioneller Neutralität und das besondere Gebot der Versorgung mit Koscher- und mit Halalfleisch hinausgehen, bestehen nach bisheriger Praxis nicht. Insbesondere ist die Eidgenossenschaft nicht verpflichtet, für koscheres oder für Halalfleisch Kontingentszollansätze zu schaffen, wo für nicht koscheres Fleisch keine solchen vorgesehen sind.»

Arrêt du TF 2C_1174/2012, *Hotel X. GmbH c. Zollkreisdirektion Basel*, du 16 août 2013, consid. 3.7.2.

Impôt ecclésiastique dû par une société commerciale

CEDH

9.2

«Das Bundesgericht greift nicht ohne Not in die kirchensteuerliche Zuständigkeit der Kantone ein. Soweit diese in ihrer Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt sind, üben sie alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind (Art. 3 BV). Zu diesen Rechten zählt auch die Steuerhoheit. Der Kanton kann diese ausüben, soweit er darin nicht durch ausdrückliche Vorschriften der Bundesverfassung oder durch allgemeine grundrechtliche Vorgaben eingeschränkt ist. Der EGMR verfolgt in seiner Rechtsprechung zu Art. 9 EMRK einen weitgehend vergleichbaren Ansatz, indem er den Konventionsstaaten bei der Finanzierung der Kirchen und Religionsgemeinschaften einen erheblichen Gestaltungsspielraum zubilligt. Er begründet dies im Wesentlichen damit, dass in der – eng mit der Geschichte und Tradition des jeweiligen Staates verbundenen – Frage der Finanzierung von Kirchen und Religionsgemeinschaften unter den Mitgliedsstaaten des Europarats kein einheitlicher Ansatz bestehe.»

Arrêt du TF 2C_1158/2012, *X. AG c. Steuerverwaltung des Kantons Thurgau*, du 27 août 2013, consid. 3.4.

Art. 10

CEDH **Publicité des avocats**

10.1 «Die Freiheit kommerzieller Werbung, die über die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV und die Meinungsäusserungsfreiheit der Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II gewährleistet wird, ist dabei ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass der Rechtsstaat auf das Vertrauen des Publikums in die freie Anwaltschaft angewiesen ist. Der Zugang zum Recht erfolgt über die Anwaltschaft; ohne sie ist es dem Einzelnen regelmässig verwehrt, seinen Standpunkt in juristischen Angelegenheiten wirksam zur Geltung zu bringen. Es besteht daher ein besonderes öffentliches Interesse an einer sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (vgl. Art. 12 lit. a BGFA). Entsprechend kann der Staat zum Publikumsschutz sowie zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr Regeln für eine ordnungsgemässe und qualitativ hochstehende Ausübung der Anwaltstätigkeit aufstellen (Art. 95 Abs. 1 BV). Unter Einhaltung dieser Regeln dient Anwaltswerbung auch ideellen Interessen, indem sie der Klientschaft eine sachgerechte Anwaltswahl erlaubt und damit einen Beitrag zum guten Funktionieren der Rechtspflege leistet. Das Interesse an einer ordnungsgemässen und qualitativ hochstehenden Ausübung der Anwaltstätigkeit wird auch auf europäischer Ebene anerkannt (Urteile des EGMR *Casado Coca gegen Spanien* vom 24. Februar 1994, Serie A Bd. 285 § 46; *Schöpfer gegen Schweiz* vom 20. Mai 1998, Recueil CourEDH 1998-III S. 1042 § 29; *Foglia gegen Schweiz* vom 13. Dezember 2007, §§ 86 f.; Art. 24 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 vom 27. Dezember 2006 S. 36 ff.; Urteil des EuGH vom 5. April 2011 C-119/09 *Société fiduciaire*, Slg. 2011 I-02551 Randnr. 30). Dabei bleibt jedoch jegliche staatliche Regelung Stückwerk und darauf angewiesen, dass die Anwaltschaft ihren Beitrag leistet, um das Vertrauen des Publikums sowie das Ansehen in ihren Berufsstand zu gewährleisten: Der Staat kann die Standeswürde zwar schützen, aber nicht verordnen.»

ATF 139 II 173, consid. 5.1. et 5.2.

CEDH **Liberté d'expression et accès à l'antenne de médias publics**

10.2 «Als Ausfluss der Medien-, Programm- und Informationsfreiheit besteht – auch nach der Praxis der Strassburger Organe – grundsätzlich kein <Recht auf Antenne>, d.h. kein Anspruch darauf, dass ein Veranstalter eine bestimmte Information oder Auffassung eines Dritten gegen seinen Willen bzw. gegen sein redaktionelles Konzept ausstrahlen muss. Die SRG verfügt zwar nach wie vor über eine Sonderstellung in der schweizerischen Rundfunklandschaft, kann

jedoch nicht (mehr) als « Monopolmedium » gelten. Die neuen Technologieformen (Internet, Digitalfernsehen usw.) erlauben dem Publikum, sich aus den unterschiedlichsten Quellen zu informieren; gleichzeitig gestatten sie es dem Einzelnen, sich im Rahmen einer Vielzahl von Medien über die private Kommunikation hinaus Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit zu verschaffen. Die Verweigerung des Zugangs Dritter zu redaktionellen Gefässen kann unter dem Blickwinkel der Verfassung oder der EMRK nur ausnahmsweise als rechtswidrig im Sinne von Art. 97 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen qualifiziert werden. Ein Rechtsanspruch auf Zugang zum *redaktionellen Teil* des Programms ergibt sich ausnahmsweise allenfalls dann, wenn ein Veranstalter gewissen Parteien, Personen und Gruppierungen direkt oder indirekt Zugang zum Programm gewährt, vergleichbaren Parteien, Personen oder Gruppierungen einen solchen jedoch ohne sachlichen Grund verwehrt und sie damit rechtungleich behandelt bzw. *diskriminiert*. Die Zugangsbeschwerde will ausschliesslich Grundrechtsfragen klären; sie dient zur Kontrolle einer diskriminierungsfreien (Art. 10 i.V.m. Art. 14 EMRK und Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) Zuteilung von redaktionell verantworteter Sendezeit.» ATF 139 I 306, consid. 2.

Absence de droit de filmer sans autorisation des débats publics

CEDH
10.3

«Le droit à l'information que protègent les art. 10 CEDH et 16 al. 2 Cst. n'inclut pas le droit pour un particulier de filmer sans autorisation les débats publics d'une assemblée communale.»

Arrêt du TF 1C_335/2013, *A. c. Commune de Cerniat*, du 10 octobre 2013, consid. 3.4.

Art. 12

Droit de séjourner en Suisse en vue de s'y marier

CEDH
12.1

«Selon la jurisprudence, un étranger peut, à certaines conditions, déduire du droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH et l'art. 14 Cst. un droit à pouvoir séjourner en Suisse en vue de s'y marier. Ainsi, les autorités de police des étrangers sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entend, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union (cf. art. 17 al. 2 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers [LEtr] par analogie). Le droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH peut également être invoqué par des étrangers résidant illégalement dans un Etat membre. L'étranger

entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doit attendre la décision à l'étranger (art. 17 al. 1 LEtr). Cela vaut aussi pour l'étranger résidant illégalement en Suisse qui tente de légaliser son séjour par le dépôt ultérieur d'une demande d'autorisation de séjour durable. Le seul dépôt d'une demande d'autorisation de séjour durable ne rend pas le séjour légal, puisque l'étranger doit en principe attendre la décision à l'étranger. L'autorité cantonale compétente peut – ou même doit – autoriser, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation (art. 96 LEtr), l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'un droit légal, constitutionnel ou conventionnel à l'octroi d'une autorisation sont données avec une grande vraisemblance (art. 17 al. 2 LEtr; « prozeduraler Aufenthalt »). Elle doit rendre sa décision lors d'un examen sommaire des chances de succès, comme c'est le cas lors du prononcé de mesures provisoires. Ni l'entrée illicite ni le séjour illicite n'empêche l'application de l'art. 17 al. 2 LEtr.»

Arrêt du TF 6B_173/2013, *X. c. Ministère public central du canton de Vaud*, du 19 août 2013, consid. 2.4.

Art. 13

CEDH **Droit à un recours effectif d'une personne placée à des fins d'assistance**

13.1 « Sous l'empire de l'ancien droit tutélaire, le Tribunal fédéral a jugé que la personne placée à des fins d'assistance n'a plus d'intérêt actuel au recours après sa libération et peut faire contrôler la légalité de cette mesure à l'appui de l'action en responsabilité prévue à l'art. 429a aCC, voie qui préserve son droit à un « recours effectif » garanti par la CEDH. La Cour de céans a expressément confirmé ces principes pour le nouveau droit – entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013 –, l'art. 454 CC ayant la même portée que la norme antérieure. »

Arrêt du TF 5A_9/2014, *A. c. Juge de paix du district de Lausanne*, du 12 février 2014, consid. 2.2.

Art. 14

CEDH **Plafonnement des rentes AVS. Inégalité entre couples mariés, partenaires enregistrés et concubins**

14.1 « Die Rentenplafonierung gemäss Art. 35 AHVG führt zu einer Ungleichbehandlung von Ehepaaren und eingetragenen Partnern einerseits sowie Konkubinatspaaren andererseits. Die Schlechterstellung in Bezug auf die Höhe der Altersrente darf nicht isoliert betrachtet werden, es gibt hiefür sachliche Gründe. Auch die EMRK verbietet den Mitgliedstaaten eine unterschiedliche Behand-

lung von Personengruppen zur Behebung «tatsächlicher Ungleichheiten» nicht und belässt den Einzelstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit einen weiten Beurteilungsspielraum. In einer (sozialversicherungs-)rechtlichen Gesamtbetrachtung privilegiert das Gesetz Ehen und eingetragene Partnerschaften in mehrfacher Hinsicht. Auch im Lichte der Rechtsprechung des EGMR bewirkt die Rentenplafonierung keine unzulässige Diskriminierung.»

ATF 140 I 77, consid. 6–9.

Acquisition de la nationalité suisse. Distinction fondée sur la naissance hors mariage

CEDH
14.2

«Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, seules de très fortes raisons peuvent rendre compatible avec l'art. 14 CEDH une distinction fondée sur la naissance hors mariage (arrêt *Fabris contre France* du 7 février 2013, § 59). Toutefois, l'art. 14 CEDH ne peut s'appliquer que s'il est combiné à un autre droit conventionnellement protégé (arrêt *Fabris contre France*, § 47). Or, l'art. 8 CEDH ne garantit pas un droit à acquérir une nationalité ou une citoyenneté particulière. Il n'est toutefois pas exclu qu'un refus arbitraire d'octroyer une nationalité puisse, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'art. 8 CEDH en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'individu, laquelle est un concept suffisamment large pour englober tous les aspects de l'identité sociale (*social identity*) d'une personne (arrêt *Genovese contre Malte* du 11 octobre 2011, § 30 et § 33).»

Arrêt du TF 1C_258/2013, *A. et autres c. Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts du canton de Fribourg*, du 7 août 2013, consid. 5.1.

2. Le Protocole n° 7 à la CEDH

Principe *ne bis in idem*. Réouverture d'une procédure pénale

Prot.
7.4.1

«Art. 4 Abs. 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK lässt weitgehende Ausnahmen vom Grundsatz «*ne bis in idem*» zu. Die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Betroffenen ist danach möglich, wenn neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist. Das gilt nach der Lehre auch für bereits verurteilte Täter, wenn der Mangel des Verfahrens oder die Unbekanntheit von Tatsachen eine (erheblich) schwerere Bestrafung verhindert hatte. Mit der Verfahrenswiederaufnahme aufgrund von neuen revisionserheblichen Tatsachen bzw. Beweismitteln ist der Bezug zum ursprünglichen Urteil in der Hauptsache gegeben und werden die Anlasstaten nicht

doppelt sanktioniert. Es wird (vielmehr) an die zum Zeitpunkt der Tatbegehung und des ursprünglichen Urteils bereits vorgelegene (aber übersehene) schwere psychische Störung des Beschwerdeführers und dessen qualifizierte Gefährlichkeit angeknüpft. In Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II ist die Wiederaufnahme des Verfahrens zum Nachteil des Täters nicht vorgesehen. Die Schweiz hat keinen Vorbehalt angebracht. Bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände begründet die Verfahrenswiederaufnahme (trotz Fehlens eines Vorbehalts) jedoch auch in diesem Zusammenhang keine Verletzung des Grundsatzes *« ne bis in idem »*.

Arrêt du TF 6B_597/2012, *X. c. Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt*, du 28 mai 2013, consid. 4.8.

3. Le Pacte I

Pacte I Refus d'une rente de veuve

- 9.1 «Quant aux autres engagements internationaux invoqués par la recourante, ils ne lui sont d'aucune aide. S'agissant du Pacte ONU I, il convient de relever que celui-ci ne confère en principe pas aux particuliers de droits subjectifs susceptibles d'être invoqués en justice. Ainsi, l'art. 9 Pacte ONU I, qui fixe le principe d'un droit pour toute personne à la sécurité sociale, a une portée très générale qui ne saurait, pour ce motif, fonder concrètement le droit à une prestation d'assurance donnée. Quant à l'art. 2 al. 2 Pacte ONU I, il n'a pas de portée autonome. Comme cela ressort de sa lettre, il formule des garanties en liaison seulement avec des obligations programmatiques que les Etats s'engagent à réaliser progressivement, en particulier le droit de toute personne à la sécurité sociale formulé par l'art. 9 Pacte ONU I. Il n'en saurait aller différemment concernant l'art. 11 let. e de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui fixe le principe de l'interdiction des discriminations à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi et de la sécurité sociale, dès lors que cette disposition, à l'instar de l'art. 9 Pacte ONU I, est une norme de type programmatique qui n'est pas directement contraignante.»
- ATF 139 I 257, consid. 6.

4. Le Pacte II

Pacte II Principe de la légalité en matière pénale. *Lex mitior*

- 15.1 «Die rückwirkende Anwendung des neuen Massnahmenrechts steht in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz *« nulla poena sine lege »* gemäss Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte. Danach darf niemand wegen einer Handlung oder Un-

terlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine höhere bzw. schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer strafbaren Handlung durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist das mildere Gesetz anzuwenden (Art. 15 Abs. 1 Satz 3 UNO-Pakt II).»

Arrêt du TF 6B_597/2012, *X. c. Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt*, du 28 mai 2013, consid. 4.3.

5. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Droit de séjour du parent étranger d'un enfant disposant du droit de résider en Suisse sur lequel il n'a pas l'autorité parentale

CDE
9.1

«Ausländer, die aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einem/-er schweizerischen Staatsangehörigen oder einer Person mit Niederlassungsbewilligung bereits eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz besitzen, können sich – wie bereits aufgezeigt – nicht nur auf Art. 8 EMRK berufen; seit dem Inkrafttreten des Ausländergesetzes per 1. Januar 2008 haben sie gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG auch kraft Bundesrecht einen (bedingten) Anspruch auf die Bewilligungsverlängerung, soweit die in dieser Bestimmung statuierten Voraussetzungen erfüllt sind. Zudem hatten sie durch den legalen Aufenthalt in der Schweiz auch Gelegenheit, sich hier in legitimer Weise zu integrieren und vertiefte Verbindungen zur Schweiz zu knüpfen. Insoweit unterscheiden sie sich von jenen Ausländern, welche aufgrund ihrer Elternschaft zu einem hier anwesenheitsberechtigten Kind erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen: Letztere haben keine qualifizierten vorbestehenden Verbindungen zur Schweiz und können ihr Gesuch auch nicht auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG, sondern ausschliesslich auf Art. 8 EMRK abstützen. Aufgrund dieser Unterschiede rechtfertigt es sich grundsätzlich, die Anforderungen für den bereits in der Schweiz ansässigen, besuchsberechtigten (ehemaligen) Ehegatten weniger streng zu handhaben. Dem trägt auch Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes Rechnung: Gemäss dieser Bestimmung achten die Vertragsstaaten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht. Zwar hat das Bundesgericht schon mehrfach festgehalten, dass die Bestimmungen der Kin-

derrechtskonvention keinen unmittelbaren Anspruch auf die Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung gewähren. Eine mittelbare Berücksichtigung dieser Normen im Rahmen der Auslegung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG ist jedoch möglich und angezeigt.»

ATF 139 I 315, consid. 2.4.

CDE Liberté religieuse. Port du foulard islamique par des écolières

14.1

«Die Beschwerdegegnerinnen bringen vor, das Kopftuch in der Öffentlichkeit aus eigener religiöser Überzeugung und in Verbundenheit mit jener ihrer Familie zu tragen. Das eigene Recht auf Religionsfreiheit der Schülerinnen ist zu gewichten (Art. 3 und 14 Abs. 1 KRK); ihren Eltern kommt jedoch formell das Recht zu, über ihre religiöse Erziehung zu bestimmen (Art. 303 Abs. 1 und 3 ZGB, Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 5 und 14 Abs. 1 und 2 KRK). Diese haben denn auch das kantonale Verfahren angestrengt. Ein Kopftuchverbot an der Schule brächte die Schülerinnen in den Konflikt, entweder einem staatlichen oder einem religiösen, durch ihre Herkunft und die Familie vermittelten Gebot zuwiderhandeln zu müssen. Solche Spannungen können die betroffenen Kinder stark belasten und dem Kindeswohl entgegenstehen (Art. 3 KRK). Das generelle Verbot, das Kopftuch auf dem Schulareal zu tragen, wirkt sich zudem – entsprechend der täglichen Präsenz in der Schule – massgeblich auf den Lebensalltag der Beschwerdegegnerinnen aus. Für die Schülerinnen stellt daher ein generelles Verbot, das Kopftuch während des Unterrichts zu tragen, einen schweren Eingriff in das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit dar. Das verfügte Verbot bedurfte demnach einer Grundlage in einem formellen Gesetz.»

ATF 139 I 280, consid. 5.2.

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht

von Ivo Schwander¹

Inhaltsübersicht

- I. Internationale Zuständigkeit und weitere Fragen des Erkenntnisverfahrens
- II. Anwendbares Recht
- III. Internationales Zwangsvollstreckungsrecht

I. Internationale Zuständigkeit und weitere Fragen des Erkenntnisverfahrens

A. Fehlende schweizerische Gerichtszuständigkeit für dienstrechtliche Streitigkeiten zwischen einer in einer Ständigen Mission eines ausländischen Staates tätigen Mitarbeiterin und diesem Staat.

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 4. Juni 2014, *A. c. Republik B.*, BGer 4A_570/2013.

A., eine Mitarbeiterin bei der Ständigen Mission des Staates B. bei der UNO in Genf, machte nach Beendigung des nicht ganz dreijährigen Arbeitsverhältnisses eine Klage auf fast CHF 130 000.– beim Tribunal des prud'homme des Kantons Genf hängig und begründete diese u.a. mit Überstunden, Ersatz von Gesundheitskosten, Genugtuung und Schadenersatz. Der Staat B berief sich auf sachliche Unzuständigkeit des Gerichts und auf Immunität von der Gerichtsbarkeit, mit der Begründung, dass es sich um ein dem ausländischen öffentlichen Recht unterstehendes Dienstverhältnis handle. Die erste kantonale

¹ Dr. iur., ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Dr. iur. h.c. (Universität Zürich), Konsulent bei Pestalozzi AG, Rechtsanwälte, Zürich. Anschrift: Heerstrasse 7, 8853 Lachen (Email: ivo.schwander@dike.ch). In diesem Praxisbericht werden Bundesgerichtsentscheide besprochen, die im Zeitraum zwischen 1. Juli 2013 und 30. März 2014 auf der Website des Bundesgerichts www.bger.ch veröffentlicht worden sind.

Instanz bejahte die eigene Zuständigkeit, die obere kantonale Instanz verneinte diese. Das Bundesgericht wies die von A. dagegen erhobene Beschwerde ab.

In Erw. 4.2 stellt das Bundesgericht die heutige Rechtslage des Missionspersonals aus schweizerischer Sicht dar: Das Gaststaatgesetz vom 22. Juni 2007 (GSG, SR 192.12) und die darauf beruhenden Verordnungen, nämlich die Gaststaatverordnung vom 7. Dezember 2007 (V-GSG, SR 192.121) und die Verordnung über die privaten Hausangestellten von Personen mit Vorrechten, Immunitäten und Erleichterungen vom 6. Juni 2011 (SR 192.126), unterscheiden zwischen privaten Hausangestellten, welche durch ein Mitglied der Diplomatischen oder Ständigen Mission, und solchen, die vom Staat angestellt sind. Die Erstgenannten unterstehen dem Privatrecht. Die Zweitgenannten unterstehen entweder als «lokales Personal» dem (schweizerischen oder fremden) Privatrecht oder als «Dienstpersonal» dem öffentlichen Recht des Entsendestaates. Aufgrund der Umstände stand fest, dass A. vom Staat B. angestellt worden war (Erw. 4.3).

Nicht nur das sog. «versetzbare Personal des Entsendestaates» kann dem ausländischen öffentlichen Recht unterstehen, auch das von einer bestimmten Botschaft oder Mission in einem bestimmten Land rekrutierte Personal kann – entsprechend der tatsächlich ausgeübten Funktion – eng mit einer staatlichen bzw. hoheitlichen Tätigkeit verbunden sein und damit dem ausländischen öffentlichen Recht unterstehen (Erw. 4.5). Die obere kantonale Instanz hatte Bundesrecht nicht falsch angewendet, wenn sie dies im Falle der Frau A. bejaht hatte (Erw. 4.6).

Interessant sind die gedanklichen Ansätze des Bundesgerichts, die dann allerdings nicht konkret weitergeführt werden, in Erw. 4.4 zum inneren Konnex zwischen Immunität des ausländischen Staates vor Gerichtsbarkeit einerseits und sachlich fehlender Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte andererseits.

Es drängt sich bei der Lektüre dieses Entscheides die Frage auf, ob das Verwaltungsrecht des Bundes, das hier zur Anwendung kam, nicht doch tendenziell – im Vergleich zur vorangegangenen Rechtsprechung – den Schutz der ArbeitnehmerInnen abbaut bzw. diese stärker der Willkür mancher Entsendestaaten überlässt; auch ist wohl nicht zu übersehen, dass Fälle, in denen tatsächlich ausgeübte Funktionen in den Missionen nicht mit den vorgegebenen übereinstimmen, weniger gut aufgedeckt werden können, wenn der Entsendestaat nicht mit einer schweizerischen Gerichtsbarkeit rechnen muss. Schliesslich schwächt die aufgrund des Verwaltungsrechts ergangene Rechtsprechung den methodologischen Standpunkt, dass Gerichtsbarkeit die Regel und Immunität die Ausnahme zu sein hat.

B. Bestimmung des Erfüllungsorts (Art. 113 IPRG).

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 21. Oktober 2013, X. AG c. *Tschechische Republik*, BGer 4A_686/2012.

Der Klägerin, einer Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz, welche u.a. auf Schulden- und Forderungsmanagement im internationalen Verhältnis spezialisiert ist, stand aufgrund eines Vertrags aus dem Jahre 2001 gegenüber der Tschechischen Republik die Option zu, sich einen Teil der Forderungen der Tschechischen Republik gegen die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien abtreten zu lassen. Die Tschechische Republik zeigte vertragskonform der Klägerin an, dass sie gedenke, einen Vertrag mit einem Dritten einzugehen, um ihre Forderung einzutreiben, und ersuchte die Klägerin, mit einem beglaubigten Schreiben, eintreffend bis spätestens 31. Juli 2003, mitzuteilen, ob diese sich den verbleibenden Teil der Forderungen abtreten lassen wolle oder ob sie auf die Option verzichte. Mit Faxschreiben vom 28. Juli 2003 teilte die Klägerin mit, dass sie am Kauf von 75% der Schuld interessiert sei und ersuchte um Terminvorschläge für ein Treffen, um das Geschäft abzuwickeln. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, es sei gestützt darauf ein Vertrag zustande gekommen, aufgrund dessen die Tschechische Republik verpflichtet sei, ihr eine entsprechende Abtretungsurkunde zuzustellen, was aber die Letztere bestritt. Für ihre Schadenersatzklage berief sich die Klägerin auf den schweizerischen Erfüllungsortsgerichtsstand nach Art. 113 IPRG. Die erste Instanz bejahte diese Entscheidungszuständigkeit, die obere kantonale Instanz verneinte diese ebenso wie das Bundesgericht.

Das Bundesgericht liess es auch in dieser Entscheidung, eingangs der Erw. 4, offen, ob der in Art. 113 IPRG verwendete Begriff des Erfüllungsorts *lege fori* oder *lege causae* zu bestimmen sei; allerdings mit dem Hinweis, dass es in BGE 130 III 462 Erw. 4.1 «ohne weitere Begründung auf die *lex fori* abgestellt» hatte; dem könnte man hinzufügen, dass man andererseits in BGE 126 III 334 ein implizites Abstellen auf die *lex causae* hat sehen können. Das Offenlassen der Frage begründet es damit, dass die Bestimmung des Erfüllungsorts nach tschechischem materiellem Recht gleich erfolge wie im schweizerischen Recht, was vor Bundesgericht von keiner Partei in Zweifel gezogen werde. Die Behauptung der Kongruenz von in- und ausländischem Recht steht m.E. wohl immer auf wackligen Füßen, denn selbst bei ähnlichem Wortlaut der Gesetzgebungen werden sich die Rechtsprechungen in den beiden Staaten nicht auch in jedem, im Einzelfall eben gerade relevanten Detail entsprechen.

In Anwendung des Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR sah dann das Bundesgericht (Erw. 4.1 und 4.2) den Ort der von der Klägerin verlangten Abgabe der Abtretungserklärung durch die Beklagte (Tschechoslowakei) als Erfüllungsort an

(Ort der Ausstellung und Begebung der Urkunde; Verpflichtung, diese dort bereit zu halten oder zu versenden). Dem Einwand, dass die Abtretungserklärung empfangsbedürftig ist und der Zessionar auf den Besitz der Urkunde angewiesen ist, folgte das Bundesgericht in Erw. 4.3 nicht; vielmehr könne nach Treu und Glauben die Wirksamkeit der Abtretung im Zeitpunkt der Versendung der Zessionsurkunde angenommen werden, «wenn der Zessionar aufgrund des pactum de cedendo mit der Abtretung rechnet oder gar darauf drängt, und seine Zustimmung deshalb als antizipiert erteilt gelten kann». Seltsamerweise geht das Bundesgericht nicht näher auf den Text des Art. 74 OR ein. Für die Bestimmung des Erfüllungsorts am Sitz des zur förmlichen Abtretungserklärung Verpflichteten spricht die Vermutung in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR, dass dort die Willensbildung und die Erklärungshandlungen des Schuldners zu erfolgen haben. Hingegen kann man sich mit guten Gründen auch darauf stützen, dass wegen der Empfangsbedürftigkeit und der Schriftform der Abtretungserklärung «Umstände» (bzw. Eigenarten des Rechtsgeschäfts) im Sinne des Art. 74 Ab. 1 OR vorliegen, welche in der Fallgruppe von Verpflichtungen zur Abtretungserklärung den Sitz der Empfängerin der Willenserklärung als Erfüllungsort nahelegen. Mangels Aktenkenntnissen massiert sich der Rezensent keine abschliessende Meinung zum konkreten Fall an – findet sich aber in der Meinung bestätigt, dass bei solchen konkretisierenden Auslegungsvorgängen sicher nicht von vornherein von einer Übereinstimmung in- und ausländischen Rechts (lex fori und lex causae) ausgegangen werden kann, zumal sich das Bundesgericht für die hier entschiedene Fallgruppe der Verträge mit Verpflichtung zur Abgabe einer Zessionsurkunde auf kein Präjudiz und keine Lehrmeinung zum schweizerischen OR stützen kann.

Dieser Entscheid sollte Anlass sein, die Diskussion über die bloss Alternative lex fori oder lex causae hinaus zu führen. Der Rezensent hat zwei weitere Auslegungswege vorgeschlagen: entweder die *richterrechtliche Entwicklung eines spezifischen Begriff des Erfüllungsorts für internationale Sachverhalte* (ausführlich IVO SCHWANDER, Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR, in: Walter A. Stoffel/Paul Volken [Hrsg.], *Conflicts et harmonisations, Mélanges Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, S. 681 ff., 695), welcher sich möglicherweise stärker an äusserlich wahrnehmbaren und vorhersehbaren Kriterien orientiert, oder die *alternative Anwendung der lex fori bzw. der lex causae* (ausführlich in: 14 SZIER/RSDIE (2004), S. 265 f., bei der Besprechung von BGE 129 III 738 ff.) *zur Begründung der schweizerischen Erfüllungsortszuständigkeit*, welche sich – mit Rücksicht darauf, dass das schweizerische IPRG, welches in Bezug auf die Zuständigkeitsordnung fast nur noch im aussereuropäischen Verhältnis zur Anwendung kommt, im Gegensatz zu ausländischen IZPR-Systemen kaum Klägergerichtsstände in schuldrechtlichen Streitigkeiten kennt – aus Gründen der Nichtdiskriminierung der in der Schweiz ansässigen

Parteien m.E. rechtfertigen kann. Angewandt auf den besprochenen Sachverhalt hätte dies bedeutet: Erfüllungsortszuständigkeit nach Art. 113 IPRG in der Schweiz, wenn die Voraussetzungen des Erfüllungsorts entweder nach *lex fori* oder nach *lex causae* in der Schweiz erfüllt sind. Damit würde Art. 113 IPRG seine suppletive Funktion im System der Zuständigkeitsnormen Art. 112–115 IPRG besser erfüllen.

C. Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen; Art. 16 IPRG. Partei- und Prozessfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft; Art. 155 und Art. 158 IPRG. Partei- und Prozessfähigkeit eines Trusts.

(a) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 10. Dezember 2013, *X. SA c. Y. Treuhand AG*, BGer 4A_329/2013.

(b) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 20. Januar 2014, *X. Ltd. c. Z. SA*, BGer 4A_415/2013.

Wieweit Gerichte von Amtes wegen auf dem Inhalt fremden Rechts basierte Argumentationen einer Partei zu überprüfen haben – diese Frage kann sich auch in ungewöhnlichen Konstellationen stellen, was das hier besprochene Urteil (b) schön illustriert. Die in Montreal ansässige X. Ltd. hatte bei einer Schweizer Bank für die in der Schweiz ansässige Z. SA ein Garantieverprechen (mit Gerichtsstandsklausel Genf und Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts) abgegeben und musste schliesslich bei der Bank für einen Ausfall für über eine Million Euro einstehen. Für die Rückgriffsklage gegenüber der Z. SA wählte die X. Ltd. das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO). Die Beklagte wandte ein, die Rechtslage sei nicht klar (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO): Der Klägerin gehe wegen Organisationsmängel nach kanadischem Recht die Handlungsfähigkeit bzw. den statutarischen Organen gehe deswegen die Prozessfähigkeit ab; auch sei der von der Klägerin unterzeichnete Garantievertrag aufgrund kanadischer Finanzmarktvorschriften nichtig. In Übereinstimmung mit der ersten und im Gegensatz zur zweiten kantonalen Instanz lehnte das Bundesgericht diese auf kanadisches Recht gestützten Argumentationen ab; es hiess mit einem reformatorischen Urteil die Regressklage gut.

Den Einwand fehlender Handlungsfähigkeit wies das Bundesgericht – ohne konkrete Auseinandersetzung mit dem Inhalt fremden Rechts, das wohl auch vor den kantonalen Instanzen nicht konkret Gegenstand von eingehenden Abklärungen gewesen zu sein scheint – mit dem Argument ab, die Beklagte berufe sich rechtsmissbräuchlich darauf, um sich damit – nach Erfüllung des Garantievertrags zugunsten der Beklagten – nachträglich ihrer Verpflichtung zur Re-

gresszahlung zu entziehen. Dieses Argument überzeugt materiellrechtlich im Rahmen des auf den Vertrag anwendbaren schweizerischen Rechts, nicht aber auf der prozessrechtlichen Ebene, denn die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 59 Abs. 2 lit. c und Art. 60 ZPO). Auch die Abklärung, ob die Klägerin nach ihrem Sitzrecht eigene Rechtspersönlichkeit hat und ob sie im in der Schweiz hängigen Prozess ordnungsgemäss durch ihre Organe vertreten ist, hat das Gericht amtswegig nach ausländischem Sitzrecht zu treffen (Art. 16 und Art. 155 lit. c IPRG). Dann erst hätte der Korrekturbehelf der Einrede des Rechtsmissbrauchs greifen können – mit der Überlegung, dass es in der vorliegenden Konstellation ja einzig um die Rechtsverfolgung in der Schweiz geht, d.h. das in Genf erwirkte Urteil vor allem in der Schweiz zu befolgen und durchzusetzen ist; aber auch in dieser Konstellation können öffentliche Interessen daran bestehen, dass das Gericht abklärt, dass das Prozessergebnis (die Geldsumme) letztlich von der richtigen juristischen Entität im Ausland durchgesetzt werden kann. Gerichtspsychologisch erklärt sich der Entscheid *in casu* wahrscheinlich damit, dass das Bundesgericht aufgrund der wohl etwas vagen Vorbringen der Beklagten zum Inhalt des kanadischen Rechts (die allerdings die obere kantonale Instanz überzeugt hatten) sich nicht davon überzeugen liess, dass kanadisches Recht tatsächlich als Folge der behaupteten Organisationsmängel gänzliche Handlungsunfähigkeit der juristischen Person vorsieht – vgl. die Formulierungen im Urteil (b) Erw. 7, Sätze 1–4 – es aber für eine unnötige weitere «Schlaufe» angesehen hatte, die Angelegenheit zur genaueren Abklärung des Inhalts kanadischen Rechts zurückzuweisen. Mit der überwiegend materiellrechtlichen Begründung musste sich das Bundesgericht auch nicht der heiklen Rechtsfrage stellen, ob die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer ausländischen juristischen Person letztlich eine vermögensrechtliche oder eine nicht vermögensrechtliche Sache im Sinne des Art. 96 lit. b Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110) betreffe; denn davon würde ja abhängen, ob das Bundesgericht die richtige Fremdrechtsanwendung durch die Vorinstanz auf Beschwerde hin überprüfen könne oder nicht. Das weitere, in den Sätzen 5 und 6 der Erw. 7 im Urteil (b) angeführte Argument – Bilateralisierung des Art. 158 IPRG – liegt zumindest nicht auf der Hand, weisen doch Wortlaut und Zweck dieser Bestimmung darauf hin, dass sich die *ausländische* Unternehmung nicht auf ihr eigenes, dem Statut der Gegenpartei unbekanntes Gesellschaftsstatut berufen kann (vgl. ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA in: Heinrich Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 158 N 19). Immerhin eröffnet das Bundesgericht damit eine interessante Auslegungskontroverse, in welchen Konstellationen über den Wortlaut hinaus auch die Gegenpartei der ausländischen juristischen Person sich nicht auf dem Umweltrecht nicht be-

kannte Vertretungsbeschränkungen gemäss dem ausländischen Gesellschaftsstatut berufen könne.

