

III. Mitglieder der DJS
äussern sich zu aktuellen
Fragestellungen

*Mitglieder der DJS
äussern sich zu aktuellen
Fragestellungen*

Vom Geist der Abwehr und von toten Buchstaben des Gesetzes

Am Beispiel des aktuellen Migrationsrechts

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

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

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

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

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

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

Ich schlage vor, die Amstutz'-Wutrede «Pitbull-Rhetorik» zu nennen, ein kampfbereites Gebell sozusagen. In der Arena des heutigen Populismus ist dies anscheinend die Sprache eines Wahlkampfleiters, der nicht argumentieren, sondern «bellen» will und sich in der «Pose des Rebellen und Verfolgten» gefällt, wie Isolde Charim¹ die Attitüde erfolgreicher rechtspopulistischer Politiker_innen beschreibt. Damit ist freilich die Frage nach dem Wahrheitsgehalt einer solch rabiatierten Sprache und ihrer Angemessenheit zur Beschreibung von Gesetzesanwendung und Rechtsprechung nicht beantwortet. Im Rahmen dieses Beitrages will ich ihr nicht in polemischer Gegenrede nachgehen, sondern primär versuchen, tatsächliche oder auch nur vermeintliche Diskrepanzen zwischen Gesetzeswortlaut und Anwendungspraxis am Beispiel migrationsrechtlicher Normierungen aufzuzeigen und im Lichte juristischer Auslegungsmethodik zu würdigen.

Tragweite von Gesetzesbestimmungen: oft unklar und schwankend

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

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

Auch juristische Kommentator_innen (die sogenannte Lehre oder Doktrin) sehen sich im Falle neuer Gesetze, die noch einer Rechtspraxis entbehren, auf die Materialien verwiesen und versuchen, der autoritativen Entscheidung der Richter_innen vorgreifend, Sinn und Zweck einer Norm zu definieren, in der Hoffnung, dies so plausibel zu tun, dass sie dereinst auch den Wohlgefallen der Richter_innen findet. Dieser ist gemäss Art. 1 Abs. 3 Zivilgesetzbuch (ZGB) auf die bewährte Lehre verwiesen, gemeint die rechtswissenschaftliche Literatur, die er zu berücksichtigen hat.³ Für Fragen, die von einem Gericht, namentlich dem Bundesgericht erstmals behandelt werden, kommt dem rechtswissenschaftlichen

- 4 Emmenegger/Tschentscher, a.a.O., N 482.
- 5 Dass dies allerdings in der «Doktrin» zum Migrationsrecht kaum der Fall ist, beklagte jüngst der Amtschef eines Migrationsamtes in einem Rechtsmittelverfahren betreffend die Anwendung von Bestimmungen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA). Erstaunlich ist dies im Geltungsbereich des FZA umso weniger, als die ihm zugrundeliegende Idee der Freizügigkeit dem Geist der Abwehr **dia-metral** entgegengesetzt ist.
- 6 Weisungen SEM – Ausländerbereich, Stand 01.07.2018, Ziff. 4.4.6
- 7 BVerfG C-857/2013 vom 19.05.2014, E. 7.3

chen Diskurs in der Entscheidungsfindung und -begründung gar eine Leitfunktion zu.⁴ Obwohl Gesetze unbestrittenermassen verfassungskonform auszulegen sind, Verfassungsbestimmungen aber naturgemäss ein weites Bedeutungsfeld haben, sind Auslegungsdifferenzen nicht überraschend.

Tote Buchstaben im schweizerischen Ausländer_innengesetz

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

Trügerisches Versprechen für Hochschulabsolvent_innen

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

Nach den diesbezüglichen Weisungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) sollen indes nur Studienabgänger_innen in jenen Bereichen zu einer Erwerbstätigkeit zugelassen werden, «in denen nicht bereits ein genügendes Arbeitskräfteangebot besteht». Dabei handelt es sich in der Regel «um wissenschaftliche Arbeiten in der Forschung und Entwicklung, in der Anwendung neuer Technologien oder um die Anwendung von erworbenem Knowhow in Tätigkeitsgebieten von hohem wirtschaftlichem Interesse».⁶ Obwohl das Bundesverwaltungsgericht feststellte, dass zum Beispiel auch die Erwerbstätigkeit eines hochqualifizierten Musikers mit schweizerischem Hochschulabschluss von «hohem wissenschaftlichem Interesse» sein könne,⁷ können in der Praxis bestenfalls Hochschulabsolvent_innen mit einem Abschluss in einem MINT-Fach mit einer Zulassung zur Erwerbstätigkeit auf dem Gebiet ihrer universitären Qualifikation rechnen. Gleichwohl wird – so der explizite Wortlaut des Gesetzes – allen Hochschulabsolvent_innen der Aufenthalt zur Stellensuche während sechs Monaten

8 Peter Uebersax,
Das AuG von 2005:
Zwischen Erwartungen
und Erfahrungen, in:
Jahrbuch für Migrationsrecht
2011/2012, Bern 2012, S.16.

9 BVGer C-797/2011 vom
14.09.2012, E. 9.1.2 ff.

erlaubt. Dass sie die gefundene Stelle vielfach trotzdem nicht antreten dürfen, wird in der Lehre zu Recht als «widersprüchlich und Verstoss gegen Treu und Glauben» kritisiert.⁸ Da die Kritik bis anhin ergebnislos verhallt ist, erweist sich Art. 21 Abs. 3 AuG als weitgehend leeres gesetzgeberisches Versprechen.

Ausländischen Rentner_innen wird Zuzug zu ihren Kindern verwehrt

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

Keine «wichtige familiäre Gründe» für den nachträglichen Familiennachzug

Wer nach Ausländer_innengesetz Familienangehörige (Ehepartner_in und minderjährige Kinder) in die Schweiz nachziehen möchte, hat Nachzugsfristen nach Art. 47 AuG zu beachten. Ein Gesuch, das nach Ablauf der Frist gestellt wird, der sogenannte nachträgliche Familiennachzug, «wird nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden» können. Entgegen dem, was die Formulierung des «Geltendmachens wichtiger familiärer Gründe» erwarten liesse, hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich dieser Bestimmung drastisch eingeschränkt. Gemäss seiner Rechtsprechung hat die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen «nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben». Ein wichtiger familiärer Grund liegt vor, «wenn die weiterhin notwen-

10 Statt vieler BGE 137 I 284 E. 2, BGE 2C_340/2017 vom 15.06.2018, E. 2.3.

11 A.a.O.

12 Für eines der seltenen Beispiele, bei dem wichtige familiäre Gründe bejaht wurden, vgl. BGE 2C_386/2016 vom 22.05.2017, E. 2.2 f.

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

Das Mantra der «restriktiven Einwanderungspolitik»

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

Wie sehr der Geist der Abwehr einer sachgerechten Ermessensausübung hinderlich ist, zeigt der Leitentscheid des Bundesgerichts vom 8. Mai 2018, mit dem es die Wegweisung eines Argentiniers nach rund zehnjährigem Aufenthalt in der Schweiz und perfekter Integration als Verletzung des auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gestützten Anspruchs auf Achtung des Privatlebens qualifizierte.¹³ Während dem Zürcher Migrationsamt gestützt auf den zitierten Textbaustein auch im Falle dieses Argentiniers die Wegweisung nicht als unangemessen erschien und die kantonalen Rechtsmittelbehörden sich dieser Auffassung anschlossen, bedurfte es eines höchstrichterlichen Machtworts: Obwohl Art. 8 EMRK den Rechtsunterworfenen gegenüber staatlichen Instanzen nur einen Mindeststandard an Individualrechten einräumt, sah das Bundesgericht

- 13 BGer 2C_105/2017 vom 08.05.2018.
- 14 BGer 2C_105/2017 vom 08.05.2018, E. 4.3.
- 15 Vgl. hierzu Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, N 9 ff. zu Art. 35 BV.
- 16 Vgl. Marc Spescha, Kleinlaute Kapitulation vor verfassungsfernem Gesetzgeber, in: dRSK vom 04.12.2012.
- 17 Votum Engler, AB 2014 S 1237.
- 18 Vgl. Niccolò Raselli, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel im Ausführungsgesetz zur Ausschaffungsinitiative, in: Sicherheit&Recht 3/2017, S. 147.
- 19 Die Klausel in Art. 66a Abs. 2 StGB hat folgenden Wortlaut: Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind.
- 20 Grundsätzlich zum Ganzen, Raselli (Fn. 18).
- 21 BGE 139 I 16 E. 4.2.1 m.w.H.; Astrid Epiney, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Rz. 73/74.
- 22 Epiney, a.a.O., Rz 100.
- 23 Vgl. Epiney, a.a.O., Rz 100-102. Ferner zum Ganzen: Epiney, Zur (teilweisen) «Unmöglichkeit» der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Zif. 11 BV.

diesen Mindeststandard im zu beurteilenden Fall verletzt. Es erwog, wo sich das öffentliche Interesse an der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Bestreben erschöpfe, eine restriktive Einwanderungspolitik durchzusetzen, könne dieses für sich allein in der Konstellation eines beinahe zehnjährigen Aufenthalts und einer vorzüglichen Integration nicht genügen, um dem Betroffenen den weiteren Aufenthalt in der Schweiz zu verwehren.¹⁴

Der Gesetzgeber als Hüter der Verfassung?

Selbst Verfassungsbestimmungen erweisen sich im Migrationskontext mitunter als weitgehend leere Versprechen, obwohl Art. 35 Abs. 2 AuG staatliche Aufgabenträger_innen grundsätzlich an die Grundrechte bindet und diese verpflichtet, zur Verwirklichung derselben beizutragen.¹⁵

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

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

Ständerat Engler (CVP) hielt zum Beispiel in der ständerätlichen Debatte der gesetzlichen Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV (sogenannte Ausschaffungsinitiative) im Dezember 2014 fest, mit der Annahme der Initiative sei der in Art. 5 BV verankerte fundamentale Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns nicht ausser Kraft gesetzt worden. und es sei daher Pflicht der Bundesversammlung, «über die Einhaltung der Verfassung zu wachen. Im Rechtsetzungsprozess diese Verantwortung für die Verfassungskonformität an die Richter, erst recht an europäische Richter delegieren zu wollen», halte er «für wenig konsequent, ja unwürdig für den Gesetzgeber».¹⁷ In der Folge erweiterte das Parlament in der gesetzlichen Umsetzung einerseits den Deliktskatalog des Ausschaffungsartikels im Strafgesetzbuch,¹⁸ der grundsätzlich zum Entzug des Aufenthaltsrechts und zur Landesverweisung der Täter_innen aus der Schweiz führt. Andererseits wurde eine sogenannte Härtefallklausel ins Gesetz eingefügt, die eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall erlauben soll. Zur Beschwichtigung der grollenden Initiant_innen versprach dabei etwa Philipp Mül-

24 Abgesehen davon, dass die von Amstutz pauschal behauptete Zunahme des «Lohnendrucks bei den älteren Personen» statistisch so nicht erhärtet werden kann, wirkt es einigermassen grotesk, wenn Amstutz' sich zum Fürsprecher stellenloser Ausländer, die in die Sozialhilfe abgedrängt werden, aufspielt, während seine Partei gegen sozialhilfeabhängige Ausländer üblicherweise den Vorwurf von «Sozialschmarotzern» erhebt und alle flankierenden Massnahmen zur Bekämpfung von Lohndumping im Namen der Wirtschaftsfreiheit konsequent ablehnt.

25 Zum Verhältnis von Landesrecht zu Völkerrecht hielt das Bundesgericht in der Regeste zu BGE 142 II 35 zutreffend fest, die Übergangsbestimmung zu Art. 121a BV sehe nicht die Kündigung des FZA vor und bedürfe daher «der Umsetzung durch Verhandlung mit den Vertragsparteien und durch Gesetzgebung. Sie ist im konkreten Streitfall durch den Richter nicht direkt anwendbar».

26 Zur Behauptung der angeblich plötzlichen bundesgerichtlichen Kehrtwende zum Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht empfiehlt sich die unvoreingenommene Lektüre von BGE 142 II 35 E. 3.2; vgl. ferner die eingehende Kommentierung des entsprechenden Urteils durch Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter vom 14.03.2016.