Zuzustimmen ist hingegen im Ergebnis der Erwägung 7 Abschnitt 4 im Urteil (b): Das Bundesgericht lehnt hier die behauptete Nichtigkeit des Vertrags wegen Widerrechtlichkeit aufgrund eines Verstosses gegen fremdes Recht im Rahmen des Art. 20 Abs. 1 OR explizit und eine Sonderanknüpfung zwingenden fremden Rechts eines Staates, dessen Rechtsordnung nicht *lex causae* ist (Art. 19 IPRG), implizit ab. Für eine Sonderanknüpfung kanadischen Finanzmarktrechts hätte es im vorliegenden Fall am engen Zusammenhang gefehlt, ebenso an einem schützenswerten, offensichtlich überwiegenden Interesse einer Partei; Letzteres hätte insbesondere auch bei der Bewertung der Folge einer solchen Sonderanknüpfung verneint werden müssen (vgl. die Kriterien in Art. 19 IPRG).

Der vorliegende Entscheid könnte den Ausgangspunkt für vertiefte Diskussionen in der Lehre bieten, inwieweit besondere Prozessarten Auswirkungen auf die Handhabung der Pflicht zur amtswegigen Anwendung und Prüfung fremden Rechts mit sich ziehen. Im vereinfachten Verfahren – es gilt u.a. für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einer Streitwertgrenze von CHF 30 000 (Art. 243 Abs. 1 ZPO) – ist eine Klagebegründung nicht erforderlich (Art. 244 Abs. 2 ZPO) und besteht eine erhöhte Fragepflicht des Gerichts (Art. 247 Abs. 1 ZPO); die Prozessleitung ist aktiver (Art. 246 ZPO). Wie wirken sich der Zweck und die Besonderheiten dieser Verfahrensart auf die Handhabung des Art. 16 IPRG aus? Bedeutet dies eine «noch amtswegigere» Rechtsanwendung fremden Rechts? Spricht die besondere Natur des summarischen Verfahrens – jedenfalls bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) – demgegenüber für eine restriktivere Handhabung des Art. 16 IPRG? Und kann bei der gerade im hier besprochenen Entscheid angewandten Verfahrensart des Rechtsschutzes in klaren Verhältnissen (Art. 257 ZPO), die auch zu den summarischen Verfahren gehört, im Gegenteil an den allenfalls von einer Partei geforderten Nachweis des Inhalts fremden Rechts eine erhöhte Anforderung gestellt werden – mit der Folge, dass diese Partei bei ungenügendem Nachweis ihres Anspruchs nach fremdem Recht auf das ordentliche Verfahren verwiesen ist? In diesem Zusammenhang ist Erwägung 6.2 des anderen hier besprochenen Bundesgerichtsentscheides (a) von Interesse; dort verneint das Bundesgericht die Klarheit der Rechtslage im Sinne des Art. 257 ZPO nach liechtensteinischem Recht; es befand, dass die Vorinstanz deswegen nicht auf die Klage hätte eintreten müssen.

Im zuletzt erwähnten Entscheid (a) verdeutlicht das Bundesgericht in Erwägung 3, Satz 4, zu Recht, dass sich die Rechtszuständigkeit und die Verwaltungsbefugnis – hier zu ergänzen ist: und damit auch die Partei- und Prozessfähigkeit – bezüglich eines Trustvermögens, das in den sachlichen Anwendungsbereich der Haager Trustanerkennungskonvention von 1985 (HTÜ;

SR 0.221.371) fällt, nach diesem internationalen Übereinkommen beurteilt. Diese Feststellung ist mit dem Hinweis auf Art. 149c IPRG zu ergänzen, welcher nationalrechtlich den sachlichen Anwendungsbereich des Haager Übereinkommens erweitert. Da das Haager Übereinkommen das Trustvermögen damit umschreibt, dass die Rechte daran «auf den Namen des Trustee oder auf den einer anderen Person in Vertretung des Trustee» (Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ) lauten, bestätigt das Bundesgericht ebendort die in der Botschaft des Bundesrates (BBl 2006, S. 588) und in der Lehre (NEDIM PETER VOGT in: Heinrich Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 149a N 3) vertretene Auffassung, dass auf Trusts mit eigener juristischer Persönlichkeit, wie z.B. das liechtensteinische Treuhandunternehmen, das Gesellschaftsstatut nach Art. 150 ff. IPRG und, insbesondere was Organisation und Rechts- und Handlungsfähigkeit anbelangt, Art. 155 IPRG zur Anwendung kommen.

II. Anwendbares Recht

A. Objektive Anknüpfung der Schuldverträge (Art. 117 IPRG, Art. 120 IPRG).

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 2. Oktober 2013, *H.X. und F.X. c. Z. Sàrl*, BGer 4A_252/2013.

In dieser Entscheidung, Erw. 2, hatte das Bundesgericht Gelegenheit daran zu erinnern, dass Konsumentenverträge nicht unter das Wiener Kaufrecht (Art. 2 Abs. a CISG) fallen, und wandte daher Art. 120 IPRG zur Bestimmung des anwendbaren Rechts an.

B. Rechtswahl (Art. 116 IPRG, Art. 121 Abs. 3 IPRG, Art. 132 IPRG).

(a) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 30. Juli 2013, *X. c. Y. AG*, BGer 4A_80/2013.

(b) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 5. August 2013, *X. c. Y. und Z.*, BGer 4A_191/2013.

(c) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 2. September 2013, *X. c. Y.*, BGer 4A_303/2013.

(d) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. September 2013, *X. GmbH c. A.*, BGer 4A_103/2013 = BGE 139 III 411.

(e) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 25. September 2013, *M.Y. c. Z.*, BGer 4A_92/2013.

(f) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 17. Oktober 2013, *Kreditversicherung X. N.V. c. Y. AG*, BGer 4A_317/2013.

(g) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 4. November 2013, *H.X. und F.X. c. Z. SA*, BGer 4A_255/2013.

(h) Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 10. Dezember 2013, *X. SA c. Y. Treuhand AG*, BGer 4A_329/2013.

Neben Entscheidungen auf der Grundlage unbestrittener ausdrücklicher Rechtswahlvereinbarungen, wie z.B. Entscheid (e), Erw. 2 (wo die Wahl der «lois de Genève» richtigerweise als Wahl des schweizerischen Rechts interpretiert wurde) und Entscheide (d), Erw. 2.3, (f), Erw. 3 und (h), Erw. 3 Sätze 2 und 3, gibt es auch in diesem Berichtsjahr solche, welche auf eine stillschweigende Rechtswahl zugunsten der lex fori abstellen. Legitim ist das Vorgehen im Entscheid (b), Erw. 2, wo das Bundesgericht sich darauf stützen konnte, dass beide kantonalen Instanzen die kollisionsrechtliche Problematik gegenüber den beiden anwaltlich vertretenen Parteien angesprochen und aufgrund der expliziten Bezugnahmen beider Parteien auf schweizerisches Recht schweizerisches Recht angewandt hatten; das Bundesgericht leitet aus dem Verhalten der Parteien eine stillschweigende, aber bewusste Rechtswahl ab. Ähnlich argumentierte das Bundesgericht im Entscheid (g), Erw. 2, einer stillschweigenden, bewussten deliktsrechtlichen Rechtswahl nach Art. 132 IPRG, wobei es zusätzlich darauf hinweisen konnte, dass auch die objektive Anknüpfung nach Art. 133 Abs. 2 IPRG zur Anwendung schweizerischen Rechts geführt hätte.

Während das Bundesgericht in den Entscheiden (b), Erw. 2, und (g), Erw. 2, ausdrücklich auf seine eigene Pflicht, in Verfahren der zivilrechtlichen Beschwerde das anwendbare Recht von Amtes wegen festzustellen, hingewiesen hat, äussert es sich im Entscheid (a), Erw. 2.1, sehr kurz: «Die Vorinstanz nahm an, der vorliegende Rechtsstreit mit internationalem Sachverhalt beurteile sich nach Schweizer Recht. Dies wird von keiner Seite bestritten und ist anzunehmen.» Von einer amtswegigen Entscheidung ist hier nicht die Rede, sondern sinngemäss wird das hier nicht einschlägige Rügeprinzip angewandt. Dies ist umso erstaunlicher, als es hier um den (strittigen) Bestand eines Arbeitsvertrags ging, somit nur eine – vom Bundesgericht nicht einmal angeführte – restriktiv umschriebene Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 121 Abs. 3 IPRG infrage gestanden wäre. Zwar waren auch in diesem Fall beide Parteien anwaltlich vertreten. Aus dem Text – der von der einen Partei als Arbeitsvertrag, von der anderen nur als Gesprächsnotiz betrachtet wurde – müsste man auf einen hauptsächlichen Arbeitsort in London und Brüssel schliessen, was (nach weiteren tatsächlichen Abklärungen) entweder zur objektiven Anknüpfung der einen oder anderen ausländischen Rechtsordnung (Art. 121 Abs. 1 IPRG: «Staat, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet») oder dann zur An-

wendung des Rechts der Niederlassung der Arbeitgeberin hätte führen müssen (Art. 121 Abs. 2 IPRG: wenn «der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten» verrichtet); ob der Arbeitsvertrag letztlich über die eine oder andere Konzerngesellschaft abgewickelt werden sollte, stand anscheinend in diesem Zeitpunkt noch nicht fest (bzw. schien nicht essentielle des Vertrags gewesen zu sein); der Bezug zur Schweiz scheint darin zu liegen, dass die Y. AG mit Sitz in der Schweiz als die pozentielle Arbeitgeberin Beklagte war. Im Ergebnis kann die Anwendung des schweizerischen Rechts aufgrund objektiver Anknüpfung gerechtfertigt gewesen sein, jedoch hätte dies gewiss eine nähere Begründung erfordert.

Im Entscheid (c), Erw. 4, ging es um die Abgrenzung zwischen einem ersten, objektiv angeknüpft, dem deutschen Gesellschaftsrecht unterstehenden Gesellschaftsvertrag und einem zweiten, durch ausdrückliche Rechtswahl dem schweizerischen Recht unterstellten Aktienkaufvertrag. Das Bundesgericht verneinte mit der Vorinstanz die Relevanz des ersten Vertrags für die Klagebegehren und beurteilte die Klage ausschliesslich nach schweizerischem Recht.

C. Räumlicher Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes (Art. 1 ArG, Art. 342 Abs. 2 OR).

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. September 2013, *X. GmbH c. A.*, BGer 4A_103/2013 = BGE 139 III 411.

Der 2005 abgeschlossene Arbeitsvertrag zwischen X. GmbH mit Sitz in der Schweiz (Arbeitgeberin) und A. (Arbeitnehmer) mit Wohnsitz in Deutschland unterstand aufgrund der nach Art. 121 Abs. 3 IPRG gültigen Rechtswahlklausel schweizerischem Recht und aufgrund der ebenfalls zulässigen Gerichtsstandsklausel dem Gerichtsstand Glarus. Gewöhnlicher Arbeitsort des gelernen Bäckers war ein abgesperrtes Logistikzentrum an der Peripherie von Kabul (Afghanistan). Gemäss Arbeitsvertrag sollte die wöchentliche Arbeitszeit bei einer Sechstageswoche im Durchschnitt 54 Stunden nicht übersteigen; allfällige Mehrstunden sollten mit dem Monatslohn abgegolten sein. Als Ausgleich standen dem Arbeitnehmer jährlich 63 Ferientage zu. Anfangs 2009 klagte der Arbeitnehmer gestützt auf das Arbeitsgesetz (SR 822.11) u.a. auf EUR 118 178 als Entschädigung für Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit. Die erste kantonale Instanz wies die Klage wegen Nichtanwendbarkeit des Arbeitsgesetzes ab, das Obergericht erachtete hingegen das Arbeitsgesetz als anwendbar und wies die Sache zur Neuurteilung an die erste Instanz zurück. Hiergegen erhob die Arbeitgeberin Beschwerde an das Bundesgericht; dieses hiess die Beschwerde gut und wies die Klage ab.

Gestützt auf Art. 1 Abs. 3 Arbeitsgesetz (Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964, SR 822.11) sind dessen (öffentlich-rechtliche) Bestimmungen u.a. auf Arbeitnehmer anwendbar, welche ein im Ausland ansässiger Arbeitgeber in der Schweiz beschäftigt, soweit dies nach den Umständen möglich ist; hingegen sieht diese Bestimmung nicht vor, dass die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer anzuwenden seien. Eine direkte Anwendung des schweizerischen Arbeitsgesetzes als öffentlich-rechtlichem Erlass kam im vorliegenden Fall somit nicht in Betracht. Die obere kantonale Instanz legte hingegen Art. 342 Abs. 2 OR (als Teil des aufgrund der Rechtswahl anwendbaren Arbeitsprivatrechts) dahingehend aus, dass sich auch die Parteien eines (dem schweizerischen Recht unterstellten) Arbeitsvertrags mit Auslandsbezug bzw. gewöhnlichem Arbeitsort im Ausland auf die im öffentlichen Recht der Schweiz getroffenen Regelungen berufen können, da die öffentlich-rechtlichen Schutzbestimmungen über Art. 342 Abs. 2 OR zum Bestandteil des Privatrechts werden. Art. 342 Abs. 2 OR lautet: «Wird durch die Vorschriften des Bundes oder der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, so steht der andern Vertragspartei ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte». Diese Norm gehört zu den absolut-zwingenden Bestimmungen (vgl. Art. 361 Abs. 1 OR).

Aufgrund der Auslegung des französischen und italienischen Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und der Systematik des Gesetzes kommt das Bundesgericht in Erwägungen 2.5.2–2.5.4 zum Schluss, Art. 342 Abs. 2 OR verleihe den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsgesetzes nur in denjenigen Arbeitsverhältnissen auch zivilrechtliche Wirkungen, welche an sich – aufgrund des vom Arbeitsgesetz definierten räumlichen Anwendungsbereichs – dem Arbeitsgesetz unterstehen. «Es erscheint ausgeschlossen, dass es auch Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist, den Geltungsbereich öffentlich-rechtlicher Vorschriften auf ausländische Arbeitsverhältnisse [gemeint wohl: Arbeitsverhältnisse mit Arbeitsort im Ausland] zu erweitern» (Erw. 2.5.5). «Aus dem Gesagten ergibt sich insgesamt, dass über Art. 342 Abs. 2 OR lediglich bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtungen rezipiert werden. Ist das Arbeitsgesetz auf das betroffene Arbeitsverhältnis nicht anwendbar, so entstehen auch keine zivilrechtlichen Ansprüche auf Erfüllung von in diesem Gesetz vorgesehenen Verpflichtungen» (Erw. 2.5.6.). Damit verneint das Bundesgericht, technisch ausgedrückt, einen im Sinne des IPR kollisionsrechtlichen Gehalt des Art. 342 Abs. 2 OR.

Diese juristische Argumentationskette des Bundesgerichts scheint in sich schlüssig. Für seine Argumentation aus der Gesetzessystematik hätte sich das Bundesgericht zusätzlich auf die Parallelität zwischen Art. 1 Abs. 3 Arbeits-

gesetz und Art. 121 Abs. 1 IPRG (gewöhnlicher Arbeitsort als hauptsächliches Anknüpfungskriterium) stützen können. Zusätzlich weist das Bundesgericht in Erw. 2.5.5 hilfswise – sozusagen um das Ergebnis auch sachlich-wirtschaftlich zu begründen – darauf hin, dass die Arbeits- und Lebensbedingungen in Kabul im Vergleich zu denjenigen in der Schweiz wesentlich unterschiedlich waren (Kompensation der Überstunden durch zehn Wochen Ferien im Jahr, um eine Rückkehr nach Europa zu ermöglichen; stark eingeschränkte Freizeitgestaltung) und dass eine solche Vertragsgestaltung bei Anwendung schweizerischen Arbeitsgesetzes wegen des zwingenden Charakters der einschlägigen Bestimmungen nicht möglich gewesen wäre; andererseits sei es den Parteien unbenommen, im Arbeitsgesetz enthaltene Verpflichtungen in ihren Arbeitsvertrag aufzunehmen.

Von der Methodologie des IPR geboten wäre folgende *Vorgehensweise* gewesen: Mit der Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts (Art. 121 Abs. 3 IPRG) haben die Parteien das Arbeitsvertragsverhältnis grundsätzlich den schweizerischen Vorschriften unterstellt. Für die subjektive Anknüpfung gilt insofern nichts anderes als für die objektive Anknüpfung: Die Unterstellung eines Vertragsverhältnisses unter eine (in- oder ausländische) Rechtsordnung erfasst, vorbehaltlich u.a. des *Ordre public*, deren sämtliche sachlich einschlägigen Bestimmungen, unabhängig davon, ob diese vom Gesetzgebungsstaat privat- oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind. So lautet Art. 13 IPRG: «Die Verweisung dieses Gesetzes auf ein ausländisches Recht umfasst alle Bestimmungen, die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind. Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass ihr ein öffentlich-rechtlicher Charakter zugeschrieben wird.» Diesen Ausgangspunkt muss das IPR nehmen, weil es Staaten gibt, welche die Trennlinie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nicht so ziehen, wie dies die kontinentaleuropäischen Staaten tun, oder welche dieser dogmatischen Unterscheidung nicht dieselbe Bedeutung zumessen. Die richtige Anwendung der von den Kollisionsregeln (seien diese Rechtswahl- oder objektive Anknüpfungsregeln) bezeichneten Rechtsordnung wäre nicht mehr gewährleistet, wenn die Rechtssätze dieser Rechtsordnung nicht in ihrer Gesamtheit, ihrer Differenziertheit und in ihren systematischen Bezügen untereinander auf die Privaten so angewandt würden, wie sie diese staatliche Rechtsordnung für das betreffende Rechtsverhältnis vorsieht. Insbesondere die schwächere Vertragspartei wäre benachteiligt, wenn systematisch auf sie nur die Rechtssätze privatrechtlicher Natur angewandt würden und nicht auch die sie mildernden oder korrigierenden zwingenden Schutznormen, die im einen Staat privatrechtlich und im anderen Staat öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein können. Was Art. 13 IPRG explizit zum ausländischen Recht sagt, setzt das Gesetz implizit als selbstverständlich im Falle der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts vo-

raus. Die für die Arbeitsbedingungen massgeblichen Rechtsvorschriften sind teils im Privatrecht, teils im öffentlichen Recht geregelt. Der Umstand, dass das schweizerische Recht viele Schutznormen systematisch dem öffentlichen Recht zuordnet bzw. in einem speziellen, öffentlich-rechtlich konzipierten Arbeitsgesetz regelt, ist, rechtsvergleichend betrachtet, zwar nicht ungewöhnlich; aber welche Schutzbedürfnisse (Mindestlöhne oder Höchstarbeitszeiten oder Sicherheitsvorschriften oder Kündigungsbeschränkungen) der einzelne Staat öffentlich- oder privatrechtlich regelt, ist zufällig. Eine zwingende Norm zum Schutz der einen oder anderen Partei kann sich ja auch im schweizerischen Recht entweder im Privatrecht (vgl. Art. 361 Abs. 1 OR) oder im öffentlichen Recht befinden, d.h., gerade das schweizerische Recht ist ein gutes Beispiel für die Zufälligkeit in der Gesetzgebung, ob eine Schutznorm öffentlich- oder privatrechtlich geregelt ist. Würde man a priori die Verweisung durch Kollisionsregeln des schweizerischen IPRG zum Arbeitsvertrag ausschliesslich auf in der anwendbaren Rechtsordnung privatrechtlich geregelte materielle Rechtssätze zum Arbeitsvertrag beschränken – und das tut das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid, wenn es die Rechtswahl schweizerischen Rechts in Fällen des gewöhnlichen Arbeitsorts im Ausland auf Sachnormen des Privatrechts reduziert –, schafft man letztlich künstlich unnötige Qualifikationsprobleme, weil dann die ausländische Rechtsordnung allenfalls ergänzend nur noch insofern herangezogen würde, soweit sie selber das strittige Problem öffentlich-rechtlich regelt.

Deshalb hätte m.E. thematisiert müssen, ob diese Parteien (subjektive Vertragsauslegung nach Willensprinzip) oder vernünftige Parteien (objektive Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip) in dieser Konstellation, mit der Unterstellung des Arbeitsvertragsverhältnisses unter das schweizerische Recht in Bezug auf – was hier Prozessthema war – die Höchstarbeitszeitvorschriften auch die schweizerischen Höchstarbeitszeitvorschriften (und somit auch die Vorschriften des Arbeitsgesetzes) mitgewählt hatten. Auch wenn man also zum Ausgangspunkt nimmt, dass eine Rechtswahl des schweizerischen Rechts auf ein Arbeitsvertragsverhältnis nach Art. 121 Abs. 3 IPRG grundsätzlich die Wahl ebenfalls derjenigen Schutzbestimmungen umfasst, welche im Arbeitsgesetz geregelt sind, hätte man im vorliegenden Streitfall wohl aber bezüglich der Arbeitszeiten auf einen davon abweichenden Willen der konkreten Vertragsparteien schliessen müssen, haben sie doch eine explizite, vom schweizerischen Arbeitsgesetz abweichende Regelung getroffen, nämlich Sechstageswochen zu 54 Stunden und 63 Ferientagen im Jahr. Man hätte sich also fragen müssen, ob die Parteien diesbezüglich eine (implizite und bewusste) *kollisionsrechtliche Teilrechtswahl* (vgl. dazu den Meinungsstand: MARC AMSTUTZ/MARKUS WANG in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013,

N 13 zu Art. 116 IPRG) zugunsten der objektiv anwendbaren Rechtsordnung (Rechtsordnung am gewöhnlichen Arbeitsort, Art. 121 Abs. 1 IPRG, in casu afghanisches Recht) getroffen haben. Wenn diese einzelvertragliche Arbeitszeitregelung mit afghanischem Recht vereinbar ist, wäre sie verbindlich; andernfalls hätte sie über die intern-zwingenden Normen (im Sinne des nicht dispositiven Rechts) der Rechtsordnung am Arbeitsort (gleichgültig, ob diese Normen dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehören) korrigiert werden müssen. Es hätte sich schliesslich einzig noch die Frage gestellt, ob die – allenfalls über zwingendes afghanisches Recht korrigierte – Vereinbarung im Ergebnis mit dem schweizerischen *Ordre public* vereinbar wäre. Aufgrund der in Erwägung 2.5.5 enthaltenen Überlegungen ist anzunehmen, dass das Bundesgericht die von den Parteien getroffene Regelung im Ergebnis (aufgrund des überwiegenden Auslandsbezugs, der faktischen Arbeitsumstände in einer unsicheren Gegend und der Kompensation durch den erhöhten Ferienanspruch, der eine Reise nach Europa wirtschaftlich tragbar gemacht hätte) nicht als *ordre public*-widrig angesehen hätte. Die Schweizer Gerichte hätten *a fortiori* auch eine afghanische international zwingende Eingriffsnorm (*loi d'application immédiate* der Rechtsordnung am jeweiligen Arbeitsort, Art. 19 IPRG) zu respektieren, die den Arbeitnehmer weitergehend als das schweizerische Arbeitsgesetz schützt, selbst wenn man von der Annahme einer kollisionsrechtlichen Teilrechtswahl absehen würde (vgl. ALEXANDER BRUNNER in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder et al., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, N 39 zu Art. 121 IPRG).

III. Internationales Zwangsvollstreckungsrecht

A. **Betreibung von Personen mit bisherigem Wohnsitz in der Schweiz oder aktuellem Wohnsitz im Ausland.**

(a) Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 21. August 2013, *A. Limited c. B. SA und Office des poursuites de Genève*, BGer 5A_293/2013.

(b) Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 26. September 2013, *A. c. Etat de Genève und Office des poursuites de Genève*, BGer 5A_335/2013.

(c) Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 14. Oktober 2013, *X. Ltd. c. A. und Office des poursuites de Genève*, BGer 5A_362/2013.

(d) Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 14. Oktober 2013, X. SA c. A. und Office des poursuites de Genève, BGer 5A_364/2013.

Bei Einleitung des Betreibungsverfahrens durch Zustellung des Zahlungsbefehls und bei jedem weiteren Schritt der Zwangsvollstreckung kann sich die Frage der internationalen Zuständigkeit der schweizerischen Betreibungs- und Konkursämter unter je anderen Gesichtspunkten und teils nach unterschiedlich anwendbaren Gesetzesbestimmungen stellen. Die hier angezeigten Entscheidungen geben einige Einblicke in diesen Praxisalltag insbesondere von Behörden in einem Grenzkanton.

Im Fall (b) hatte sich der Steuerschuldner A. per Ende 2004 unter Angabe eines neuen Wohnorts in Frankreich in Genf abgemeldet. Die Pfändungsankündigung (nach Rechtsöffnungserteilung im Jahr 2010), versandt im März 2011 mit eingeschriebenem Brief und mit gewöhnlicher Post, ging an das Betreibungsamt als unzustellbar zurück. Auf Beschwerde der Gläubigerin (Finanzdepartement des Kantons Genf) hin stellte die kantonale SchK-Aufsichtsbehörde fest, dass es Indizien für einen weiteren Aufenthalt oder Wohnsitz des Schuldners in Genf gäbe, aber das Betreibungsamt Genf stösst bei der Zustellung von Urkunden auf faktische Schwierigkeiten; diese Schwierigkeiten bei der Zustellung rechtfertigen es dann aber nicht, die Pfändungsankündigung förmlich zu widerrufen; eine Verletzung von Art. 53 SchKG lag nicht vor (Erw. 4.2).

Die Entscheidung (a) betrifft einen Fall der korrekten Übermittlung eines Zahlungsbefehls an eine juristische Person mit Sitz im Ausland auf Rechtshilfsweg (Haager Zustellungsübereinkommen von 1965, SR 0.274.131). Das Bundesgericht präzisiert hier, welche Angaben zum Übermittlungsvorgang vom Haager Übereinkommen (Art. 6 Abs. 2) und welche Angaben einzig vom Landesrecht (Art. 72 Abs. 2 SchKG) vorgeschrieben werden.

In den Entscheidungen (c) und (d) ging es um folgenden Sachverhalt: Am 14. Dezember 2012 gaben die X. Ltd. und die X. SA per Post je ein Betreibungsbegehren gegen A. auf; diese gingen beim Betreibungsamt Genf am 17. Dezember ein und wurden am 21. Dezember 2012 im Register eingetragen. Die Ausfertigungen der Zahlungsbefehle wurden der Ehefrau des Betriebenen am 21. Januar 2013 übergeben; diese erhob Rechtsvorschlag. Am 31. Januar 2013 informierte der Betriebene das Betreibungsamt, dass er die Schweiz am 31. Dezember 2012 verlassen hatte, um in der Türkei – getrennt von seiner Frau – Wohnsitz zu nehmen; er verwies auf das entsprechende Formular, das er beim Kantonalen Einwohneramt eingereicht hatte. Am 4. Februar 2013 widerrief das Betreibungsamt die Zustellung des Zahlungsbefehls und erklärte die Betreibungen Nr. XXX bzw. YYY als «nulle et de nul effet» (nichtig und ohne jede

Wirkung); es begründete dies damit, dass der Betriebene keinen Wohnsitz in der Schweiz habe und es daher örtlich unzuständig sei. Die Beschwerden der Betreibenden hiergegen wurden von der Kantonalen SchK-Aufsichtsbehörde in der Sache abgewiesen und, soweit der Antrag auf Feststellung der Gültigkeit des Betreibungsbegehrens gestellt worden war, als unzulässig erklärt. Das Bundesgericht hiess die dagegen gerichteten Beschwerden insofern teilweise gut, als es feststellte, dass die Betreibungsbegehren gültig waren. In Erw. 3.1 der beiden Entscheidungen hält das Bundesgericht fest, dass das Betreibungsamt die Zustellung der Zahlungsbefehle zulässigerweise (und in der Sache zu Recht) innert der zehntägigen Beschwerdefrist widerrufen hatte. Gemäss Rechtsprechung bewirke aber die Nichtbeachtung der Regeln über die örtliche Betreibungszuständigkeit volle Nichtigkeit einzig, wenn der Betreibungsakt die öffentliche Ordnung oder Interessen Dritter verletze; dies sei aber bei der Zustellung eines Zahlungsbefehls durch ein unzuständiges Betreibungsamt nicht der Fall, weil das Recht Dritter, an der Pfändung teilzunehmen, erst mit der Pfändung entstehe; ein durch ein unzuständiges Betreibungsamt ausgestellter Zahlungsbefehl könne, wenn er nicht durch Beschwerde angefochten worden sei, als Grundlage einer Pfändung durch das zuständige Betreibungsamt dienen (Erw. 3.2 unter Verweis auf BGE 69 II 162 Erw. 2b und dortige weitere Hinweise). Die kantonale Vorinstanz erachtete diese Rechtsprechung aber nicht als einschlägig im Falle, dass der Schuldner überhaupt keinen Wohnsitz in der Schweiz hat; in dieser Konstellation liege anfängliche Nichtigkeit und nicht bloss Anfechtbarkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls vor. Zu dieser Fragestellung nimmt das Bundesgericht in Erw. 3.2 nicht Stellung. Es führt aus, schon im vorinstanzlichen Verfahren und auch vor Bundesgericht sei (nachdem das Betreibungsamt die Zustellung des Zahlungsbefehls innert Beschwerdefrist von sich aus widerrufen hatte) nur noch zu entscheiden gewesen, ob das Betreibungsbegehren gültig sei. Das Betreibungsbegehren ist keine Amtshandlung des Betreibungsamts, sondern ein privater Akt der Betreibenden. Im Zeitpunkt, als die Betreibungsbegehren gestellt worden seien, habe A. noch Wohnsitz in der Schweiz gehabt. Dieses letzte Argument (Wohnsitz des A. in der Schweiz im Zeitpunkt des Betreibungsbegehrens) wäre eigentlich irrelevant, wenn man – richtigerweise – das Betreibungsbegehren als private Willenserklärung qualifiziert, deren Bestand nicht in derselben Weise wie ein staatlicher Akt (wie z.B. Zustellung eines Zahlungsbefehls) von einer staatlichen Zuständigkeit für die Anordnung von Hoheitsakten abhängt; ob die Erklärung für die verjährungsunterbrechende Wirkung dem Betreibungsamt effektiv zugegangen sein muss und ob es daher darauf ankommen kann, ob das Betreibungsamt als Empfänger örtlich und sachlich zuständig war, sind wenig geklärte Einzelfragen des schweizerischen Verjährungsrechts. Vermutlich wollte sich aber das Bundesgericht zur – hier nicht vorliegenden, heikleren – Konstellation nicht äussern,

dass in der Schweiz – einzig zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung – gegen Personen ein Betreibungsbegehren gestellt wird, gegen welche in der Schweiz keine Betreibungsortszuständigkeit besteht. Während man regelmässig davon ausgehen kann, dass Betreibungsbegehren, die an einem bisherigen und erst kurzfristig vorher aufgegebenen Wohnsitz in der Schweiz anhängig gemacht werden, in guten Treuen hier gestellt werden und ihnen daher verjährungsunterbrechende Wirkung zukommen sollte, sind natürlich auch gegenteilige Konstellationen denkbar, in denen nachträglich versucht wird, sich nach Wegzug einer Person ins Ausland verjährungsrechtlich noch eine bessere Position zu verschaffen. Daher hat wohl das Bundesgericht betont, dass in den hier entschiedenen Beschwerdefällen die Betreibungsbegehren noch in einem Zeitpunkt gestellt worden waren, als A. in der Schweiz wohnhaft war. Über die Gültigkeit und Wirkung der Verjährungsunterbrechung durch Betreibungsbegehren hat aber ohnehin nicht die SchK-Aufsichtsbehörde, sondern das mit der späteren Forderungsklage befasste Gericht (des In- oder Auslands) zu befinden, wie das Bundesgericht in Erw. 3.3 ausführt. An diesen beiden Entscheiden zu begrüssen ist, dass das Bundesgericht in Erw. 3.3 explizit das Rechtsschutzinteresse der Betreibenden bejaht hat, die Gültigkeit der von ihnen gestellten Betreibungsbegehren feststellen zu lassen, nachdem die kantonalen Instanzen fälschlicherweise von der Unwirksamkeit der Betreibungsbegehren ausgegangen waren. Ebenso ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht bei dieser Gelegenheit wiederum (unter Berufung auf BGE 71 II 147 Erw. 7a) bestätigt hat, dass schon das Betreibungsbegehren (als Erklärung Privater zuhänden des Betreibungsamts) und nicht erst die Zustellung des Zahlungsbefehls durch das Betreibungsamt verjährungsunterbrechende Wirkung hat. Zu bedauern ist m.E., dass das Bundesgericht nicht, wie die Vorinstanzen, die Gelegenheit dazu genutzt hat zu klären, dass die Zustellung in der Schweiz eines Zahlungsbefehls in einem Zeitpunkt, da die zu betreibende natürliche Person im Ausland wohnt, wegen der Verletzung des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips von Amtes wegen als nichtig anzusehen ist. Die territoriale Abgrenzung der staatlichen Hoheit ist eine qualitativ grundsätzlich andere Frage als bloss diejenige nach dem örtlich unzuständigen Betreibungsamt z.B. in Ober- oder in Unterhelfenschwil. (In den Konstellationen, in denen trotz Wegzug ins Ausland in der Schweiz ein Betreibungsort bestehen könnte, z.B. im Rahmen einer Arrestprosequierung, müsste die Zustellung auf Rechtshilfeweg erfolgen.)

B. Kein Anhörungsrecht der durch eine Anfechtungsklage bedrohten Partei im Verfahren auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets. Art. 29 Abs. 2, Art. 166 ff. IPRG; Art. 260 SchKG. Gegenrechtserfordernis nach Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG im Verhältnis zu Israel.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. November 2013, *A. c. Maitrex B., agissant en sa qualité de liquidateur de C. Ltd. (en liquidation)*, BGer 5A_408/2013 = BGE 139 III 504.

Aus der Sachverhaltsdarstellung (Teil C) des Entscheids ergibt sich, dass das Gericht erster Instanz im Kanton Genf die Gegenrechtsgewährleistung im Sinne des Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG durch den Staat Israel aufgrund von ihr vorgelegten Rechtsgutachten bejaht hatte und die Parteien die Beurteilung dieser Frage nicht angefochten haben.

Aufgrund entstehungsgeschichtlicher und gesetzessystematischer Argumente hat das Bundesgericht in Erw. 3 ein Recht auf Anhörung (und in der Konsequenz auch eine daraus resultierende Beschwerdebefugnis) im Verfahren auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets (Art. 166 ff. IPRG) derjenigen Partei verneint, welche durch eine Pauliana (Anfechtungsklage) bedroht wäre, wenn das ausländische Konkursdekret nach dessen Anerkennung in der Schweiz zu einem Anschlusskonkursverfahren führen würde. Dabei stützte sich das Bundesgericht auf ähnliche Erwägungen wie in der Frage, ob eine durch die von der Masse zur Abtretung angebotenen Ansprüche bedrohte Partei ein schützenswertes Interesse für eine Beschwerde gegen dieses Abtretungsangebot hätte.

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions

par **Andreas Bucher**¹

I. Enlèvement d'enfant. Mère déménage avec l'enfant en Suisse. Ordonnance française attribuant le droit de garde au père. Séparation de l'enfant de sa mère intolérable. Garanties à requérir des autorités françaises.

*Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 1^{er} octobre 2013 – 5A_637/2013
AJP 2013 p. 1869, obs. A. Bucher, FamPra.ch 2014 n° 9 p. 211*

« A. A., de nationalités allemande et marocaine, et B., de nationalité française, se sont rencontrés en septembre 2010 et ont vécu ensemble en France sans être mariés. De cette relation est issue C., née en 2012. Ses parents l'ont reconnue avant sa naissance, le 11 février 2012, devant l'Officier d'état civil de la mairie de E. (France). C. a vécu auprès de ses parents à F. jusqu'au 15 octobre 2012, date à laquelle A. a quitté le territoire français en l'emmenant avec elle. Depuis lors, A. habite dans un appartement à D. (VD) avec sa fille. Depuis le 1^{er} novembre 2012, elle travaille auprès d'une société, comme assistante de direction trois jours par semaine selon le rapport du Service de protection de la jeunesse du 4 avril 2013 (ci-après : SPJ).

B. – B.a. Le 30 octobre 2012, B. a saisi le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Besançon d'une assignation en référé. Après avoir tenu son audience le 8 novembre 2012, à laquelle A. n'a pas comparu, le juge a rendu une ordonnance de référé en date du 22 novembre 2012. Celle-ci constate notamment que l'autorité parentale sur C. est exercée en commun par les deux parents, fixe la résidence habituelle de l'enfant chez le père, la mère disposant d'un droit de visite et d'hébergement les week-ends pairs et pendant une partie des vacances scolaires. A. a fait appel contre cette décision, qui lui a été notifiée le 13 janvier 2013. Le 17 décembre 2012, B. a par ailleurs déposé une plainte pénale pour non-représentation d'enfant à ceux ayant droit de le réclamer et rétention hors de France. Enfin, le 26 février 2013, il a déposé auprès du juge aux affaires familiales précité une requête tendant à ce que la garde de l'enfant lui soit définitivement confiée.

¹ Professeur honoraire, Université de Genève, Membre de l'Institut de droit international.

B.b. Pour sa part, A. a ouvert le 18 février 2013 une procédure devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, visant notamment à obtenir une contribution d'entretien en faveur de l'enfant. Le 25 février 2013, elle a par ailleurs saisi la Justice de paix du district du Jura-Nord vaudois d'une demande en attribution de l'autorité parentale et de la garde. Le même jour, elle a requis en substance à titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles qu'il soit constaté que l'ordonnance de référé du 22 novembre 2012 est inapplicable et que la garde et l'autorité parentale lui soient provisoirement confiées. Par décision du 27 février 2013, cette dernière requête a été rejetée et les parties ont été convoquées à une audience le 16 avril 2013.

C. – C.a. Le 15 mars 2013, B. a fait parvenir à l'Office fédéral de la justice une requête en vue du retour de l'enfant selon la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (ci-après: CLaH80).

C.b. – C.b.a. Par requête adressée le 20 mars 2013 à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois, B. a requis des mesures de protection immédiate tendant notamment à interdire à A. de quitter le territoire suisse et a conclu, au fond, à ce qu'il soit ordonné le retour immédiat de l'enfant en France au domicile de son père ainsi que la remise immédiate de l'enfant par la mère en mains du SPJ, sous la menace de l'art. 292 CP, pour que celui-ci la remette à son père, B. ou se charge de son rapatriement, et à ce que le SPJ soit chargé de l'exécution du retour, le cas échéant, avec le concours des agents de la force publique.

Par décision du 26 mars 2013, Me Ana Rita Perez a été désignée en qualité de curatrice de l'enfant et B. invité à établir la teneur du droit français en matière de garde, ce qu'il a fait en transmettant notamment à la cour le contenu des art. 372 et 373-2 du CCfr.

Par déterminations du 4 avril 2013, A. a conclu au rejet des conclusions en protection immédiate et en retour ainsi qu'au constat que l'enfant est valablement domiciliée en Suisse auprès de sa mère depuis le 22 octobre 2012. Elle a produit des pièces et requis l'audition de témoins ainsi que la production par le requérant de tout document pouvant décrire l'état de santé de celui-ci depuis janvier 2011.

Le même jour, le SPJ a déposé un rapport d'évaluation concernant C., dont il ressort en substance que A. est une mère très attentive prudente et affectueuse, que C. est confiante, vive et se développe bien, et qu'il existe une très forte relation entre elles. Il a dès lors suggéré de ne prendre aucune mesure de protection particulière en faveur de l'enfant et d'inviter les parties à entreprendre une médiation. Le même jour, la curatrice de l'enfant a conclu au rejet des requêtes de mesures de protection immédiate et de retour et s'est montrée favorable à une médiation.

Par décision du 9 avril 2013, le Président de la Chambre des curatelles a rejeté la requête de mesures de protection immédiate. Il a également rejeté les réquisitions de production de pièces et d'audition de témoins formées par l'intimée.

C.b.b. Le 22 avril 2013, une audience s'est tenue devant la Chambre des curatelles, durant laquelle les parties ont conclu une convention prévoyant notamment qu'elles s'engageaient à entamer une procédure de médiation, qu'elles requéraient

la suspension de la procédure de retour jusqu'au 31 octobre 2013 ou jusqu'à réquisition de l'une ou l'autre partie, qu'elles s'engageaient à requérir la suspension des procédures pendantes en Suisse et en France d'ici au 30 avril 2013, que B. déclarait renoncer à l'exécution de l'ordonnance de référé du juge aux affaires familiales du 22 novembre 2012 jusqu'à la reprise de la procédure de retour, qu'elles admettaient que, durant la suspension, A. s'occupe de C., celle-ci vivant auprès d'elle, que B. aura l'enfant auprès de lui un week-end sur deux du vendredi 18 h au dimanche 18 h la première fois le 3 mai 2013, à charge pour lui d'aller la chercher et la ramener, et que B. contribuera à l'entretien de l'enfant par le versement depuis le 1^{er} mai 2013 d'une pension de 400 euros, allocations familiales non comprises. La Chambre des curatelles a ratifié la clause de la convention portant sur le droit de visite du père pour valoir ordonnance de mesures de protection et suspendu la procédure de retour conformément à cet accord. Le 19 juin 2013, B. a requis la reprise de la procédure de retour au motif que la médiation avait échoué. Chacune des parties a encore offert des preuves, l'intimée ayant notamment requis l'audition de trois témoins. Le 4 juillet 2013, le SPJ a rendu un rapport suite au signalement de violences donné par la mère, indiquant en substance que le problème qui avait opposé les parties était strictement lié à du mobilier, sans rapport direct avec C., que rien ne justifiait un changement brutal du lieu de vie de l'enfant, qu'il était urgent que la médiation se mette en route, que, selon le signalement du CAN Team (Département médico-chirurgical de pédiatrie), il existait un risque d'exposition de l'enfant à la violence conjugale, et que les visites entre le père et l'enfant devraient être renégociées au plus vite dans le cadre d'une médiation. Le même jour, la curatrice s'est déterminée en alléguant notamment qu'il n'y avait aucun signe de mise en danger de l'enfant nécessitant des mesures de protection urgente.

C.b.c. Le 21 août 2013, une audience s'est tenue devant la Chambre des curatelles, qui a tenté sans succès la conciliation. Par jugement du 29 août 2013, cette autorité a notamment ordonné le retour en France de C., donné ordre à A., dès la notification de cette décision, de remettre l'enfant au SPJ, au moment et selon les modalités que ce dernier lui indiquera, cela sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP, et chargé le SPJ d'exécuter la décision, le cas échéant avec le concours des agents de la force publique.

D. Par acte du 9 septembre 2013, A. exerce un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre cette décision, concluant à titre de mesure provisionnelle à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours, et au fond, principalement, à sa réforme en ce sens que le retour de C. est refusé et qu'il est constaté que cet enfant est valablement domiciliée à D. auprès de sa mère depuis le 22 octobre 2012, subsidiairement, à son annulation et au renvoi de la cause pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, elle se plaint de la violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.), d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement des faits et dans l'application du droit (art. 5 LF-EEA et 13 CLaH80), ainsi que de la violation de ces mêmes dispositions. Invités à déposer leurs observations, l'intimé a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours, la curatrice de l'enfant a conclu à l'admission de la requête d'effet suspensif et du recours et l'autorité can-

tonale s'est référée aux considérants de sa décision quant au fond et s'en est remise à la justice quant à la requête d'effet suspensif.

E. Par ordonnance du 9 septembre 2013, il a été ordonné qu'aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne soit prise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif. Par ordonnance du 26 septembre 2013, l'effet suspensif a été accordé au recours.

Extrait des considérants :

3. L'autorité cantonale a tout d'abord rappelé les motifs pour lesquels la demande d'audition de témoins par la recourante avait été rejetée, à savoir que ces mesures d'instruction étaient liées à des allégués relatifs au conflit conjugal qui n'apparaissaient pas déterminants pour statuer sur le retour de l'enfant, et a rejeté pour les mêmes motifs la requête de l'intimé de produire un rapport de police relatif à une dispute survenue le 23 mai 2013 entre les parties.

L'autorité cantonale a ensuite jugé que le déplacement de l'enfant était illicite au sens de l'art. 3 CLaH80, étant donné qu'il violait l'autorité parentale de l'intimé en droit français, soit le droit de garde au sens de l'art. 5 let. a CLaH80 qui comprend le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Elle a par ailleurs considéré qu'aucune exception au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 n'était réalisée : premièrement, l'intimé n'avait pas acquiescé au départ en Suisse de l'enfant, sur lequel il exerçait effectivement un droit de garde, les parties vivant ensemble à ce moment-là (art. 13 al. let. a CLaH80) ; secondement, les motifs exposés par la recourante (difficultés à trouver un logement et un emploi, inexistence de relations sociales, violence de l'intimé à son encontre) ne démontreraient pas en quoi un retour de l'enfant en France serait susceptible d'exposer celle-ci à un danger physique ou psychique ou de la placer dans une situation intolérable (art. 13 al. 1 let. b CLaH80 en lien avec l'art. 5 let. b LF-EEA). Elle a précisé que, en particulier, la recourante étant actuellement établie près de la frontière, une résidence en France voisine n'aurait pas nécessairement pour conséquence de lui faire perdre son emploi ou les liens qu'elle a pu tisser en Suisse. L'autorité cantonale a conclu que la condition de l'art. 5 let. b LF-EEA n'était pas réalisée et que, les conditions prévues à cet article étant cumulatives, il était superflu de juger si les autres l'étaient.

4. La recourante ne conteste pas le déplacement illicite de l'enfant au sens de l'art. 3 CLaH80. Elle soutient en revanche que l'exception au retour de l'enfant en France prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 est réalisée.

A cet égard, elle soulève tout d'abord des griefs relatifs à l'établissement des faits, invoquant que ceux-ci ont été établis en violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.) ou de manière arbitraire (art. 9 Cst.). La pertinence de ces griefs étant liée aux conditions posées aux art. 13 CLaH80 et 5 LF-EEA, il y a lieu d'examiner d'abord celles-ci.

5. – 5.1. – 5.1.1. La France comme la Suisse ont ratifié aussi bien la CLaH80 que la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsa-

bilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96, RS 0.211.231.011). En vertu de l'art. 50 CLaH96, la CLaH96 n'affecte cependant pas la CLaH80 dans les relations entre les États parties aux deux conventions, de sorte que le retour de l'enfant peut être demandé sur la base de la CLaH80 (arrêt 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 4.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29).

5.1.2. En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a et 12 al. 1 CLaH80).

Toutefois, en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêts 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29; 5A_285/2007 du 16 août 2007 consid. 4.1, publié *in* PJA 2007 p. 1585 et *in* FamPra.ch 2008 p. 213). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui; la décision à ce sujet revient au juge du fait de l'État de provenance et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (cf. art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; arrêts 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié *in* FamPra.ch 2011 p. 505; 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, en énumérant une série de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable (Message concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, du 28 février 2007, FF 2007 p. 2433, n° 6.4). Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque: 1° le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant; 2° le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; 3° le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (arrêts 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29; 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151). Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles (arrêt 5A_583/2009 précité). Le terme «notamment» signifie que ne sont énumérés que

quelques cas de figure qui – bien qu’essentiels – n’empêchent pas que l’on se prévale de la clause prévue dans la convention (Message précité).

Plus particulièrement, en ce qui concerne la séparation de l’enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que le critère du retour intolérable dans le pays d’origine concerne l’enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l’enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3). Toutefois, il en va autrement pour les nourrissons ; dans ce cas, la séparation d’avec la mère constitue dans tous les cas une situation intolérable. Le Tribunal fédéral a considéré qu’il en va de même pour un enfant âgé d’à peine 2 ans, qui avait été jusqu’alors pris en charge par la mère et avait à peine vu son père, raison pour laquelle le retour de l’enfant dépendait de celui de la mère (arrêts 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié in FamPra.ch 2011 p. 505 ; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Néanmoins, quel que soit l’âge de l’enfant, si le placement de celui-ci auprès du parent requérant ne correspond pas à son intérêt (art. 5 let. a LF-EEA), il convient de vérifier s’il n’est pas possible d’imposer au parent ravisseur qu’il raccompagne lui-même l’enfant (art. 5 let. b LF-EEA), un placement auprès de tiers ne devant constituer qu’une *ultima ratio*, dans des situations extrêmes, si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l’enfant et si la famille nourricière disposée à accueillir l’enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier (art. 5 let. c LF-EEA ; Message précité ; arrêt 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151). Le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de la séparation de l’enfant et du parent de référence, que celui qui crée lui-même une situation intolérable pour l’enfant en refusant de raccompagner celui-ci, alors qu’on peut l’exiger de lui, ne peut pas invoquer la mise en danger de l’enfant à titre d’exception au retour. Sinon, le parent ravisseur pourrait décider librement de l’issue de la procédure de retour (ATF 130 III 535 consid. 2 ; arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.4 et 3.8 in fine, publié in FamPra.ch 2009 p. 791).

Un retour du parent ravisseur avec l’enfant, au sens de l’art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s’expose à une mise en détention, ou s’il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s’agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu’il retourne dans le pays de dernière résidence de l’enfant aux fins d’y attendre qu’il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l’enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (arrêt 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151).

5.2. En l’espèce, tout d’abord, au vu du très jeune âge de l’enfant née en 2012 et du fait que celle-ci a toujours été prise en charge par la recourante, une séparation d’avec sa mère créerait une situation intolérable pour elle, en ce sens que son héber-

gement auprès de l'intimé qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à son intérêt (art. 13 al. 1 let. b CLaH80; art. 5 let. a LF-EEA).

Or, l'arrêt attaqué ne permet pas de déterminer si la décision française accordant la garde au père et un droit de visite à la mère, rendue le 22 novembre 2012, doit être exécutée, de sorte qu'elle imposerait à la recourante de remettre sa fille à l'intimé. Dans sa réponse, la curatrice de l'enfant affirme que tel serait le cas. Si cette affirmation est avérée, le retour doit être refusé, l'exception de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 étant remplie. Comme le Tribunal fédéral l'a précisé, il appartient en principe au juge du fait d'entreprendre les démarches auprès des autorités de l'Etat de provenance pour obtenir des garanties à cet égard (arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.8 et 3.9, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

Il convient donc de renvoyer la cause à l'autorité cantonale afin que celle-ci s'assure auprès des autorités françaises que, en cas de retour en France de la recourante avec l'enfant, celle-ci lui sera confiée jusqu'à la fin de la procédure au fond statuant définitivement sur la garde (cf. arrêts 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 4, publié *in* RSDIE 2012 p. 337; 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.6, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

5.3. Il reste à examiner encore les griefs de la recourante, dans l'hypothèse où les garanties selon lesquelles l'enfant ne sera pas séparée d'elle jusqu'à la fin de la procédure au fond statuant définitivement sur la garde seraient obtenues.

5.3.1. En substance, la recourante affirme qu'elle ne peut pas retourner dans la région de F., où elle ne trouverait ni logement ni travail en raison de l'influence de la famille de l'intimé, et où elle serait exposée à des violences de la part de celui-ci, de sorte que la condition de l'art. 5 let. b LF-EEA serait réalisée.

Il s'agit-là de pures affirmations non démontrées. D'ailleurs, comme l'a précisément relevé l'autorité cantonale, selon la CLaH80, le retour est ordonné sur le territoire français, et non dans un endroit précis de ce pays (arrêts 5A_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1; 5A_550/2012 du 10 septembre 2012 consid. 5.1, publié *in* SJ 2013 I p. 25). Le grief de la recourante doit donc être rejeté.

Cas échéant, il appartiendrait encore à l'autorité cantonale de fixer à la recourante un délai conforme au principe de la célérité prévalant en la matière pour retourner avec l'enfant en France (cf. arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.9, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791).

5.3.2. Dans l'hypothèse où, malgré l'obtention des garanties précitées, la recourante refuserait de retourner volontairement en France pour y prendre soin de son enfant dans le délai qui lui aura été précédemment fixé, il appartiendrait encore à l'autorité cantonale de déterminer si l'enfant pourrait être placée auprès de l'intimé jusqu'à la décision définitive sur l'attribution du droit de garde. En effet, même s'il a été dit précédemment que l'enfant en bas âge doit pouvoir rester auprès de sa mère, une séparation doit néanmoins avoir lieu et le retour être exécuté si la mère refuse d'accomplir ses devoirs parentaux au préjudice de son enfant et que le père est apte à en assumer la garde.

A cet égard, le chiffre II du dispositif de l'arrêt attaqué, qui donne ordre à la recourante de remettre l'enfant au SPJ dès la notification de la décision sous peine

d'amende, sans préciser qu'un tel ordre ne doit être exécuté que si la recourante refuse de retourner avec son enfant en France dans un certain délai et sans déterminer au préalable où l'enfant devrait alors être placée, n'est pas conforme au droit fédéral. Etant donné que l'impossibilité de placer l'enfant conformément à son intérêt constitue une exception à son retour, il appartient à l'autorité cantonale compétente de statuer sur ce point; elle ne peut déléguer cette décision au SPJ, soit à l'autorité chargée uniquement de l'exécution du retour au sens de l'art. 12 LF-EEA.

6. En conclusion, le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants. ...»

Observations:

Cet arrêt a laissé penser que le Tribunal fédéral s'engage définitivement à respecter l'art. 5 LF-EEA et à examiner les cas d'enlèvement sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et de ses liens avec sa mère. L'état de fait montre toute la panoplie de mesures et d'arguments qui peuvent rendre un tel cas compliqué. L'arrêt est bien motivé et il contient des renvois à des jurisprudences antérieures. Cela a cependant eu pour effet que certains raisonnements d'anciens arrêts y figurent encore, ce qui ne manque pas de causer des confusions.

Les traits essentiels de l'enlèvement sont simples. Les parents ont vécu non mariés dans la région de Besançon, jusqu'au 12 octobre 2012, jour où la mère (A.) a déménagé avec son enfant (C.) dans la partie nord du canton de Vaud, non loin de la frontière. Le père (B.) a réagi sans tarder. Le 22 novembre 2012, le juge de la famille de Besançon a rendu une ordonnance provisoire laissant aux parents le droit de garde partagé et décidant que l'enfant aura dorénavant sa résidence habituelle auprès du père. La mère a fait recours le 13 janvier 2013, sans que l'on sache ce qui en est résulté. Une requête du père du 26 février 2013 tendant à l'attribution définitive de l'autorité parentale est restée en suspens. La mère a échoué dans le canton de Vaud dans ses tentatives de se voir octroyer l'autorité parentale à titre provisoire. Il n'est pas contesté que la mère s'est toujours bien occupée de son enfant, proche de deux ans, et qu'il existe entre eux une relation très étroite.

C'est aussi la toile de fond du litige entamé par la demande de retour déposée par le père devant la Chambre des curatelles du canton de Vaud le 20 mars 2013. La violation du droit paternel de garde n'était pas contestée. Au regard de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de 1980, la question à examiner était de savoir si, en cas de retour, l'enfant était exposé au risque d'un danger physique ou psychique ou qu'il serait pour une autre raison placé dans une situation intolérable. L'arrêt constate correctement qu'il doit s'agir d'un risque sérieux et que le tribunal suisse ne doit pas s'engager dans des considérations sur l'aptitude de l'un ou de l'autre parent à s'occuper des soins et de l'éducation de l'enfant, question qui est réservée aux tribunaux du pays où l'enfant doit être retourné (c. 5.1.2). L'art. 5 LF-EEA fournit à cet égard des directives fort utiles, dont il est rappelé cependant qu'elles n'entendent

pas remplacer la disposition citée de la Convention, ce que le texte rend explicite par le mot «notamment».

Le Tribunal fédéral a cru devoir y ajouter que l'art. 13 de la Convention, en sa qualité de disposition consacrant une «exception», devrait être interprétée de manière restrictive (c. 5.1.2). L'affirmation est erronée, car une règle d'exception n'est pas à interpréter de façon restrictive ou extensive, mais simplement d'après son sens et son but, comme le rappelle une jurisprudence constante (BGE 136 I 297 ss, 300; 139 V 148 ss, 153). Les motifs de l'art. 13 sont stricts en tant que tel; point n'est besoin d'y ajouter encore une touche de rigueur supplémentaire. L'argument de rigueur est ensuite renforcé par le principe selon lequel le ravisseur ne doit pas tirer profit de son acte illégal (c. 5.1.2). C'est également une vieille pensée, répétée d'arrêt en arrêt, sans jamais avoir été expliquée. Si l'on y réfléchissait de plus près, on observerait qu'un tel principe n'existe nulle part en droit de la filiation et que, au contraire, le comportement des parents ne doit pas influencer sur l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. La Convention n'offre aucune prise pour une semblable démarche punitive à l'encontre de la mère. Il semble s'agir d'une simple proclamation, pour montrer à quel point les Juges fédéraux refusent de comprendre le désarroi des mères abandonnées en pays étranger. Car si ledit principe était ce qu'il dit, pourquoi le Tribunal fédéral accepte-t-il d'entrer en matière sur un recours par lequel la mère entend s'opposer au retour de l'enfant, dans l'intérêt de celui-ci et du sien? Et comment rendre ledit principe compatible avec le respect de l'intérêt de l'enfant? Curieusement, l'arrêt va jusqu'à citer son arrêt rendu dans l'affaire *Neulinger* (ATF 16.8.2007, 5A_285/2007, c. 4.1, AJP 2007 p. 1585), sans observer que, dans la même affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que la mère, elle aussi, ne devait pas subir une atteinte au respect de sa vie familiale si elle était contrainte de retourner avec l'enfant en Israël (arrêt du 6 juillet 2010, n° 41615/07, § 151). La mère doit donc pouvoir invoquer son intérêt propre – et le Tribunal fédéral lui dit le contraire, comme s'il n'avait rien voulu comprendre? Combien de temps cela va-t-il encore durer?

Le point clé est le fait que la séparation du jeune enfant de sa mère le placerait dans une situation intolérable, compte tenu de ses liens étroits avec sa mère qui s'en est occupée depuis sa naissance. L'arrêt en déduit que la remise au père ne répond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant (c. 5.2). Le choix des mots est révélateur, pourrait-on penser. Car la liste des arrêts est longue qui rappellent que ni l'art. 13 de la Convention ni l'art. 5 LF-EEA n'ouvre de perspective pour une analyse prenant appui sur l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, l'art. 5 lit. a LF-EEA a été expliqué en ce sens qu'il s'agit de situations dans lesquelles «il apparaît manifeste que la partie qui a introduit la demande n'est pas en mesure de prendre en charge l'enfant» (FF 2007 p. 2463).

Arrivé à ce point, l'arrêt innove. On remarque d'abord que l'arrêt cite de l'art. 5 LF-EEA uniquement la lettre a. Il ne mentionne pas les lettres b et c, ni le fait que les trois dispositions réunissent des conditions cumulatives (en ce sens, par exemple, l'ATF du 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 4.2). Le Tribunal fédéral admet que, en soi, le retour de l'enfant auprès du père ne serait pas intolérable. Il le serait pour une autre

raison, étant donné qu'il aurait lieu à travers une séparation de la mère en tant que principale personne de référence. Cette position est convaincante. Pour la retenir, il manquait cependant au Tribunal fédéral un renseignement, à savoir la confirmation du caractère exécutoire de l'ordonnance française du 22 novembre 2012 ; si ce fait était avéré, la mère aurait dû céder son enfant au père dès le passage de la frontière avec la France. Ce risque était trop sérieux. Le point nouveau dans ce raisonnement est l'interprétation extensive de la lettre a, applicable non seulement lorsque la cause du refus de remettre l'enfant au père réside en sa personne, mais également lorsque le père ne doit pas pouvoir accueillir l'enfant puisque celui-ci ne doit pas être séparé de sa mère. A y regarder de près, une telle séparation de la mère, ainsi comprise, pourrait remplir chacune des trois conditions de l'art. 5 LF-EEA. Ce n'est pas ce qui a été envisagé et l'interprétation adoptée n'est pas à l'abri de toute critique sous l'angle de la norme supérieure de l'art. 13 de la Convention. Le cas concret sort des prévisions de l'art. 5 LF-EEA, car cette règle ne fait pas du non-retour de la mère un obstacle si le père est apte à s'occuper de l'enfant. Il est acceptable sous l'angle de l'art. 13 de la Convention dans la mesure où l'on peut admettre, en l'espèce, que la relation de l'enfant avec sa mère est à ce point étroite que la séparation, suivie de la remise au père, est insupportable malgré le fait que le père est en soi apte à prendre soin de l'enfant. Il conviendra d'attendre et de voir si ce jugement reste isolé (ce qu'il est sans doute par rapport à quelques arrêts antérieurs concernant des enfants d'environ deux ans) ou s'il servira de direction dans des cas à venir.

L'arrêt est intéressant sous un autre angle encore. En principe, la procédure de retour doit rester neutre par rapport à l'attribution définitive de la garde. Le retour ne devrait donc pas provoquer un changement radical dans la répartition des rôles des parents. Le présent cas est différent. La garde, comprenant le droit d'hébergement de l'enfant, a été retirée à la mère et confiée au père, et ce après l'enlèvement ; le retour aurait donc eu pour effet contraignant que le père pouvait exiger la remise de l'enfant. Cette perspective était radicalement en opposition au *statu quo ante* tel qu'il est servi par la Convention. Cependant, il est difficile de trouver la juste ligne de conduite, étant donné que la compétence pour régler le droit de garde revient aux autorités du pays de départ, à titre définitif ou provisoire. Un facteur aggravant s'ajoute néanmoins : si l'ordonnance du 22 novembre 2012 devait se révéler exécutoire, il serait problématique d'y exposer l'enfant et sa mère, étant donné que la mère semble ne pas avoir été citée régulièrement dans la seule semaine disponible et qu'il manquait certainement le temps pour examiner le bien de l'enfant. L'arrêt ne permet pas de le confirmer, mais cela paraît vraisemblable. Cela semble expliquer par ailleurs l'absence de toute mention de la Convention de Luxembourg de 1980, dont l'art. 9 aurait permis d'ordonner le retour sans autre obstacle si la mère avait été citée régulièrement et en temps utile.

Le Tribunal fédéral renvoie le dossier à l'autorité cantonale afin qu'elle s'assure que l'enfant restera auprès de sa mère jusqu'au règlement du litige sur son attribution parentale (c. 5.2). Cette manière de procéder aurait déjà été retenue dans l'arrêt avec les Etats-Unis du 16 avril 2009 (5A_105/2009, AJP 2010 p. 1180). Cela n'est

pas exact, mais le Tribunal fédéral ne veut plus rien savoir. Dans l'affaire citée, le Tribunal fédéral s'est occupé lui-même de clarifier certaines conditions du retour de la mère. L'urgence le requiert, comme cela fut dit dans cet arrêt (c. 3.9), eu égard à l'art. 2 de la Convention.

La tâche de l'autorité cantonale ne consiste pas simplement à vérifier si l'ordonnance française est exécutoire. Le Tribunal fédéral demande à ce qu'il soit vérifié auprès des autorités françaises que cette ordonnance ne soit pas appliquée et qu'elle ne soit pas remplacée par une autre de la même teneur. Il s'agira de s'assurer que la relation entre la mère et l'enfant soit stabilisée jusqu'au règlement final du litige sur l'autorité parentale. Le Tribunal fédéral est parfaitement apte à s'en charger lui-même comme il l'avait fait dans l'affaire avec les Etats-Unis. L'art. 10 LF-EEA, qui n'est pas cité dans l'arrêt, rend la coopération internationale obligatoire pour les juges, et cela notamment en liaison avec l'application de l'art. 5 LF-EEA (FF 2007 p. 2464). Le renvoi du dossier à l'autorité cantonale est une mesure exceptionnelle, car elle prolonge inutilement la procédure. Le risque est dès lors grand que le Tribunal fédéral, refusant de faire ce qui est de son devoir, se contente de pures spéculations sur le sort de l'enfant en cas de retour. Ainsi, dans un cas espagnol, il s'est borné à lancer qu'en cas de refus de la mère de retourner en Espagne, «*si dovranno pertanto emanare misure più precise in sede esecutiva*», sans dire comment cela doit être fait ni par quelle autorité (ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 5.1).

Pour le cas où les garanties requises pouvaient être obtenues, il n'y a pas d'obstacle au retour de l'enfant, accompagné de sa mère. Celle-ci n'a pas à craindre le conflit avec le père, étant donné que ce retour ne signifie pas que l'enfant revienne vivre dans la demeure de son père ou dans son entourage (ATF 134 III 88 ss, 91). Le Tribunal fédéral trouve une autre explication : selon la Convention, un tel retour ne peut être ordonné que «*sur le territoire français*», respectivement le territoire de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement. C'est ce qui semble résulter de la simple lecture du texte de la Convention. Le Tribunal fédéral, hélas, ne s'interroge pas sur le sens de sa lecture et ses conséquences pratiques. Selon la Convention, comme la jurisprudence le répète inlassablement, le retour devrait se faire au «*statu quo ante*», ce qui implique le retour près du point de départ. Le Tribunal fédéral oublie ce principe, autorisant ainsi la mère à retourner n'importe où en France, en Normandie ou en Nouvelle-Calédonie. Dans la pratique, les difficultés pourront s'avérer insurmontables : que faire si le retour est ordonné dans un grand pays, «*aux Etats-Unis*», par exemple, et que la mère refuse de déterminer le lieu où elle devrait être forcée de se rendre avec son enfant ou, autre hypothèse, qu'elle déclare vouloir s'établir à Hawaï, alors que la famille vivait à New York ? Le Tribunal fédéral aurait pu y penser s'il avait tenu compte de l'art. 11 LF-EEA qui requiert du juge de compléter l'ordre de retour par toutes les mesures d'exécution requises. La désignation de la destination du voyage en fait nécessairement partie. De surcroît, le Tribunal fédéral ne parvient pas à respecter son propre principe : lorsque, par hypothèse, la mère refuse d'accompagner l'enfant au retour, la solution de remplacement consiste à remettre l'enfant au père (c. 5.3.2), une remise qui doit nécessairement avoir lieu à un endroit déterminé et elle aboutira

au retour dans la demeure du père. Le Tribunal fédéral ne voudra tout de même pas se contenter de placer l'enfant en limite de frontière, juste pour qu'il se trouve sur le territoire français ?