27 Entgegen Amstutz' empirisch unhaltbarer Behauptung ist auch die Ausschaffungspraxis im Nachgang zur gesetzlichen Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV durchaus verschärft worden. Angesichts der aktuellen Zahlen der Asylgesuche und der effektiven Einwanderung gestützt auf FZA und AuG liegt – abgesehen von der Frage der rechtlich möglichen und zulässigen Steuerung – auch die effektive Nettozuwanderung deutlich tiefer als von Amstutz behauptet.

ler, damals noch Nationalrat, eine «pfefferscharfe» Anwendung der Klausel. Dies war freilich insofern ein leichtfertiges Versprechen, als die Umsetzung des Gesetzestextes den Rechtsanwender_innen und in letzter Verantwortung der Justiz obliegt.¹⁸ Und: «Pfefferscharfe» ist für diese keine Auslegungsregel. Verbindlich sind zunächst der Wortlaut der Härtefallklausel¹⁹ und deren verfassungs- sowie menschenrechtskonforme Auslegung. Insofern kann auch dem Begriff «ausnahmsweise» in der Härtefallklausel bei der Auslegung keine besondere Relevanz zukommen. Entscheidend ist für die Rechtsanwender_innen die im Gesetz verankerte Interessenabwägung und die besondere Berücksichtigung der Interessen von in der Schweiz geborenen oder aufgewachsenen ausländischen Staatsangehörigen. Da der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Bindung von Bund und Kantonen an das Völkerrecht nach wie vor in Art. 5 BV verankert sind, war der Gesetzgeber mit Blick auf den bereits genannten Art. 35 Abs. 2 BV verpflichtet, den Ausschaffungsartikel der BV grundrecht- und menschenrechtskonform umzusetzen, was er mit der Härtefallklausel tat. So wurde eine EMRK-konforme Umsetzung des Ausschaffungsartikels intra legem ermöglicht und die Sicherstellung der FZA-Konformität der Rechtsprechung überlassen.²⁰

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

Grundrechtskonforme Gesetzgebung und Rechtsprechung ist nicht Unterwerfung unter ein angebliches Volksdiktat

Im Lichte der vorangegangenen Überlegungen zur Gesetzesanwendung und Rechtsprechung in einigen Bereichen des Migrationsrechts erweisen sich Amstutz' Auslassungen auf dem Boden der Fakten und einer verfassungsrechtlichen Reflektiertheit als haltlose Polemik.²⁶ Wie gezeigt, sind Parlament, Migrations-

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

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

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

31 In der Rolle des der rechtsstaatlichen Demokratie verpflichteten Richters vgl. Andreas Zünd, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, in: AJP 9/2013, S.1349 ff., Andreas Zünd, Das Schweizerische Bundesgericht im Dialog mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: EuGRZ 2014, S. 21 ff. Vorbildliches Beispiel einer entsprechenden Grundrechtsverwirklichung ist BGer 2C_105/2017 vom 08.05.2018.

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

behörden und Gerichte im Rahmen des grund- und menschenrechtlich Möglichen durchaus bestrebt, eine restriktive Einwanderungspolitik zu verfolgen.²⁷ In Amstutz' Dystopie einer plebiszitären Tyrannei der Mehrheit wäre die Einwanderungspolitik indes jeglicher Schranken entledigt: In ihr wäre das Parlament entbehrlich und anstelle unabhängiger Richter_innen (nicht bloss die angeblich fremden Richter_innen sind des Teufels!²⁸) vollzögen Vollzugsautomaten die Verdikte jeweiliger direktdemokratischer Abstimmungsmehrheiten. Dies und nichts weniger war mit der Durchsetzungsinitiative beabsichtigt und diktiert nach wie vor die Agenda einer Partei, die zur Durchsetzung ihrer rigiden Ausländer_innenpolitik auch die klassische Gewaltenteilung im Rechtsstaat zu opfern bereit ist.

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

Angesichts der vorliegenden Analyse sind Demokratische Jurist_innen aufgerufen, im Rechtsalltag unermüdlich grund- und menschenrechtskonforme Gesetzesauslegungen einzufordern und die Grund- und Menschenrechte selbst aus dem Wertehimmel in die Niederungen des Alltags herunterzuholen, das heisst argumentativ zu konkretisieren und so rechtsrelevant werden zu lassen.³¹ Wer solches Bemühen als untunliche «dynamische Rechtsentwicklung» beziehungsweise unter diesem Begriff «beschönigte Rechtsverwilderung» denunziert³², hat nicht begriffen, dass die liberale und als solche zwingend rechts-staatliche Demokratie auf dem Spiel steht.

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

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

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

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

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

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

puyer, pour ce faire, sur une base légale suffisante, violant ainsi son droit à la vie privée garanti par l'art. 8 CEDH¹. Les juges strasbourgeois n'avaient sans doute pas prévu le tsunami législatif que leur décision allait déclencher en Suisse.

Quand on veut, on peut ...

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

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

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

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

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

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

Les acteurs

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

- 2 Le Tagesanzeiger a publié les noms des principaux parlementaires concernés ainsi que leurs liens d'intérêts dans un article intitulé « Als wäre der Teufel hinter ihnen her », le 16 mars 2018.
- 3 Cf. TF, arrêt 8C_616/2017 du 14 décembre 2017.
- 4 Cf. art. 148a du Code pénal (RS 311.0).
- 5 Sur cette question, voir l'avis de droit établi le 5 juillet 2018 par Stefan Maeder, avocat et professeur assistant pour le droit pénal et la procédure pénale à la Faculté de droit de Lucerne, p. 4 s.

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

Outre les présidents des deux sociétés faîtières des assureurs-maladie, santé-suisse et curafutura, les parlementaires concerné-e-s siègent dans les conseils d'administration de compagnies d'assurance, jouent auprès d'elles un rôle de conseil, ou font du lobbying pour leur compte².

La surveillance selon l'art. 43a LPGA

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

Les conditions de la surveillance

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

S'agissant de la première condition, la loi ne définit pas la notion d'« indices concrets », et les discussions parlementaires ne permettent pas de dégager la mesure de la concrétisation requise. La nouvelle disposition introduit ainsi dans la législation une notion juridique indéterminée, qu'il appartiendra aux tribunaux d'interpréter. Il est à craindre que ces derniers s'inspirent, pour ce faire, de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui considère qu'un assureur social est en droit de nourrir des soupçons fondés à l'égard d'une personne assurée « active sur Facebook ». En d'autres termes, l'existence de soupçons à l'endroit de la personne assurée est facilement admise³.

Il est intéressant de noter que les indices concrets ne doivent pas nécessairement porter sur un comportement délictueux au sens pénal du terme⁴, puisque les soupçons d'une « perception à tort » de prestations sociales, sans notion de tromperie, encore moins d'acte volontaire, est suffisante. En cela, le pouvoir d'investigation confié à l'assureur social va plus loin que celui qui est aménagé au Ministère public et à la police par l'art. 282 CPP. Ces derniers doivent en effet, s'ils entendent mettre en œuvre une surveillance, disposer d'indices concrets que des crimes ou des délits ont été commis⁵.

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

Les lieux dans lesquels la surveillance peut être exercée

L'art. 43a al. 4 LPGa prévoit que la personne assurée doit pouvoir être observée dans les lieux accessibles au public, ainsi que dans les lieux librement visibles depuis un lieu accessible au public. Cette seconde catégorie d'emplacements doit permettre de maintenir la jurisprudence dite du balcon, selon laquelle des faits observables depuis l'espace public, dans un lieu en principe uniquement accessible depuis un espace privé, peuvent être recueillis en toute légalité⁶.

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

Les moyens techniques autorisés pour la surveillance

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

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

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

Deuxièmement, l'utilisation, dans le cas d'une surveillance ordonnée par les autorités de poursuite pénale, de moyens techniques comme les prises de vue et les enregistrements sonores sans l'aval préalable d'un-e juge n'est possible que

- 8 Cf. art. 282 al. 1 du Code de procédure pénale (RS 312.0).
- 9 Cf. l'avis de droit cité en note 2, p. 9 et l'exemple qui suit.
- 10 Notamment en leur aménageant un droit de résiliation ordinaire des polices d'assurance, y compris dans l'assurance-maladie complémentaire.

dans les lieux librement accessibles⁸. L'assureur social, de son côté, peut recourir ou faire recourir à ces moyens pour observer la personne assurée dans un lieu visible depuis un endroit librement accessible, ce que les règles de procédure pénale n'autorisent pas⁹.

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

Une petite garantie supplémentaire

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

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

Le référendum

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

Quelques réflexions

La saga déclenchée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Vukota-Bojic contre la Suisse met en lumière, sans doute mieux que jamais, le pouvoir du lobby des assureurs dans le processus législatif en matière de protection sociale. Il est d'ailleurs intéressant de noter le parallèle avec la révision de la loi sur le contrat d'assurance (LCA), actuellement en cours, dont la première mouture avait échoué car trop contraignante pour les compagnies d'assurance, pour aboutir aujourd'hui à un texte qui leur extrêmement favorable¹⁰. Cette histoire souligne aussi l'absence, dans ce domaine, de réel contre-pouvoir. Les partis

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

12 Message LPGa (note 9), p. 1627

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

traditionnels, en particulier les partis de gauche, ont avoué leur impuissance en renonçant à saisir le référendum, même s'ils ont ensuite apporté un timide soutien au comité référendaire.

Mais l'attitude du Conseil fédéral préoccupe davantage encore. Même si la disposition sur la surveillance des assuré-e-s n'avait, dans un premier temps, pas été envisagée dans le cadre de la révision de la LPGa actuellement en cours, elle s'est insérée à merveille dans un projet placé sous le slogan de la lutte contre les abus. La lecture du message accompagnant la révision de la loi¹¹ est édifiante, en particulier lorsque l'on peut lire, dans ce contexte, que « l'intérêt de l'assureur, qui est d'éviter les démarches administratives et les risques de perte liés aux demandes de restitution [de prestations versées à tort], prime clairement celui de l'assuré de ne pas tomber dans une situation de détresse passagère »¹². Ces propos, alliés aux facilités que l'on entend donner aux assureurs sociaux pour faire surveiller les personnes assurées, révèlent une hiérarchie des valeurs qui nourrit des craintes sérieuses quant à la solidité de l'Etat social.

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

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

Cette jurisprudence a ceci de problématique qu'elle s'inscrit dans un contrôle judiciaire toujours effectué a posteriori, dans des cas où la perception indue de prestations est avérée. C'est en effet la décision de l'assureur social de supprimer ou de réduire les prestations qui enclenche la procédure judiciaire, et c'est dans ce cadre-là que la légalité de la surveillance est mise en cause. Comme de bien entendu, la pondération des intérêts effectuée par le Tribunal fédéral est toujours défavorable à la personne assurée, au nom de l'intérêt de la communauté des payeurs et payeuses de primes à ne pas verser de prestations indues. Le caractère automatiquement supérieur de cet intérêt peut être traduit par la maxime « la fin justifie les moyens », maxime hautement incompatible avec l'Etat de droit, en particulier avec le principe de la proportionnalité de l'activité étatique, consacré par la Constitution fédérale¹³.

Compte tenu de cette pratique, il est difficile d'avoir confiance en une future interprétation restrictive de l'art. 43a LPGa, de même qu'en de possibles sanctions – à l'encontre de l'assureur social – lorsque des surveillances seront effectuées en violation de cette disposition. La pratique mise en place par le Tribu-

nal fédéral ayant vocation à s'appliquer « aux preuves recueillies illicitement », elle pourra, sans difficulté dogmatique, être transposée aux situations dans lesquelles la future base légale n'aura pas été respectée. Dans cette mesure, une intervention législative plus précise eût été la bienvenue, afin de réaffirmer les contours du projet social helvétique.

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

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

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

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen boten mir die Möglichkeit, mich rasch gut zu vernetzen. Sie leisten mit dem von ihnen mitgetragenen Magazin plädoyereinen wichtigen Beitrag zur rechtspolitischen Diskussion in der ganzen Schweiz.

Kurt Pfändler, Zürich

Präventionsstrafrecht – strafrechtshistorisch betrachtet

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

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

² Vertiefend Meyer, S. 2 ff.