Il faut cependant saluer la contribution positive de cet arrêt dans une perspective que l'on voudrait espérer qu'elle se concrétise à l'avenir. En effet, l'on y trouve une proclamation claire que le risque d'un emprisonnement dans le pays d'origine a pour effet que l'on ne saurait exiger de la mère qu'elle y retourne avec l'enfant (c. 5.1.2). Il y est ajouté l'hypothèse que le ravisseur « a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage », suivant en cela le Message du Conseil fédéral (FF 2007 p. 2463). Ces éléments positifs vont resurgir plus fortement un jour. En attendant, hélas, la jurisprudence continue à avoir pour priorité de sanctionner les mères sans égard envers l'intérêt de l'enfant.

II. Enlèvement d'enfant de l'Italie vers la Suisse. Retour de la mère et du frère non confirmé. Procédure menée sans représentant de l'enfant, sans médiation, sans audition, sans aucune préparation du retour d'un enfant de 8 ans.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 16 janvier 2014 – 5A_880/2013 – Sem.jud. 2014 I p. 285, AJP 2014 p. 565, obs. A. Bucher, FamPra.ch 2014 n° 20 p. 442, obs. J. Schweighauser et al.

« A. – M. B.X. (1977) et Mme A.X. (1983), tous deux de nationalité suisse, se sont mariés le 25 septembre 2008. De cette union est issu C., né en 2005. Mme A.X. est également la mère de D., né en 2003 d'une précédente relation. A partir du mois de janvier 2010, les époux X., qui exerçaient alors ensemble le droit de garde sur leur fils C., ont vécu à Y. (Italie), avec les deux enfants.

A.a. Le 7 novembre 2012, la mère s'est rendue à E. avec ses deux enfants, avec l'accord du père de C., pour y séjourner jusqu'à Noël de la même année; il était prévu qu'elle rentre ensuite au domicile familial en Italie. A E., la mère a vécu durant une semaine chez une amie, puis elle s'est installée chez ses parents. Elle a alors informé le père de C. de sa décision de s'établir durablement à E. avec ses deux enfants; celui-ci s'y est opposé.

A.b. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 29 novembre 2012, Mme A.X. a demandé au Tribunal de première instance du canton de Genève notamment l'attribution du droit de garde sur l'enfant C. Cette requête est actuellement pendante. Le Tribunal de première instance a également rejeté deux requêtes de mesures provisionnelles de la mère, tendant entre autres, à ce que le droit de garde exclusif sur son fils C. lui soit octroyé. Les deux enfants sont scolarisés à E. depuis le 7 janvier 2013.

A.c. Le 16 janvier 2013, l'Autorité centrale italienne au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international

d'enfants (CLaH80) a adressé à l'Office fédéral de la justice une requête de M. B.X. en vue du retour de l'enfant C. en Italie. Aucune médiation ou conciliation préalable au sens des art. 3 et 4 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (LF-EEA) n'a pu avoir lieu.

A.d. Le 3 juillet 2013, M. B.X. a saisi le Tribunal de Rimini (Italie) d'un «ricorso per separazione personale giudiziale con addebito di responsabilità» (requête en séparation avec attribution de responsabilité).

B. – Par demande du 25 juillet 2013, reçue au greffe de la Cour de justice du canton de Genève le lendemain, M. B.X. a requis, à titre provisionnel et au fond, le retour de l'enfant C. auprès de lui avant la rentrée scolaire du mois de septembre 2013. La mère a conclu au déboutement du père, exposant que le retour de l'enfant n'était pas dans l'intérêt de ce dernier. Lors de l'audience du 9 octobre 2013, les parties ont précisé qu'à leur connaissance, il n'existait pas de décision – en Suisse ou en Italie – attribuant la garde de l'enfant C. à l'un ou à l'autre de ses parents.

Statuant par décision du 31 octobre 2013, communiquée aux parties le 8 novembre 2013, la Cour de justice du canton de Genève a ordonné le retour immédiat de l'enfant C. auprès de son père en Italie.

C. – Par acte du 21 novembre 2013, Mme A.X. interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à l'annulation de la décision entreprise et à sa réforme en ce sens que la requête de retour de l'enfant C. en Italie est rejetée, subsidiairement à la condamnation de M. B.X. à tous les frais et dépens de la procédure de recours. Au préalable, la recourante requiert que l'effet suspensif soit octroyé à son recours, au titre de mesure provisionnelle.

D. – Par ordonnance du 22 novembre 2013, il a été ordonné qu'aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne soit prise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif. Invité à déposer des observations, l'intimé a, par lettre du 2 décembre 2013, exposé qu'il concluait au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours et a requis, en cas d'octroi de l'effet suspensif sollicité, un délai pour déposer une argumentation au fond. L'autorité cantonale s'en est remise à la justice quant à la requête d'effet suspensif et ne s'est pas prononcée sur le fond du recours. Le 18 décembre 2013, sur invitation de la Cour de céans, le père a confirmé conclure au rejet du recours et a développé son argumentation.

E. – Par ordonnance du 19 décembre 2013, le Président de la II^e Cour de droit civil a admis la requête d'effet suspensif.

F. – Le 16 janvier 2014, le Tribunal fédéral a délibéré sur le recours en séance publique. »

Extrait des considérants :

« 3. Le recours a pour objet le retour de l'enfant commun des parties en Italie, au regard des dispositions de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 octobre 1980 (CLaH80).

La Cour de justice a d'abord retenu que l'enfant, qui avait sa résidence habituelle en Italie avant son déplacement en Suisse, était sous l'autorité parentale de ses père et mère en vertu de l'art. 316 al. 1 et 2 du Code civil italien. La cour cantonale en a conclu que le non-retour de l'enfant, sans l'accord du père, violait le droit de celui-ci à exercer l'autorité parentale sur son enfant, dès lors que le droit de garde au sens de l'art. 5 let. a CLaH80, singulièrement le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant était un attribut de l'autorité parentale, régie en l'occurrence par le droit italien.

L'autorité précédente a ensuite rappelé que le retour immédiat de l'enfant – requis dans le délai conventionnel (art. 12 al. 1 CLaH80) – devait, en principe, être ordonné. Examinant la question d'une exception au retour de l'enfant (art. 13 al. 1 let. b CLaH80), soulevée par la mère, la Cour de justice a estimé qu'il n'était «en tout cas pas manifeste que le placement auprès du requérant ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant», la mère ayant déclaré devant cette autorité que son époux était un bon père. La cour cantonale a par ailleurs constaté que, en dépit du fait que la mère ait indiqué qu'en Italie, la famille vivait dans un mobile home et que le père s'absentait du logement familial environ quatre mois par an pour son travail, celle-ci n'avait pas établi qu'en retournant dans ce pays, l'enfant serait exposé à un risque grave d'un danger physique ou psychique ou qu'il serait placé dans une situation intolérable. Quant à la séparation de la fratrie objectée par la mère, la Cour de justice a observé que le retour de l'enfant n'avait pas nécessairement pour corollaire une rupture des liens de l'enfant avec son frère aîné, dès lors que la mère n'avait pas établi d'éléments empêchant impérativement son propre retour en Italie, ni celui de son fils aîné. La cour cantonale a donc considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire exception au principe du retour de l'enfant.

4. L'Italie et la Suisse ont toutes deux ratifié la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue à La Haye le 25 octobre 1980 (CLaH80, RS 0.211.230.02). A teneur de l'art. 4 de la CLaH80, la Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est illicite au sens de la Convention, lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (art. 3 al. 1 let. a CLaH80).

En l'espèce, il est admis par les parties qu'elles exerçaient ensemble le droit de garde sur leur enfant C. avant que la recourante ne quitte le domicile familial en Italie avec ses deux enfants et décide de demeurer en Suisse, en sorte que les dispositions de la présente convention sont applicables au cas d'espèce. La recourante ne conteste d'ailleurs pas le déplacement illicite de l'enfant au sens de l'art. 3 CLaH80. Elle soutient en revanche que l'exception au retour de l'enfant en Italie prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 est réalisée.

5. La recourante soulève les griefs de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80 et 5 LF-EEA, et reproche à l'autorité précédente d'avoir versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application de ces mêmes dispositions, exposant que la cour cantonale

a méconnu les éléments déterminants qui s'appliquent à chaque décision prise sur la base de la Convention, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La recourante fait valoir que, dans l'esprit de la Convention, le juge ne doit pas se borner à examiner si les conditions de vie en cas de retour de l'enfant dans le pays de provenance l'exposeraient à un danger physique ou psychique, mais également si un tel retour est tolérable au vu de son intégration dans le pays de destination. Elle expose à cet égard que son fils est bien intégré en Suisse, pays où il est né, où il a vécu les premières années de sa vie, et où sa famille – singulièrement son demi-frère, d'avec lequel il n'a jamais été séparé – et ses amis résident. La recourante relève en outre qu'elle s'est toujours principalement occupée des enfants, en sorte qu'elle entretient une relation plus étroite avec l'enfant que le père, partant, qu'elle est la référence affective de l'enfant. Il s'ensuit, toujours selon la recourante, qu'une séparation d'avec elle est hautement susceptible de menacer l'enfant dans son développement tant psychique que social, et que la séparation de la fratrie est un résultat choquant du point de vue de l'intérêt de l'enfant.

S'agissant de la question de son propre retour en Italie en compagnie de l'enfant, la recourante expose qu'elle a décidé de quitter ce pays parce que la situation familiale y était devenue « insupportable et malsaine », alors qu'elle dispose en Suisse du soutien psychologique de ses proches et de l'appui financier de ses parents. Elle explique qu'elle ne peut garantir une existence décente à « sa progéniture dans un pays qui n'est pas le sien », parce qu'elle ne serait pas en mesure de trouver un emploi en Italie et n'a aucun réseau de relations sociales, de sorte que la contraindre à s'installer avec ses fils en Italie sous peine de perdre son enfant cadet et de séparer la fratrie est une solution insoutenable.

La recourante reproche enfin à la Cour de justice de ne pas avoir examiné l'impact qu'un double retour pourrait avoir sur son fils. Elle relève que le droit italien est similaire au droit suisse en ce qui concerne l'attribution du droit de garde de l'enfant dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, en sorte qu'il ne fait aucun doute que le père « n'a pas la moindre chance d'obtenir la garde de son fils ». Selon elle, la solution de la cour cantonale aurait pour conséquence que l'enfant retournerait en Italie pour attendre l'issue du règlement du droit de garde pour ensuite repartir en Suisse et ne servirait donc qu'à protéger le droit du père, ce qui serait inutile, dès lors qu'elle n'a pas entravé les relations personnelles entre le père et son fils.

5.1. – 5.1.1. En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a et 12 al. 1 CLaH80). Toutefois, en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est, par exception, pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive; dans le contexte du rapatriement d'un enfant déplacé illicitement, aucune décision concernant le droit de garde ne doit être prise par l'Etat requis, cette question demeurant de la compétence des

juges du pays de provenance de l'enfant, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (art. 16 et 19 CLaH80; arrêts 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5; 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2 et les références). Cette interprétation a été confirmée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt du 26 novembre 2013 dans l'affaire X. contre Lettonie (n° 27853/09). Dans ce jugement, la Grande Chambre a reconnu que, contrairement à ce qui avait été retenu dans son arrêt Neulinger contre Suisse (n° 41615/07), il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause, mais qu'il suffit, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Dans l'arrêt précité du 26 novembre 2013 X. contre Lettonie, la Grande Chambre a donc retenu que, « dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce» (arrêt n° 27853/09 § 107 p. 30).

Lorsque le retour de l'enfant est envisagé, le tribunal doit en outre veiller à ce que le bien-être de l'enfant soit protégé (arrêt 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5). Il résulte de ce qui précède que seuls des risques graves de mise en danger de l'enfant doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui; la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; arrêts 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.5; 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2).

5.1.2. L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, en énumérant une série de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable (arrêt 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2 avec la référence). Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (let. a) ou lorsque le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui (let. b) (arrêts 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2; 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié *in* PJA 2012 p. 1630 et *in* SJ 2013 I p. 29). Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles (arrêts 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2). Le terme «notamment» signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale

de la clause prévue dans la convention (arrêt 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.1.2, avec la référence). Plus particulièrement, en ce qui concerne la séparation de l'enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3).

Si le placement de l'enfant auprès du parent requérant ne correspond pas à son intérêt (art. 5 let. a LF-EEA), il convient de vérifier s'il n'est pas possible d'imposer au parent ravisseur qu'il raccompagne lui-même l'enfant (art. 5 let. b LF-EEA). Le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de la séparation de l'enfant et du parent de référence, que celui qui crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de raccompagner celui-ci, alors qu'on peut l'exiger de lui, ne peut pas invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour; à défaut, le parent ravisseur pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour (ATF 130 III 535 consid. 2; arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.4 et 3.8 *in fine*, publié *in* FamPra.ch 2009 p. 791). Un retour du parent ravisseur avec l'enfant, au sens de l'art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s'expose à une mise en détention, ou s'il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s'agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu'il retourne dans le pays de dernière résidence de l'enfant aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (arrêt 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié *in* SJ 2010 I p. 151).

5.2. En l'espèce, la recourante reconnaît que le père de l'enfant est apte à prendre soin de celui-là, partant qu'il n'existe aucun danger ni physique ni psychique pour le développement de l'enfant s'il se trouve sous la garde de son père, mais critique la séparation d'avec elle et le demi-frère que le retour de l'enfant provoquerait, créant, selon elle, une situation intolérable. Or, la séparation entre l'enfant et sa personne de «référence affective» ne constitue pas un «risque grave» pour l'enfant au sens de la Convention, partant, une cause suffisante d'exception au retour dans le pays de provenance. La recourante n'établit à tout le moins pas que le développement de son fils serait compromis, *a fortiori* de manière intolérable, en cas de séparation d'avec elle. Quant à la séparation avec le demi-frère, l'argument est mal fondé, dès lors qu'il relève de la question au fond sur le droit de garde, la Convention n'ayant pour but que d'ordonner le retour de l'enfant pour la durée de la procédure interne dans le cadre de laquelle il doit être statué sur l'attribution du droit de garde. Il en va de même des considérations de la recourante au sujet des chances que le père aurait d'obtenir la garde de l'enfant à l'issue de la procédure d'attribution du droit de garde, au regard du droit italien, et d'un éventuel double retour que cela impliquerait en cas d'octroi de la garde à celle-ci, puisque ces motifs invoqués reviennent à procéder à un examen sur le fond de la question sur le droit de garde.

Par ailleurs, ainsi que l'a relevé l'autorité précédente, le retour de la recourante en Italie le temps qu'une décision sur l'attribution du droit de garde soit prise ne peut être considéré comme un motif d'exception au rapatriement de l'enfant, celle-ci n'ayant pas démontré que le retour dans ce pays serait intolérable pour elle. En effet, ses liens sociaux en Suisse, singulièrement ses parents et ses amis, ne sont pas postérieurs à son retour dans ce pays dans lequel elle a grandi et a vécu jusqu'à son départ en Italie en 2010. La recourante n'a pas non plus établi se trouver dans l'impossibilité de trouver un emploi en Italie – élément qu'elle a uniquement supposé –, pas plus qu'elle n'a démontré qu'elle cesserait d'être soutenue financièrement par ses parents en cas de retour dans ce pays. Au demeurant, il ne s'agit pas, comme l'a affirmé la recourante, d'une obligation de s'installer dans ce pays pour y élever ses enfants, mais uniquement d'un retour le temps qu'une décision sur le droit de garde soit prise. De surcroît, le retour est ordonné sur le territoire italien, et non dans un endroit précis de ce pays (arrêts 5A_637/2013 du 1^{er} octobre 2013 consid. 5.3.1; 5A_504/2013 du 5 août 2013 consid. 5.1), ce qui ne l'oblige nullement à s'installer à nouveau avec le père de l'enfant dans l'ex-domicile familial, dans des conditions de vie qu'elle allègue ne plus pouvoir accepter.

En définitive, la recourante se borne à présenter sa propre appréciation globale de la cause, en méconnaissance du système de la CLaH80, et ne fait ainsi valoir aucune «allégation défendable de 'risque grave' pour l'enfant en cas de retour». Autant qu'ils sont suffisamment motivés (art. 106 al. 2 LF, cf. *supra* consid. 2), les griefs de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80, 5 LF-EEA et d'arbitraire (art. 9 Cst.) sont par conséquent infondés.

6. – Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour de l'enfant en Italie ordonné dans l'arrêt entrepris doit être garanti d'ici au 15 février 2014 au plus tard. Conformément aux art. 26 al. 2 CLaH80 et 14 LF-EEA, il n'est pas perçu de frais judiciaires devant le Tribunal fédéral et les conseils des parties seront indemnisés par la Caisse du Tribunal fédéral (arrêts 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 7 et 5A_716/2012 du 3 décembre 2012 consid. 4.2.1).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. – Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. – Ordre est donné à la recourante d'assurer le retour de l'enfant C. en Italie d'ici au 15 février 2014 au plus tard, ou de laisser l'intimé l'y emmener. ... »

Observations :

La jurisprudence n'évolue pas toujours en ligne droite. Il a fallu du temps pour voir le Tribunal fédéral tenir compte de la LF-EEA et d'appliquer quelques dispositions, tout en ignorant d'autres. Tout ce qui ne plaît pas aux Juges fédéraux, tels la médiation, le représentant de l'enfant, la collaboration avec les autorités étrangères, n'a été évoqué que marginalement lorsque le conseil d'une partie a mis le doigt sur

les règles applicables. L'intérêt de l'enfant a eu la vie dure. On a tout de même vu percer l'avis que l'on ne doit pas séparer une mère de son enfant jusqu'à l'âge de deux ans (cf. l'arrêt du 1^{er} octobre 2013, supra, c. 5.1.2, et les références). Pour le Tribunal fédéral, c'était un progrès significatif, étant donné qu'en 2009 encore, on a pu lire l'avis que l'on pourrait amener la mère à arrêter d'allaiter son enfant (ATF 16.11.2009, 5A_105/2009, c. 3.4, AJP/PJA 2010 p. 1180).

Ce nouvel arrêt s'annonce comme un coup de tonnerre. Il a été rendu à la majorité de 3:2 des Juges, c'est-à-dire par l'aile dure de la II^e Cour civile, dont l'identité est révélée uniquement sur le site du Tribunal fédéral, conformément aux exigences de transparence auxquelles la Haute Cour n'a pas pu résister.

Le Tribunal fédéral a estimé que le moment était venu pour se positionner à nouveau par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et pour relever une nouvelle fois à quel point il n'a pas supporté la sanction subie dans l'affaire *Neulinger*. L'occasion pour ce faire était fournie par l'arrêt rendu le 26 novembre 2013 dans l'affaire *X. c. Lettonie* (n° 27853/09), dont le Tribunal fédéral croit pouvoir annoncer avec une satisfaction non dissimulée qu'il aurait corrigé l'arrêt *Neulinger* du 6 juillet 2010. Le Tribunal fédéral présente alors plusieurs éléments au sujet desquels la Cour de Strasbourg aurait changé d'avis et « confirmé » la jurisprudence fédérale. Sur cette liste, un facteur est commun: tout est faux. L'arrêt *Lettonie* aurait partagé l'avis du Tribunal fédéral que le ravisseur ne saurait tirer un avantage de son comportement illicite: l'arrêt de Strasbourg n'en dit pas un mot et le Tribunal fédéral ne fournit aucune référence. Il n'aurait plus lieu « de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause », car il suffit « que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce ». De cet examen « succinct », l'arrêt de Strasbourg n'en dit mot et le Tribunal fédéral n'ajoute aucune citation. Le seul passage qui est cité est le paragraphe 107 de l'arrêt qui, cependant, ne soutient pas la position du Tribunal fédéral, puisqu'il y est dit que « les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de 'risque grave' pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce ». Peu importe, car il s'agit de créer l'impression, par une sorte de démagogie jurisprudentielle, que la Cour européenne aurait changé de position par rapport à son arrêt *Neulinger*, même si rien ne permet de le démontrer. Les juges cantonaux vont se montrer impressionnés, ce d'autant que rares seront ceux qui se donneront la peine de lire l'arrêt *Lettonie*.

On peut mentionner toutefois un passage (§ 104) dans lequel la Cour clarifie un point du raisonnement de l'arrêt *Neulinger*. S'il était dit, dans ce dernier arrêt, qu'il y avait lieu d'examiner toute la situation familiale, cela ne changeait rien au cadre restreint de l'analyse commandée par la Convention de La Haye, étant rappelé de surcroît que cet examen devait se conformer à l'art. 8 CEDH. La Cour voulait ainsi simplement mettre mieux en lumière ce qu'elle avait dit, sans y déroger (§ 105).

Cela ne fournit aucune base au Tribunal fédéral pour affirmer que la Cour aurait voulu «relativiser» son arrêt *Neulinger* (comme le suggère aussi l'ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 5.5, et l'ATF 28.4.2014, 5A_246/2014, c. 3.1). L'arrêt *Lettonie* ne fait d'ailleurs aucune allusion à ce que la jurisprudence rendue sur le fondement de l'arrêt *Neulinger* aurait été désavouée (cf. *Sneersone und Campanella*, 12.7.2011, n° 14737/09, § 85; R. c. Estonie, 15.5.2012, n° 13420/12, § 37; B. c. Belgique, 10.7.2012, n° 4320/11, § 56–65; Anghel, 25.6.2013, n° 5968/09, § 79 s.). On n'a pas voulu comprendre ce que le Juge Pinto de Albuquerque expliquait sans détour : «l'arrêt *Neulinger* et *Shuruk* est sain et sauf».

Si le Tribunal fédéral avait suivi ce qu'il déclare être le nouveau modèle pour la jurisprudence, il aurait dû respecter, notamment, que «l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la principale considération» (§ 95), que le processus décisionnel «doit être équitable» et permettre aux intéressés «de faire valoir pleinement leurs droits, et ce dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant» (§ 102), que «les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce» (§ 107), et que «les juges doivent s'assurer que les garanties adéquates sont assurées de manière convaincante» dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et qu'en cas de risque avéré, «des mesures de protection concrète y sont prises» (§ 108). Or, l'arrêt du Tribunal fédéral ne s'inspire que d'une partie dérisoire de ces préceptes. L'arrêt *Lettonie* est salué pour critiquer une nouvelle fois l'arrêt *Neulinger*, mais il n'est tenu compte ni de l'un ni de l'autre.

Il est vrai que la mention du bien-être de l'enfant n'est pas totalement absente, mais elle n'y figure que «lorsque le retour de l'enfant est envisagé» (c. 5.1.1). Ainsi que les références citées le confirment, cela concerne exclusivement l'aménagement du retour et non la décision sur celui-ci. Que l'intérêt de l'enfant puisse jouer un rôle dans l'appréciation du risque d'une situation grave lors du retour de l'enfant – le Tribunal fédéral ne veut rien en savoir, sous prétexte que cela concernerait le fond du droit de garde, réservé au juge lorsque le retour aurait été effectué. On ne songe pas un instant à ce que la défaillance dans l'éducation de la part du parent requérant le retour pourrait être la cause d'un danger pour l'enfant, notamment dans des situations de violence domestique ou de négligence grave. La Convention de La Haye entend assurer le renvoi des enfants enlevés, certes, mais elle entend également protéger les enfants qui risquent d'être exposés dans leur pays d'origine à des situations intolérables.

A la présentation de l'art. 5 LF-EEA, l'arrêt ajoute que l'intérêt du ravisseur était sans pertinence, ce qui signifie que la séparation de celui-ci d'avec son enfant doit être possible et ne constitue pas un motif pour renoncer au retour de celui-ci. Le raisonnement est trop court, incompatible avec la disposition citée et la Convention, étant donné que le fait de ne pas être accompagné lors du retour produit un effet direct et le cas échéant désastreux sur le bien-être de l'enfant. Or, ce bien-être, le Tribunal fédéral non seulement n'en tient pas compte, mais en plus, il ne le mentionne même pas. Il est implicitement écarté au motif que le ravisseur n'avait pas

de titre pour invoquer le danger pour l'enfant alors qu'il en constituerait la cause. Le Tribunal fédéral garde sous silence que l'argument ne pourrait évidemment pas être opposé à l'enfant lui-même, ce qui devait lui sembler relativement facile en l'espèce, puisque l'on n'a pas voulu pourvoir l'enfant d'un représentant comme c'est son droit. De plus, l'argument est vide de sens puisqu'il existe des arrêts qui tiennent néanmoins compte de la situation de la mère, tel celui reproduit *supra*, qui mentionne le risque d'emprisonnement et les liens sociaux avec le pays de refuge, notamment dans l'hypothèse d'un remariage.

Lorsqu'il en vient à examiner la situation concrète, l'arrêt se lance dans une énumération de tout ce que la mère allègue sans le démontrer. Elle aurait admis que le père était apte à exercer la garde sur l'enfant (c. 5.2), mais il n'est pas mentionné qu'elle avait également expliqué que la vie familiale en Italie était devenue insupportable et, surtout, que l'enfant souffrirait gravement d'une séparation d'avec sa mère et son demi-frère (c. 5). Les relations sociales avec la Suisse seraient sans importance, étant donné qu'elles datent toutes d'avant l'enlèvement en 2010 (c. 5.2). Ce critère de délimitation est inexplicé et incompréhensible. Pourquoi des causes récentes, telles la maladie grave d'un parent ou un remariage, ne pourraient pas être prises en compte? On reproche aussi à la mère de ne pas avoir démontré qu'elle ne trouverait pas un emploi en Italie (c. 5.2). Une preuve négative impossible à rapporter, comme tout le monde le sait; l'arrêt ne facilite pas la compréhension puisque la mention de la profession de la mère (qui fait partie de l'état de fait) a été omise. La mère aurait omis de démontrer que ses parents cesseraient leur contribution financière en cas de retour en Italie (c. 5.2); l'arrêt ne présente pas les faits permettant de juger de la pertinence de l'argument.

L'argument que l'enfant se trouvera en danger s'il devait retourner seul est balayé au motif que la séparation d'avec sa mère n'était pas un risque grave au sens de la Convention et que, si l'on devait en tenir compte, la mère ne l'avait pas démontré concrètement. Pour un enfant de huit ans, le danger d'une telle séparation d'avec sa principale personne de référence et son frère semble compter parmi les faits «notoires», ou du moins constitutifs d'une situation qui appelle un examen approfondi. C'est à ce point du raisonnement que le manque de respect des juges pour l'enfant devient le plus choquant. Ce que l'enfant va devenir ne mérite aucune mention. Qu'après avoir été scolarisé pendant une année à Genève, l'enfant doit en être retiré pendant l'année en cours – cela ne mérite pas non plus d'être noté. Que l'enfant sera attristé de devoir se séparer de son demi-frère aîné qui lui est proche – cela serait même faux car touchant au fond de l'attribution de la garde, alors que cela deviendra évidemment un fait bien réel dès le retour de l'enfant seul en Italie. Que le principe qu'il faut éviter la séparation des frères et sœurs soit largement reconnu – aucune raison d'y penser. L'hypocrisie du recours au modèle de l'arrêt *Lettonie* n'en devient que plus évidente.

L'arrêt rapporte que le père vit dans un mobil home dans lequel l'enfant est censé retourner. Il relève également qu'il doit s'absenter pour des motifs professionnels pendant quatre mois de l'année (c. 3). Pour le Tribunal fédéral, cela ne mérite aucune réflexion. Il devait pourtant tenir compte d'une situation où la mère allait

rester à Genève avec son fils aîné. Le Tribunal fédéral ne s'y intéresse pas, mais il montre qu'il tient compte de cette hypothèse, étant donné qu'elle est envisagée dans le dispositif de l'arrêt (préconisant qu'alors, le père vienne chercher l'enfant à Genève). Pas un mot qui ne fasse songer à la situation de l'enfant lorsque son père devra partir en voyage, pour un tiers de l'année. Qu'en sera-t-il de sa scolarité? Qui veillera sur lui? Pour la Haute Cour du pays, ce sont des questions qui ne méritent même pas d'être posées.

Sur ce fond de pensées, nul doute que le respect du droit n'est pas mieux assuré. L'enfant est laissé sans représentant, alors que la loi l'exige obligatoirement (art. 9 al. 3 LF-EEA) et que le Tribunal fédéral a déjà montré qu'il est parfaitement en mesure d'y pourvoir (ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 1). Il est vrai que la négligence est tout autant du côté de l'Autorité centrale fédérale qui avait pour obligation de requérir une telle mesure et qui disposait de six mois pour ce faire. Mais on sait que l'Autorité refuse de respecter la loi sur ce point, comme sur quelques autres. Elle l'a dit sans sourciller dans la réponse à l'interpellation Thanei (n° 10.4017) et dans les explications d'une collaboratrice (Anna Claude Alfieri, Enlèvement international d'enfants: premières expériences avec la LF-EEA, FamPra.ch 2012, p. 550–569, 561). La volonté du Parlement était pourtant très ferme (BO CN 2007, p. 1639, 1641), mais pas assez pour surmonter la résistance de fonctionnaires opérant dans un service que l'on dit voué à la «protection internationale de l'enfant». Dans ces conditions, on ne s'étonne pas de lire qu'aucune médiation n'a eu lieu (partie A.c.). Cela doit s'expliquer par le fait que les parents (ou l'un d'eux) n'ont pas voulu s'y présenter volontairement. Aucun effort supplémentaire n'est fait; l'administration fédérale exige en plus la couverture préalable des frais, sur ce point également en violation de la loi (art. 14 LF-EEA, sachant que l'Italie n'a pas fait la réserve de l'art. 26 de la Convention). L'Autorité fédérale pourrait même participer à la procédure cantonale et veiller au respect des droits de l'enfant, ainsi que l'a signalé le Conseil fédéral, en référence à l'art. 111 al. 2 LTF (FF 2007 p. 2466); hélas, c'est trop demander. L'Autorité fédérale aurait pu exiger que l'enfant soit entendu (art. 9 al. 2 LF-EEA). Une telle audition ne semble pas avoir été organisée; le Tribunal fédéral n'en parle même pas. Elle aurait pu donner l'occasion de mieux comprendre la situation de l'enfant et son appréhension face au retour en Italie sans sa mère et son frère et d'une vie dans un mobil home dont le père s'absente pour un tiers du temps. Cela n'intéresse pas les juges, qui se contentent de critiquer la mère pour ne pas avoir apporté la preuve que cela pourrait poser un problème d'une certaine gravité.

Aucun intérêt n'est porté au déroulement de la procédure italienne sur l'attribution de la garde à la suite de la séparation des parents. Dans un autre cas, le Tribunal fédéral a tout de même jugé envisageable de suspendre la cause pour une période courte si l'arrêt au fond devait être rendu à brève échéance (ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 5.6). En l'espèce, on ne sait pas ce qui en est. On aurait tout de même pu s'y intéresser. Car quel est l'intérêt du renvoi d'un enfant seul en Italie, dans des conditions de vie pour le moins difficiles, si l'on peut s'attendre à une décision italienne qui pourrait, le cas échéant, éviter à l'enfant un double retour?

On aurait aussi pu solliciter du juge italien un ordre provisoire permettant à l'enfant d'attendre la décision définitive en Suisse ; dans un tel cas, la jurisprudence accepte qu'il n'y a pas lieu de renvoyer l'enfant (ATF 19.12.2013, 5A_884/2013, c. 4.2.2.2). On ne peut pas en juger en l'espèce, faute d'éléments suffisants. Mais on doit relever la défaillance des Juges (et de l'Autorité centrale) de n'avoir rien tenté, alors que l'art. 10 LF-EEA leur rend la collaboration internationale obligatoire. Le Tribunal fédéral n'en veut pas, ignorant systématiquement toute idée de se servir de l'art. 10 LF-EEA. C'est comme s'il était au-dessus de la loi. On aurait pu solliciter l'aide des «juges de liaison», nommés par le Tribunal fédéral (Marie-Pierre de Montmollin, Neuenburg, et Daniel Bähler, Berne), pour nouer des contacts. Il n'en est pas fait mention. L'arrêt relève toutefois, comme pour consoler la mère, qu'il ne s'agirait pour elle «uniquement d'un retour le temps qu'une décision sur le droit de garde soit prise», ce qui relève de la simple spéculation si l'on se rappelle le caractère expéditif des juridictions italiennes. On explique également à la mère qu'elle pourrait s'établir n'importe où en Italie. Après avoir vécu à Rimini, elle pourrait donc s'établir à Aoste, pour garder le contact avec sa famille à Genève ? Quel est le sens d'un tel retour ?

S'il fallait terminer l'arrêt par une touche de respect pour la loi, il aurait fallu assortir le dispositif de mesures d'exécution (art. 11 al. 1 LF-EEA). Il n'en est rien. Il est simplement énoncé qu'au cas où la mère ne revient pas avec l'enfant, celui-ci pourra être cherché par le père à Genève. Ne pouvant employer la contrainte, la situation aurait été sans issue s'il devait se heurter au refus de la mère. L'autorité genevoise d'exécution ne disposerait d'aucune décision exécutoire. Il aurait fallu engager devant elle une nouvelle procédure, ce que le législateur voulait précisément éviter (FF 2007 p. 2468).

L'arrêt compte parmi les plus déplorables d'une longue série d'arrêts choquants et préjudiciables aux enfants. Il figure en tête d'une interpellation parlementaire du 5 juin 2014 (n° 14.3415, Yvonne Feri) qui demande au Conseil fédéral si l'Office fédéral de la justice peut contribuer «à ce que les instances judiciaires prêtent suffisamment attention à la loi» – ce qui est normalement – on en convient – la tâche du Tribunal fédéral. Au-delà de l'ignorance de l'intérêt de l'enfant et de la méconnaissance de plusieurs règles fondamentales de procédure, on doit, au niveau politique, être également attentif au mépris porté à la jurisprudence internationale. Après avoir reçu l'arrêt *Neulinger*, le Tribunal a dépêché une délégation de trois de ses membres pour porter des critiques devant la Cour de Strasbourg (cf. RSDIE 2012 p. 329) et se couvrir de ridicule. Dans le présent arrêt, il s'élançait dans une lecture complètement tronquée de l'arrêt *Lettonie*, pour ensuite ne pas l'appliquer. Aucune attention n'est portée au point cardinal de cette jurisprudence, qui exige qu'eu égard à l'art. 8 CEDH et à la Convention sur les droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant doit être la considération primordiale. Le Tribunal fédéral fait comme si cela n'avait jamais été dit, alors qu'il déclare par ailleurs, par une autre Cour, sa volonté de respecter la jurisprudence de la Cour européenne (ATF 139 I 16 ss, 30 s.). Comment va-t-il ainsi se positionner comme la Haute Cour du pays, respectant les engagements de droit international liant la Suisse ? La II^e Cour civile n'est

pas la seule à souffrir d'un tel décalage. N'a-t-on pas lu récemment la II^e Cour de droit public développer une longue diatribe défendant son arrêt dans l'affaire *Udeh*, comme s'il s'agissait de remonter le temps et de démontrer qu'à Lausanne, on est mieux qu'à Strasbourg – et tout cela publié au Recueil officiel (ATF 139 I 325 ss)? N'aurait-il pas fallu montrer un peu de grandeur et passer l'éponge, plutôt que de montrer ce côté «petit Suisse»? Comment peut-on se sentir impressionné par une jurisprudence de la I^{re} Cour de droit civil qui persiste à utiliser la notion de *pacta sunt servanda*, en matière d'arbitrage, dans un sens réduit à presque rien, jamais vérifié dans aucun cas depuis 25 ans, et qui n'a rien à voir avec le concept tel que consacré universellement à l'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités? Faut-il alors s'étonner que le Gouvernement suisse n'ait pas jugé opportun de faire accéder le Tribunal fédéral sur la scène internationale en tant qu'autorité chargée de contribuer au contrôle de l'application du droit bilatéral avec l'Union européenne? Cette option a été écartée au profit des «juges étrangers» de la Cour de justice de Luxembourg. Le Tribunal fédéral n'a pas fait le poids. C'est regrettable pour lui et pour le pays.

III. Succession – Epoux brésiliens – Domicile commun en Suisse au moment de la conclusion d'un pacte successoral soumis au droit suisse – Décès de l'époux en France – Epouse décédée au Brésil et ayant laissé plusieurs testaments – Interdiction des pactes successoraux en droit brésilien

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 29 mai 2012, 5A_473/2011 – ATF 138 III 489

«2.3 Streitig und zu prüfen ist, welchem Recht der Erbvertrag der Ehegatten untersteht. Weil die Schweiz das Haager Übereinkommen vom 1. August 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht (Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort) lediglich unterzeichnet, aber nicht ratifiziert hat, und weil zur vorliegenden Frage zwischen der Schweiz und Brasilien keine völkerrechtlichen Verträge bestehen, beurteilt sich das anzuwendende Recht nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG). Die kantonalen Gerichte haben schweizerisches Erbrecht für anwendbar erklärt (E. III/2 S. 7 f. des angefochtenen Entscheids). Die Beschwerdeführer machen geltend, anwendbar sei nicht schweizerisches, sondern brasilianisches Recht. Danach bestehe ein absolutes Erbvertragsverbot, so dass die von der Erblasserin am 20. April 2005 in São Paulo errichtete letztwillige Verfügung gültig sei und sie gestützt darauf als Alleinerben zu gelten hätten (S. 10 ff. Ziff. III/A der Beschwerdeschrift).

3. Im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags am 11. November 1992 hatten die Erblasserin und ihr Ehemann den Wohnsitz in der Schweiz. Am 19. November

2005 starb die Erblasserin mit letztem Wohnsitz in Brasilien. Aus den Wohnsverhältnissen schliessen die Beschwerdeführer, nach Art. 95 IPRG sei zwar schweizerisches Recht anwendbar, doch werde diese Ausnahmebestimmung aufgrund der getrennten Zuständigkeit der für den Nachlass zuständigen Gerichte (Art. 88 IPRG) durch Art. 91 Abs. 1 IPRG verdrängt, so dass brasilianisches Recht anzuwenden sei (S. 11 ff. Rz. 21–27 der Beschwerdeschrift).

3.1 Das auf «Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen» (Marginalie) anwendbare Recht wird in Art. 95 IPRG geregelt. Der Erbvertrag untersteht danach dem Recht am Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses (Abs. 1). Unterstellt ein Erblasser im Vertrag den ganzen Nachlass seinem Heimatrecht, so tritt dieses an die Stelle des Wohnsitzrechts (Abs. 2). Gegenseitige Verfügungen von Todes wegen müssen dem Wohnsitzrecht jedes Verfügenden oder dem von ihnen gewählten gemeinsamen Heimatrecht entsprechen (Abs. 3). Vorbehalten bleiben in Abs. 4 die Bestimmungen über die Form und die Verfügungsfähigkeit (Art. 93 und 94 IPRG).

3.2 Gemäss Art. 95 IPRG besteht keine freie, sondern eine nur beschränkte Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts des Erblassers (Abs. 2) bzw. des gemeinsamen Heimatrechts der Verfügenden (Abs. 3). Die weitergehende Regelung in Ziff. III des Erbvertrags zwischen der Erblasserin und ihrem Ehemann, wonach auf den Nachlass beider Ehegatten Schweizer Recht zur Anwendung kommen soll, hat deshalb keine Bedeutung und kann lediglich als Bestätigung dafür verstanden werden, dass die Verfügenden nicht die Anwendung des brasilianischen Rechts als ihr gemeinsames Heimatrecht vereinbart haben. Ob schweizerisches Recht anwendbar ist, beurteilt sich somit allein nach dem «Recht am Wohnsitz» bzw. dem «Wohnsitzrecht» im Sinne von Art. 95 Abs. 1 und 3 IPRG.

3.3 Massgebend für den Erbvertrag ist das Recht am Wohnsitz des Erblassers bzw. der Verfügenden zur Zeit des Vertragsabschlusses.

3.3.1 Die Regelung in Art. 95 IPRG weicht mit Bezug auf den Anknüpfungszeitpunkt vom Erbstatut ab, das sich grundsätzlich nach dem letzten Wohnsitz, d.h. nach dem Wohnsitz im Zeitpunkt des Todes einer Person richtet (Art. 90 Abs. 1 und Art. 91 Abs. 1 IPRG). Die Abweichung ist bewusst erfolgt. Aus Gründen der Verkehrssicherheit und im Interesse der Aufrechterhaltung der im Vertrag getroffenen Anordnungen soll ein späterer Wohnsitzwechsel ohne Einfluss auf die Rechtsanwendung bleiben (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263 S. 391 Ziff. 264.1).

3.3.2 Die gesetzgeberische Absicht kommt zwar nur im Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 IPRG («am Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses») unzweideutig zum Ausdruck, ist jedoch auch im Fall von Art. 95 Abs. 3 IPRG zu beachten. Das Gesetz unterscheidet in Abs. 1 den Erbvertrag, in dem bloss eine Partei als Erblasser auftritt («des Erblassers»), und in Abs. 3 den Erbvertrag, der gegenseitige Verfügungen von Todes wegen enthält und damit mehrere Erblasser umfasst («jedes Verfügenden»; vgl. Botschaft, a.a.O., S. 392). Die Unterscheidung ändert indessen nichts an den in beiden Fällen gleichermassen bestehenden Bindungswirkungen des Erbvertrags, die durch den Wohnsitzwechsel des Erblassers

oder auch nur eines der Verfügenden nicht hinfällig werden dürfen. Dass sich das anzuwendende Recht sowohl beim einseitigen Erbvertrag als auch beim zwei- oder mehrseitigen Erbvertrag nach dem Wohnsitz des bzw. jedes Erblassers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses richtet, ist in der Lehre – soweit sie sich dazu äussert – anerkannt (vgl. *Gerardo Broggin*, *Aspetti del nuovo diritto internazionale privato svizzero. Diritto matrimoniale e diritto successorio*, in: *Repertorio di giurisprudenza patria*, Rep 121/1988 S. 191 ff., S. 212; *Heini*, *Zürcher Kommentar*, 2004, N 3 und N 9, *Dutoit*, *Droit international privé suisse*, 4. Aufl. 2005, N 4, und *Schnyder/Liatowitsch*, *Basler Kommentar*, 2007, N 1 und N 7, je zu Art. 95 IPRG).

3.3.3 Im Zeitpunkt des Abschlusses ihres Erbvertrags hatten die Erblasserin und ihr Ehemann einen gemeinsamen Wohnsitz in der Schweiz, so dass gemäss Art. 95 Abs. 1 und 3 IPRG das schweizerische Recht anzuwenden ist.

3.4 Die gegenteilige Ansicht, die die Beschwerdeführer auf die von ihnen eingeholten Rechtsgutachten stützen, kann nicht geteilt werden. Sie weisen allerdings zutreffend darauf hin, dass hier die schweizerischen Gerichte gemäss Art. 88 Abs. 1 IPRG deshalb zuständig sind, weil die Erblasserin eine Brasilianerin mit letztem Wohnsitz in Brasilien war und weil die brasilianischen Behörden sich mit dem im Ausland – hier: in der Schweiz und in Frankreich – gelegenen Nachlassvermögen nicht befassen. Richtig ist auch, dass sich in diesem Fall einer Nachlassspaltung nach verschiedenen Lehrmeinungen das anwendbare Recht grundsätzlich nach Art. 91 Abs. 1 IPRG bestimmen soll, um dadurch – soweit als möglich – eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen (vgl. *Heini*, a.a.O., N 10, und *Schnyder/Liatowitsch*, a.a.O., N 7, je zu Art. 88 IPRG). Gegenüber dem Grundsatz in Art. 90 und Art. 91 IPRG («Letzter Wohnsitz») bleiben jedoch die Sonderanknüpfungen für die Form letztwilliger Verfügungen (Art. 93 IPRG), für die Verfügungsfähigkeit (Art. 94 IPRG) und für die Erbverträge und gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen (Art. 95 IPRG) vorbehalten. Weshalb das allgemeine Erbstatut dem besonderen Erbvertragsstatut vorgehen soll, vermögen die Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar zu begründen. Gerade weil die Sonderanknüpfung gemäss Art. 95 IPRG eine Beeinträchtigung der erbvertraglichen Bindungswirkungen durch Wohnsitzwechsel zu verhindern bezweckt, muss sie dem Erbstatut vorgehen und auch im Fall einer Nachlassspaltung berücksichtigt werden, die ihrerseits auf einen Wechsel des Wohnsitzes in einen Staat mit entsprechender Zuständigkeitsregelung zurückzuführen ist. Das Erbvertragsstatut gemäss Art. 95 IPRG hat als Spezialvorschrift gegenüber den übrigen erbrechtlichen Kollisionsnormen zu gelten (zur ähnlichen Regelung in Deutschland: *Staudinger/Dörner*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2007, N 62 ff. zu Art. 26 EGBGB; vgl. zum Vorrang der spezielleren gegenüber der generelleren Vorschrift: *Furrer/Girsberger/Siehr*, *Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren*, SPR XI/1, 2008, § 5 N 389 S. 131).

3.5 Insgesamt ist das Kantonsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass gemäss Art. 95 Abs. 1 und 3 IPRG das schweizerische Recht anwendbar ist.

4. Unter Hinweis auf das Erbvertragsverbot im brasilianischen Recht machen die Beschwerdeführer eine Sonderanknüpfung im Sinne von Art. 19 IPRG geltend (S. 13 ff. Rz. 28–37 der Beschwerdeschrift).

4.1 Eine «Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts» (Marginalie) lässt Art. 19 IPRG insofern zu, als anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden kann, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist (Abs. 1). Ob eine solche Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung (Abs. 2). Die Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts gestützt auf Art. 19 IPRG soll nach der Rechtsprechung die Ausnahme bleiben (vgl. BGE 136 III 392 E. 2.2 S. 395). Sie betrifft vor allem das internationale Wirtschaftsrecht, kann aber auch auf dem Gebiet des Erbrechts nicht ausgeschlossen werden (vgl. *Bucher*, Commentaire romand, 2011, N 4 zu Art. 19 IPRG).

4.2 Das Kantonsgericht hat die drei Voraussetzungen gemäss Art. 19 Abs. 1 IPRG geprüft und als nicht erfüllt betrachtet. Es hat einerseits angenommen, es sei unklar, ob das brasilianische Erbvertragsverbot zwingend im internationalen Verhältnis anzuwenden sei, wenn die Vertragsparteien den Erbvertrag wie vorliegend an ihrem Wohnsitz in der Schweiz geschlossen hätten. Die Rechtsgutachter hätten festgehalten, dass der in der Schweiz abgeschlossene Erbvertrag die brasilianische Rechtsordnung nicht verletze und Erbverträge voraussichtlich mit ihrer Anerkennung in Brasilien rechnen könnten. Andererseits seien, so hat das Kantonsgericht dafürgehalten, keine schützenswerten und überwiegenden Interessen erkennbar, die die Nichtbeachtung des Erbvertrags zwingend erforderten. Schliesslich fehle dem vorliegenden Sachverhalt auch der enge Zusammenhang zum brasilianischen Recht (E. III/2d S. 7 f. des angefochtenen Entscheids).

4.3 Unter Hinweis auf die von ihnen bestellten Rechtsgutachten machen die Beschwerdeführer geltend, das Erbvertragsverbot sei nach brasilianischem Recht zwingend und ein Erbvertrag nach brasilianischer Rechtsauffassung ordrepublik-widrig und damit nichtig. Entgegen ihrer Annahme ist es dem Bundesgericht versagt, die Anwendung des ausländischen Rechts in der vorliegend vermögensrechtlichen Angelegenheit frei zu überprüfen (Art. 96 lit. b BGG; vgl. BGE 131 III 418 E. 3.2.1 S. 425 f.; 136 III 392 E. 2.3.1 S. 396). Zulässig ist hier lediglich die Rüge willkürlicher Anwendung des ausländischen Rechts (Art. 9 BV i.V.m. Art. 95 lit. a BGG; vgl. BGE 133 III 446 E. 3.1 S. 447/448; 135 III 614 E. 4.1.3 S. 616).

4.4 Dass das brasilianische Recht ein Erbvertragsverbot kennt, steht unangefochten fest. Für dessen Berücksichtigung gemäss Art. 19 IPRG ist indessen entscheidend, ob das Erbvertragsverbot brasilianischen Rechts auch auf den zu beurteilenden Sachverhalt zwingend angewendet werden will. Ungeachtet der fehlenden Verfassungsrügen (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 136 I 332 E. 2.1 S. 324) darf die Frage unter Willkürgesichtspunkten verneint werden. Das brasilianische

nische Erbvertragsverbot zählt nach überwiegender Meinung nicht oder nicht mehr zum *ordre public*, soweit der Erbvertrag – wie hier – nach dem Recht am Ort des Vertragsabschlusses zulässig ist. Der Anwendungsbereich des *ordre public* im Erbrecht ist insoweit eingeschränkt (vgl. *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, 9 Bde., 4. Aufl., Stand: Mai 2008, N 48 und N 103 für Brasilien). Der Befund entspricht offenbar einer allgemeinen Tendenz, die für andere Staaten mit einem ausdrücklichen Erbvertragsverbot festgestellt wird (vgl. *Andrea Bonomi*, *Les pactes successoraux en droit international privé – Remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse*, in: *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, 2008, S. 11 ff., S. 23 ff.).

4.5 Aus den dargelegten Gründen kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Erbvertragsverbot nach brasilianischem Recht international zwingend anzuwenden ist. Seine Berücksichtigung gemäss Art. 19 IPRG fällt deshalb ausser Betracht. Es bleibt somit bei der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts.»

Observations:

L'arrêt apporte plusieurs clarifications au sujet des pactes successoraux. Les époux se sont institués chacun en tant que héritier unique de l'autre. A défaut d'une disposition désignant un autre droit, un tel pacte est régi par le droit du domicile au moment de sa conclusion (art. 95 al. 1). Le droit suisse étant ainsi désigné par la LDIP, la déclaration des époux de vouloir soumettre leur succession respective au droit suisse n'était pas nécessaire. Leur utilité pouvait consister, à la rigueur, dans l'exclusion du droit national brésilien, au regard de l'alinéa 3 de l'art. 95, désignant, alternativement, le droit du domicile et celui de la nationalité dans l'hypothèse de dispositions réciproques. La volonté claire du législateur était de ne pas rendre la validité du pacte incertaine en cas de changement de domicile. La désignation du domicile au moment du pacte doit donc s'appliquer également à l'alinéa 3, malgré le fait que le moment déterminant ne soit pas fixé.

Le pacte est également protégé entièrement lorsque l'éloignement du dernier domicile d'un défunt a pour effet que, sans le pacte, la succession serait régie par un droit étranger et sa dévolution répartie entre plusieurs pays, en l'espèce entre le Brésil et, pour le patrimoine suisse dont le Brésil n'entendait pas s'occuper, la Suisse. Le raisonnement est artificiel, car on ne voit pas la raison pour laquelle le pacte ne pourrait pas garder son effectivité pour la part de la succession soumise à la compétence suisse en vertu de l'art. 88 al. 1. De toute manière, ainsi que le Tribunal fédéral tranche, l'art. 95 est une règle spéciale qui l'emporte sur un tel raisonnement, qu'il soit ou non fondé sur l'art. 91 al. 1.

Le Tribunal fédéral écarte sommairement, jugeant dans les limites de l'arbitraire, l'argument que l'interdiction des pactes successoraux en droit brésilien ne participe plus, de nos jours, à l'ordre public brésilien lorsque le pacte a été conclu dans un pays qui en acceptait la validité. Sous l'angle de l'art. 19, on ne pouvait donc

songer à une hypothèse selon laquelle le droit brésilien aurait voulu s'appliquer impérativement en l'espèce.

La conclusion étant limpide, il n'y aurait pas eu besoin au Tribunal fédéral de rappeler qu'il serait interdit au Tribunal fédéral d'examiner librement l'application faite du droit étranger par le tribunal cantonal (c. 4.3). Depuis lors, il est loin d'être certain que l'argument, constant depuis des décennies, soit encore valable. Quelques mois plus tard, le 18 octobre 2012, un arrêt de la II^e Cour de droit public est venu mettre à terre ce pilier de la jurisprudence, constatant que, lorsqu'il est nécessaire, « pour trancher une question principale relevant du droit fédéral ou du droit international, ..., d'examiner une question préalable de droit étranger, la cognition du Tribunal fédéral s'étend au droit étranger » (ATF 138 II 536 ss, 541). De cette jurisprudence, la II^e Cour de droit civil n'en veut pas. Ainsi que cela se produit parfois lorsque la jurisprudence d'une Cour ne plaît pas à une autre, elle est tout simplement ignorée, notamment si elle a été également méconnue par le recourant. Ainsi, l'ATF 31.7.2013, 4A_149/2013, c. 5.3, refuse d'entrer en matière sur l'application du droit allemand sur laquelle est fondée la bonne application de l'art. 5 ch. 1 lit. a CL relatif au lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ; de même, l'ATF 19.3.2013, 5A_874/2012, c. 1.3 et 3.2, affirme sans nuance que le grief de la mauvaise application de la loi portugaise désignée par la Convention de La Haye de 1973 serait irrecevable ; enfin, le contenu du droit iranien n'est examiné que dans les limites de l'arbitraire, malgré le fait que son application (correcte) est commandée par l'art. 8 de la Convention avec l'Iran de 1934 (ATF 2.4.2014, 5A_947/2013, c. 5.2.1). Dans ces trois arrêts, aucune mention n'est faite de l'arrêt de la II^e Cour de droit public, pourtant publié au Recueil officiel. Il conviendra donc d'attendre le moment où le climat prétorien se développe au point de se rendre compte qu'il aurait fallu depuis un moment déjà faire application de la procédure prévue à l'art. 23 LTF et réunir les cours intéressées afin de parvenir à une position commune.

IV. Succession – Défunt italien décédé en Italie – Accord transactionnel entre les héritiers – Clause d'élection d'un for suisse – Action en pétition d'hérédité en Italie. – Litispendance en Suisse? – Convention italo-suisse de 1933

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 15 mai 2012, Agnelli – 5A_423/2011 – ATF 138 III 570, Praxis 2013 n° 47, p. 361, RSPC 2012 p. 490

«A. X., ressortissant italien domicilié en Italie, est décédé le 24 janvier 2003 à Turin (Italie) ; il a laissé pour seules héritières son épouse, dame X., et sa fille, Y.

B. Des différends étant apparus quant au règlement de la succession, des négociations ont été menées afin de trouver un arrangement. Le 18 février 2004, les prénommées ont conclu un accord transactionnel «pour mettre définitivement un terme à ce litige», lequel prévoit en substance le transfert à Y., en pleine propriété, de divers actifs (art. I et II) et la «conclusion d'un pacte successoral» avant le 6 mars 2004 (art. IV), les parties reconnaissant «n'avoir plus aucun droit, directe-

ment ou indirectement, dans la succession de [X.], et n'avoir aucune prétention à élever pour quelque motif que ce soit l'une envers l'autre ni à l'égard de quiconque, directement ou de toute autre manière» (art. VIII); cette convention «est exclusivement soumise au droit suisse» et prévoit, en cas de litige au sujet de sa conclusion, de sa validité, de son exécution ou de son interprétation, «la compétence exclusive du Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève» (art. XIV). Cette transaction a été exécutée.

Convaincue que des avoirs ou des libéralités lui avaient été dissimulés lors de la conclusion de l'accord précité, Y. a saisi, le 28 mai 2007, le Tribunal de Turin (Italie) d'une demande dirigée à l'encontre de A., B. et C. – tous proches collaborateurs de feu X., chargés de la gestion de ses affaires – ainsi que de dame X.; en bref, elle a conclu: à titre préliminaire, à ce qu'il soit ordonné à A., B. et C. de rendre compte de leur gestion des biens ayant appartenu au de cujus; à titre préjudiciel, à la constatation de la nullité, de l'annulabilité ou de l'inefficacité des accords passés entre les héritières après l'ouverture de la succession; à titre principal, à la constatation de sa qualité d'héritière à l'égard de tous les biens concernés par la reddition de comptes; à titre principal éventuel, à la condamnation des gérants à réparer le préjudice éventuellement causé dans le cadre de leur gestion; à titre principal, à la dissolution de la communauté héréditaire moyennant attribution de la propriété individuelle, avec obligation de restituer à la succession, des biens qui font partie de la masse successorale, après estimation de la valeur vénale des biens à partager; à titre subsidiaire, en cas d'impossibilité de partager certains biens, à l'estimation, à la vente, ainsi qu'au partage de leur produit entre les héritières.

Dame X. a excipé de l'incompétence des tribunaux italiens. Par arrêt du 7 octobre 2008, la Cour de cassation italienne a rejeté cette exception; elle a considéré que les conclusions principales tendaient à la pétition d'hérédité et à la dissolution de la communauté héréditaire, de sorte que les juridictions italiennes étaient compétentes en vertu de l'art. 50 de la loi italienne sur le droit international privé; le chef de conclusions relatif à la validité de l'accord du 18 février 2004 ne modifie pas la nature du litige, qui demeure successoral et, partant, soustrait au champ d'application de la Convention de Lugano (CL). Statuant sur le fond le 17 mars 2010, le Tribunal de Turin a débouté la demanderesse de toutes ses conclusions. Cette décision fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Turin.

C. Le 4 juin 2009, dame X. a déposé devant le Tribunal de première instance de Genève une action à l'encontre de Y. tendant à la constatation que «l'accord du 18 février 2004 est valide et lie les parties»; la défenderesse a conclu à ce que l'action en constatation de droit soit déclarée irrecevable, subsidiairement à ce qu'il soit sursis à statuer. Statuant «sur fin de non-recevoir de litispendance» le 26 octobre 2010, le Tribunal a déclaré l'action irrecevable. La Cour de justice du canton de Genève a confirmé cette décision le 20 mai 2011.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile formé par dame X.

Extrait des considérants :

2. Bien que les parties soient toutes deux domiciliées en Suisse, la Cour de justice a considéré à juste titre que la présente cause revêt un caractère international (art. 1^{er} al. 1 let. a LDIP) ; cette opinion – qui n'est d'ailleurs pas contestée par la recourante (art. 42 al. 2 LTF) – doit être approuvée ; s'agissant, en l'occurrence, de procédures introduites dans deux Etats différents, la litispendance est par définition internationale (cf. Schneider, *L'exception de litispendance en droit international privé*, in : *Mélanges offerts à la SSJ*, 1976, p. 295). Au préalable, il convient de rechercher si un traité international s'applique (art. 1^{er} al. 2 LDIP ; ATF 115 III 148 consid. 3).

2.1 La Cour de justice a retenu que « tant la procédure genevoise que la procédure italienne étaient de nature successorale », en sorte que la Convention de Lugano (dans sa version de 1988) – à laquelle l'Italie et la Suisse sont parties – n'était pas applicable (art. 1^{er} al. 2 ch. 1 aCL [= art. 1^{er} ch. 2 let. a CL révisée] ; sur ce motif d'exclusion : ATF 135 III 185 consid. 3.4 ; arrêt 4A_249/2009 du 29 juillet 2009 consid. 2). Une telle argumentation laisse entendre que l'intervention de l'art. 21 aCL (= art. 27 CL révisée) suppose que les deux actions tombent dans le champ d'application matériel du traité (dans ce sens : Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3^e éd., 2010, n° 57 ad art. 1^{er} et n° 11 ad art. 27 EuGVVO ; Kren Kostkiewicz, *Rechtshängigkeit und Konnexität*, in : *La Convention de Lugano, Passé, présent et devenir*, Publication ISDC n° 59, 2007, p. 111 ; Mabillard, in : *Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen*, 2011, n° 15 ad art. 27 CL) ; l'action introduite à Turin étant indiscutablement successorale, la Convention de Lugano serait inapplicable pour ce motif déjà, sans qu'il faille s'interroger sur la nature de celle qui a été intentée à Genève.

Il n'y a pas lieu de se prononcer définitivement sur le bien-fondé de cet avis, puisque l'action (en constatation) ouverte à Genève présente de toute manière aussi un caractère successoral. Il est exact que l'accord du 18 février 2004 est une « transaction » ayant expressément pour but de « mettre définitivement un terme [au] litige » entre les parties. Bien que la question apparaisse controversée, il faut reconnaître une nature successorale au sens de l'art. 1^{er} al. 2 ch. 1 aCL aux litiges relatifs à la validité et aux effets des conventions entre héritiers (sic : Donzallaz, *La Convention de Lugano*, vol. I, 1992, p. 371 n° 945 ; Mankowski, in : *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, vol. I, 2011, n° 16 ad art. 1^{er} Brüssel I-VO ; contra : arrêt de la Cour d'appel de Rome du 30 avril 1995, in : *RDIPP* 1996 p. 750) ; bien qu'elle n'ait pas eu à trancher ce point, la Cour de céans partage cette position (cf. ATF 137 III 369 consid. 4.3 et les citations). En outre, les clauses de cet accord ont, pour l'essentiel, un contenu indubitablement successoral (cf. supra, let. B) ; par ailleurs, en droit suisse – applicable à l'accord litigieux –, la transaction extrajudiciaire n'a en principe pas d'effet novatoire et, partant, n'a pas pour effet de remplacer la cause originaire (successorale) par une nouvelle, qui serait ici obligationnelle (sur le sujet : Gauch, *Der aussergerichtliche Vergleich*, in : *Festgabe Schlupe*, 1988, p. 15 et les références).

2.2 Les juridictions cantonales ont examiné le mérite de l'exception de litispendance au regard de l'art. 8 de la Convention du 3 janvier 1933 entre la Suisse et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires (RS 0.276.194.541), aux termes duquel les autorités judiciaires de l'un des deux Etats (i.c. suisses) doivent, si l'une des parties le demande, se dessaisir des contestations portées devant elles lorsque ces contestations sont déjà pendantes devant une juridiction de l'autre Etat (i.c. italienne), pourvu que celle-ci soit compétente selon les règles de la convention. Ce traité tombe sous le coup de la réserve de l'art. 1^{er} al. 2 LDIP, de sorte que la norme conventionnelle précitée l'emporte sur l'art. 9 LDIP (arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 29 septembre 2008, publié in: RtiD 2009 I 745/746 consid. 5; Bucher, in: Commentaire romand, 2011, n° 5 ad art. 9 LDIP).

D'après le Message du Conseil fédéral, cette convention n'est pas un «traité réglementant la compétence judiciaire», mais «uniquement une convention d'exécution»; elle «s'occupe de la compétence judiciaire en tant seulement que cette compétence constitue une condition de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision dans un autre Etat» (FF 1933 I 242; Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier, Répertoire de droit international privé suisse, vol. 2, 1983, p. 213 n° 1, avec les références; ATF 113 II 100 consid. 2). Cependant, deux dispositions «outrepassent ces limites»: «l'une – pertinente en l'espèce –, qui vise l'exception de litispendance, est contenue à l'article 8, l'autre, qui traite des mesures provisoires ou conservatoires, à l'article 10» (FF *ibidem*). Enfin, bien que cette condition ne ressorte pas de son texte, l'art. 8 du traité exige une identité d'objet entre les deux actions (FF 1933 I 250 [«l'exception de litispendance peut être soulevée si la même contestation est portée devant les juridictions de l'autre Etat»]; *idem*: ATF 65 II 177 p. 179; 109 II 180 consid. 3 [«contestations identiques»]).

3. – 3.1 La recourante se plaint d'abord d'une violation de l'art. 5 al. 1 LDIP, en vertu duquel, en matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, cette élection de for étant, sauf stipulation contraire, exclusive. En substance, elle fait valoir que la décision entreprise revient à priver de toute portée la clause de prorogation de for incluse dans l'accord du 18 février 2004; si l'intimée voulait remettre en cause cet accord transactionnel, il lui appartenait d'agir devant les tribunaux genevois, qui étaient désormais le «for naturel» du litige; le mécanisme de la litispendance ne saurait avoir pour effet de soustraire la cause à l'autorité qui doit exclusivement en connaître à teneur de la convention d'élection de for.

La juridiction précédente a constaté que le premier juge n'a pas nié qu'il était compétent en vertu de la clause de prorogation de for et ne s'est pas déclaré incompétent (à raison du lieu) pour connaître du litige; il a du reste implicitement admis sa compétence avant d'examiner le moyen tiré de la litispendance; en outre, sa compétence n'a pas été contestée par la partie adverse. Il s'ensuit que le grief pris de la violation de l'art. 5 al. 1 LDIP est «sans objet».

3.2 L'autorité précédente est partie de la prémisse que le «mécanisme [de la litispendance] n'a de sens que si le tribunal second saisi était compétent s'il avait été

saisi seul ou en premier lieu» (Bucher, op. cit., n° 20 ad art. 9 LDIP). Selon la jurisprudence constante, la Convention italo-suisse ne touche en rien au pouvoir d'un Etat de déterminer, en conformité de son droit de procédure international, dans quels cas et à quelles conditions ses propres juridictions sont compétentes pour connaître de la cause dont elles sont saisies, sans préjudice du sort qui serait réservé à leurs décisions au stade de sa reconnaissance dans l'autre Etat (ATF 84 II 57 consid. 2b/bb; 88 II 6 consid. 3; 96 I 594 let. b; 113 II 100 consid. 2). La validité de la clause d'élection de for stipulée en l'espèce par les parties ne relève donc pas du traité, mais du seul droit interne, en l'occurrence de l'art. 5 al. 1 LDIP (Dutoit et al., op. cit., p. 229 n° 50). Or, sous cet angle – comme l'a souligné à juste titre la cour cantonale –, la compétence du Tribunal de première instance de Genève ne pose aucun problème et n'a d'ailleurs, semble-t-il, jamais été contestée. L'admissibilité d'une clause d'élection de for en matière de litiges du droit des successions est en outre très largement admise (parmi plusieurs : FF 1983 I 291 in fine n° 213.5; Bucher, op. cit., n° 7 ad art. 5 LDIP; Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^e éd., 2005, n° 4 ad art. 5 LDIP; plus réservé : Heini, in : Zürcher Kommentar zum IPRG, 2^e éd., 2004, n° 9 ad art. 86 LDIP).

Comme le souligne avec raison la recourante, l'autorité précédente ne s'est, en revanche, pas prononcée sur le point de savoir si l'existence de la clause d'élection de for faisait obstacle à la litispendance ; c'est la compétence du premier juge saisi qui est alors en question. Conformément au principe énoncé plus haut, les autorités italiennes ont fondé leur compétence sur l'art. 50 de la loi de DIP du 31 mai 1995 ; que les tribunaux italiens aient ignoré cette clause ou ne lui aient pas attribué d'effet est sans importance, car l'institution de la litispendance a pour but principal d'éviter les jugements contradictoires, non de sanctionner la violation d'une règle de compétence découlant de l'absence de prise en considération d'une clause d'élection de for (cf. Reymond, L'exception de litispendance, 1991, p. 185 let. A). Sous réserve des conditions de l'art. 8 de la Convention italo-suisse (infra, consid. 4.2), c'est donc au stade de la reconnaissance du jugement italien consécutif à l'action de l'intimée que les tribunaux suisses devront, le cas échéant, s'interroger sur les conséquences de la méconnaissance de ladite clause (cf. sur le sujet : von Overbeck, Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, in : Festschrift Keller, 1989, p. 624 ss et les citations ; Acocella, Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr, 1989, p. 249 et 301 ; cf. pour le cas où un tribunal étatique étranger a statué malgré l'existence d'une convention d'arbitrage : ATF 127 III 186 consid. 2) ; il n'y a dès lors pas lieu d'en débattre ici.