³ Strafen und Massnahmen i.S.d. StGB.

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

⁵ Vgl. Daniel Jositsch / Gian Ege / Christian Schwarzenegger, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Zürich 2018, S. 18 f. m.w.H.

⁶ Jositsch / Ege / Schwarzenegger, Strafrecht II (Fn. 5), S. 19 mit Verweis auf Franz v. Liszt: Aufgaben, S. 171: «Die Strafe ist eines der Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens; aber sie ist nicht das einzige, sie ist insbesondere nicht das wirksamste Mittel».

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

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

Im Zuge der Ordnungsverschiebung der frühen Neuzeit wurde das Recht zu Strafen als «veröffentlichte» Strafgewalt auf die erstarrenden Territorien und Machthaber übertragen.¹ Das Strafrecht ist ein Macht- und Souveränitätsreservat vor allem des modernen Territorialstaates.² Gerade weil es in ein Dispositiv der Macht eingebettet ist, sollte es eine der Elementaraufgaben kritischer Jurist_innen sein, das Instrument des Strafrechts beziehungsweise des staatlichen Sanktionierens³ mit Blick auf Erhalt und Nutzen des Staates, der durch die ihm unterworfenen Bürger_innen konstituiert wird, als legitim, zweckmässig und sinnvoll sowie mit Bezug auf die Straftäter_innen als gerecht(fertigt) zu hinterfragen – oder als ungerecht zu demaskieren.⁴ Insoweit das Strafrecht bekanntermassen als Mittel zur Verhaltenssteuerung nur von beschränkter Kraft ist,⁵ muss vor übermässigen Grundrechtseingriffen bzw. Freiheitsverkürzungen durch eben diese Rechtsdisziplin gewarnt werden.⁶

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

- 9 Vgl. Marcel Senn, Wozu sind Juristen auszubilden?, Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna Reform, Rechtskultur: Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte 2012, S. 109 (118 f.).
- 10 Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin/Hedelberg 2015, S. 3.
- 11 Vormbaum, Moderne Strafrechtsgeschichte (Fn. 10), S. 117.
- 12 Vgl. Charlotte Schultz, Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2014, S. 217 ff.; Katrin Hawickhorst, Ein feindstrafrechtlicher Irrweg zur Terrorismusbekämpfung, Berlin 2011, S. 192 ff.; Stefan Huster / Karsten Rudolph, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?, in: Huster / Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt 2008, S. 9-25; Matthias Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, Tübingen 2015, S. 75 ff.; Jens Puschke, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, Tübingen 2017, S. 50 ff.; Peter-Alexis Albrecht, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, Berlin 2010, S. 149.
- 13 Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 667.
- 14 Mona, Strafrechtliche Grundlagen der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts unter Carl Stooss: Die Wurzeln des Präventionismus, ZNR 2013, S. 21 (30 f.).
- 15 Vgl. Rusch, Minority Report-Precrime auch bei uns?, AJP 2018, S. 936 (937).
- 16 Niggli, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht (Fn. 7), S. 13 ff.
- 17 Marcel Alexander Niggli / Stefan Maeder, Sicherheit als Ziel des Strafrechts?, in: Marcel Alexander Niggli / Stefan Maeder, Sicherheit als Ziel des Strafrechts?, in: Brägger/Steiner/Vuille (Hrsg.), Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?, Bern 2012, S. 24 ff.
- 18 David Garland, Punishment and Modern Society, Oxford 1991, S. 2016 f.; David Garland, The Culture of Control, Oxford 2001, S. 11; César Fortete / José Daniel Cesano, The Role of Victimization, Punitive Attitudes and the Mass Media, S. 66 ff.; vgl. auch zum italienischen «diritto penale di emergenza» M. Donini, ¿Una nueva edad media penal?, in: J. M. Terradillos Basoco/M. Acale Sánchez (Hrsg.), Temas de Derecho Penal Económico, Madrid 2004, 214 f. m.w.H.
- 19 Günther Jakobs, Feindstrafrecht, ZStW 1985, S. 753; Günther Jakobs, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, S. 47 ff., «Feinde»: Wenn und soweit Individuen bekämpft werden sollen, die sich in ihrer Haltung «vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben, also die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die für die Behandlung als Person erforderlich ist» Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 92.
- 20 Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 149 ff., 667 ff.
- 21 Vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983.

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

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

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

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

Prävention und «Gefährlichkeit» von der Antike bis heute

Bemerkenswert ist, dass Gedanken über Sinn und Zweck des Strafs, aus denen sich präventive Aspekte lesen lassen, bereits seit

- 22 Niggli, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht (Fn. 7), S. 43.
- 23 Mayer, Festschrift Englisch, S. 54 (64) mit Verweis auf ein Originalzitat von Kant in *Metaphysik der Sitten* (1797). Für Hegel sei das Verbrechen die Negation des Rechts, die Strafe die Negation der Negation; Vormbaum, *Moderne Strafrechtsgeschichte* (Fn.10), S. 61.
- 24 Platon, Protagoras, 324b (380 v. Chr.).
- 25 Carl Stooss, *Motive zu dem Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, 1893, S. 88.
- 26 Vgl. Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 247 ff.
- 27 Jositsch / Ege / Schwarzenegger, *Strafrecht II* (Fn. 5), S. 12.
- 28 Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 251.
- 29 Marcel Senn, *Rechtsgeschichte*, Zürich 2007, S. 211-217.
- 30 Vgl. hingegen die damalige Position von Beccaria, der 1764 die Vergeltung als «Instrument der Wut und des Fanatismus oder schwachen Tyrannen» kritisiert; Beccaria, *Fine del pene*, § XII, 54 f.
- 31 Albrecht, *Sicherheitsgesellschaft* (Fn. 12), S. 24.
- 32 Felix Herzog, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Frankfurt a.M. 1987, S. 89 ff. Gleichwohl darf man Kant einen moralischen Rigorismus vorhalten: «Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Thaten werth sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat: weil es als Theilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betreten werden kann» (Kant, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, Band VI, S. 333).
- 33 Hegel, *Werke*, Band 7 (Grundlinien der Philosophie des Rechts), Zusatz zu § 99, S. 190.
- 34 Anna Coninx, *Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht*, recht 2016, S. 158; *Recht ist Ordnungsinstrument aber kein Instrument Individualkontrolle*; Albrecht, *Sicherheitsgesellschaft* (Fn. 12), S. 25.

der Antike überliefert sind. So hielt schon Platon fest: «Wer aber mit Vernunft sich vornimmt, einen zu strafen, der bestraft nicht um des begangenen Unrechts willen, denn er kann ja doch das Geschehene nicht ungeschehen machen, sondern des Zukünftigen wegen, damit nicht auf ein andermal wieder, weder derselbe noch einer, der diesen bestraft gesehen hat, dasselbe Unrecht begehe».²⁴ Auch der «Vater» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Carl Stooss, schaute primär in die Zukunft wenn festhält, dass es Ziel des Strafrechts sei «die Zahl der Verbrechen und der Verbrecher_innen* wenige Jahre nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches sehr bedeutend [zu] vermindern».²⁵ Der «Präventionsgedanke» ist der Strafrechtsdiskussion mit der Frage nach der Zweckmässigkeit und Wirksamkeit der Strafe quasi mit in die Wiege gelegt worden und – nicht wie oft pauschalisierend angenommen – ein Phänomen der jüngsten Zeitgeschichte. Dabei wurde, anders als in der Fachöffentlichkeit zuweilen insinuiert, der Präventionsgedanke – nach einer theokratischen Phase²⁶ – im Zeitalter der Aufklärung wiederentdeckt beziehungsweise hat sich gegen die sogenannten absoluten Straftheorien durchgesetzt.²⁷ Im theokratischen Rechtsdenken war Strafe immer primär Vergeltung für eine Verletzung der göttlichen Schöpfungsordnung.²⁸ Mit der Säkularisierung der Strafrechtsordnung im 18. Jahrhundert trat das Verhältnis von Täter_innen und Staatsmacht in den Mittelpunkt, wobei vermehrt nach Nutzen und Nachteil staatlicher Strafe gefragt wurde.²⁹

Talion und Strafrecht der Aufklärung

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

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

Kant hatte bereits damals den Grundstein des Problems zwischen der Menschenwürde und dem Präventionsstrafrecht frei-

- 35 Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 252.
- 36 Mayer, Festschrift Englisch, S. 54 (64) mit Verweis auf ein Originalzitat von Kant in Metaphysik der Sitten (1797). Für Hegel sei das Verbrechen die Negation des Rechts, die Strafe die Negation der Negation; Vormbaum, Moderne Strafrechtsgeschichte (Fn. 10), S. 61 f.
- 37 Kant ging sogar so weit, zu sagen, dass wenn auf einer einsamen Insel nur noch ein Verbrecher übrig bleiben sollte, dieser Sterben müsse, damit ihm genau dies widerfahre, was er verdiene.
- 38 Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 24.
- 39 Eren Basar, Modernes Strafrecht – vergessene Freiheit?, Berlin 2014, S. 30.
- 40 Wolfgang Naucke, in: Hassemer / Lüderssen / Naucke (Hrsg.), Frankfurt a.M. 1979, Hauptprobleme der Generalprävention, S. 15.
- 41 Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, S. 38, § 12 und 13: «Sollen (...) Rechtsverletzungen überhaupt verhindert werden, so muss neben dem physischen Zwange noch ein anderer bestehen, welcher der Vollendung der Rechtsverletzung vorhegt, und, vom Staate ausgehend, in jedem einzelnen Falle in Wirksamkeit tritt, ohne dass dazu die Erkenntnis der jetzt bevorstehenden Verletzung vorausgesetzt wird. Ein solcher Zwang kann nur ein psychologischer sein».
- 42 Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts (1801), Reprint Goldbach 1996, § 87 ff.
- 43 Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts (1801), Reprint Goldbach 1996, § 116.
- 44 Basar, Modernes Strafrecht (Fn. 39), S. 42 m.w.N.
- 45 Der Grundsatz «nulla poena sine lege» geht auf Feuerbach zurück und fundiert seine Theorie der Genralprävention bzw. seine Theorie des psychischen Zwanges.
- 46 Senn, «Gefährlichkeit» (Fn. 4), S. 257.
- 47 Jositsch / Ege / Schwarzenegger, Strafrecht II (Fn. 5), S. 14.

gelegt. Präventionsstrafrecht war für Kant Ausdruck eines «affektierten Humanismus, der die Autonomie der Täter_innenpersönlichkeit* missachte».³⁵ Die Strafe solle vielmehr ausgesprochen werden, weil die Täter_innen etwas verbochen hätten, sie ist Talion.³⁶

Durch das Vergeltungsprinzip sollte damals einem überbordenden Zweckdenken im Strafrecht Einhalt geboten werden. Doch trotz Kants rigorosem Ansatz³⁷ bleibt der Präventionsgedanke im Denkrepertoire vieler Jurist_innen und hat sich letztlich durchgesetzt. In der Aufklärung wurde das Strafrecht erstmals in den Dienst gesellschaftlicher Nützlichkeitsabwägungen gestellt.³⁸

Gefahr für den rechtlichen Zustand

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

Kriminalanthropologie

Mit dem Naturalismus wurde eine Verschiebung eingeläutet, die bis heute anhält.⁴⁵ Von der Objektivität des Begriffs «Gefährlichkeit» im Sinne Feuerbachs wurde Abschied genommen und dieser zugleich mit dem Begriff der «Naturgesetzlichkeit» ausgetauscht.⁴⁶ Der Positivismus hat dazu geführt, dass sich die Gesellschaft vom Idealbild des autonomen und vernunftbegabten Menschen losgesagt hat und demgegenüber neu ein Mensch propagiert wurde, der als den eigenen Dispositionen sowie den sozialen Einflüssen aus-

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

geliefert verstanden wurde.⁴⁷ Der auf dem Positivismus gründende Naturalismus hat zu einigen «unheiligen Allianzen» zwischen Jurist_innen und Mediziner_innen geführt, die in der Kriminalanthropologie eines Cesare Lombroso endeten, wonach Kriminalität ein biologisches (vererbbares) Faktum sei.⁴⁸ Festzuhalten bleibt, dass die Idee der Gefährlichkeit als «Anlage» einer Person gleichwohl durch die «moderne» Strafrechtsschule aufgenommen wurde.