4. – 4.1 La recourante reproche en outre à la Cour de justice d'avoir violé l'art. 8 de la Convention italo-suisse à un triple titre : premièrement, à la date du dépôt de l'action à Genève, l'intimée n'avait pas encore pris de « conclusion ferme » devant les juridictions italiennes pour leur faire trancher la question de la validité de l'accord du 18 février 2004 (infra, consid. 4.2) ; deuxièmement, du point de vue des autorités helvétiques, les juridictions italiennes sont en toute hypothèse incompé-

tentes pour connaître de cette question, vu l'existence d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux genevois (*infra*, consid. 4.3); troisièmement, un éventuel jugement rendu en Italie sur ce point ne pourrait pas être reconnu en Suisse (*infra*, consid. 4.4).

L'autorité précédente a rappelé que le but de la litispendance est de prévenir des jugements contradictoires; aussi ne faut-il pas s'attacher à l'aspect formel des procédures, mais déterminer le «centre de gravité des litiges». Il y a dès lors identité de l'objet du litige lorsque les parties soumettent au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes causes juridiques et les mêmes faits, étant précisé que cette condition doit s'analyser dans un sens matériel, et non d'après la teneur formelle des conclusions. En l'espèce, la décision du premier juge, qui a admis que cette condition était remplie, échappe à toute critique. L'intimée a introduit en Italie une demande qui tend à titre principal à une pétition d'hérédité ainsi qu'au partage; or, «cette action revient sans conteste à remettre en question la validité de l'accord du 18 février 2004», lors même que l'intéressée n'a pas formulé de chef de conclusions principal sur ce point en première instance en Italie. Les deux procès «gravitent ainsi bien autour de la même problématique, à savoir la validité de l'accord du 18 février 2004», celui-ci comportant une renonciation des parties à toute autre prétention dans la succession du de cujus.

4.2 – 4.2.1 Comme l'a jugé l'autorité cantonale, la condition de l'identité des parties (ou subjective) est réalisée en l'espèce, ce que la recourante ne conteste pas (art. 42 al. 2 LTF). Il suffit que le procès ouvert en Suisse mette aux prises les mêmes parties que celles qui s'opposent dans la procédure italienne, même si cette dernière comporte encore d'autres défendeurs (ATF 105 II 229 consid. 1b; Raymond, *op. cit.*, p. 251 ss et les références). La position procédurale différente des parties dans les deux procédures est sans incidence (ATF 128 III 284 consid. 3a et les nombreuses citations).

4.2.2 Sans le dire expressément, l'autorité précédente s'est fondée sur la jurisprudence que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE; actuellement Cour de justice de l'Union européenne) a rendue sur l'art. 21 de la Convention de Bruxelles de 1968 (= art. 21 aCL); dans son arrêt *Gubisch Maschinenfabrik AG c/ Palumbo* du 8 décembre 1987 (aff. 144/86, in: Rec. 1987 p. 4861), cette autorité a considéré, en bref, que la notion d'identité d'objet ne devait pas être «restreinte à l'identité formelle des deux demandes», mais qu'il fallait mettre l'accent sur la question juridique qui se trouve au centre des deux procès; elle a ainsi admis l'identité entre une action en exécution d'un contrat de vente, ouverte d'abord en Allemagne, et une action en déclaration de nullité, en annulation et en résolution dudit contrat, car la «force obligatoire du contrat [est] au centre des deux litiges». Ce principe a été confirmé dans plusieurs arrêts ultérieurs (cf. arrêts *Tatry* du 6 décembre 1994, aff. C-406/92, Rec. 1994 I 5439; *Gantner* du 8 mai 2003, aff. C_111/01, Rec. 2003 I 4207; *Maersk* du 14 octobre 2004, aff. C-39/02, Rec. 2004 I 9657). Le Tribunal fédéral s'y est rallié pour interpréter, non seulement l'art. 21 aCL (ATF 123 III 414 consid. 5; 125 III 346 consid. 4b; 136 III 523 consid. 6.1), mais aussi

l'art. 9 LDIP (arrêt 5C.289/2006 du 7 juin 2007 consid. 3.2) et l'art. 35 LFors (ATF 128 III 284 consid. 3b).

Cette conception unitaire de l'identité d'objet doit être approuvée. Elle est d'abord justifiée par le but commun que poursuivent les normes consacrées à la litispendance – qu'elle soit interne ou internationale –, à savoir d'éviter des jugements contradictoires lorsque des demandes identiques sont déposées à plusieurs endroits (notamment : ATF 128 III 284 consid. 3b/bb et les références). Elle apparaît en outre conforme à la jurisprudence récente selon laquelle la « notion d'identité d'objet doit être comprise de la même manière en droit interne et en droit international privé » (arrêt 5C.289/2006 précité ; dans ce sens : Bucher, op. cit., n° 10 ad art. 9 LDIP ; IDEM, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, in : SJ 2007 II p. 168). Il s'ensuit que l'art. 8 de la Convention italo-suisse doit être interprété à la lumière des principes qui précèdent. A cet égard, on peut relever que la Cour de cassation italienne, dans une décision du 17 mai 2002, a considéré que la notion d'« *identità di oggetto* » au sens de la Convention du 6 avril 1962 entre l'Italie et la Belgique devait être « *interpretata in base all'orientamento seguito nella interpretazione dell'art. 21 della convenzione di Bruxelles del 1968* » (RDIPP 2002 p. 1061 ss, 1066/1067 consid. 2) ; cela étant, on peut penser qu'elle interpréterait de la même manière l'art. 8 de la Convention avec la Suisse.

4.2.3 Il ressort de l'arrêt entrepris que la Cour de cassation italienne a retenu que l'intimée avait introduit une « action en pétition d'hérédité et en dissolution de la communauté héréditaire », la question de la validité de l'accord du 18 février 2004 ne se posant qu'à titre préjudiciel. Cette dernière question se pose en revanche à titre principal dans le procès ouvert à Genève, dès lors que la demande tend à la constatation que l'accord précité est « valide et lie les parties » ; partant, il ne peut s'agir que d'une identité partielle. Cependant, cette circonstance n'exclut pas le jeu de la litispendance ; si les conclusions de la seconde instance sont englobées dans celles de la première (ce qui est le cas ici), le second juge doit – selon le régime applicable à l'exception (cf., supra, consid. 6) – se dessaisir de la cause ou la suspendre dans son entier (Reymond, op. cit., p. 201 let. A, avec les citations ; idem, pour la CL ou le Règlement européen n° 44/2001 : Kropholler/von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9^e éd., n° 9 ad art. 27 EuGVO). Pour autant que les autres conditions soient remplies, la litispendance intervient sans égard au fait que les conclusions ont été formulées « dans l'un des procès à titre principal et dans l'autre à titre préjudiciel » (Bucher, op. cit., n° 12 ad art. 9 LDIP ; IDEM, SJ 2007 II p. 169), ou « à titre principal, alternatif ou subsidiaire » (Reymond, op. cit., p. 227 et les citations). Ces points étant précisés, l'arrêt attaqué ne prête pas le flanc à la critique.

En appliquant la notion (large) de litispendance consacrée par la Cour de justice des Communautés européennes, force est d'admettre que la question de la validité de l'accord du 18 février 2004 est au centre des deux procédures : si elle constitue l'unique aspect du procès genevois, elle est soumise préjudiciellement aux juges italiens ; comme on l'a vu, le fait que l'intimée a formé à titre préjudiciel en première instance, puis à titre principal en instance d'appel, le chef de conclusions

tendant à remettre en cause l'accord précité est dénué de pertinence. En outre, on ne saurait nier le risque de jugements inconciliables : en effet, si le Tribunal italien devait accueillir les conclusions en pétition d'hérédité et en partage, sa décision concernerait des biens successoraux auxquels l'intimée est censée avoir renoncé (cf. art. VIII de l'accord), alors que, si le juge genevois devait admettre, de son côté, la validité de l'accord, sa décision serait sur ce point incompatible avec celle de son collègue italien, en tant qu'elle confirmerait la renonciation (transactionnelle) de l'intimée à l'égard des biens visés par l'action en pétition d'hérédité et en partage.

4.3 Aux termes de l'art. 8 de la Convention italo-suisse, l'exception de litispendance implique que le tribunal italien (saisi en premier lieu) soit compétent «selon les règles de la présente convention».

La compétence du tribunal italien doit s'apprécier, non par rapport au chef de conclusions ayant pour objet la question – préjudicielle – de la validité de l'accord du 18 février 2004, mais par rapport aux conclusions en pétition d'hérédité et en partage formulées à titre principal. Sous cet angle, cette compétence est donnée au regard de l'art. 2 al. 1 ch. 6 de la Convention italo-suisse, qui reconnaît la compétence internationale des juridictions de l'Etat où la décision a été prise « lorsqu'il s'agit d'une contestation successorale entre les héritiers d'un ressortissant du pays où la décision a été rendue » (cf. par exemple : arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin précité, RtiD 2009 I 747 consid. 7a ; ATF 62 II 20 consid. 1, a contrario) ; dans le cas présent, le procès ouvert en Italie concerne la succession d'un ressortissant italien, domicilié en Italie au moment du décès. Comme l'avait déjà observé le Conseil fédéral (FF 1933 I 244), la compétence des autorités italiennes pourrait s'appuyer sur l'art. 17 al. 3 de la Convention d'établissement et consulaire entre la Suisse et l'Italie du 22 juillet 1868 ; en dépit de sa formulation, il est admis – à l'instar de l'art. 5 de la Convention franco-suisse de 1869 (ATF 119 II 77 consid. 2c et les citations) – que cette disposition s'applique aux contestations relatives à la succession d'un Italien, que son dernier domicile ait été en Suisse ou en Italie (Dutoit et al., op. cit., vol. 3, 1986, p. 125 ss et les citations ; sur l'évolution de la jurisprudence : Chenevard, Le régime civil des successions dans les rapports italo-suisse, 1985, p. 47 ss).

La réponse serait plus délicate si la compétence du juge italien devait être examinée par rapport à la question (préjudicielle) de la validité de l'accord du 18 février 2004. En admettant la nature successorale du contentieux (cf. supra, consid. 2.1), l'art. 2 al. 1 ch. 6 de la Convention serait également applicable dans ce cas. Certes, l'art. 2 al. 2 du traité déclare que les dispositions contenues aux ch. 1 à 4 ne s'appliquent pas aux contestations pour lesquelles le droit de l'Etat requis « reconnaît comme exclusivement compétentes ses propres juridictions ». Dans son avis de droit du 4 décembre 2009 (n° 09-132cc), l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) a toutefois démontré que, en matière successorale, la compétence exclusive que pourraient revendiquer les tribunaux suisses sur la base de la clause d'élection de for ne pourrait pas faire obstacle à la litispendance, « étant donné que la nature exclusive d'une telle compétence ne peut, d'après la teneur de la disposition légale, jouer que dans les cas énumérés aux chiffres 1 à 4, mais non dans le cas du chiffre 6 » (p. 21

ch. 50; cf. sur les avis de droit de l'ISDC: ATF 137 III 517 consid. 3.3 et les citations). La question de savoir si l'existence d'une clause d'élection de for pourrait contrecarrer, en vertu de l'art. 8 de la Convention, la reconnaissance du jugement italien est examinée plus loin (cf. *infra*, consid. 5.3).

4.4 L'autorité précédente a retenu que «la Convention de 1933 n'exige pas que la décision étrangère soit susceptible de reconnaissance».

Contrairement à l'art. 9 al. 1 LDIP, la Convention italo-suisse n'exige pas de «pronostic de reconnaissance» du jugement italien à intervenir (Wittibschlager, *Rechtshängigkeit in internationalen Verhältnissen*, 1992, p. 45; de l'opinion contraire: arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin précité, RtiD 2009 I 746 consid. 6, qui se réfère à Acocella, *op. cit.*, p. 135); l'Institut suisse de droit comparé l'a explicitement rappelé dans son avis de droit. A ce stade, les tribunaux genevois n'avaient donc pas à se demander – fût-ce sur la base d'un examen sommaire – si le jugement italien serait ou non susceptible de reconnaissance en Suisse (notamment en raison de la non-application de la clause d'élection de for; *supra*, consid. 3.2).

5. ...

6. – 6.1 A titre subsidiaire, la recourante sollicite le renvoi de la cause à la juridiction précédente «afin qu'elle suspende la cause jusqu'à droit jugé définitif en Italie» sur la procédure opposant les parties; en bref, elle reproche à l'autorité cantonale d'avoir confirmé la décision du premier juge de déclarer irrecevable l'action en constatation de droit au lieu de suspendre le procès ouvert en Suisse.

6.2 Aux termes de l'art. 8 de la Convention italo-suisse, l'admission de l'exception de litispendance conduit au dessaisissement du juge saisi en second lieu. Cette solution s'écarte de celle de l'art. 9 al. 1 LDIP, qui prévoit – dans un premier temps (art. 9 al. 3 LDIP) – la suspension de la procédure introduite devant le tribunal suisse (cf. sur les diverses solutions possibles: Schneider, *op. cit.*, p. 313/314). Certes, il est parfois soutenu que, nonobstant le texte du traité, le juge suisse ne serait pas tenu d'écarter la demande, mais pourrait ordonner la suspension de la procédure, si cette mesure lui semble plus opportune (arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin précité, RtiD 2009 I 746/747 consid. 6, qui se réfère à Acocella, *op. cit.*, p. 142 ss). Il n'y a toutefois aucun motif de déroger à la lettre claire de la convention (cf. Schneider, *op. cit.*, p. 314; Wittibschlager, *op. cit.*, p. 45/46; Walder, *Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz*, 1989, § 4 p. 108 n° 46); dans un arrêt du 28 mai 1998, la Cour de cassation italienne a aussi relevé que, contrairement à l'art. 21 aCL (= art. 27 CL révisée), «il giudice successivamente adito deve [...] spogliarsi della causa e non semplicemente sospendere il proprio giudizio» (RDIPP 1999 p. 296 ss, 301 consid. 1.2). Au demeurant, d'autres conventions bilatérales conclues par la Confédération adoptent un régime identique (Schneider, *loc. cit.*): l'art. 7 de la Convention du 15 janvier 1936 avec la Suède (FF 1936 I 697 ss, 702 ch. IV; Wittibschlager, *op. cit.*, p. 48), l'art. 10 de la Convention du 29 avril 1959 avec la Belgique (FF 1959 II 301 ss, 312 [«s'abstenir de statuer»]; Wittibschlager, *op. cit.*, p. 49), l'art. 8 de la Convention du 16 décembre 1960 avec l'Autriche (FF 1961 I 1585 ss, 1591 [«refuser d'office [d']instruire

[un litige]»; Wittibschlager, op. cit., p. 46) et l'art. 9 al. 1 de la Convention du 25 avril 1968 avec la Principauté du Liechtenstein (FF 1968 II 713 ss, 722 [«refuser d'office [d']instruire [un litige]»; Wittibschlager, op. cit., p. 47). »

Observations:

La succession Agnelli anime les prétoires et la presse depuis quelques années, opposant les deux héritières, l'épouse et sa fille. Le volet suisse est accessoire à une série de procès entamés en Italie. L'action pendante en Italie portait sur une pétition d'hérédité, tandis que l'action intentée à Genève tendait à la constatation de la validité d'un arrangement convenu entre les héritières en 2004. Celui-ci constituait certes une transaction, mais son contenu était indubitablement successoral. Le Tribunal fédéral pouvait ainsi écarter l'application de la clause de litispendance de l'art. 21 aCL, sans trancher la question de savoir si les deux actions en concours doivent tomber dans le champ matériel d'application de la Convention (c. 2.1). L'art. 8 de la Convention italo-suisse de 1933 était ainsi pertinent, ayant la priorité sur l'art. 9 LDIP (c. 2.2).

L'accord litigieux contenait une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux genevois dont la validité n'était pas contestée, confirmant ainsi l'admission de fors prorogés en matière successorale (c. 3.1 et 3.2). Le Tribunal fédéral enchaîne en expliquant le rôle de l'élection de for dans le contexte de la litispendance. La question se pose dans le contexte de l'art. 9 LDIP, qui n'admet le sursis à statuer de la part du juge suisse qu'à la condition qu'il est «à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse» (al. 1). Les juridictions italiennes n'ont pas tenu compte de la clause d'élection du tribunal genevois retenu dans l'accord transactionnel, estimant que cet accord n'intervient qu'à titre préjudiciel (c. 4.2.3; arrêt reproduit *in* RDIPP 2009 p. 169, portant la date du 27 octobre 2008). Il est certain que dans son champ matériel d'application, cette clause exclusive de compétence empêche la reconnaissance d'un jugement étranger qui n'en aurait pas tenu compte; c'est une manifestation de l'effet dérogatoire de l'art. 5 LDIP. Pour le Tribunal fédéral, cette question ne se posera qu'à ce moment-là. Elle n'intervient pas devant le juge suisse saisi de l'exception de litispendance (c. 3.2). Sur ce point, l'arrêt s'engage dans l'erreur. Certes, la litispendance n'a pas pour fonction de sanctionner le non-respect d'une clause d'élection d'un for exclusif par le juge étranger. Il est également exact de rappeler qu'elle doit éviter des jugements contradictoires, mais il faut alors ajouter qu'elle ne le fait que si le pronostic de la reconnaissance en Suisse du jugement étranger est favorable, conformément au termes clairs de l'art. 9 al. 1 LDIP. Le raisonnement sur ce point est fait «sous réserve des conditions de l'art. 8 de la Convention italo-suisse» (de 1933), c'est-à-dire en tant qu'obiter dictum. Les références mentionnées portent sur cette question de la reconnaissance, mais non sur celle de savoir ce qu'il faut faire dans le contexte de l'art. 9 LDIP.

Cependant, l'arrêt ne s'arrête pas là, car il reporte la même erreur sur l'art. 8 de la Convention italo-suisse, dont il est dit qu'il n'exigerait pas de «pronostic de re-

connaissance» du jugement italien à intervenir (c. 4.4). La remarque est maladroite car, tout en étant correct en soi, elle méconnaît que cette disposition exige le respect de la condition la plus importante d'un tel pronostic, puisque l'exception de litispendance est admise «pourvu que celle-ci [la juridiction de l'autre Etat, premier saisi] soit compétente selon les règles de la présente Convention». Or, cette condition ne peut être laissée de côté (au c. 4.3, qui n'examine pas, dans ce contexte, le rôle de la clause de prorogation exclusive du for suisse contenue dans le pacte successoral). On est quelque peu consterné devant l'idée qu'une règle de litispendance devienne pour le Tribunal fédéral une règle destinée à déterminer le «centre de gravité des litiges» (c. 4.1), sans égard en l'espèce à une éléction d'un for exclusif suisse, valablement convenue.

L'arrêt prend comme maigre appui Wittibschlager (p. 45), affirmant l'absence d'un pronostic de reconnaissance, sans aucune explication. L'arrêt tessinois cité et Accocella (p. 135), sont d'un autre avis, ce qui aurait mérité un débat, ce d'autant qu'ils se placent dans la ligne de l'objectif visé par le Tribunal fédéral, à savoir d'éviter des jugements contradictoires (c. 3.2). L'ATF 62 II 20 ss, 21 s. avait déjà bien vu que la compétence selon la Convention était une condition à examiner pour juger d'une exception de litispendance. La Cour de cassation italienne l'avait également compris en ce sens (arrêt du 28 mai 1998, RDIPP 1999 p. 296). Pourquoi ignorer ces précédents? Et alors que le nouvel arrêt insiste sur un autre point sur le respect de la lettre claire de la convention (c. 6.2), on se demande pourquoi il n'aurait pas dû le faire sur la question de la compétence indirecte, clairement posée par l'art. 8. Car quel est le sens d'une jurisprudence ordonnant la dessaisie du juge suisse en raison d'un procès en cours en Italie, s'il devait s'avérer que le jugement en résultant ne pourra pas être reconnu en Suisse, la demanderesse étant alors autorisée à reprendre son procès en Suisse?

Au demeurant, la question de la compétence indirecte n'est pas simple à répondre. Ce n'est pas tant la réserve de l'art. 2 al. 2 en faveur des compétences exclusives, s'opposant le cas échéant aux fors de l'art. 2 al. 1 ch. 1–4, qui est en jeu, car ces fors exclusifs sont manifestement différents de ces derniers fors, ce que l'ATF cité méconnaît tout en insistant sur les conclusions d'un avis de l'ISDC dont le raisonnement n'est pas expliqué (c. 4.3). La question est d'abord de savoir si la prorogation de for reconnue selon l'art. 2 al. 1 ch. 2 est de nature à écarter la compétence indirecte du pays d'origine du défunt d'après l'art. 2 al. 1 ch. 6 lorsqu'elle a été convenue comme étant exclusive. Et à supposer qu'il soit répondu à cette question par l'affirmative, il se pose ensuite la question de savoir si la compétence indirecte italienne, s'opposant à l'éléction d'un for exclusif en Suisse, peut l'emporter en vertu de l'art. 1^{er} ch. 1 de la Convention, renvoyant aux règles de compétence de l'Etat requis. Ces règles sont d'abord, en cas de succession, celles découlant de la jurisprudence relative à l'accord italo-suisse de 1933 qui admet la prorogation de for, dont l'utilité serait réduite à néant si elle ne pouvait pas être exclusive (question que l'arrêt n'évoque pas), puis celles de la LDIP qui, à notre avis, ne permettent pas de reconnaître une décision étrangère rendue en méconnaissance d'une clause d'éléction d'un for suisse exclusif. L'hypothèse de l'incompétence «indirecte» des

tribunaux italiens statuant à l'insu de la prorogation exclusive du for suisse mériterait donc d'être prise au sérieux. Or, en refusant d'examiner la question de la compétence italienne au stade de la litispendance, le Tribunal fédéral a déjà implicitement tranché en faveur de l'effectivité d'un jugement italien (cf. Sibylle Pestalozzi, *Internationale Litispendenz in erbrechtlicher Streitigkeit*, *Successio* 2013 p. 227 ss, 230).

On remarquera également en passant que c'est le premier arrêt qui renvoie au caractère privilégié des avis de droit de l'ISDC dans une affaire dont la question litigieuse porte sur une question de droit suisse, comprenant la Convention italo-suisse de 1933 (c. 4.3, renvoyant à l'ATF 137 III 517, c. 3.3). La jurisprudence citée trouve son origine dans l'ATF du 28.10.2004 (1P.390/2004, c. 2.3, Sem.jud. 2005 I p. 277), relatif à un litige soulevant une question de droit égyptien, et elle a été reprise dans l'ATF 137 III 520 s. dans le contexte de la vérification de la réciprocité offerte par la Finlande en matière de reconnaissance de faillites. Tandis que le premier arrêt rappelait bien que la valeur d'expertise des avis de l'ISDC résultait de sa fonction de fournir « des informations juridiques sur le droit étranger », l'arrêt de 2011 n'en fait pas mention. Et un glissement se produit alors dans le présent arrêt du 15 mai 2012, où la même valeur est attribuée à un avis de droit portant sur le droit international privé suisse. S'il est vrai que les tâches assignées à l'ISDC comprennent une activité en « droit international », il semble douteux que son expertise puisse revendiquer une priorité par rapport à d'autres sources de renseignement et d'expertise sur le droit suisse. Il conviendrait également que la jurisprudence, si elle devait s'engager plus avant dans cette direction, remarque que les avis de droit qui lui sont ainsi présentés ont normalement été confectionnés sur mandat d'une partie, sans intégrer la contribution que les autres parties au litige pourraient fournir (cf., sur la distinction à faire entre la force probante d'une expertise privée et celle d'une expertise judiciaire, ATF 19.9.2012, 4A_274/2012, c. 3.2.1, ainsi que l'ATF 28.10.2001, 1P.390/2004, c. 2.2, Sem.jud. 2005 I p. 277). Dans le même arrêt, si l'on prend bien note du fait que l'ISDC avait « explicitement rappelé » que l'art. 8 de l'accord de 1933 ne préconisait pas un pronostic de reconnaissance (c. 4.3), il n'en demeure pas moins que, explicite ou non, ce « rappel » n'a aucune pertinence eu égard à la seule question litigieuse du contrôle de la compétence indirecte, expressément mentionné à l'art. 8 et dans toute la jurisprudence, suisse et étrangère, rendue jusqu'alors. On notera également que, dans un nouvel arrêt, il n'est plus question d'une « force probante décisive » d'un avis de droit de l'ISDC, l'avis débattu en l'espèce étant d'emblée jugé insuffisamment motivé, s'agissant d'une question de droit iranien (ATF 2.4.2014, 5A_947/2013, c. 5.2.2).

V. Arrêts en bref

Divorce prononcé au Portugal – Action en complément tendant à régler le partage de la prévoyance – Droit étranger en soi applicable écarté en vertu de la clause d’exception – Conditions requises

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 19 mars 2013, 5A_874/2012 – FamPra.ch 2013 n° 45 p. 752

L’entrée en matière sur l’action ne pouvait faire de doute, le jugement portugais présentant une lacune au sujet du règlement des prétentions en matière de prévoyance. Le Tribunal fédéral persiste dans l’idée qu’il faille lire dans la LDIP que celle-ci soumet le partage des expectations de prévoyance à la loi du divorce (c. 4.1). Cela convient très souvent en pratique, s’agissant de biens accumulés en Suisse, mais cela risque d’exposer l’un des conjoints, normalement l’épouse, à une situation très inconfortable lorsque l’art. 61 al. 2 soumet le divorce à la loi nationale commune étrangère des époux, du fait qu’il n’y a que l’un d’eux qui dispose d’un domicile en Suisse. Tous les arrêts connus de nos jours échappent à la conséquence d’appliquer une loi étrangère ne connaissant pas un tel partage, ce qui aurait pour effet que le mari jouirait entièrement de sa prévoyance accumulée en Suisse. On se sert comme artifice de la clause d’exception de l’art. 15, ignorant que les conditions qu’elle pose ne sont manifestement pas remplies: le but justifie le moyen (c. 4.2). Afin d’éviter de s’avancer trop loin dans l’absurdité de la construction, les arrêts se mettent alors à souligner les liens importants avec la Suisse, citant les nombreuses années d’activité professionnelle du mari en Suisse, la longue durée du mariage, et le fait que la prévoyance des époux n’avait pas été assurée par une assurance privée ou par un patrimoine constitué à cet effet (cf. ATF 131 III 293 s., RSDIE 2005 p. 366; ATF 8.3.2007, 5C.297/2006, c. 3.3, RSDIE 2007 p. 322). Le point culminant de cette recherche de la justice (et de non-discrimination des femmes, souvent restées dans le pays d’origine avec les enfants) est alors l’observation du point essentiel, à savoir que les avoirs du mari auprès de sa caisse de pension étaient «déterminants pour lui et sa famille sur le plan de la prévoyance» (arrêt cité du 8 mars 2007, c. 3.3), ce qui revient à appliquer la loi de l’institution suisse de prévoyance après un détour inutile via la loi étrangère du divorce. Le chemin pour y arriver est donc compliqué et jalonné d’insécurité, ce d’autant que le Tribunal fédéral, dans cet arrêt du 19 mars 2013, y ajoute encore des contradictions. En effet, il y est dit, sans aucune explication, qu’il fallait exiger que l’activité professionnelle et la présence d’avoirs soient exclusivement localisés en Suisse (c. 4.3), ce qui voudrait dire qu’au cas où l’épouse aurait effectué un travail accessoire dans son pays, le Portugal, même de courte durée, ou que le mari se serait constitué une prévoyance bien modeste à l’occasion d’un travail dans un pays autre que la Suisse, toute perspective pour l’épouse de récupérer sa part à la prévoyance en Suisse serait réduite à néant. Comment peut-on retenir une solution aussi disproportionnée et discriminatoire, s’agissant d’un couple marié depuis 32 ans? Comment un arrêt peut-il affirmer l’existence de telles exigences en citant des arrêts (cités ci-dessus) qui ne les ont pas retenues? Dans ces arrêts, en effet, il était question de la «longue durée», à la fois

du mariage et de la présence du mari travailleur en Suisse, sans plus. L'exigence d'un dernier domicile conjugal en Suisse n'a pas été posée. Comment alors, soudainement, le Tribunal fédéral peut-il affirmer dans cet arrêt portugais, sans donner de raison, qu'il conviendrait à l'avenir que les époux aient eu leur dernier domicile conjugal en Suisse, condition qu'il déduit en l'espèce d'un bref séjour de l'épouse en Suisse, dont rien ne laisse croire qu'il s'était agi d'un domicile, et ce en prenant comme appui des arrêts qui ne posent point cette exigence ? L'insécurité engendrée par des arrêts sans ligne directrice utile et perturbée par un arrêt isolé comme celui-ci (préparé par un juge suppléant, par ailleurs professeur d'université, qui en a profité pour consolider sa théorie, préjudiciable aux femmes) ne peut durer encore longtemps. Le Conseil fédéral s'est dès lors résolu à présenter un projet de loi qui fait disparaître ces tergiversations par un régime qui soumet tant le divorce lui-même que le règlement de la prévoyance exclusivement au droit suisse (n° 13.049, FF 2013 p. 4341–4424). La solution n'est pas sans poser de nouveaux problèmes, mais elle a le mérite de remédier à une jurisprudence mal réfléchie (cf. A. Bucher, *Divorce international et prévoyance professionnelle, in La famille dans les relations transfrontalières, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 97–129, n° 42–64*; Thomas Geiser, *Zur Neugestaltung des Vorsorgeausgleichs, AJP 2012 p. 364–381 [375–377]*, qui se positionne par une critique excessive, fondée sur sa seule théorie et sans examiner ou mentionner les analyses publiées par nous-mêmes, Audrey Leuba et Gian Paolo Romano). Le Conseil des Etats a approuvé le projet dans sa séance du 12 juin 2014, rejetant une proposition qui voulait renoncer à la compétence exclusive suisse, quitte à ne reconnaître en Suisse que des décisions compatibles avec le régime suisse de la prévoyance.

Divorce en France – Prestation compensatoire prenant en compte la situation des parties en cas de retraite – Action en complément intentée en Suisse

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 24 octobre 2013, 5A_419/2013
FamPra.ch 2014 n° 5 p. 196

L'arrêt se présente dans le prolongement de celui rendu le 1^{er} juin 2011 (5A_835/2010, RSDIE 2012 p. 295), dont l'épouse entendait suivre le raisonnement. Le Tribunal fédéral avait alors accepté d'entrer en matière sur le complément sollicité, étant donné que le juge français du divorce n'avait pas fait de référence à la prestation de prévoyance du mari et ne pouvait donc disposer des éléments propres à déterminer le montant à prendre en compte dans la fixation de la prestation compensatoire. En l'espèce, cependant, la situation était différente. Le Tribunal fédéral relate qu'à l'occasion des procédures françaises, les époux n'avaient fait preuve, l'un comme l'autre, d'aucune volonté de transparence et qu'au surplus, le montant alloué à l'épouse à titre de prestation compensatoire n'apparaissait nullement choquant dans son résultat, compte tenu des situations respectives des parties.

Divorce – Partage de la prévoyance régi par le droit suisse – Caisse de prévoyance des Nations Unies – Calcul de l'indemnité équitable

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 21 janvier 2013, 5A_495/2012

C'est le second arrêt relatif au partage de la prévoyance dans la caisse de prévoyance des Nations Unies, suivant celui du 5 mars 2010 (5A_691/2009). Le rattachement de principe de la prévoyance au droit suisse applicable au divorce finit dans une voie de garage lorsque les époux ont été rattachés à une caisse de retraite d'une organisation internationale. Ainsi que l'art. 122 CC le dit en toutes lettres, il entend s'appliquer exclusivement au partage de la prestation de sortie constituée par un conjoint selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (RS 831.42). Cette disposition ne veut pas et ne peut s'appliquer au partage de prestations de nature comparable placées dans des institutions régies, soit par une loi étrangère, soit par le droit interne d'une Organisation internationale. Le Tribunal fédéral l'avait d'abord constaté dans le cas de l'OMC (ATF 28.4.2008, 5A_83/2008, c. 3.3, FamPra.ch 2008 p. 913). Dans la logique de la jurisprudence, on aurait d'abord dû consulter l'art. 15 LDIP. Le Tribunal fédéral n'en fait aucune mention, probablement pour la simple raison que la notion de « lien le plus étroit » est difficile à appliquer par rapport au droit d'une Organisation internationale. L'arrêt écartait le régime de prévoyance de l'OMC au motif qu'il ne connaît pas de possibilité de transfert d'avoirs au conjoint d'un employé divorcé, pour confirmer le jugement cantonal qui avait condamné le mari au paiement d'une indemnité fondée sur l'art. 124 CC. Il en fut de même dans deux cas relatifs aux *Nations Unies*, tranchés en 2010 et 2013, dont le second a donné l'occasion au Tribunal fédéral d'examiner très en détail les facteurs déterminant au regard de l'art. 124 CC. C'est sur la base du montant du versement de départ que doit être calculé l'avoir de prévoyance visé par le deuxième pilier des assurances sociales suisses, dont il faut déduire l'avoir correspondant au premier pilier. L'indemnité d'après l'art. 124 CC est déterminée à partir de l'option de base de l'art. 122 CC, à savoir un partage par moitié, puis affinée en tenant compte notamment de la situation patrimoniale des parties après le divorce. On se bornera ici à renvoyer le lecteur aux détails précis de l'arrêt fédéral, dont une analyse est également présentée par A. Bucher, *Divorce international et prévoyance professionnelle*, in *La famille dans les relations transfrontalières*, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 97–129, n° 25.