Die moderne Strafrechtsschule

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

Dogmatisch wird das Konzept der Gefahrenabwehr unmittelbar durch Franz von Liszt in das Strafrecht eingeführt.⁵¹ Liszt' für die Strafrechtstheorie der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bedeutende Gedankenanstösse und Neudefinitionen von strafrechtlichen Zielen werden als Ausgangspunkte der Entwicklung des Strafrechts hin zu einem System verstanden, das die schuldunabhängige Gefahrenabwehr inkludiert.⁵² Unter teilweiser Ablehnung eines physiognomisch oder genetisch definierbaren Verbrecher_innentyps, etabliert Liszt in Zeiten gravierender sozialer Spannungen das Verständnis eines gemässigten Zweckgedankens im Strafrecht. Durch die Erfahrungen des 19. Jahrhunderts geprägt, ist es für Liszt mitunter ein Unvermögen der reinen tatorientierten Vergeltungsstrafe, dass diese «Gewohnheitsverbrecher_innen*» nur ungenügend vor neuerlicher Delinquenz abzuhalten scheint. «Gefährlichkeit» erhält durch Liszt drei (neue) Ausprägungen beziehungsweise Täter_innengruppen:⁵³ Besserung der Besserungsfähigen und auch –bedürftigen; Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Täter_innen; Unschädlichmachung beziehungsweise Verwahrung der nicht (mehr) besserungsfähigen Verbrecher_innen. Insoweit bestimmt sich das Mass der «Strafe» nach der «Gefährlichkeit», wobei diese – ähnlich wie bei Feuerbach – durch den Wert, den eine Gesellschaft einem Rechtsgut⁵⁴ beimisst, sowie Art und Häufigkeit der Rechtsgutverletzung determiniert wird. Das Strafrecht vermag so, die von einer konkreten Tat beziehungsweise konkreten Täter_innen ausgehende Gefahr durch eine gesellschaftlich festgelegte Wertung autonom festzulegen.⁵⁵

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

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

Carl Stooss übernimmt dieses Gedankengut der modernen Strafrechtsschule,⁵⁸ was im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) neben Strafen zur Einführung von Massnahmen führte. Das neu geschaffene Institut der Massnahme, durchwegs spezialpräventiv geprägt, entspricht einem (rigorosen) Zweckgedanken im Strafrecht.⁵⁹ Die Loslösung des Konzepts der «Gefährlichkeit» vom Prinzip des idealen Rechts im Sinne Feuerbachs (Rechtsverletzungslehre) und die Implementierung in die Lehre des Rechtsgüterschutzes, hat letztlich zur absoluten Disponibilität über die Frage geführt, was «gefährlich» ist. Überspitzt formuliert: Gefährlich ist, was das Volk als gesetzgebende Instanz als gefährlich erachtet; gefährlich ist, was der Gesellschaft schadet und daher inhärent normativ.

Zum Präventionsstrafrecht der Gegenwart

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

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

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

aufgrund einer oft auch vagen Gefährlichkeitsprognose bloss eine schwache Abhilfe.

Ansätze der Eingrenzung aus der historischen Erkenntnis

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

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

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

Art. 74 StGB hält fest, dass die Menschenwürde des Gefangenen oder des Eingewiesenen zu achten sei.⁷¹ Die menschliche Würde schützt den intrinsischen Wert, der jedem Menschen kraft seines Menschseins zukommt. Sie ist im Sinne Kants als Grundnorm per-

- 72 Philippe Mastronardi, in: Ehrenzeller, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2014, N 44 zu Art. 7 BV; Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, N 28 zu Art. 1 GG: «Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird».
- 73 Matthias Mahlmann, Elemente eines ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008, S. 343.
- 74 Deshalb dürfen diese Eigenschaften in keinem Land Europas dem Menschen in Abrede gestellt werden; Matthias Mahlmann, Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt, EuR 2011, S. 480.
- 75 Jakobs, ZStW 1985 (Fn. 19) S. 753 ff.
- 76 Krit. bzgl. Feindbegriff und seiner analytischen Leistung: Kai Ambos, Feindstrafrecht, ZStrR 2006, S. 12.
- 77 Pascal Ronc, Lebenslange Verwahrung im Lichte der EMRK, in: Canapa / Landolt / Müller, Zürich/St. Gallen 2018, S. 330 (350); Peter Häberle / Markus Kotzur, Europäische Verfassungslehre, Zürich/St. Gallen 2016, S. 26.
- 78 Eingehend Anna Coninx, Life without parole for preventive reasons, in: Van Zyl Smit / Appleton (Hrsg.), Life Imprisonment, S. 435 (435 ff.).
- 79 Albrecht, Sicherheitsgesellschaft (Fn. 12), S. 101.
- 80 Coninx, recht 2016 (Fn. 34), S. 172; vgl. ferner Johannes Kaspar, Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR, ZStW 2015, S. 664 ff.
- 81 Pascal Ronc, Das Konzept der Resozialisierung in der EMRK, in: Coninx / Ege / Mausbach (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Zürich 2017, S. 35; vgl. Ernst Bloch, Das Prinzip Hoffnung, Frankfurt a.M. 1993.
- 82 Christine Morgenstern, Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK, RW 2011, S. 180; vgl. ferner im philosophischen Diskurs: Bloch, Das Prinzip Hoffnung (Fn. 81).
- 83 BVerfG 45, 187; Explanatory Memorandum, Recommendation Rec(2003)22 on conditional release, § 4: «Life-sentence prisoners should not be deprived of the hope to be granted release either. Firstly, no one can reasonably argue that all lifers will always remain dangerous to society. Secondly, the detention of persons who have no hope of release poses severe management problems in terms of creating incentives to co-operate and address disruptive behaviour, the delivery of personal-development programmes, the organisation of sentence-plans and security. Countries whose legislation provides for real-life sentences should therefore create possibilities for reviewing this sentence after a number of years and at regular intervals, to establish whether a life-sentence prisoner can serve the remainder of the sentence in the community and under what conditions and supervision measures», EGMR (GK), 09.07.2013, Vinter and others v. United Kingdom, Nr. 66069/09, 130/10 u. 3896/10, Rn. 116.

sonaler Autonomie zu verstehen und garantiert die Selbstbestimmung des Menschen. Die Menschenwürde verlangt, dass niemand bloss als Objekt, sondern immer als Subjekt zu behandeln ist.⁷² Zwar wird der Mensch im Alltag regelmässig zum Objekt gemacht. Und zweifellos zeichnet sich die Menschheitsgeschichte zu einem nicht unwesentlichen Teil dadurch aus, dass Menschen nicht als autonome Gestalter_innen, sondern Objekte von Entscheidungen anderer degradiert wurden. Wird aber deshalb die positive Kehrseite der Objektformel, die Selbstzweckidee, verworfen, folgt daraus die Akzeptanz dieses Objektstatus. Dadurch wird das normative Fundament seiner Kritik untergraben, statt die normative Grundlage in der Selbstzweckidee zu bewahren und sie als normativen Massstab zu gebrauchen.⁷³ Jene Rechtsphilosophie geht von Grundprämissen aus, die u.E. von den meisten Menschen geteilt werden: die Existenz eines (relativen) freien Willen sowie die Vernunft und dem Faktum, dass sich jeder Mensch als Zweck an sich erachtet.⁷⁴ Damit ist schon einiges gewonnen: Regelungen, welche die Straftäter_innen als blosser «Gefahrenquelle», zu «Feind_innen* des Rechtsguts»⁷⁵ machen, nähmen den Täter_innen ihren Status als Bürgerinnen und Bürger, ihre Privatsphäre und letztlich seinen Achtungsanspruch.⁷⁶ Einer Person, die als gefährlich eingestuft wird, darf nicht (endgültig) die innere Potenz zur Änderung abgesprochen werden, ansonsten sie nicht mehr als Subjekt mit menschlichen Eigenschaften angesprochen und behandelt wird, sondern als blosses Objekt der Verbrechensbekämpfung – was sie zu einer einzigen Gefahrenquelle degradiert.⁷⁷ Eine Rechtsordnung, welche die Menschenwürde als ihr normatives Zentrum erachtet, darf keine Kriminalpolitik der Entmündigung verfolgen.

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

84 S. aber Coninx, recht 2016 (Fn. 34), S. 157 ff.

85 Humanisierung i.S.v. Abmilderung des Strafrechts für den Einzelnen; zum Ganzen: Vormbaum, Moderne Strafrechtsgeschichte (Fn.10).

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

Fazit

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

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

Michael Ausfeld, Zürich

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

Pierre Bayenet, Genève

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

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

1 www.djs-jds.ch, texte rédigé par Madame Catherine Weber, secrétaire des JDS de 1998 à 2011.

Selon son but affiché sur son site internet, l'association des Juristes Démocrates de Suisse JDS (ou Juristes progressistes) s'est donné pour objectif de contribuer à la démocratisation du droit et de la société, ainsi que de développer – ce qui inclut aussi de défendre – la protection juridique des personnes¹.

Les buts et moyens à dispositions des JDS

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

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

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

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

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

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

Un instrument européen utilisé dès les prémices des juristes démocrates

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

Dans le contexte mouvementé de « Lôzane bouge », entre 1980 et 1981, un avocat éminent de l'Association des juristes progressistes genevois, Me Rudolf Schaller, avait vu son droit de pratiquer dans le canton de Vaud suspendu par la Cour plénière du Tribunal cantonal vaudois pour une durée de huit mois. Il a formé un recours au Tribunal fédéral contre cette suspension et a invoqué les garanties de procédure déduites de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme³, notamment le principe de la publicité des débats et celui de la garantie du procès équitable, sous l'angle du droit d'être entendu et de faire entendre des témoins.

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

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

En 1982, les juristes démocrates de Suisse, groupe régional de Bâle, ont contesté une modification du Code de procédure pénale du Canton de Bâle-Ville prévoyant des mesures de surveillance des communications postales, téléphoniques et télégraphiques des personnes accusées ou soupçonnées de crimes ou de délits. Les juristes démocrates invoquaient en particulier une violation de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention. Le recours a été rejeté, mais son examen a permis au Tribunal fédéral d'indiquer à quelles conditions une telle surveillance était possible au regard des exigences posées par la Convention et d'affirmer qu'en principe, la personne surveillée devait par la suite être avisée de la surveillance effectuée⁴. Ces principes ont ensuite été repris lors de l'élaboration de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, puis, lors de l'unification de la procédure pénale, par les articles 269 à 281 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, entré en vigueur le 1er janvier 2011.

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

- 5 ATF 136 I 87, JT 2010 I 367 et rés. in RDAF 2011 I 340 avec
- 6 Notamment commentaire d'Olivier Bigler in RDAF 2011 I 344
- 7 ATF 137 I 31, JT 2011 I 221

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

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

Enfin, le recours a été admis sur un autre point. Une recommandation a été adressée au canton de Zurich de prévoir pour la personne placée en garde à vue par la police de pouvoir saisir en tout temps et directement - soit sans instance administrative intermédiaire - une autorité judiciaire pour faire contrôler la légalité de sa privation de liberté⁵. Comme l'ont relevé les commentateurs, il s'agit là d'un arrêt très important pour le droit de la police⁶.

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

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'admet la possibilité d'une garde à vue prévue par le concordat que parce qu'elle est conçue comme l'ultima ratio (soit comme un usage de la force en dernier recours, introduit une fois que tous les autres moyens pacifiques ont été épuisés). Cette possibilité ne peut ainsi être ordonnée que si une interdiction de périmètre a été précédemment ordonnée et s'est révélée inefficace, parce qu'elle n'a pas été respectée ou parce qu'il est certain que la personne visée ne veut pas s'y soumettre. En outre, elle ne peut être prononcée qu'en présence de risque d'infractions particulières et en prévision de manifestations qualifiées. Enfin, elle est limitée à 24 heures et la personne privée de liberté peut saisir en tout temps un juge⁷.

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

- 8 ATF 138 I 331, rés. in RDAF 2013 I 370
- 9 ATF 139 III 98, JT 2014 I 35
- 10 ATF 143 I 147, JT 2017 I 107
- 11 ATF 143 I 227
- 12 ATF 133 I 286, JT 2011 IV 79
- 13 Arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2016 dans la cause 1C_604/2015 reproduit in RDAF 2016 I 487

cours, mais non sans indiquer qu'il procédait à une interprétation conforme à la Constitution, présumant notamment que les organes chargés de l'exécution de l'aide sociale ne requerraient pas une procuration de la personne demandant l'aide sociale en violation des dispositions de la législation sur la protection des données⁸.

En 2012, les juristes démocrates zurichois ont recouru contre la loi d'introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte qui devait entrer en vigueur le 1er janvier 2013. Ils et elles critiquaient en particulier, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, l'attribution de compétences judiciaires au Conseil de district et au Préfet, autorités administratives. Au terme d'une analyse détaillée, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que ces autorités disposaient d'une indépendance et d'une impartialité suffisantes pour que les exigences de cette disposition soient considérées comme globalement satisfaisantes⁹.

En 2015, les juristes démocrates de Lucerne ont contesté une modification de la loi sur la police qui mettait notamment à la charge des organisateurs et organisatrices de manifestation sur le domaine public les frais d'intervention de la police. Les membres de la section lucernoise invoquaient notamment l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression et l'article 11 qui protège la liberté de réunion. Si le Tribunal fédéral a accepté sur le principe ce dispositif, il a annulé une disposition de la loi qui aurait permis de mettre à la charge d'un manifestant passif de tels frais pouvant s'élever jusqu'à 30 000 francs¹⁰.

Enfin, toujours en 2015, l'association des juristes progressistes vaudois a recouru au Tribunal fédéral contre la modification du Tarif des frais et dépens en matière administrative du Tribunal cantonal. Elle invoquait en particulier l'article 6 § 1 de la Convention, soutenant que l'augmentation sensible des émoluments était susceptible de rendre difficile l'accès à la justice. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours tout en soulignant que les émoluments devaient continuer à s'inscrire dans le cadre tarifaire actuel, une interprétation conforme à la Constitution du tarif étant dès lors possible¹¹.

Faire connaître la Convention

Les juristes démocrates (ou progressistes) ont déposé d'autres recours au Tribunal fédéral, où n'était pas en question l'application directe de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils concernaient par exemple la stricte séparation des mineur-e-s et des adultes en détention préventive¹² ou l'accès aux directives du Procureur général genevois¹³. Tous deux ont été admis. Il n'en reste pas moins que les droits octroyés aux citoyennes et citoyens par la Convention sont au centre de l'activité politique et judiciaire des juristes démocrates. Si les recours au Tribunal fédéral ne sont pas tous admis sans autre forme de procès, ils permettent de baliser le champ de l'activité étatique et au Tribunal fédéral de poser des grands principes conformes aux garanties que donne la Convention européenne des droits de l'homme aux citoyennes et citoyens du continent.

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

14 Plaidoyer 6/2016, édition spéciale consacrée à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

15 cf. communiqué « La CEDH et l'Etat de droit sont en jeu » consultable sur le site des JDS <https://djs-jds.ch>

et les juristes progressistes vaudois y ont consacré leur journée biennale de formation continue, dont les travaux ont été publiés dans la revue «plaidoyer» du mois de novembre 2016¹⁴.

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

Die zivilrechtliche Dreiklassengesellschaft

Einige Anmerkungen mit Blick auf Referenzländer in der EU

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

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

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

³ Linda Weber: Die Prozesskosten und der Zugang zum Gericht, eine Kritische Würdigung der Kostenregelung im schweizerischen Zivilprozess, Masterarbeit an der Universität Zürich, Juni 2015, zu finden unter: www.humanrights.ch/upload.

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

Das Schlagwort der zivilrechtlichen Dreiklassengesellschaft wurde erstmals im Jahre 2015 durch Isaak Meier, emeritierter Professor für Zivilrecht an der Universität Zürich, in die öffentliche Debatte eingebracht.¹ Meiers These wurde von Arnold Marti, Oberrichter und Titularprofessor an der Universität Zürich, weiter ausgearbeitet und politisch zugespitzt, indem er eine alarmierende Situation für den zivilen Rechtsschutz der Bevölkerung feststellte.² Im Wesentlichen wertete er dabei die aktuellen wissenschaftlichen Publikationen aus, die zu dem Thema des zivilrechtlichen Rechtsschutzes durch die neue schweizerische Zivilprozessordnung veröffentlicht worden sind, wie zum Beispiel die Masterarbeit von Linda Weber³, die wohl kritischste Würdigung der zivilprozesslichen Kostenregelung.

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

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

- 5 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/soziale-situation-wohlbefinden-und-armut-einkommensmitte.assetdetail.4522294.html>
- 6 Stand 2012 – siehe zu den Zahlen: Linda Weber a.a.O., S. 64, VI. C.

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

Die «alarmierende» Situation

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

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

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

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

Die Kostenrisiken des Zivilverfahrens

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

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

7 Siehe dazu zum Beispiel: «Die Barriere der Prozesskosten soll tiefer gelegt werden», Plädoyer 2/18, Seite 14 ff; Medienmitteilung des Bundesrates vom 02.03.2018 zur Vernehmlassung Revision der ZPO, <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-03-02.html>

8 Siehe zu den Kostenrisiken: Europäisches Justizportal, Verfahrenskosten – Stand 19.8.2018, https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-de.do

9 Siehe Marti a.a.O., RZ 12, S. 119.

10 Siehe Marti a.a.O., RZ 12, S. 119.

beziehungsweise abgewehrt werden soll. Mit Blick auf die Nachbarländer in der EU dürfte diese rote Linie für die Gesamtkosten erster Instanz bei der Hälfte des Streitwertes liegen.⁸ Die in der Schweiz üblichen zivilrechtlichen Kostenrisiken liegen nicht nur regelmässig über der roten Linie des halben Streitwertes, sondern übersteigen häufig sogar den Streitwert.⁹

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

Das Problem der Anwaltskosten und die Aufwandsentschädigung

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

Die Diskussionen über Rahmenbedingungen für Anwalt_innenkosten im Zivilverfahren sind mühsam, weil Schweizer Anwalt_innen schwach organisiert sind. Hier nur einige Stichworte: «Anwalt_Anwältin» ist ein Titel und nicht zwingend an eine anwaltliche Tätigkeit gebunden. Es gibt keine Vertretung aller schweizerischen Anwalt_innen, ausser dem Schweizerischen Anwalt_innenverband* SAV/FSA, der eigentlich ein «Anwalt_innenwirtschaftsverband» ist, weil dieser hauptsächlich im Sinne der Wirtschaftsanwalt_innen lobbyiert. Im Vergleich dazu bleibt der forensische Anwalt_innenbereich unbedeutend. Gleichzeitig übernimmt der Schweizerische Anwalt_innenverband* quasi staatliche Aufgaben, wie zum Beispiel die Vergabe von Fachanwalt_innentiteln. Zudem werden die in den Anwalt_innenregistern eingetragenen Anwalt_innen durch eine kantonale Staatsaufsicht kontrolliert, die mehrheitlich aus Richter_innen und Staatsanwalt_innen besteht – ein Alleinstellungsmerkmal in Europa.

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

Im Ergebnis wird man prognostizieren können, dass eine forensische anwaltliche Tätigkeit, die nach Stunden abgerechnet wird und den zeitlichen Aufwand

- 11 Vgl. Linda Weber, a.a.O., VII.A.6. d., S. 82;
- 12 Einen guten Blick in die Abgründe in das Replik- und Novenrecht gewährt der Beitrag der Rechtsanwältinnen Hunsberger und Wicki in der AJP/PJA, 4/2017, S. 453 «Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik». Ziemlich anschaulich wird hier ausgebreitet, wie Gerichts- und Anwaltsressourcen sinnlos verbraucht werden.

ersetzt, nicht geeignet ist, um für die gesamte Schweizer Bevölkerung die Ressource «Anwalt_innen» zur Verfügung zu stellen.

Der Rechtsfrieden

Völlig unterschätzt wird im weiteren auch der Kostenfaktor der Organisation des Zivilprozesses.

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

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

Die neue ZPO beschleunigt diese Fehlentwicklung, indem die Verfahrensabschnitte noch weiter formalisiert und dem Gericht keine Instrumente an die Hand gegeben wurden, um auf eine ökonomische und rechtssichere Prozessführung hinzuwirken. Die ZPO verlagert damit die Verantwortung für einen sinnvollen ökonomischen Prozess einseitig auf die Parteien und die Anwalt_innen. Die Folge davon sind höhere Anwalt_innenkosten und eine geringere Qualität der Urteile. Die Verschärfungen im Replik- und Novenrecht¹² und der unbegründete Fristendruck erweitern noch die Möglichkeiten der Gerichte, Urteile lediglich nach formalen Gründen zu entscheiden.

Laienrichter_innen, Berufsrichter_innen, Gerichtsschreiber_innen

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

Gerichtspraxis zu garantieren, bedarf es einer speziellen Richter_innenausbildung für Berufsrichter_innen sowie deren Unabhängigkeit gegenüber externen Einflüssen, deren äussere Merkmale über alle Zweifel erhaben sind. Mit diesen äusseren Merkmalen ist die institutionelle Unabhängigkeit gemeint. Konkret bedeutet dies: Richter_innen üben keine andere bezahlte Tätigkeit aus und erhalten ihr Amt durch ein transparentes, demokratisch legitimates Wahlverfahren ohne dass daraus irgend welche Verpflichtungen resultieren.

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

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

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

Gesellschaftliche Schäden und Folgeschäden

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

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

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

Beiden Bevölkerungsgruppen dürfte aber gemeinsam sein, dass sie den mangelnden Zugang zu den Zivilgerichten als einen Teil der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz ansehen. Dies eben auch mit weitreichenden Konsequenzen der grundsätzlich indifferenten Haltung gegenüber der Gerichtsbarkeit und den Institutionen des Rechtsstaates.

Ausblick

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

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

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

Die überfälligen Reformen des Zivilrechtswesens und der Status der Anwält_innenschaft sind in Zukunft nicht zu erwarten. Umso dringlicher erscheint es, dass die Kritik an dem Gerichtswesen nicht den Rechten überlassen wird, sondern von links offensiv die rechtsstaatlichen Standards – wie der Zugang zu den Zivilgerichten für die Gesamtbevölkerung – eingefordert werden.¹³ Die Gerichtsbarkeit muss breitflächig in der Bevölkerung verankert sein, Ansetzen rechten Populismus und fundamentalen Gerichtsbashing entgegenzutreten zu können.