Divorce – Liquidation du régime matrimonial – Action en divorce pendante à Prague – Litispendance

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 15 mars 2012, 5A_599/2011
FamPra.ch 2012 n° 49 p. 726

L'épouse intenta une action en divorce à Zurich le 5 mai 2009, suivie d'une demande tendant à la liquidation du régime matrimonial, le 26 avril 2011. Entretemps, le juge de district suspendit l'action le 12 août 2009 en vertu de l'art. 9 LDIP, eu égard aux demandes en divorce déjà introduites le 13 novembre 2008 à Prague. Le Tribunal fédéral était saisi du refus des tribunaux zurichois à entrer en matière sur l'action matrimoniale du mois d'avril 2011. En effet, cette demande complémentaire était sans objet, étant donné que le juge du divorce était de toute manière déjà saisi de la question de la liquidation du régime matrimonial. Il en va de même no-

nobstant le fait que le juge tchèque du divorce se prononce uniquement sur le divorce, sans régler les effets accessoires. Dès le moment où il l'aura fait, le procès en divorce entamé en Suisse n'a plus d'objet sur ce dernier point, mais il reste au rôle en ce qui concerne l'effet sur le régime matrimonial, avec la particularité que cet effet accessoire devient alors le point principal du litige. Cependant, la fin du litige se présente autrement : l'Obergericht de Zurich a décidé le 16 février 2012 qu'il n'y avait pas de compétence suisse pour juger de l'action en divorce au moment où celle-ci fut intentée, ce que le Tribunal fédéral a approuvé le 31 août 2012 (5A_235/2012 ; cf., sur un autre arrêt refusant la compétence suisse : ATF 5.4.2012, 5A_659/2011, AJP 2012 p. 853, obs. S. Othenin-Girard, RSPC 2012 p. 330). Sans le dire en autant de mots, l'arrêt qui met fin au litige renverse une jurisprudence antérieure (ATF 127 III 118 ss, 120, 122), selon laquelle le juge suisse saisi en second lieu, au sens de l'art. 9 LDIP, se borne à suspendre l'instance. Le nouvel arrêt procède mieux et efficacement, écartant toute entrée en matière dès qu'il est établi que ce juge n'est pas compétent de toute manière. On notera encore un arrêt du 15 novembre 2012 (5A_529/2012), très rare en ce qu'il mentionne la possibilité d'invoquer la règle de litispendance de l'art. 12 de la Convention de La Haye de 1970 sur le divorce, préconisant un régime souple dont la relation avec l'art. 9 LDIP est cependant demeurée ouverte (c. 1.3). Enfin, la litispendance du juge étranger premier saisi n'empêche pas le juge suisse saisi en second lieu de prendre des mesures provisoires (ATF 6.3.2013, 5A_2/2013, c. 1, FamPra.ch 2013 n° 48 p. 769) ou de constater que des mesures de protection de l'union conjugale prises en Suisse restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été remplacées par le juge étranger saisi de l'action en divorce (ATF 27.8.2013, 5A_249/2013, c. 3). Lorsque le juge étranger a prononcé le divorce, qui est reconnu en Suisse, sans régler les effets accessoires concernant l'enfant vivant en Suisse, les mesures de protection de l'union conjugale prises antérieurement en Suisse restent en vigueur jusqu'au moment où elles sont remplacées par des mesures adaptées à la situation du divorce (ATF 17.4.2014, 5A_40/2014, c. 4.2).

Reconnaissance d'enfant à l'étranger – Contestation en Suisse – Loi suisse applicable

Tribunale d'appello du Tessin, 22 mars 2012, RtiD 2012 II n° 76c p. 935

L'auteur de la reconnaissance n'ayant eu que douze ans au jour de la naissance de l'enfant, il ne pouvait en être le père. Une controverse doctrinale oppose une thèse selon laquelle l'art. 73 al. 3 LDIP exige l'application de la loi suisse en toute hypothèse, telle une règle d'ordre public, tandis qu'une autre estime que la contestation d'une reconnaissance faite à l'étranger relève de la loi étrangère. Le tribunal tessinois choisit la première option, non sans observer que même les auteurs qui ne la suivent pas admettent que l'ordre public suisse requiert de toute manière le rétablissement de la vérité biologique.

Attribution des enfants lors du divorce – Enfants vivant avec leur mère en France – Incompétence du juge suisse du divorce

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 18 juillet 2012, 5A_631/2011

Le principe de l'unité du jugement de divorce ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les mesures à l'égard d'enfants n'ayant pas leur résidence habituelle en Suisse. L'exception de l'art. 10 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ne peut être invoquée en l'espèce, étant donné que les parties ne sont pas convenues de la compétence du juge du divorce (c. 3.1), ce qui est le point décisif et non pas le fait que la mère n'était pas d'accord avec un règlement à l'amiable, comme l'explique le Tribunal fédéral (c. 4.4).

Autorité parentale – Procès sur la modification de l'attribution lors du divorce en cours – Injonction à la mère de renoncer au déménagement à New York avec l'enfant jusqu'à droit jugé sur le fond

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 10 août 2012, 5A_369/2012

Lors du divorce, la mère a obtenu l'autorité parentale et la garde, moyennant l'injonction de ne pas quitter la Suisse avec la fille unique du couple, deux Américains vivant en Suisse. Ayant appris l'intention de la mère de s'installer à New York avec l'enfant afin d'y vivre avec son nouvel ami, le père obtient comme mesure provisoire que l'interdiction soit faite à la mère de déménager pour la durée de la procédure au fond, moyennant la remise en mains du père des passeports de l'enfant et de son permis d'établissement. La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants n'est pas mentionnée. Le Tribunal fédéral reprochait à la Cour de justice de Genève d'avoir formulé à l'adresse de la mère une simple invitation, dépourvue de force juridique contraignante. En fait, l'ordre de restituer les papiers n'empêche pas le départ, mais il rend impossible l'immigration aux Etats-Unis (cf., par ailleurs, ATF 135 III 574 ss).

Droit de garde – Procès de divorce en cours – Départ de la mère et des enfants en Espagne – Compétence du juge suisse du divorce conservée

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 18 mars 2014, 5A_863/2013

Le père n'a pas eu de succès pour obtenir une injonction empêchant le départ des enfants avec leur mère à Ténériffe, qui a eu lieu peu avant la décision de l'Obergericht de Thurgovie. Il se posait ainsi devant le Tribunal fédéral la question de la compétence suisse, dorénavant sans fondement dans la résidence habituelle des enfants. Le Tribunal fédéral trouve un nouveau chef de compétence dans le procès en divorce toujours pendant en Suisse, étant donné qu'il convient de partir de l'idée que les conditions selon l'art. 10 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants « als erfüllt anzusehen sind » (c. 1). Il s'agit d'une pure spéculation, étant donné que le Tribunal fédéral ne procède à aucun examen de ces conditions, parmi lesquelles on mentionnera surtout l'acceptation conjointe de la compétence du juge du divorce par les parents et sa conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur le fond, il n'y avait pas d'objection au départ à l'étranger, étant donné que la mère était seule titulaire du droit de garde en vertu du droit en vigueur à l'époque et remplacé depuis le 1^{er} juillet 2014 par le nouvel art. 301a du Code civil.

Droit de garde – Départ de la mère avec l'enfant aux Etats-Unis – Procédure engagée par le père à Genève – Compétence fondée sur la résidence habituelle de l'enfant et le principe de la perpetuatio fori – Convention de La Haye de 1996

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 8 janvier 2013, 5A_809/2012 – FamPra.ch 2013 n° 33 p. 519, AJP 2013 p. 606, obs. S. Othenin-Girard

Les parents ont été autorisés à vivre séparés, la mère s'étant vu attribuer le domicile conjugal et la garde de l'enfant d'à peine deux ans. Quelques mois plus tard, la mère est partie aux Etats-Unis avec l'enfant, au printemps 2011, menant une vie plutôt troublée, ce qui a amené le père à demander l'attribution de la garde exclusive sur son fils. Le Tribunal fédéral approuve la Cour de justice de Genève qui a accepté la compétence suisse. Il n'était pas certain que l'enfant se soit constitué une résidence habituelle aux Etats-Unis. Le Tribunal fédéral commence par mentionner la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, ajoutant que celle de 1961 sur la protection des mineurs continue à s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont pas ratifié celle de 1996, alors qu'ils ont ratifié le texte antérieur. Les Etats-Unis n'ayant ratifié aucun de ces deux instruments, pour le Tribunal fédéral, «c'est la première qui s'applique compte tenu du renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP» (c. 2.3.1, 2.4; de même l'ATF du 27 juin 2013, 5A_90/2013, c. 3.3, cité *infra*; de manière similaire l'Obergericht de Zurich dans un arrêt du 27 octobre 2011, qui aurait dû se fonder sur l'al. 3 de l'art. 85). Cela est inexact. Cette Convention est applicable directement et sans égard à la mention qui en est faite dans la LDIP. En effet, elle ne contient pas de règle spécifique sur son champ d'application «dans l'espace»; elle s'applique dans toute la mesure où ses dispositions tendent à régir la résolution du cas particulier. Ainsi, les règles de compétence s'appliquent du simple fait qu'un chef de compétence retenu par l'une d'elles se trouve sur le territoire d'un Etat contractant; lorsqu'un cas particulier présente des liens avec un Etat non contractant, il n'y a donc pas lieu de s'en remettre au droit national pour en dégager l'applicabilité de la Convention, qui intervient d'elle-même. En l'espèce, la règle générale sur la compétence fondée sur la résidence habituelle était à examiner, ce pour le cas particulier où un changement de cette résidence a pu se produire alors que l'instance est pendante. Or, l'art. 5 al. 2 ne déduit d'un tel changement un transfert de compétence que si la nouvelle résidence se trouve sur le territoire d'un Etat contractant. Les Etats-Unis n'étant pas partie, il résulte de cette disposition implicitement que le principe de la *perpetuatio fori* s'applique (c. 2.3.2, 2.4). La question de savoir si l'enfant s'était constitué une résidence habituelle américaine pouvait donc demeurer ouverte (c. 2.4), la réponse étant en principe affirmative dans l'hypothèse d'un séjour de six mois (c. 2.3.3). Il restait uniquement à savoir si, au moment du dépôt de la requête du père à Genève, le 17 juin 2011, l'enfant y avait encore sa résidence habituelle, ce qui fut le cas (c. 2.4).

Garde des enfants – Demande du père d'obtenir la garde exclusive en prévention d'un départ imminent de la mère à Singapour – Compétence suisse fondée sur la perpetuatio fori

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 19 juin 2014, 5A_146/2014

Le père insistait pour obtenir la garde des enfants afin d'éviter qu'ils quittent la Suisse avec leur mère vers Singapour. A son avis, le déplacement de la résidence habituelle des enfants aurait pour effet de faire cesser la compétence des autorités suisses. La crainte n'est pas fondée sur ce point, car dans les relations avec un Etat non partie à aucune convention en la matière, la *perpetuatio fori* s'applique. En l'espèce, cela résulte de l'art. 5 al. 2 de la Convention sur la protection des enfants de 1996. Sur le fond, l'attachement des enfants à leur mère devait l'emporter. Le risque qu'une décision suisse ne soit pas reconnue à Singapour n'est pas discuté, mais s'il l'avait été, il n'aurait guère pu modifier le résultat. Si cette jurisprudence est convaincante sur le fond, la structure juridique l'est beaucoup moins. Une nouvelle fois, le Tribunal fédéral explique que la Convention de 1996 serait applicable parce que l'art. 85 LDIP « y renvoie », et cet instrument serait même applicable dans les relations avec un Etat ne l'ayant pas ratifié « compte tenu du renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP » (c. 3.1). Or, il n'en est rien. Cette disposition de la LDIP est une simple règle de signalisation de la Convention. Celle-ci n'exige nullement un tel renvoi pour s'appliquer dans les relations avec un Etat non contractant. L'applicabilité de la Convention résulte en l'espèce directement de l'art. 5 al. 2, avec la précision que la *perpetuatio fori* ne joue pas dans les rapports avec un Etat non contractant. Et si, par hypothèse, aucun des chefs de compétence de la Convention n'est réalisé en Suisse, ce qui est plutôt rare, elle ne s'applique pas. Les règles des alinéas 3 et 4 de l'art. 85 sont alors déterminantes. On remarque également une erreur récurrente que l'on connaît déjà de la jurisprudence sur la Convention de Lugano : il est relevé, en effet, qu'en plus de la Suisse, l'Espagne a également signé et ratifié la Convention de La Haye (c. 3), comme pour dire qu'il s'agirait d'une condition pour admettre la compétence suisse en vertu de cet instrument. Or, tel n'est pas le cas.

Droit de garde – Départ de la mère avec le fils vers Berlin – Echec d'une procédure de retour – Incompétence des autorités suisses

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 20 août 2012, 5A_509/2012

La mère avait quitté la Suisse avec son fils à l'insu du père, pour s'installer à Berlin. Une procédure tendant au retour de l'enfant enlevé a échoué ; les parents se trouvent devant un tribunal à Berlin afin de régler les droit de visite. Ce nonobstant, le père requiert en Suisse que le droit de garde lui soit transféré. La demande est rejetée, faute de compétence suisse. L'enfant s'étant établi à Berlin depuis mai 2010, la demande de retour ayant été refusée en juin 2011, il n'y avait plus de place pour la compétence continue d'après l'art. 7 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Pour que cette compétence cesse de jouer encore un rôle, il faut, dans l'hypothèse de la lettre b, outre un déplacement de la résidence habituelle à l'étranger, qu'un délai d'un an ait passé depuis l'acquisition de cette nouvelle résidence et qu'il n'y ait plus de procédure relative à l'enlèvement en cours. C'était le cas en l'espèce.

Arrêt allemand retirant l'autorité parentale aux deux parents et confiant les enfants à un curateur – Parents partis en Suisse avec les enfants – Exécution immédiate de l'arrêt allemand en urgence – Absence d'un intérêt à recourir au Tribunal fédéral

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 19 juin 2014, 5A_210/2014

L'exécution de l'arrêt allemand a été confiée à la police sur la base d'une ordonnance «super provisoire» de l'autorité suisse. La mère a été invitée à prendre position lorsque les enfants ont déjà été remis aux autorités allemandes. Devant le Tribunal fédéral, les parents ont trouvé porte close : le recours ne pouvait pas aboutir au retour de l'enfant. La compétence pour statuer à cet égard était celle des autorités allemandes. On connaît ce genre de situation d'un exemple en matière d'enlèvement d'enfants : si l'enfant a déjà été renvoyé, il n'y a plus d'intérêt actuel et pratique au recours au Tribunal fédéral (ATF 120 Ia 165 ss). Cette jurisprudence est inquiétante encore aujourd'hui, compte tenu notamment d'une pratique expéditive de l'Obergericht de Zurich, renvoyant l'enfant enlevé sans attendre que l'occasion puisse être saisie de porter l'affaire devant le Tribunal fédéral. Les perspectives d'une telle attitude peu respectueuse des droits du justiciable ne doivent pas laisser indifférentes. L'autorité de première instance y voit une issue pour renvoyer un enfant sans laisser aux parents aucun droit de recours, ce qui est tout de même élémentaire dans un état de droit. En l'espèce, la fille aînée a été renvoyée en Allemagne alors qu'elle avait déjà 17 ans ; elle a ensuite été autorisée à revenir en Suisse, ce qui montre l'inutilité de la démarche. La fille cadette avait alors 9 ans. Que l'on ne soit pas étonné de constater qu'aucune audition de ces enfants n'est mentionnée dans l'arrêt ; elles n'ont pas été représentées. Il y aurait motif pour s'intéresser à la justice à l'égard des enfants d'un peu de plus près. L'affaire a fait l'objet d'une délibération publique. Il faut croire qu'il y a de l'espoir.

Enlèvement d'enfant par la mère en Guadeloupe – Ordre de retour prononcé par les autorités françaises – Demande d'attribution du droit de garde du père en Suisse – Refus et attribution de la garde à la mère, le père disposant d'un droit de visite à raison d'un week-end sur deux

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 11 février 2013, 5A_848/2012 – FamPra.ch 2013 n° 20 p. 458 (extrait)

L'enfant de deux ans a été enlevé par sa mère une première fois au Canada, puis une seconde fois et définitivement en Guadeloupe, dont la mère est originaire. Le mari, resté en Suisse où le couple s'est marié, a saisi les tribunaux genevois d'une demande de mesures protectrices de l'union conjugale tendant à ce que le retour de l'enfant soit ordonné à la mère et que la garde sur l'enfant lui soit attribuée. Un an après l'arrivée en Guadeloupe, le tribunal compétent y a ordonné le retour immédiat de l'enfant en Suisse, le 1^{er} mars 2012, pendant que l'instance suisse était encore en cours au niveau cantonal. La compétence fondée sur l'art. 7 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants n'était plus contestée devant le Tribunal fédéral (c. 2). Le père se plaignait de l'arrêt de la Cour de justice de

Genève confiant définitivement l'enfant à sa mère, afin de préserver la continuité et la stabilité de l'enfant dans ses rapports avec celle-ci. La Cour n'a pris aucun compte du fait de l'enlèvement illicite commis par la mère et de l'ordonnance de retour prononcée en Guadeloupe, statuant au contraire que le père, en soi également un parent adéquat pour s'occuper de l'enfant, n'avait plus assumé la garde depuis le déplacement en avril 2011. Le Tribunal fédéral n'a pas fait mieux, approuvant l'arrêt cantonal à tous égards. Il est expliqué au père que les enquêtes nécessaires à l'évaluation de la situation de l'enfant et des parents seraient mieux faites par les autorités en Guadeloupe, ce qui peut s'expliquer, en effet, révélant cependant une contradiction flagrante avec la décision genevoise d'ordonner néanmoins, en Suisse, l'attribution de la garde à la mère sans examiner la situation locale en Guadeloupe (c. 3.4). Pire encore, l'arrêt cantonal se voit également confirmé sur le point du droit de visite, à exercer à raison d'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires; cette mesure, jugée correctement par le père de « farfelue », est fondée sur l'hypothèse, non démontrée, qu'il n'était pas certain que la mère s'installe définitivement en Guadeloupe et qu'un retour de l'enfant en Europe était probable. Cela devait se justifier du fait qu'il serait plus expédient que les autorités françaises, désormais compétentes, statuent si l'enfant demeure en Guadeloupe (c. 4). Or, tant que la compétence suisse est fondée sur l'art. 7 al. 1 de la Convention, comment admettre une compétence française selon l'art. 5, qui réserve l'art. 7? Même s'il est exact qu'un jour, les autorités françaises prendront le relais, cela n'est pas une raison suffisante pour ordonner un droit de visite aussi irréaliste, comme si l'enfant vivait à Genève, alors qu'il y a été enlevé et que l'arrêt lui-même n'envisage pas son retour (mais tout au plus en Europe). Pour le père, la situation est désespérée, étant dépourvu de toute protection par les autorités suisses alors que l'enfant lui a été enlevé de manière illicite et que son retour en Suisse a été ordonné par les autorités françaises. Le Tribunal fédéral ne se prive d'aucune occasion pour rappeler la nécessité de lutter contre les enlèvements des enfants et leur retour au *statu quo ante*: en l'espèce, on ne comprend pas comment il a pu décider le contraire et avec un résultat aussi aberrant.

Autorité parentale – Enfant enlevé par son père en Allemagne – Retour ordonné mais non exécuté – Résidence habituelle de l'enfant en Allemagne – Compétence suisse fondée sur le fait de l'enlèvement qui serait encore à l'examen? – Question laissée ouverte, la décision étant juste sur le fond

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 18 mars 2014, 5A_836/2013

On n'en croit pas ses yeux: La Haute Cour du pays dit que la compétence suisse n'était pas évidente, mais que la question pouvait demeurer ouverte parce que la décision cantonale était correcte au fond! Des tribunaux suisses pourraient donc rendre des décisions sans se soucier de leur compétence, pourvu qu'elles soient justes sur le fond? En l'espèce, le père avait enlevé l'enfant vers l'Allemagne. Compte tenu de toutes les circonstances, il paraissait mieux apte pour s'occuper de l'éducation de l'enfant et lui offrir un environnement stable (c. 2). La question se posait cependant de savoir si les tribunaux suisses étaient encore compétents pour

en décider, étant donné que l'enfant avait depuis deux ans sa résidence habituelle en Allemagne. L'hypothèse d'une compétence liée au divorce (art. 10) devait être écartée, s'agissant en l'espèce de la protection de l'union conjugale. La seule possibilité à envisager était la compétence continue fondée sur l'art. 7 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Une procédure consécutive à l'enlèvement de l'enfant a abouti en Allemagne à un ordre de retour, dont l'exécution fut cependant bloquée par les tribunaux zurichois saisis de l'affaire. Ceux-ci ont estimé que la compétence suisse pouvait encore être conservée, au motif que la procédure d'enlèvement n'avait pas encore pris fin, étant donné que l'exécution du renvoi fut suspendue. L'argumentation est artificielle et erronée, car la disposition citée se réfère à une « demande de retour » qui est « encore en cours d'examen », ce qui n'est pas le cas d'une demande ayant abouti à un jugement sur un état de fait qui ne donne plus lieu à aucun examen. La décision cantonale ayant attribué le droit de garde au père, le Tribunal fédéral conclut que la procédure d'enlèvement était devenue sans objet (alors que cette décision n'a précisément rien de définitif étant donné qu'elle fait l'objet du recours devant le Tribunal fédéral). En observant qu'au stade du recours du Tribunal fédéral, la compétence suisse n'était pas évidente, la Haute Cour laisse sous-entendre que la compétence de l'Obergericht de Zurich était fondée, alors que manifestement, elle ne l'était pas (c. 1). Quel est le sens d'une décision prise en Suisse par un tribunal incompétent, dont la reconnaissance en Allemagne (pays où vivent l'enfant et son père) n'a aucune chance d'être acceptée dès qu'une partie s'y oppose ?

Enlèvement d'enfants – Mère ayant quitté avec l'enfant le lieu des vacances familiales en Grèce pour partir en Espagne – Démarche du père en vue d'obtenir des autorités suisses la garde exclusive – Compétence suisse

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 25 juin 2014, 5A_218/2014

La famille passait ses vacances d'été en Grèce, et la situation s'est détériorée dramatiquement lorsque la mère est partie seule avec sa fille en Espagne. La réaction du père était énergique et persistante, réclamant aux autorités suisses l'attribution de la garde exclusive de l'enfant. Le point de fait controversé portait sur l'éventuel acquiescement de sa part à l'établissement d'une résidence de l'enfant en Espagne. Le Tribunal fédéral constate que le consentement du père au déplacement de l'enfant en Espagne n'avait été donné qu'au regard d'un séjour temporaire, pour la durée initiale des vacances, et non aux fins d'un établissement définitif de sa fille auprès de la mère dans ce pays (c. 5). La mère faisait cependant valoir que l'enfant avait établi sa résidence habituelle en Espagne, privant ainsi les tribunaux suisses de leur compétence. Le Tribunal fédéral aurait pu se contenter d'un raisonnement simple et constater qu'en l'espèce, compte tenu de la réaction vigoureuse du père et de la controverse divisant les parents, l'on ne saurait admettre la création d'une telle nouvelle résidence en peu de mois en Espagne. L'arrêt suit une autre voie qui, en l'espèce, est satisfaisante, mais n'est pas toujours certaine. L'art. 7 de la Convention de 1996 permet en effet aux autorités suisses de l'ancienne résidence habituelle de conserver leur compétence même en présence d'une nouvelle résidence habituelle

à l'étranger si l'on est en présence d'un enlèvement illicite, comme c'était le cas en l'espèce. Cependant, l'une des conditions requises, au-delà de celle d'une résidence d'un an et d'une intégration dans le pays étranger, est que « aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen » (art. 7 al. 1 lit. b); celle-ci n'était pas réalisée, car, tout en acceptant avec le Tribunal fédéral que le père n'a pas tardé à entreprendre des démarches en vue du retour de l'enfant (c. 4.3), il l'a fait en Suisse et non, à lire l'état de fait, en Espagne en invoquant la Convention de La Haye de 1980. La compétence suisse aurait donc pu cesser après une année de simple résidence de l'enfant dans ce pays. L'arrêt du Tribunal fédéral a été rendu encore dans les limites de ce délai.

Autorité parentale conjointe – Jugement belge autorisant la mère à déménager avec l'enfant en Suisse – Large droit de visite accordé au père, mais non reconnu en Suisse – Convention de Luxembourg de 1980

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 27 juin 2013, 5A_90/2013 –
ATF 139 III 285 (extrait), FamPra.ch 2013 n° 69 p. 1054

S'étant établie à Lausanne, la mère y a obtenu une mesure préprovisionnelle partageant la période de vacances équitablement entre les deux parents. Le père s'y est opposé, invoquant la solution adoptée par la Cour d'appel de Gland, selon laquelle il avait le droit d'accueil de l'enfant pendant toutes les vacances et tous les jours fériés, de telle manière que le père n'avait la garde de l'enfant que pendant le temps où il devait aller à l'école. L'art. 11 de la Convention de Luxembourg, en combinaison avec son art. 10, permet de larges possibilités de s'opposer à la reconnaissance d'une décision prise dans un autre Etat contractant. Le motif le plus important porte sur l'intérêt de l'enfant (art. 10 al. 1 lit. b) et devant un règlement aussi excessif et déraisonnable tel que retenu dans l'arrêt belge, il ne faisait aucun doute que la décision ne pouvait être reconnue en Suisse (c. 3.4).

Autorité parentale – Décision allemande de retrait de la garde à la mère, rendue après son déménagement en Suisse – Incompétence des autorités allemandes – Conventions de La Haye de 1996 et de Luxembourg de 1980

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 15 août 2012, 5A_291/2012

Dans le contexte d'un procès en cours en Allemagne sur la garde d'un enfant de dix ans, le tribunal de Lünen avait ordonné à titre provisoire la remise de l'enfant par sa mère à l'autorité tutélaire locale, dont celle-ci entendait obtenir l'exécution en Suisse, où la mère s'était entretemps établie avec l'enfant et remariée. Les autorités cantonales ont refusé la requête, suivies par le Tribunal fédéral. Il s'est posé comme question principale celle de l'instrument applicable, étant donné que tant la Convention de Luxembourg de 1980 que celle de La Haye sur la protection des enfants de 1996 étaient à prendre en considération. Le Tribunal fédéral observe tout d'abord correctement (c. 2.2) que chacune de ces deux Conventions contient une clause de faveur à tout autre instrument liant les Etats contractants et permettant la reconnaissance et l'exécution (art. 19 et art. 52 al. 1, respectivement). Il devrait en résul-

ter qu'une décision étrangère n'est dépourvue d'effets en Suisse que si tel est le cas d'après les deux accords. Le Tribunal fédéral n'en reste pas là, cependant. Il applique la règle de priorité de l'alinéa 3 de l'art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111), auquel se réfère la lettre a de l'alinéa 4, pour soutenir la priorité du traité plus récent, soit celui de La Haye (c. 2.3). Il lui a échappé que cette disposition n'était pas applicable en l'occurrence, étant donné qu'elle vise l'hypothèse d'une incompatibilité entre un traité antérieur et un traité postérieur. Tel n'était pas le cas, en effet, puisque les deux Conventions se déclarent compatibles dans le respect de l'instrument le plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution. En l'espèce, le déplacement de la résidence de l'enfant en Suisse n'ayant pas été illicite, la compétence des juridictions allemandes avait pris fin avant la date de l'ordonnance querellée, qui ne pouvait donc être reconnue. Le Tribunal fédéral écarte l'éventualité d'une solution différente fondée sur le texte antérieur de 1980, en ajoutant que, de toute manière, la Convention de Luxembourg ne saurait aboutir à contourner le motif de refus de l'art. 23 al. 1 lit. a de la Convention de La Haye (c. 4.2); l'argument est erroné compte tenu de la règle de faveur de l'art. 52 al. 1. La réflexion apparaît sur ce point inversée à celle, tout aussi erronée, qui prétend que les motifs de refus de l'art. 10 de la Convention de Luxembourg devraient être interprétés au regard des règles de compétence de la Convention de La Haye de 1996 (ATF 31.3.2011, 5A_131/2011, FamPra.ch 2011 n° 42 p. 727, obs. in RSDIE 2012 p. 335).

Enlèvement d'enfant – Parents divorcés, garde des enfants attribuée à la mère – Accord du père, codétenteur de l'autorité parentale, nécessaire pour un départ à l'étranger

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 13 juillet 2012, 5A_479/2012 – Sem.jud. 2013 I p. 29

La mère avait quitté la Pologne avec ses trois enfants pour s'installer auprès de son père à Genève. Les relations avec le père des enfants ont paru parfaitement normales, si bien qu'il n'y avait aucun motif à envisager pour refuser le retour. La seule question intéressante était celle du droit unilatéral de la mère au départ avec les enfants. Lors du divorce, les parents sont convenus que la résidence des enfants serait auprès de leur mère, le père disposant d'un droit de visite plutôt large, comprenant notamment une semaine par mois en sa faveur. La Cour de justice ayant déduit de la convention des parties une liberté entière de la mère pour fixer la résidence des enfants, même à l'étranger, elle s'entend dire par le Tribunal fédéral que cela ne saurait s'appliquer sans examiner au préalable le contenu du droit polonais (c. 4). Celui-ci prévoit que les parents disposant de l'autorité parentale conjointe doivent l'exercer en commun pour des questions essentielles, parmi lesquelles il faut compter, d'après la jurisprudence, le départ définitif des enfants à l'étranger. Au demeurant, la convention elle-même renforce cette interprétation, car le régime du droit de visite était aménagé de telle manière qu'il impliquait nécessairement la présence des enfants dans le pays. Il n'y avait donc pas non plus de consentement du père au départ, bien au contraire. L'arrêt est convaincant, corrigeant un arrêt

cantonal bien léger, et son impact est surtout positif en raison de la disponibilité du Tribunal fédéral à établir et à interpréter le droit étranger.

Enlèvement d'enfant – Parents ressortissants de l'Ukraine, divorcés – Procédure sur l'attribution de la garde en cours en Ukraine – Départ de la mère et de l'enfant en Suisse, hébergés par le nouveau mari, de la même nationalité

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 2 décembre 2013, 5A_799/2013 – FamPra.ch 2014 n^o 22 p. 463

L'arrêt est longuement motivé. Il en ressort comme ligne principale du raisonnement que le père tenait au contact de proximité avec sa fille, qu'il n'avait pas consenti au départ et qu'il pouvait offrir des conditions d'accueil satisfaisantes (c. 5.1–5.3). Il pouvait même invoquer une décision lui attribuant l'enfant, cependant contestée en appel. L'inconvénient pour la mère de devoir se séparer de son mari n'a pas pesé lourd, au motif que celui-ci avait également l'Ukraine pour origine et un permis C en Suisse (c. 5.4); son nouveau mari doit donc suivre le sort de l'enfant et de sa mère, ce qui aurait mérité un examen plus poussé, même si la mère elle-même n'y insistait pas. Une suspension de la procédure pour une courte durée est jugée possible, mais refusée en l'espèce, compte tenu du contentieux qui sépare les parents et l'incertitude quant à l'issue du procès au fond (c. 5.6). Le Tribunal fédéral a jugé utile d'insérer dans son arrêt un long développement sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (c. 5.5), aussi truffé d'erreurs que l'arrêt subséquent du 16 janvier 2014, présenté *supra*.

Enlèvement d'enfant – Parents ressortissants tchèques et suisses, non mariés – Procédure sur l'attribution de la garde en cours en Tchéquie – Départ de la mère et de l'enfant en Suisse, auprès de son nouvel ami

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 28 avril 2014, 5A_248/2014

A la suite de l'habituel couplet contre l'arrêt *Neulinger* de la Cour européenne des droits de l'homme (c. 3.1), le Tribunal fédéral se donne plus de peine que dans son arrêt du 16 janvier 2014 (cité *supra*) pour examiner le sort d'un enfant de sept ans qui risquait de devoir retourner sans sa mère auprès de son père. Le recours a été présenté par la représentante de l'enfant, soutenue par la mère qui ne s'est cependant pas constituée en qualité de recourante. Le Tribunal fédéral aurait pu apprendre de l'arrêt *Neulinger* que l'art. 5 LF-EEA est applicable en pareil cas, plutôt que de l'ignorer. Les objections fondées sur l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention n'avaient guère de chance de prospérer, étant donné que, malgré l'attachement de l'enfant avec la Suisse et la nouvelle famille de la mère, rien de concluant ne permettait de mettre en doute la bonne relation avec le père. Certes, les contacts avec celui-ci étaient moins intenses et réguliers, mais cela ne doit pas affaiblir la position du requérant, car c'est la conséquence normale de l'acte du ravisseur. Pour des raisons similaires, le désir de l'enfant de vouloir rester en Suisse n'a pas fait le poids; pour infléchir la situation, il aurait fallu que l'enfant s'oppose fermement au rapprochement avec le père (c. 2). La procédure au fond a été suspendue en Tchéquie. Le Tribunal fédéral n'entend pas se donner la peine de prendre contact avec les

juges tchèques (comme le prévoit l'art. 10 LF-EEA), ni en charger l'Autorité centrale, la mère, connaissant les lieux et les mentalités, étant apte à prendre des initiatives (c. 3.3). L'arrêt conclut en fixant un nouveau délai pour le « retour volontaire » de l'enfant en République tchèque. Etant donné que la mère risquait de faire obstruction et de refuser d'accompagner l'enfant, il aurait fallu ajouter des mesures d'exécution ; cependant, pour ce faire, il aurait fallu respecter la loi (art. 11 al. 1 LF-EEA). La Cour d'appel du canton de Berne jouit d'une bienveillance particulière de la part de la II^e Cour de droit civil, canton d'origine de son Président. Dans un arrêt du 31 octobre 2011 déjà, la longueur excessive de la procédure n'a pas été critiquée, entraînant simplement quelques conseils en vue d'une amélioration (ATF 137 III 529 ss, RSDIE 2012 p. 319). Cela n'a servi à strictement rien et le Tribunal fédéral fait une nouvelle fois face à une procédure ayant duré 10 mois. C'est manifestement excessif. Les difficultés pour mettre sur pied une médiation et le soin pris à respecter le droit d'être entendu des parties ne constituent pas des justifications, malgré ce que les Juges fédéraux en disent (c. 5). La Cour d'appel n'a tenu aucun compte des conseils qui lui ont été prodigués et cela aurait mérité d'être dit. Le principe de l'urgence a été violé (art. 2 de la Convention). Le Tribunal fédéral a eu pour devoir de le rappeler plutôt que de chercher à justifier les collègues de Berne, aussi proches soient-ils. Ce que les Juges bernois auraient mérité qu'on leur dise, les Juges vaudois l'ont entendu : il leur fut reproché d'avoir pris six mois pour aboutir à une décision motivée et rappelé qu'une action en responsabilité était envisageable (ATF 27.7.2009, 5A_427/2009, c. 5.4 et 5.5).