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

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

- 1 Selon cette disposition, le Service de renseignement de la Confédération est autorisé à analyser tous les signaux qui quittent la Suisse pour l'étranger au moyen de mots-clés. Toutefois, ainsi que le relève à juste titre Martin Steiger, l'utilisation d'internet se fait presque toujours via des réseaux et des serveurs basés à l'étranger (Steiger Martin, «Neue Nachrichtendienstgesetz: Jeder ist verdächtig und wird überwacht», NZZ am Sonntag, 28 août 2016).
- 2 Cette disposition oblige les entreprises fournisseuses de services de télécommunication à conserver pendant six mois les données secondaires de télécommunication de leurs client-e-s.
- 3 Arrêt 1C_598/2016 du 02.03.2018. Cet arrêt paraît pour le moins critiquable: en effet, le TF n'a pas analysé ni le type de données ni la quantité de données en cause. Or, comme le souligne à juste titre le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme dans son rapport sur le droit à la vie privée à l'ère numérique, ces données secondaires «peuvent aller bien au-delà de ce que l'on obtient en accédant au contenu d'une communication privée» (30 juin 2014, A/HRC/27/37, p. 7). Le TF aurait également dû déterminer si la collecte et la conservation constituaient en soi une ingérence, peu importe que les données soient ou non, par la suite, exploitées.
- 4 Tout à chacun-e est visé par ces dispositions, y compris les personnes tenues au secret professionnel. Ces mesures constituent dès lors une forme de surveillance de masse préventive non fondée sur des soupçons (Lettre du commissaire européen aux droits de l'homme, Nils Muiznieks, adressée au conseiller fédéral Ueli Maurer, en date du 23 septembre 2015. Voir également dans ce sens Bernhard Isenring / Laura Quiblier, Der Preis der Sicherheit, Sécurité & droit, 3/2017, p. 128/138).
- 5 Une étude de l'Institut Max-Planck portant sur l'efficacité des mesures de surveillance généralisée (conservation des données secondaires) a estimé que cette surveillance n'apporterait absolument pas les résultats escomptés (Michael Kilchling et al., Gutachten der kriminologischen Abteilung

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

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

Depuis quelques années, le nombre de dispositions qui sacrifient notre vie privée au nom d'un intérêt public ou privée prépondérant a massivement augmenté. Ainsi, sous prétexte de lutte contre le terrorisme et la criminalité, la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) et la Loi fédérale sur le renseignement (LRens) prévoient toutes deux des mesures particulièrement intrusives, empiétant de façon disproportionnée sur notre droit à la vie privée (art. 13 Cst.), telles que l'exploration du réseau câblé (art. 39 LRens)¹ et la conservation des données secondaires de télécommunication (art. 26 al. 5 LSCPT)². Le Tribunal fédéral (TF) a, certes, dernièrement considéré que l'atteinte au droit à la vie privée en cas de conservation de données secondaires demeurerait proportionnée et admissible³. Toutefois, vu le nombre de personnes touchées⁴, la gravité de l'atteinte, les ressources mobilisées, l'efficacité relative de telles mesures⁵, les risques potentiels d'abus, on peut plutôt penser le contraire⁶.

des Max-Planck-Instituts für ausländisches und Internationales Strafrecht im Auftrag des Bundesamtes für Justiz zu möglichen Schutzlücken durch den Wegfall der Vorratsdatenspeicherung, Freiburg i.Br. 2011).

- 6 La décision de la CourEDH est donc attendue avec impatience.
- 7 Le peuple suisse sera amené à se prononcer sur ce sujet le 25 novembre 2018. Espérons qu'il fasse preuve de plus de clairvoyance que lors de la votation sur la LRens.
- 8 Requête no 61838/10. Dans cet arrêt, la CourEDH a retenu que la surveillance d'un-e assuré-e était contraire à l'art. 8 CEDH, faute de base légale suffisante.
- 9 C.5.1.2. Pour une critique de l'arrêt, voir Anne-Sylvie Dupont, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_806/2016, REAS 2017, pp. 387-392.
- 10 Arrêt de la Cour suprême zougise (GVP 2017 195) du 11.05.2017, c. 4.5.4. Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral (cf. TF 6B_758/2007 du 26.09.2017). A contrario, dans un autre arrêt STK 2017 1, le Tribunal cantonal de Schwytz a considéré que les dispositions de la LPD n'avaient pas été respectées et que les images ne pouvaient donc pas être utilisées comme moyen de preuve.
- 11 Cette liste n'est de loin pas exhaustive. D'autres arrêts pourraient être mentionnés tels que l'arrêt de la Cour suprême du Canton de Berne du 29.12.2017 (BK 17 358) dans lequel elle a estimé que le fait de poser un traceur GPS sous une voiture n'était en soi pas pénalement répréhensible.
- 12 Par exemple, l'accès à certains réseaux sociaux comme Facebook.
- 13 Certaines compagnies d'assurances automobiles offrent des réductions de primes aux assuré-e-s qui acceptent de fournir des données sur leur pratique de conduite.
- 14 Par ex. la CSS propose des rabais en échange d'informations sur le nombre de pas effectués chaque jour. Ce programme exclut donc les personnes à mobilité réduite.
- 15 Voir à ce sujet les explications du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence concernant les systèmes «Pay as you drive» (PAYD) et l'utilisation de «boîtes noires» dans les véhicules automobiles, décembre 2015.
- 16 Dans l'exemple de la CSS, le rabais proposé s'élève à environ CHF 10 par mois en échange d'informations sur le nombre de pas effectués chaque jour (Rochelandet Fabrice, Economie des données personnelles et de la vie privée, La Découverte, 2010, p. 115).
- 17 Par ex. celles d'une carte de fidélité.

Enfin, en plus du caractère disproportionné de ces mesures, est également problématique le fait que le législateur suisse attribue parfois à des organisations privées plus de compétences que celles dont disposent les autorités chargées de poursuite pénale. Par exemple, les entreprises d'assurances seront, conformément à l'art. 43a du nouveau projet de Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales⁷, autorisées à surveiller leurs assuré-e-s dans des espaces privés qui sont librement visibles depuis un lieu accessible au public.

... et dans la jurisprudence récente

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

Outre l'arrêt pour lequel la Suisse a été condamnée, d'autres récents arrêts tant cantonaux que fédéraux témoignent d'une tendance globale à l'affaiblissement de la vie privée. Ainsi, dans l'arrêt ATF 143 I 377, le TF a considéré que les preuves recueillies lors de l'observation d'un espace public étaient illicites, mais exploitables. Il convient dès lors de constater que le TF a accordé un plus grand poids à l'intérêt public à la prévention des fraudes à l'assurance qu'à l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée⁹.

La Cour suprême du Canton de Zoug a, quant à elle, considéré que les enregistrements faites par les caméras embarquées (« Dash-cams ») constituaient certes une atteinte à la personnalité de l'accusé mais qu'elles pouvaient se justifier par un intérêt privé prépondérant¹⁰. Pour terminer, il faut citer encore l'arrêt TAF D-6428 du 14 décembre 2017 dans lequel le Tribunal administratif fédéral a admis les investigations du SEM qui avait consulté le profil Facebook d'un requérant afin d'obtenir des informations le concernant¹¹.

La « marchandisation » de notre vie privée

Le premier chapitre a relevé que nous sommes parfois contraint-e-s de sacrifier notre vie privée au nom d'un intérêt public ou privé prépondérant. Il arrive toute-fois que dans certaines situations, nous choisissons de renoncer délibérément à certains aspects de notre vie privée en échange de services¹² ou d'autres avantages¹³. Notre vie privée est ainsi devenue, en quelques années, une sorte de monnaie d'échange. Or cette évolution n'est pas sans danger.

- 18 Il est possible d'identifier une personne uniquement à l'aide de trois informations, à savoir le code postal, la date de naissance et le sexe (Latanya Sweeney, Simple Demographics Often Identify People Uniquely. Carnegie Mellon University, Data Privacy Working Paper 3. Pittsburgh 2000, p. 2) ou simplement en observant la liste des sites consultés (cf. Michael Barbaro / Tom Zeller, A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749, New York Times, 9 août 2006).
- 19 C'est le cas de Vizio qui, via ses téléviseurs, collectait notamment des informations sur ses client-e-s telles que le programme visionné, l'adresse IP ou encore les points d'accès Wi-Fi sans que ceux-ci ou celles-ci n'y aient consentis (Bergounhoux Julien, Vizio condamné pour avoir espionné 11 millions d'acheteurs de ses smart TV, L'Usine Digitale, 7 février 2017)
- 20 Voir, par ex. la poupée «Mon amie Cayla» dont il est possible de prendre le contrôle et de se connecter à distance, à condition de se trouver à moins de neuf mètres du jouet. A noter que, contrairement à d'autres pays européens qui ont interdit la vente de ce jouet, la Suisse n'a pris aucune mesure, faute d'instance disposant de la compétence de retirer un produit qui ne respecterait par la protection des données. (Cf. Interpellation 17412 de Mathias Reynard, «Jouets connectés. Comment éviter des dérives», 13 décembre 2017).
- 21 Comme par ex. la salle de bain ou la chambre à coucher.
- 22 Le fondateur du Forum économique mondial, Klaus Schwab, a ainsi déclaré en 2013 que d'ici vingt ans régnerait la transparence absolue et qu'il n'y aurait plus de vie privée (Thür Hanspeter, Privatsphäre im Internetzeitalter: Möglichkeiten und Grenzen der Datenschützer, in: Boehme-Nessler Volker / Rehinder Manfred, Big Data: Ende des Datenschutzes? Gedächtnisschrift für Martin Usteri – Schriften zur Rechtspsychologie (Band 15), Bern 2017, p. 73). Cf. également les déclarations de Mark Zuckerberg («The Age of Privacy is over») et de Vint Cerf («La vie pourrait en réalité être une anomalie»).
- 23 Une étude sociologique a ainsi constaté que les changements effectués par certaines plateformes sociales afin d'amoindrir la vie privée provoquent à chaque fois des réactions de défense des utilisateurs et utilisatrices qui renforcent leurs paramètres de confidentialité et cherchent de nouvelles stratégies pour mieux protéger leur vie privée («cyclicité de la vie privée» ; Casilli Antonio, Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée, La Documentation Française 2014, pp. 423-434).
- 24 Dans ce sens, cf. TF 1C_598/2016 dans lequel le TF a considéré que l'enregistrement des données secondaires pouvait nuire à la liberté d'expression («chilling effect») (consid. 4.1).
- 25 Volker Boehme-Nessler, Die Macht der Algorithmen – Anmerkungen zum Einfluss von Big Data auf die Demokratie, in: Boehme-Nessler / Rehinder, Big Data: Ende des Datenschutzes? Gedächtnisschrift für Martin Usteri – Schriften zur Rechtspsychologie (Band 15), Berne 2017, pp. 111-138.

En effet, mar-chander notre vie privée est susceptible de favoriser les discriminations¹⁴ et d'accentuer les inégalités sociales, faisant de la vie privée un produit de luxe que seul-e-s ceux et celles qui disposent des moyens financiers pourront continuer à protéger¹⁵. Au surplus, force est de constater que nous allons de plus en plus de loin dans la « marchandisation » de notre vie privée en acceptant même désor-mais de fournir des données sensibles telles que celles relatives à la santé pour bénéficier de rabais souvent insignifiants¹⁶. A l'heure où certain-e-s avancent que la solution à ce problème serait d'instaurer un droit de la propriété sur nos données personnelles afin de pouvoir mieux les contrôler, rappelons-leur que le législateur suisse a expressément placé le droit de la protection des données dans les droits de la personnalité qui sont par nature inaliénables et extrapatri-moniaux.

L'impact des nouvelles technologies

Le progrès technologique fait également peser une menace grandissante sur notre sphère privée. En effet, l'analyse d'un grand nombre de données – même a priori inintéressantes¹⁷ – permet, à l'aide des nouvelles technologies, d'identifier une personne¹⁸ ou de dresser un profil précis de celle-ci, voire même de relever des aspects très intimes de sa personnalité comme par ex. son état de santé, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, etc.

De surcroît, les objets connectés se sont banalisés sans que nous ne soyons vraiment conscient-e-s du fait que ceux-ci collectent et traitent des données¹⁹. La prolifération de ces objets, dont la sécurité reste pour l'instant très rudimentaire²⁰, met sérieusement en péril notre vie privée, d'autant plus que ceux-ci ont parfois accès à des endroits autrefois protégés²¹.

A l'ère du numérique, les dangers qui pèsent sur notre vie privée n'ont cessé d'augmenter. D'aucuns y voient la fin prochaine de la vie privée²², tandis que d'autres, au contraire, considèrent que la protection de la vie privée s'est renforcée au fil des années²³.

Le but n'est pas ici de trancher cette question. Toujours est-il que l'affaiblissement de la vie privée, voire même sa disparition, mettent en péril l'ensemble de nos droits et libertés fondamentales²⁴ et l'essence même de notre Etat de droit²⁵.

Par conséquent, la protection de notre vie privée doit absolument être renforcée. A ce titre, l'éducation et la sensibilisation s'avèrent être des outils efficaces pour permettre aux individus de contrôler leur vie privée. Toutefois, cette mesure n'est pas suffisante car, comme certaines récentes études l'ont démontré, même les utilisateurs et utilisatrices qui sont conscient-e-s des dommages potentiels liés à la publicisation de leur vie privée peinent à se protéger de manière efficace, et ce malgré le fait que la majorité des solutions pro-privacy soient gratuites²⁶. Il est dès lors indispensable de disposer d'une législation adaptée aux défis actuels²⁷ et respectueuse de la vie privée. Dans un contexte où la tendance est

26 Il y a plusieurs explications à ce paradoxe, à savoir: le manque d'information, une rationalité limitée par la quantité d'informations, les capacités cognitives ou le temps et des distorsions psychologiques (cf. Rochelandet (note 16), p. 81 ss. Acquisti Alessandro, Privacy in Electronic Commerce and the Economics of Immediate Gratification, in: EC ,04 Proceedings of the 5th ACM conference on Electronic commerce, New York 2004, pp. 21-29. Voir également David Gance, Facebook et le «paradoxe de la vie privée», The Conversation, 10 avril 2018).

27 Relevons au passage que la Loi sur la protection des données, datant de 1993, est en cours de révision. Or les débats semblent, depuis 2016 et l'envoi en consultation de l'avant-projet de révision totale de la LPD, s'éterniser. En comparaison, la création d'une base légale pour la surveillance des assurées a été bien plus rapide. Quand on veut, on peut !

au démantèlement de la vie privée et, plus généralement, des principes fondamentaux de l'Etat de droit, l'engagement des Juristes démocrates de Suisse est, plus que jamais, essentiel.

Wie steht es in der Schweiz um den Arbeitnehmer_innenschutz?

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

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

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

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

Veränderung der Arbeitswelt

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

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

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

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

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

Neuer Konkurrenzdruck?

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

Neue Gefahren

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

Die grosse Veränderung erfolgt aber wohl bei der Abgrenzung von Arbeit einerseits und Freizeit, Privatleben sowie Familie andererseits. Diese Vermengung kann zu erheblicher Mehrbelastung führen, indem keine eigentlichen Erholungszeiten mit autonomen Gestaltungsmöglichkeiten mehr bestehen. Sozialkontakte werden eingeschränkt. Wohl war die Zeitautonomie der Einzelnen auch in agrarischen Zeiten beschränkt. Ihre Arbeit wurde durch die Natur (fremd-)bestimmt. Heute wird sie aber durch die Organisation des Unternehmens und damit durch Vorgesetzte, die Geschäftsleitung und die Bedürfnisse des Kapitals bestimmt.

- 3 Art. 7 UWG; vgl. auch Art. 4 Bst. a UWG.
- 4 Art. 16 BVG.

Insofern erweist es sich auch immer etwas zweischneidig, wenn der Ruf nach Liberalisierung der Arbeitszeitregeln im Arbeitsgesetz mit dem Hinweis begründet wird, die Arbeitnehmer_innen wollten mehr Flexibilität bei den Arbeitszeiten. Dieser Wunsch besteht nur, wenn die Zeitsouveränität tatsächlich bei den Arbeitnehmer_innen liegt.

Regelung auf welcher Ebene?

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

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

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

Kündigungsschutz?

Es wird ein Ausbau des Schutzes vor diskriminierenden Kündigungen, namentlich vor Kündigungen älterer Arbeitnehmer_innen gefordert. Jeder Kündigungsschutz zu Gunsten einer bestimmten Kategorie von Arbeitnehmenden schafft Abgrenzungsschwierigkeiten und kann dazu führen, dass es für diese Personen schwieriger ist, eine Stelle finden. Zudem fragt sich, ob hier die Kosten nicht kollektiv zu tragen sind. Die Diskriminierung ist die Folge gesellschaftlicher Vorurteile. Von daher wird der Schutz älterer Mitarbeiter_innen sinnvollerweise durch das Sozialversicherungsrecht und nicht durch einen verstärkten Kündigungsschutz erreicht. Zu denken ist an eine Verminderung der Sozialversicherungsbeiträge älterer Mitarbeiter_innen⁴ und eine attraktivere Flexibilisierung des vorzeitigen Altersrücktritts.

Soll der Kündigungsschutz für die gewählte Vertretung der Arbeitnehmer_innenschaft in betrieblichen Organisationen ausgebaut werden? Art. 336 Abs.

- 5 Vgl. dazu Jean-Louis Duc, *Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO*, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.) *Arbeit und Arbeitsrecht*, Festschrift für Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 45 ff.
- 6 Der Baumeisterrverband macht dies inzwischen auch für die Sommermonate geltend.
- 7 Vgl. zu den Stressfaktoren: Simone Grebner/Ivana Berlowitz/Vanessa Alvarado/Manuel Cassina, in: SECO (Hrsg.), *Stress bei Schweizer Erwerbstätigen*, Bern 2010, S. 29 ff.

2 Bst. b OR gewährt keinen ausreichenden Schutz. Die Arbeitgeber_innenseite wendet gegen ein eigentliches Kündigungsverbot ein, solche Regelungen hätten im Ausland dazu geführt, dass ein vollständig geschlossenes Unternehmen als rechtliche Einheit habe weiterbestehen müssen, weil die Vertretung der Arbeitnehmer_innen bis zum Ablauf der Amtsdauer nicht hätte gekündigt werden können. So weit ist in der Tat nicht zu gehen. Es wäre möglich, eine minimale Kündigungsfrist für die Vertretung der Arbeitnehmer_innenschaft von beispielsweise sechs Monaten vorzusehen, so dass bei einem innerbetrieblichen Konflikt eine nicht genehme Vertretung der Arbeitnehmer_innenschaft nicht während des Konflikts durch Kündigung aus dem Gremium entfernt werden kann.

Eine weitere Schutzvorkehrung könnte in einer Verpflichtung bestehen, eine_n Mitarbeiter_in vor der Kündigung wenigstens anzuhören, was allein ein Gebot des Anstandes ist.

Lohnfortzahlungspflicht

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

Wöchentliche Höchstarbeitszeit

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

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

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

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

- 8 Grebner/Berlowitz/Alvarado/Cassina, S. 38 ff.
9 Art. 12 Abs. 2 ArG.
10 Art. 7 ArGV 2.

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

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

Pausen und Ruhezeiten

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

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

Aufzeichnung der Arbeitszeiten

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

- 11 Urs Maurer-Lambrou/
Andrea Steiner, in:
Maurer-Lambrou/Vogt
(Hrsg.), Basler Kommentar
Datenschutzgesetz, 2006, N.
- 12 Art. 13 Abs. 1 ArGV 1.
- 13 Art. 15 Abs. 1 Bst. b ArG.

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

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

Abgrenzung Arbeit und Freizeit

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

Die geltende Rechtslage erweist sich als eindeutig: Als Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes gilt jede Zeit, während der sich die Arbeitnehmer_innen zur Verfügung der Arbeitgeber_innen zu halten haben.¹² Liest ein_e Arbeitnehmer_in geschäftliche Mails, ist dies zweifellos Arbeit und damit auch Arbeitszeit. Diese Zeit zählt folglich zur Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes und darf grundsätzlich weder in der Nacht noch an Sonntagen erfolgen. Sie unterbricht auch die Ruhezeit, welche zwischen zwei Arbeitstagen zu gewähren ist. Hier bestehen folglich klare Schranken. Entsprechend ist es in der Tat nicht zulässig, dass ein_e Arbeitnehmer_in um fünf nach Hause geht und, nachdem er_sie sich um Familie und Haushalt gekümmert hat, zwischen 22.30 Uhr und 23 Uhr noch geschäftliche E-Mails zu Ende bearbeitet und am nächsten Morgen wieder um 8 Uhr im Betrieb sein soll. Dass entspricht auch kaum dem Bedürfnis der Arbeitnehmer_innen. Ihr Bedürfnis ist allenfalls, bereits um fünf nach Hause gehen zu können. Es ist aber kaum ihr Bedürfnis, um 22.30 Uhr noch einmal mit der Arbeit zu beginnen. Arbeiten Arbeitnehmer_innen von 8 bis 17 Uhr, so dauert ihr Arbeitstag immerhin bereits neun Stunden brutto, auch nach Abzug der obligatorischen Pause von einer halben Stunde¹³ verbleibt ein Arbeitstag von netto achteinhalb Stunden und damit, bei einer Fünftagewoche, eine Wochenarbeitszeit von 42,5 Stunden.

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

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

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

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

A l'heure d'achever cet article, un des deux auteur-e-s a été confronté au cas suivant: un locataire genevois s'est vu proposer un bail de durée déterminée de cinq ans, dont le loyer avait été bloqué à CHF 1'500 par mois pendant les trois premières années, en application de la loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR), puis porté à CHF 3'000 par mois pour les deux dernières années du contrat. A quelques mois du terme du bail, la régie a proposé au locataire de convenir d'un nouveau contrat de durée déterminée de cinq ans, pour un loyer mensuel de CHF 3'250. A la conclusion du bail initial, le locataire n'avait pas osé remettre en question l'échelon augmentant substantiellement son loyer, étant précisé qu'il ne pouvait le faire qu'en début de contrat (art. 270d CO).

En définitive, faute ici d'augmentation supérieure à 10% (TF 4A_295/2016 du 29.11.2016) entre le nouveau loyer et celui précédemment fixé, et compte tenu du fait que l'immeuble a été acquis plus de quarante ans auparavant par son propriétaire actuel – ce qui exclut en toute hypothèse le calcul de rendement –, le locataire, s'il accepte de signer le nouveau bail, n'a en pratique aucune chance de pouvoir contester avec succès le loyer imposé de CHF 3'250 par mois. Il se voit donc dans l'obligation d'accepter cette hausse ou de déménager à brève échéance, au mieux au terme d'une prolongation judiciaire de son bail (art. 273 al. 2 let. b CO). La seule échappatoire possible pour le lui est d'obtenir la requalification de son contrat en un bail de durée indéterminée.

Ce que prévoit le Code des obligations (CO)

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

La caractéristique du bail de durée déterminée réside dans le fait qu'il prend fin au terme de la durée convenue, sans congé (art. 255 al. 2 et 266 al. 1 CO), à l'inverse du contrat de durée indéterminée, qui doit être résilié par l'une ou l'autre des parties pour prendre fin.

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

Contexte de pénurie de logement

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

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

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

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

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

Il nous paraît à ce stade nécessaire de souligner que les normes de protection contre les congés abusifs ont une portée qui va au-delà de la remise en cause du motif du congé lui-même. Elles sont également les garantes de la remise en cause des loyers, que ce soit en début de contrat, ou en cours de bail à l'occasion d'une demande de baisse de loyer ou lors d'une contestation de hausse de loyer.

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

Pratique instaurée par certains bailleurs

Depuis plus d'une décennie, les praticien-ne-s ont vu plusieurs grandes régies ou certains bailleur-se-s importants, parfois même institutionnels, imposer de façon systématique des baux de durée déterminée, à tout le moins s'agissant du contrat initial.

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

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

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

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

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

Exposer la finalité du contrat de durée déterminée sous cet angle présentable, c'est en réalité oublier le cas des locataires lambda soumis-e-s à un tel contrat, qui n'oseront pas, par exemple, demander des travaux légitimes, ou à qui

la reconduction du bail sera refusée au motif – futile – que leur loyer a été payé tardivement à une ou deux reprises. Or ces deux cas de figure ne justifieraient en aucun cas un congé ordinaire ou extraordinaire.

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

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

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

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

Qu'en dit le Tribunal fédéral ?

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

Dans cet arrêt toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas suivi les juges genevois, qui avaient retenu une présomption en faveur de l'illicéité des contrats de durée déterminée en chaîne, sous réserve d'un motif particulier des bailleur-se-s justifiant le fait d'y recourir. Le Tribunal fédéral a, par la suite, eu l'occasion de confirmer que la question de la fraude à la loi était au centre de l'analyse de la licéité du contrat de durée déterminée, qu'il soit en chaîne ou unique (TF 4A_423/2013 du 13.11.2013 consid. 5.2 ; 4A_48/2018 du 18.05.2018 consid. 6).

Le Tribunal fédéral a par ailleurs énoncé qu'il appartenait aux locataires d'apporter la preuve de la fraude. S'il est malaisé d'apporter une telle preuve, cela l'est d'autant plus dans le cas des contrats de durée déterminée puisqu'il s'agit de démontrer l'intention des bailleur-se-s d'utiliser cette institution aux fins de décourager les locataires à faire valoir les différents droits que leur confère la loi, tout en ayant la volonté de se lier pour une période indéfinie, ce qui relève le plus

souvent de l'impossible. Hélas, les juges du Tribunal fédéral se sont arrêté-e-s à cette conception de la preuve, bien éloignée de la réalité du terrain, en particulier dans les cantons où sévit la pénurie.