Enlèvement d'enfant – Départ du délai d'un an pour réclamer le retour – Consentement ou acquiescement

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 28 novembre 2013, 5A_822/2013 – FamPra.ch 2014 n° 23 p. 471

La mère avait quitté les Etats-Unis avec les deux enfants le 27 mai 2012, arrivant tout d'abord en Espagne, pour continuer le voyage en direction de l'Italie, du Portugal et finalement le 26 juillet 2012 en Suisse, où des examens médicaux étaient prévus. Le retour était prévu pour le 6 août 2012. C'est ce jour-là que le père s'est rendu compte que les enfants n'allaient pas revenir auprès de lui, ce qui signifie qu'il avait réagi encore dans le délai de l'art. 12 al. 1 de la Convention de La Haye de 1980 lorsqu'il avait déposé sa demande de retour le 2 août 2013 auprès de l'Obergericht de Zurich. Le Tribunal fédéral approuve ce point de vue, pour des motifs de clarté et de simplicité dans l'application de la Convention. En effet, même si l'on pouvait s'imaginer que le père aurait dû comprendre en juillet déjà que la mère n'avait pas l'intention de respecter le délai du 6 août 2012, il n'était pas certain que son intention allait se concrétiser et, surtout, tant que le délai n'avait pas passé, il n'existait pas une situation de non-retour ouvrant la possibilité pour requérir le retour selon la Convention (c. 2). Toutefois, les contacts qui ont eu lieu en juillet 2012 ont scellé le sort de la demande de retour. En effet, le père s'était exprimé positivement sur l'installation des enfants en Europe, avait fourni l'entretien nécessaire à la mère ainsi que tous les documents qu'elle réclamait. L'Obergericht n'était donc pas

tombé dans l'arbitraire en concluant que le père avait renoncé au retour des enfants, par une attitude que l'on peut interpréter comme un consentement ou comme un acquiescement selon le moment auquel on fixe le fait du non-retour effectif (c. 3). Ce n'est pas sans raison que le père avait remarqué le paradoxe qu'au regard du système de la Convention, le père qui s'occupait au mieux de ses enfants à distance est moins bien loti pour obtenir leur retour que le père qui ne s'y intéressait point. Afin d'éviter ce que l'on peut ressentir comme une trappe, il faut mettre clairement en évidence qu'en rendant affection et soutien aux enfants, l'on ne renonce point à exiger leur retour.

Enlèvement d'enfant – Départ de la mère et de son nourrisson en Suisse – Ordonnance française fixant provisoirement la résidence de l'enfant en Suisse
Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 19 décembre 2013, 5A_884/2013 – Sem.jud. 2014 I p. 213

La Cour de justice avait cru pouvoir se dispenser d'examiner si la résidence habituelle de l'enfant se trouvait encore en France au moment du départ vers Genève, étant donné qu'il n'était de toute manière pas envisageable de séparer un nourrisson de sa mère. Le Tribunal fédéral n'était pas convaincu de ce second argument, estimant que la Cour aurait dû vérifier la résidence et la question de savoir s'il était impossible d'exiger de la mère de raccompagner sa fille en France. La Cour de justice n'avait pas voulu d'un tel retour au motif que la mère obtiendrait de toute manière le droit de garde définitif du juge français saisi de la question. Or, pour le Tribunal fédéral, elle n'avait pas à effectuer un quelconque pronostic à cet égard (c. 4.2.1, 4.3) – une position excessivement rigide, car il n'y a strictement aucun sens de renvoyer un enfant dont on peut escompter qu'il revienne dans peu de temps ; au demeurant, un effort de collaboration avec le juge saisi du dossier à l'étranger peut produire des réponses utiles, si seulement le Tribunal fédéral acceptait de procéder à une telle démarche, pourtant requise par la loi (art. 10 LF-EEA). Paradoxalement, le Tribunal fédéral a trouvé une porte de sortie, consistant à se fonder, non sur une décision définitive non encore prononcée, mais sur une ordonnance française fixant provisoirement la résidence de l'enfant auprès de sa mère en Suisse (c. 4.3). De là à penser que la décision définitive sera la même, il n'y a qu'un petit pas, que le Tribunal fédéral se refuse cependant de franchir. La pratique va rester encore incertaine sur ce point. Dans un autre arrêt de la même époque, du 28 novembre 2013, le Tribunal fédéral (dans une composition différente de la II^e Cour civile) n'a rien voulu savoir du fait que le juge anglais saisi de la question de la garde avait estimé que de faire revenir l'enfant en Angleterre n'était pas dans son intérêt et n'était donc pas indiqué, car il s'agissait d'une mesure provisoire, sans pertinence pour empêcher le retour de l'enfant (5A_807/2013, c. 3.2).

Enlèvement d'enfant – Autorité parentale conjointe – Pas de risque de danger en cas de retour – Rôle d'une décision espagnole ayant attribué la garde au père, après l'enlèvement – Désignation d'un représentant de l'enfant par le Tribunal fédéral
Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 20 septembre 2012, 5A_537/2012

Pour des raisons liées à un changement de résidence d'un canton à un autre, l'enfant n'avait plus de curateur au moment de l'instance devant le Tribunal fédéral. Fort judicieusement, celui-ci a estimé « opportun » de lui en désigner un, disposant de l'expérience en matière d'enlèvement d'enfant (c. 1 et 5). C'est donc parfaitement possible, même si cela rend incompréhensible les nombreuses omissions de faire de même, sans respecter d'ailleurs la règle impérative de l'art. 9 al. 3 LF-EEA. Les parents n'étaient pas mariés et vivaient séparés, respectant tout d'abord un accord leur confiant une autorité parentale conjointe et à la mère le droit de garde ; cependant, selon le droit espagnol, ce droit ne donnait pas à la mère le droit d'amener l'enfant à l'étranger sans l'accord du père. Parmi les arguments invoqués pour s'opposer au retour, on note un point intéressant lié à une décision prise en Espagne plus de cinq mois après l'enlèvement, qui attribuait le droit de garde au père, au terme d'une procédure à laquelle la mère n'avait pas participé (dans des conditions par ailleurs controversées). Cette décision constituant en quelque sorte une sanction du départ de la mère, le Tribunal fédéral part de l'idée qu'elle n'est « pas gravée dans du marbre » et qu'elle sera revue dès le retour de la mère, ce qui permet néanmoins de parler encore d'un retour au « status quo ante » (c. 3). Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une pure hypothèse et que le père pourra invoquer son titre pour revendiquer la garde de l'enfant de six ans dès qu'il passe la frontière espagnole. Un retour effectué dans ces conditions n'est pas conforme à la Convention, ce d'autant que les tribunaux suisses, y compris le Tribunal fédéral, peuvent l'éviter en demandant aux autorités espagnoles de prendre les mesures appropriées, conformément à l'art. 10 LF-EEA.

Enlèvement d'enfant – Procédure sur le fond du droit de garde en cours en Espagne – Motif de refus fondé sur le risque d'un double retour non retenu – Conditions du retour non examinées – Requête en modification rejetée

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 10 septembre et 17 décembre 2012, 5A_550/2012 et 5A_847/2012 –

Sem.jud. 2013 I p. 25 (extrait du premier arrêt)

L'acharnement de la mère à rester en Suisse avec son fils s'est heurté à des tribunaux suisses imperturbables. L'enfant est né en 2008 en Espagne, d'un couple non marié qui s'est séparé début 2010, l'autorité parentale restant conjointe tandis que l'enfant vivait sous la garde de sa mère. Après avoir pu constater le départ de l'enfant et de sa mère de l'Espagne en mai 2011, le père a attendu jusqu'en mars 2012 pour réclamer le retour de l'enfant, ce qui fut admis, en dernier lieu par le Tribunal fédéral le 10 septembre 2012. C'était sans succès que la mère alléguait la résidence habituelle suisse de l'enfant depuis une année et son droit de garde : avant l'enlèvement, la résidence de l'enfant était bel et bien en Espagne, et le père participait à l'autorité conjointe, incluant le droit de déterminer le lieu de vie de l'enfant (c. 3). La situation était manifestement abusive, le père ayant attendu presque une année avant de manifester son intérêt pour l'enfant (qu'il avait visité peu fréquemment déjà auparavant, c. 3.3.3), montrant ainsi que sa seule cible était son ex-compagne. Il ne restait plus que le motif de refus de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de La

Haye de 1980 ainsi que les précisions fournies par l'art. 5 LF-EEA, auxquelles le Tribunal fédéral ajoute les explications du Message pour les cas où la mère déclare refuser d'accompagner l'enfant au retour (c. 4.2). En l'espèce, en l'absence de liens intenses, d'ordre familial ou autre, avec la Suisse, il n'y avait pas de raisons suffisamment convaincantes pour douter du retour de la mère en Espagne et des possibilités d'y mener une vie décente, étant noté que cela n'implique nullement qu'elle aurait dû s'installer auprès du père ou même à proximité. Le risque d'une condamnation pénale est écarté sur les dires du père que la procédure en cours sera classée dès le retour de la mère (c. 4.2.3), sans aucune vérification, notamment par la voie de la collaboration internationale, prévue à l'art. 10 LF-EEA. Le Tribunal fédéral observe également que l'art. 11 al. 1 LF-EEA n'avait pas été respecté, si bien que « si dovranno pertanto emanare misure più precise in sede esecutiva » (c. 5.1), mais le Tribunal fédéral ne les ordonne pas et il n'exige pas non plus de l'autorité cantonale de faire son devoir encore. Au terme du délai fixé pour le départ vers l'Espagne, la mère a sollicité la modification de la première décision cantonale, arguant de divers changements de circonstances. Le Tribunal fédéral, dans son second arrêt, rappelle qu'un changement déterminant aurait dû avoir lieu (art. 13 al. 1 LF-EEA), car il faut rester dans le cadre des motifs de refus de la Convention. La mère faisait état d'une requête devant les tribunaux espagnols tendant à l'octroi de l'autorité parentale exclusive, ainsi que d'une décision espagnole du 5 octobre 2012 rejetant la demande du père d'obtenir la garde et l'autorité exclusives sur son fils. La démarche est écartée au motif qu'aucune décision définitive n'avait encore été prise (c. 3.2.1). Que l'on ne soit pas étonné de constater que ni le Tribunale d'appello, ni le Tribunal fédéral ne se soient donnés aucune peine de se renseigner en Espagne sur l'état de la procédure, afin d'éviter à l'enfant et à sa mère un retour inutile: l'art. 10 LF-EEA offre la voie pour ce faire, mais encore faut-il vouloir l'appliquer. L'idée d'une suspension est écartée comme incompatible avec le retour au « statu quo ante » (c. 3.3), ce qui constitue une affirmation gratuite, écartée plus récemment dans l'arrêt du 2 décembre 2013, tout au moins pour une courte durée (5A_799/2013, c. 6). Acharnement des juges ?

Enlèvement d'enfant – Résidence habituelle de l'enfant en Norvège – Autorité parentale conjointe – Pas de risque grave pour l'enfant, accompagné au retour par sa mère – Retour ordonné en Norvège

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 5 août 2013, 5A_504/2013

L'arrêt contient un examen détaillé de la notion de résidence habituelle, suivant une jurisprudence constante (c. 2.3.1); la mère avait quitté la Norvège sans respecter les droits du père, détenteur de l'autorité parentale conjointe en vertu du droit norvégien (c. 2.3.2). Le père avait consenti au départ pour trois mois uniquement (c. 3.1). Il est admis qu'une séparation d'un enfant de 18 mois de sa mère implique un risque grave au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de La Haye de 1980, cependant sans pertinence ici du fait qu'il n'était pas contesté que la mère allait accompagner son enfant au retour. L'arrêt cantonal a été corrigé sur un point, le retour n'étant pas

à ordonner vers un lieu déterminé, mais simplement « en Norvège ». C'est la première fois que le Tribunal fédéral présente une motivation de cette pratique. Il est expliqué que la Convention n'irait pas plus loin que d'exiger le retour dans l'autre Etat contractant (c. 5.1), sans qu'il ait lieu de désigner un endroit déterminé. On n'entend donc pas assurer complètement le rétablissement du *statu quo ante*, pourtant rappelé comme le principe de base dans le même arrêt (c. 2.1). Dans certains cas, cette pratique n'est pas satisfaisante et se met en travers de l'efficacité du régime conventionnel. Certes, il n'y a normalement pas de difficultés à escompter lorsque la mère est disposée à respecter le jugement et à assurer le retour de l'enfant en sa compagnie, ce qui les mène en règle générale dans le même lieu de vie que celui d'avant leur départ. Cependant, il convient d'avoir en vue les hypothèses dans lesquelles la mère ne révèle pas sa réaction en cas d'ordonnance de retour ou qu'elle s'y déclare d'emblée opposée. Si la Convention ne permet pas d'aller plus loin que d'exiger le retour dans le pays de la résidence habituelle, sans désigner de lieu, non seulement le ravisseur est libre de choisir la destination de l'enfant, mais encore, le tribunal suisse ordonnant son retour ne peut exiger de lui de déclarer son choix. Dans ces conditions, les autorités suisses éprouveront des difficultés pour organiser le retour si celui-ci devait avoir lieu sous la contrainte. En effet, suivant l'interprétation du Tribunal fédéral, la Convention ne les autorise pas à choisir le lieu de destination ; de surcroît, la compétence pour ordonner une mesure protectrice permettant de passer outre la volonté, respectivement le silence, du détenteur de l'autorité parentale ne leur appartient pas, cette compétence étant réservée aux autorités étrangères du pays de la résidence habituelle de l'enfant. Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral n'a pas tenu compte de l'art. 11 al. 1 LF-EEA, selon lequel toute décision ordonnant le retour de l'enfant doit être assortie de mesures d'exécution. Pour être efficace et utile, une telle mesure doit nécessairement comprendre l'indication du lieu de destination. S'il s'agit d'un grand pays, ce lieu doit raisonnablement être le lieu de la résidence habituelle ou se trouver à proximité.

Enlèvement d'un enfant non encore née? – Départ de la mère du domicile conjugal avant la naissance, suivi d'un accouchement à New York et d'une installation en Suisse

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 12 juin 2012, 5A_346/2012

On mentionnera ici en passant cette curieuse affaire, qui mériterait un débat à part, s'agissant de la situation juridique du *nasciturus*. On doit comprendre le dépit du père : le couple est établi à Athènes, son épouse enceinte le quitte avant l'accouchement pour ne plus y revenir. Et il ne peut rien faire pour récupérer son enfant, se retrouvant avec un droit de visite à distance et surtout une lourde obligation d'entretien. Pour pouvoir appliquer la Convention de La Haye de 1980, il aurait fallu que l'enfant non encore né ait partagé la résidence habituelle de la mère à Athènes. Or, nous dit le Tribunal fédéral, le *nasciturus* ne pouvait se constituer une quelconque résidence habituelle à Athènes, car cela implique nécessairement « une présence physique à un endroit donné » (c. 4.4). Le raisonnement est bien court, car sa présence physique, dans le ventre de sa mère, était manifeste. Il est également dit,

maladroïtement, que «la résidence habituelle de l'enfant doit être définie séparément de celle de ce parent» (c. 4.4), alors que l'arrêt rappelle, dans un considérant qui précède (c. 4.1), qu'une telle résidence «coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents». Il conviendrait ainsi d'ouvrir un débat plus large sur la notion de résidence d'un enfant non encore né, ce en tenant compte d'un arrêt en sens opposé de la Cour de cassation française, du 26 octobre 2011 (Rev.crit. 2012 p. 599, suivi des observations de A. Fiorini, ICLQ 2012 p. 530–540).

Entrave au droit de visite – Mandat d'arrêt américain – Détention à des fins d'extradition injustifiée ou illicite ?

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit public, 19 novembre 2012, Elena Arnaud Bonar, 2C_397/2012 – Sem.jud. 2013 I p. 136 (extrait)

L'arrêt met un point final à une histoire dont on peine à croire qu'elle puisse se produire en Suisse. La partie essentielle a déjà été relatée dans cette Revue (2007 p. 366–369). Arrêtée en Suisse au retour d'un voyage qui devait la conduire en Russie, avec son second mari et ses enfants, M^{me} Arnaud Bonar a dû attendre du 18 octobre 2006 au 30 janvier 2007 avant d'être libérée de la prison de Coire où la Police fédérale l'a placée en vue d'extradition sur le fondement d'un mandat d'arrêt américain, dont la teneur était d'abord insuffisante, puis améliorée sur la base des conseils fournis par l'Office fédéral de la justice aux autorités américaines. L'Office fédéral s'est donné du temps avant de refuser l'extradition; une fois cette décision prise, M^{me} Arnaud Bonar pouvait solliciter sa libération, ordonnée par le Tribunal pénal fédéral le 11 janvier 2007 (BH.2006.33). C'était sans compter avec un prolongement de mise en détention aussitôt ordonné par l'Office fédéral, suivi d'un nouveau recours, admis à nouveau par le Tribunal pénal fédéral (RR.2007.1) au motif, entre autre, d'une «violation crasse de l'art. 13 al. 4 TEXUS» (le Traité d'extradition avec les Etats-Unis, RS 0.353.933.6). L'épilogue porte sur l'indemnisation de M^{me} Arnaud Bonar pour la durée de sa détention. Elle a été admise par le Tribunal pénal fédéral pour la période du 18 octobre au 30 novembre 2006, pendant laquelle la détention était injustifiée, la Suisse n'ayant pas disposé d'une demande formelle d'extradition. Pour la période qui suit, le Tribunal pénal fédéral jugeait que la détention était devenue illégale et il a transmis le dossier au Département fédéral des finances. Or, celui-ci a refusé la demande et il n'a pas fait mieux après s'être fait renvoyer une nouvelle fois le dossier, cette fois par le Tribunal administratif fédéral qui jugeait également que la détention était devenue illégale dès le 1^{er} décembre 2006. C'était sans compter avec l'obstination de ce Département qui a porté l'affaire devant le Tribunal fédéral pour trouver un accueil plus compréhensif, cependant uniquement pour la période du 1^{er} au 17 décembre, tandis que le caractère illicite de la période subséquente jusqu'à la libération (le 30 janvier 2007) a été admis. Cela lui a réussi, le comportement de l'Office fédéral de justice pendant ces 18 jours étant dorénavant qualifié de simplement «injustifié» mais non «illicite», avec les conséquences que cela implique au niveau de l'indemnisation. Le Tribunal fédéral estime en effet que ledit Office a dû «procéder préalablement à une analyse juridique approfondie» (c. 4.3.3). La situation était pourtant limpide, mais pas au point de briser l'écran de protection dont les fonctionnaires fédéraux ont pu jouir en l'espèce. En

effet, la requête américaine d'extradition du 29 novembre 2006 reposait sur un acte d'accusation couvrant une période antérieure au 13 mai 1999, pendant laquelle le père jouissait exclusivement d'un droit de visite, sans aucune prérogative rattachée à l'autorité parentale. Il manquait donc manifestement le respect du principe de la double-incrimination par rapport à l'art. 220 CP. Qu'il ait fallu neuf jours ouvrables à la Police fédérale pour comprendre (c. 4.3.10), ce en tenant compte du besoin d'interprétation de la demande (de l'anglais, n'oublions pas!), dépasse l'entendement, ce d'autant qu'il lui était loisible de consulter les collègues de bureau du service de protection internationale des enfants et que face à une mère emprisonnée, la diligence la plus expéditive était requise. L'Office fédéral de la justice s'est encore cru fondé à reprocher à M^{me} Arnaud Boner un enlèvement d'enfant, au vue d'une décision américaine prise le 20 août 1999, retirant à celle-ci la garde des enfants, dorénavant confiés au père, décision qui n'a jamais été notifiée ni portée à la connaissance de la mère. Il est désespérant de constater que pour le Tribunal fédéral, il faut neuf jours, sans compter le week-end, pour comprendre qu'il y a là une violation flagrante de l'ordre public du droit de la défense, rendant impossible de se fonder sur une telle décision pour en déduire que son non-respect entraîne une incrimination selon le droit suisse.

Succession – Ressortissant italien domicilié au Tessin et décédé à Milan – Testament ne laissant pas de doute quant à la volonté du défunt de soumettre sa succession au droit suisse – Traité avec l'Italie de 1868 – Professio iuris admise
Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 22 mars 2012, 4A_458/2011 –
ATF 138 III 354, Praxis 2012 n° 130 p. 931, AJP 2013 p. 457, obs. O. Arter, RtiD 2012 II n° 12c, p. 806.

L'affaire est remontée pour la seconde fois au Tribunal fédéral. Dans un premier arrêt, du 26 juillet 2010 (ATF 136 III 461, RSDIE 2012 p. 339), il a été constaté que la Tribunale d'appello du Tessin devrait élucider la question de la présence d'une clause de choix de la loi applicable, dont il s'agirait de tenir compte lors de l'application du Traité, dont l'interprétation constante, consistant en l'application de la loi nationale, était désuète. Une *professio iuris* pourrait alors s'avérer pertinente, soit directement, soit par le biais du renvoi du droit international privé italien, qui l'admet également. Le Tribunale d'appello a choisi cette seconde solution, cependant sans compter avec la censure du Tribunal fédéral, qui lui répond sèchement qu'il avait visé uniquement l'hypothèse d'une *professio iuris* directe au droit suisse (c. 3.2). Il suffit de relire le premier arrêt pour constater que tel n'était pas le cas et que la Cour tessinoise a bel et bien choisi l'une des possibilités d'interprétation que le Tribunal fédéral a déclaré comme l'une parmi plusieurs solutions envisageables.

Succession – Citoyen suisse décédé à son dernier domicile en République dominicaine – Compétence suisse subsidiaire – Exigence de saisir l'autorité étrangère compétente
Tribunal cantonal de Fribourg, 7 novembre 2012, RFJ 2012 n° 23 p. 215

Il peut certes paraître parfois aléatoire que l'autorité compétente du lieu du domicile va concrètement se charger de la dévolution successorale d'un étranger, disposant en l'espèce d'un bien immobilier. Il peut s'avérer encore plus difficile d'apporter la preuve (négative) du désintérêt de l'autorité locale. Cependant, le principe de la subsidiarité de la compétence suisse ne doit pas être contourné pour de simples raisons de commodité. Il faut donc exiger la démonstration que des démarches ont été entreprises afin de solliciter de l'autorité étrangère compétente la délivrance d'un certificat d'héritiers, notamment dans une situation où celle-ci n'agit que sur requête et non pas d'office.

Succession – Défunt et héritiers tous brésiliens domiciliés au Brésil – Action en reddition de comptes contre l'une des héritières et une banque suisse.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 17 décembre 2012, 5A_136/2012 et 5A_137/2012

De façon classique, le litige est relatif au devoir de la banque de rendre compte aux héritiers des comptes laissés par leurs parents en Suisse. La controverse porte sur un arrêt antérieur du Tribunal fédéral du 30 mai 2008 (5C.291/2006, cf. obs. A. Schröder, *in Successio* 2009 p. 299), dans lequel il a été constaté que la requête d'information relevait de l'art. 88 al. 1 LDIP et qu'il n'était pas nécessaire qu'il soit démontré que des biens du défunt se trouvaient en Suisse, sans que soit tranchée la question du moment déterminant, qui pouvait être celui du décès ou celui du dépôt de la requête. L'Obergericht de Zurich en avait déduit que l'exception d'incompétence invoquée par l'une des héritières, s'agissant également de la dévolution successorale, avait été rejetée par le Tribunal fédéral. Le nouvel arrêt constate que l'arrêt de 2008 n'allait pas aussi loin, si bien que l'Obergericht doit reprendre la question, jugeant de sa compétence pour statuer sur une action intentée le 4 mars 2004 déjà. Il confirme en revanche une autre partie du jugement zurichois, rappelant que la banque doit donner aux héritiers (en l'espèce des héritiers réservataires selon le droit brésilien) les informations disponibles dans la même mesure dans laquelle elle aurait dû les donner au défunt selon le contrat de mandat conclu avec celui-ci, ce qui ne comprend pas, cependant, les biens patrimoniaux par rapport auxquels le défunt ne disposait que d'un intérêt économique (c. 4.1-4.3).

Succession – Citoyen britannique décédé à son dernier domicile à Genève – Mesures de sûreté

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 18 mars 2013 – 5A_763/2012

L'affaire a déjà occupé le Tribunal fédéral lorsqu'il s'agissait de juger de la validité d'un codicille (ATF 12.4.2012, 5A_436/2011, AJP 2013 p. 1695, obs. O. Arter), puis de la modification de l'inventaire de la succession (ATF 18.12.2012, 5A_434/2012, Sem.jud. 2013 I p. 479, AJP 2013 p. 1534, obs. O. Arter). Cette fois, la controverse portait sur le refus des juridictions cantonales d'ordonner comme mesure de sûreté la remise en mains de la justice d'avoirs d'une structure de trust ne constituant cependant pas des biens de la succession. Or, une telle mesure, censée se substituer aux scellés, ne peut viser des biens qui ne sont pas dans la succession et dont le

défunt n'avait au demeurant pas la possession. La règle de conflit applicable était l'art. 92 al. 2 LDIP, soumettant les mesures conservatoires au droit suisse lorsque, comme en l'espèce, la dévolution successorale était régie par le droit anglais, en vertu d'une *professio iuris* (c. 2, de même l'arrêt du 18 décembre 2012, c. 3, s'agissant de l'inventaire au sens de l'art. 553 al. 1 CC, dont il est précisé qu'il comprend les biens sis à l'étranger).

Succession – Défunte de nationalité espagnole et domiciliée en Espagne – Inventaire successoral

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 21 juin 2012 – 5A_892/2011

La défunte vivait séparée de son mari depuis plusieurs années, en continuant cependant à être assujettie fiscalement en Suisse. Un inventaire fiscal a fait état de biens en Espagne, mais d'aucun compte bancaire en Suisse. La requête de deux enfants tendant à l'établissement d'un inventaire successoral a été rejetée par les juridictions cantonales, sans être démenties par le Tribunal fédéral. Le domicile de la défunte étant en Espagne, une compétence suisse ne pouvait être fondée sur l'art. 86. Elle ne pouvait l'être non plus sur les art. 88 et 89, dès lors qu'il n'a pas été rendu vraisemblable que les autorités espagnoles ne s'occupaient pas des parts de succession sises en Suisse et que la requête en inventaire, sollicitée plus de 15 mois après le décès, ne visait pas à sauvegarder les valeurs de la succession, mais à assurer la dévolution de l'hérédité. En effet, les mesures prévues aux art. 551 à 554 CC peuvent être prononcées en vertu de l'art. 89 LDIP en tant que mesures nécessaires à la protection provisionnelles des biens, visant exclusivement la sauvegarde des valeurs patrimoniales. L'inventaire successoral au sens de l'art. 553 al. 1 CC, en revanche, a pour but de déterminer la consistance du patrimoine du défunt afin d'assurer la correcte et entière dévolution des biens du défunt, également sur le territoire suisse. Or, la compétence pour ce faire sort de l'art. 89 et relève de la compétence des autorités espagnoles chargées de la dévolution de la succession. La situation semble claire en l'espèce, elle ne l'est cependant pas de manière générale. Car distinguer entre une « mesure de sûreté à caractère provisoire ne réglant pas le fond du litige » et celle qui tend à assurer « la correcte et entière dévolution des biens » est parfois délicat ou impossible ; le Tribunal fédéral y parvient ici parce que la mesure visant le fond le fait « exclusivement » (c. 5.2). La distinction semble d'autant plus inadéquate étant donné que les mesures de sûreté des art. 552–559 CC sont définies par la loi comme étant « nécessaires pour assurer la dévolution de l'hérédité » (art. 551 al. 1 CC). La décision sur le champ de compétence fondé sur l'art. 89 dépend donc non de l'appellation des mesures disponibles en droit civil suisse, mais de leur effet concret recherché dans le cas particulier. Suivant cette ligne, la mesure qui vise la sauvegarde de biens successoraux relève de l'art. 89, mais non celle qui entend consolider le règlement futur de la dévolution successorale. Lorsque ces deux objectifs sont combinés dans le cas particulier, la compétence de l'art. 89 devrait l'emporter.

Succession – Ressortissant égyptien décédé à Paris – Actifs mobiliers dans plusieurs pays ainsi qu'en Suisse – Présentation par les héritiers d'un « acte d'hoirie » égyptien – Conditions de forme

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 18 septembre 2012 – 5A_344/2012

Des héritiers souhaitaient avoir accès aux actifs déposés dans deux banques genevoises. Ils présentaient à cet effet un « acte d'hoirie » prononcé par un tribunal égyptien. Leur requête fut jugée irrecevable par les juridictions genevoises pour le motif que l'acte n'avait pas été produit en original ni muni d'une attestation qu'il n'était plus susceptible de recours et était définitivement entré en force. Le Tribunal fédéral rappelle une jurisprudence constante que, dans le contexte de l'art. 29 al. 1 sur les pièces à produire en vue de la reconnaissance et de l'exécution d'un acte étranger, il convient d'éviter tout formalisme excessif; les exigences visées ont pour seul but de fournir, par un moyen de preuve formel, la certitude que la décision est authentique et qu'elle a acquis force de chose jugée; leur absence n'entraîne toutefois pas le refus de l'exequatur, si l'authenticité de la décision et le fait qu'elle est passée en force ne sont pas contestés ou ressortent des autres pièces du dossier (c. 4.3). En l'espèce, les recourants n'ont d'abord pas pu produire l'original de l'« acte d'hoirie », mais seulement une copie. Ensuite, en annexe à un recours, ils ont produit l'original ou, à tout le moins, une version avec des tampons et une apostille originaux ainsi que d'autres signatures officielles. De plus, l'intimée n'avait pas formulé d'objections en première instance, ni devant des instances étrangères où l'acte a également été présenté. Enfin, l'acte exprimait la succession légale de manière conforme au droit égyptien. Les autorités genevoises sont ainsi tombées dans l'arbitraire en refusant un acte dont elles disposaient depuis le dépôt d'un recours cantonal et en contraignant les recourants à déposer une nouvelle requête aux seules fins d'attester un fait déjà acquis (c. 4.4).

Succession – Convention d'établissement avec l'Iran de 1934 – Qualification de l'action en restitution de biens et en reddition de compte

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit civil, 2 avril 2014, 5A_947/2013

La seule question litigieuse ayant été celle de la prescription des actions, il a fallu tout d'abord qualifier celles-ci. Témoignant du manque de formation en droit international privé des juges et de leurs greffiers, cette qualification doit se faire selon le « droit interne suisse » (c. 3.1, 3.3.5). La qualification des notions de successions et de contrats relève du droit international privé suisse et, en l'espèce, de la Convention avec l'Iran, dont les auteurs n'ont sans doute jamais songé à s'en remettre à cet égard à la loi interne suisse. Le demandeur se prévalait de sa qualité d'héritier unique et réclamait le recouvrement d'une créance liée à un mandat de gestion donné par feu son père à un oncle. Or, ce faisant, il exerçait l'action qui appartenait déjà au défunt de son vivant, tirant ainsi sa légitimité matérielle d'une action personnelle fondée sur le droit contractuel, en l'espèce un mandat régi par le droit suisse.



2014
978-3-7255-6954-0
592 pages, relié
CHF 158.00

Le droit international de la migration

**Brian Opeskin / Richard Perruchoud /
Jillyanne Redpath-Cross (éds)**

Cet ouvrage sur le droit international de la migration est novateur à plus d'un titre: il est le premier ouvrage de ce type en langue française; il constitue un véritable traité de droit international de la migration, présentant sous une forme accessible ses multiples facettes; il est écrit non seulement par des juristes spécialistes de la migration, mais aussi par des économistes et des démographes. A ceux qui considèrent que la migration relève exclusivement du droit national, cet ouvrage apporte un démenti catégorique. Au fil des décennies, le droit international de la migration s'est transformé en une branche du droit dont la richesse et la diversité sont probablement sans équivalent: droit dynamique, en évolution constante, sa connaissance est nécessaire pour mieux appréhender et gérer un des problèmes les plus aigus de notre temps

Éditrice/éditeurs :

Brian Opeskin, Professeur

Richard Perruchoud

Jillyanne Redpath-Cross

En coopération avec :

Éditions Yvon Blais, Québec

L.G.D.J., Paris