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

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

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

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

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

Piste de solution législative

Nous l'avons vu, la solution proposée par le Tribunal fédéral, faute d'ancrage dans la réalité, n'offre, pour ainsi dire, aucune protection aux locataires, tout en validant les pratiques qu'elle entend théoriquement sanctionner. Les propositions formulées par une partie de la doctrine ou par certains tribunaux cantonaux

sont davantage en adéquation avec les spécificités du terrain et doivent être encouragées, notamment par le biais d'un travail fouillé d'instruction du cas afin de mettre en évidence un faisceau d'indices que le bail à terme fixe vise un but frauduleux.

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

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

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

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

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

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

Von der Fürsorge zur Repression

Etappen hin zur fortschreitenden Schwächung des Sozialhilferechts

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

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

Die Geschichte der Armenunterstützung enthält einige dunkle Kapitel: Armenhäuser, Arbeitserziehungsanstalten und weitere repressive Instrumente prägten lange Jahre den Umgang mit Armutsbetroffenen. Kantone und Gemeinden richteten die Leistungen mehr oder weniger unterschiedlich und einzelfallbezogen aus. Dies änderte sich erst in den 1960er-Jahren, als die SKÖF, die Vorläuferorganisation der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) allgemeingültige Richtlinien einföhrte. Das Jahr 1998 markierte dann einen Meilenstein: Mit der Einführung der SKOS-Richtlinien, die rasch in allen Kantonen breite Akzeptanz fanden, wurden die Sozialhilfeleistungen endlich schweizweit vereinheitlicht und statistisch untermauert. Der neu eingeföhrte pauschalisierte Grundbedarf

für den Lebensunterhalt (GBL) bildete einen Warenkorb ab, der gemäss einer Studie des Bundesamtes für Statistik (BFS) die durchschnittlichen Haushaltsausgaben der untersten 20% der Bevölkerung in der Einkommensskala abbildete.

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

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

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

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

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

Leistungsabbau und Willkür

Der Grundbetrag für den Lebensunterhalt (GBL) ist der Betrag, den Sozialhilfebezüger_innen – wie der Name sagt – für ihre alltäglichen Ausgaben zur Verfügung haben. Der GBL bildet einen Warenkorb ab und mit dem diesem Korb entsprechenden Geld sollen die Sozialhilfebezüger_innen die Ausgaben des täglichen Bedarfs bestreiten können: Lebensmittel, Kleider und Hygieneartikel einkaufen, Mobilität und Kommunikation et cetera. Ursprünglich war dieser Warenkorb an das Haushaltseinkommen der untersten 20% der Einkommensskala

angelehnt. In der SKOS-Revision 2005 wurde der GBL reduziert und richtete sich neu nach den untersten 10% der Einkommensskala. Im Gegenzug wurde eine Integrationszulage (IZU) geschaffen, welche aber nur denjenigen Sozialhilfebezüger_innen zustand, welche in der Lage und willens waren, in einem Beschäftigungsprogramm, mit einer Ausbildung oder anderweitig eine Integrationsleistung zu erbringen. Aktuell liegt der GBL für Einzelpersonen bei CHF 986, obwohl eine aktuelle Studie des BFS ergeben hat, dass er bei CHF 1076 liegen müsste.

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

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

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

Solche massiven Reduktionen des Grundbedarfs, teilweise nach völlig sachfremden Kriterien, haben nichts mehr mit dem ursprünglichen Gedanken der Sozialhilfe zu tun, welche sich am tatsächlichen Bedarf der betreffenden Person orientierte und so hoch ausgestaltet war, dass sie nicht nur das nackte Überleben sicherte, sondern auch eine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben erlaubte. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat dies im Jahre 2001 wie folgt formuliert: «Seine Würde bezieht ein Mensch einerseits aus einer minimalen materiellen Existenzsicherung, die sein physisches Überleben garantiert. Andererseits setzt ein menschenwürdiges Leben in den weiteren Dimensionen, die das Mensch-

Sein ausmachen – unter Einbezug seiner Psyche und seiner Eigenschaft als soziales Wesen – ein Mindestmass an sozialer Integration und an Möglichkeiten zur Teilnahme am gesellschaftlichen Leben voraus».

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

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

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

Bevormundung

In zahlreichen Lebensbereichen wurden in den letzten Jahren die Freiheiten der Sozialhilfebezüger_innen eingeschränkt. So werden mittlerweile in vielen Kantonen sowohl die Krankenkassenprämien wie auch die Miete von allen Sozialhilfebezüger_innen direkt vom Sozialamt bezahlt. Ursprünglich war dies nur für diejenigen Personen vorgesehen, die ihre Finanzen nicht im Griff hatten und wo die Gefahr einer Zweckentfremdung bestand. Mittlerweile werden in vielen Kantonen sämtliche Sozialhilfebezüger_innen unter den Generalverdacht gestellt, sie seien nicht in der Lage, ihre Miete und ihre Krankenkassenprämien selber einzuzahlen. Dies führt insbesondere bei den Mietzinszahlungen dazu, dass die Ver-

mieter_innen erfahren, dass die Miete direkt vom Sozialamt überwiesen wird. Das ist auch unter datenschutzrechtlichen Aspekten problematisch.

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

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

Parallelrecht

Ebenfalls zeichnet sich ab, dass Sozialhilfebezüger_innen in teilweise zentralen Bereichen des Lebens rechtlich anders behandelt werden. So ist zum Beispiel die Rechtsprechung zum Konkubinatsbeitrag aus zivilrechtlicher Sicht mehr als fragwürdig: Lebt eine sozialhilfebeziehende Person mit einem_einer Lebenspartner_in zusammen, der_die keine Sozialhilfe bezieht, so wird «erwartet», dass die verdienende Person die sozialhilfebeziehende Person finanziell unterstützt, selbst wenn erstere keinerlei zivilrechtliche Unterhaltsverpflichtungen hat. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die Vermutung auf, dass die beiden Lebenspartner_innen eine emotionale und auch finanzielle Lebensgemeinschaft führten. Der sozialhilfeunterstützten Person wird ein Konkubinatsbeitrag im Budget eingesetzt, unabhängig davon, ob sie dieses Geld auch wirklich erhält. Diese Vermutung ist in der Praxis praktisch unmöglich umzustossen: Ist die verdienende Person nicht bereit, ihre_n Lebenspartner_in finanziell zu unterstützen, wird ihr trotzdem ein Konkubinatsbeitrag als Einnahme angerechnet, was zu einer faktischen Kürzung der Sozialhilfeleistungen führt. Stossend an dieser Rechtsprechung ist vor allem, dass der Leistungswille der verdienenden Lebenspartner_innen, die keinerlei zivilrechtliche Unterhaltsverpflichtung haben, keine Rolle spielt. Mit dieser Rechtsprechung werden Konkubinatspaare, den Regeln des Zivilgesetzbuches (ZGB) völlig zuwiderlaufend, in eine eheähnliche Unterhaltsverpflichtung gezwungen und quasi sozialhilferechtlich zwangsverheiratet.

Eine weitere fragwürdige Einschränkung der Freiheit der Sozialhilfebezüger_innen ist die aktuelle Regelung, dass eine alleinerziehende Mutter, spätestens wenn ihr Kind ein Jahr alt ist, dieses fremdbetreuen lassen und wieder arbeiten

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

Überwachung und Kriminalisierung

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

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

Warum unnötig? Die Strafbehörden sind schon jetzt dazu berechtigt, verdeckte Ermittlungen und Observationen durchzuführen und dabei technische Hilfsmittel einzusetzen. Die entsprechenden Regelungen nach Art. 269 ff. der Strafprozessordnung (StPO) sind sehr detailliert und grundsätzlich grundrechtskonform ausgestaltet: Für die Einleitung eines Strafverfahrens braucht es einen Anfangsverdacht und für die Anordnung von verdeckten Ermittlungen braucht es eine richterliche Genehmigung. Die StPO regelt auch, wann und unter welchen Voraussetzungen verdeckt ermittelt werden darf. Es ist deshalb in keiner Art und Weise erforderlich, dass die Sozialbehörden selber «Polizei spielen» dürfen. Dies zeigen die Beispiele der Städte Winterthur und Basel, wo bewusst auf

die Observation von Sozialhilfebeziehenden verzichtet wird, ohne dass in diesen Städten die Betrugsquote höher wäre. Winterthur und Basel reichen in Verdachtsfällen Strafanzeige ein und lassen die Strafuntersuchungsbehörden alle weiteren Abklärungen vornehmen.

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

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

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

Fazit: Die Sozialhilfe wird zum repressiven Disziplinierungsinstrument

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

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

Sollte sich diese Entwicklung weiter verschärfen – und danach sieht es angesichts der politischen Vorstösse in diversen Kantonen aus –, dann wird die

Sozialhilfe in Zukunft ihren Namen immer weniger verdienen. Sie wird zu einer reinen Überlebenshilfe verkommen, die nicht mehr integrativ, sondern ausschliessend wirkt und zu einer noch stärkeren Ausgrenzung – wenn nicht sogar zu einer weiteren Kriminalisierung – der Sozialhilfebezüger_innen führen wird.

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

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

La violence dans le couple en questions

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

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

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

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

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

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

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

Des solutions adaptées à la problématique

La législation actuelle contient déjà un certain nombre d'outils permettant de traiter les procédures pénales de violences en couple de manière adaptée. Ces

outils ne sont toutefois pas toujours utilisés par les autorités de poursuites pénales de façon adéquate.

De l'ouverture de la procédure pénale

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

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

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

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

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

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

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

Le panel des mesures possibles, tel que défini à l'art. 237 alinéa 2 CPP, est large et peut s'avérer efficace. Il peut s'agir d'une interdiction d'approcher et de prendre contact avec la victime, d'une obligation de traitement psychologique et d'apprentissage de la gestion des violences, d'une obligation de traitement des addictions, etc. Cet arsenal en main du Ministère public doit être utilisé dès la première infraction pénale.

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

7 Ibidem p. 45.

8 Ibidem p. 50.

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

Le médiateur joue un rôle impartial⁷, qui n'aide pas la victime à sortir de l'emprise de son agresseur. La médiation peut ainsi, dans un contexte de violence conjugale, perpétuer l'atteinte en lieu et place d'apporter des solutions.

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

De l'utilité de l'audience de confrontation

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

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

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

Des modifications nécessaires

De la définition juridique des violences en couple

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

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

Depuis quelques années, plusieurs associations de défense de victimes proposent par conséquent d'utiliser le terme de violence en couple. Ce dernier englobe l'intégralité des situations de violence entre deux personnes qui partagent une relation, quels que soient leurs sexes et leurs statuts juridiques.

Cette considération est importante, car elle influence l'application de la loi. En effet, la législation suisse actuelle contient des dispositions spécifiques aux

violences en couple, qui ont pour but de prendre en compte les spécificités de ces situations. Ainsi, dans les cas de certaines infractions typiques des violences en couple, soit les voies de fait réitérées (article 126 al. 2 CP), les lésions corporelles simples (article 123 al. 2 CP) et les menaces (article 180 al. 2 CP), la poursuite pénale de l'infraction a lieu d'office.

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

Il en va de même pour la suspension de la procédure pénale (art. 55a CP).

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

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

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

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

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

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

La violence psychologique n'est, en soi, pas couverte par les dispositions du code pénal. Certaines infractions s'y rapportent, notamment les injures (art. 177), les menaces (art. 180), la contrainte (art. 181) et l'insoumission à une décision de l'autorité (art. 292) en lien avec les mesures d'éloignement (art. 28b CC).

Mais pour être punissables, ces infractions doivent avoir une certaine intensité. Les dénigrements, humiliations, menaces cachées, surveillance continue ou autre pressions psychologique, qui constituent la violence psychologique ne

10 Arrêt du Tribunal fédéral 141 IV 437.

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

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

sont, en tant qu'actes pris individuellement, pas punissables. Le Tribunal fédéral a reconnu que de tels actes, pris dans leur ensemble, pouvaient être punissables en tant que contrainte.¹⁰ Cette protection n'est cependant reconnue que dans des circonstances exceptionnelles et est ainsi insuffisante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusion : les mentalités doivent évoluer

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

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

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

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