1/2020

QUID?

FRIBOURG LAW REVIEW

ARTICLES

Les violations des droits de l'homme par des entreprises transnationales : un modèle causal d'extraterritorialité comme solution ?

Wilfried Boundel

Le droit fondamental à un environnement sain, de 2000 à 2020

Marion Chautard

Der Umgang der höchsten Gerichte mit Sezessionsbewegungen: Ein Vergleich des spanischen Tribunal Constitucional mit dem kanadischen Supreme Court

Pablo Wey

Les droits fondamentaux et l'exécution du mandat d'arrêt européen

Aurélien Tugler

Court System of Mainland China, Hong Kong and Macao: Promoting Interregional Judicial Assistance

Jianing Sang

CAREER SPOTLIGHT

Interview avec Walter Stoffel
Professeur de droit économique à l'Université de Fribourg

Editors
Svenja Kaufmann
Raja-Marie Achermann
Bérénice Billotte
Coralie Dorthe
Louis Muskens
Victor Sellier
Alexandra Vraca
Kim Wegmann

Faculty Advisors
Prof. Samantha Besson
Prof. Thomas Probst

Honorary Members
Prof. Benoît Chappuis
Nadja Al Kanawati, Krisztina Balogh, Hélène Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti, Matthias Lanzoni, Louis Muskens

Sponsors
Fachschaft Jus/AGEF
Fondation pour le droit suisse de la circulation routière
Helmuth M. Merlin Stiftung
Institut pour le droit suisse et international de la construction
Law Faculty of the University of Fribourg
Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung

Contact
Quid? Fribourg Law Review
Case postale 51, Miséricorde,
Avenue de l'Europe 20, 1700 Fribourg
www.unifr.ch/ius/quid
fribourglawreview@unifr.ch

Printing
connaissance
Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE)
ISSN 2297-1106

Layouting
Jacob J. Chervet

Proposition de citation pour Quid? Fribourg Law Review : QFLR
Vorgeschlagene Zitierweise für Quid? Fribourg Law Review: QFLR

www.facebook.com/fribourglawreview

@fribourglawreview

@UniFrLawReview

EDITORIAL 4

ARTICLES

Les violations des droits de l'homme par des entreprises transnationales : un modèle causal d'extraterritorialité comme solution ? 6
Wilfried Boundel

Le droit fondamental à un environnement sain, de 2000 à 2020 10
Marion Chautard

Der Umgang der höchsten Gerichte mit Sezessionsbewegungen: Ein Vergleich des spanischen Tribunal Constitucional mit dem kanadischen Supreme Court 14
Pablo Wey

Les droits fondamentaux et l'exécution du mandat d'arrêt européen 20
Aurélien Tugler

Court System of Mainland China, Hong Kong and Macao: Promoting Interregional Judicial Assistance 23
Jianing Sang

PHD CANDIDATE

La preuve scientifique en procédure pénale : quels besoins de régulation ? 27
Mélanie Breit et Sandy Ferreiro Panzetta

CAREER SPOTLIGHT

Interview avec Walter Stoffel
Professeur de droit économique à l'Université de Fribourg 31

LEADING CASES 37

Chère lectrice, cher lecteur,

C'est pour nous un grand plaisir de vous présenter un nouvelle édition de la Quid? Fribourg Law Review. Ce semestre, les étudiantes et étudiants de l'Université de Fribourg ont à nouveau manifesté un grand intérêt à publier dans notre revue. Il nous était dès lors important de récompenser leur enthousiasme et de donner à leurs contributions l'attention qu'elles méritent, et ce même durant cette période extraordinaire où le quotidien académique est chamboulé.

La présente édition vous présente donc, comme à l'accoutumée, une sélection d'articles diversifiés de qualité. À l'occasion du premier article, Wilfried Boundel propose un nouveau modèle causal d'extraterritorialité pour prévenir la violation des droits humains par les sociétés transnationales. La lecture se poursuit avec une contribution de Marion Chautard, qui traite de la question actuelle d'un droit fondamental à un environnement sain. Pablo Wey, auteur du troisième article de cette édition, compare deux décisions judiciaires d'États différents pour trouver des réponses à la question de savoir comment une cour constitutionnelle doit traiter un conflit de sécession. Ensuite, nous vous recommandons la contribution d'Aurélien Tugler, qui porte sur le mandat d'arrêt européen en tant qu'instrument de l'entraide internationale en matière pénale. Enfin, cette édition est complétée par l'article de Jianing Sang. La doctorante qui effectue actuellement des recherches à la Chaire du Professeur Stoffel présente le système judiciaire de son pays d'origine, la Chine, et des régions administratives spéciales chinoises de Hong Kong et de Macao.

Pour terminer, vous trouverez dans la rubrique *PhD Candidate* un aperçu des résultats des recherches de Mélanie Breit et Sandy Ferreiro Panzetta, doctorantes FNS auprès de la Professeure Joëlle Vuille à la Chaire de droit pénal et de criminologie. Celles-ci présentent ici leur projet ayant pour thématique l'usage des sciences forensiques dans le contexte pénal et la nécessité d'un cadre réglementaire empêchant les erreurs judiciaires.

Dans le cadre de la rubrique *Career Spotlight*, nous avons eu le plaisir de nous entretenir avec le Prof. Walter Stoffel au sujet de sa carrière et, en vue de sa retraite cet été, de revenir sur ses expériences à l'Université de Fribourg. Nous le remercions du fond du cœur d'avoir pris le temps de répondre à nos ques-

Liebe Leserin, lieber Leser,

Es ist uns ein grosses Vergnügen, Ihnen eine neue Ausgabe der Quid? Fribourg Law Review zu präsentieren. Dieses Semester war das Interesse an einer Publikation in unserer Zeitschrift unter den Studierenden der Universität Fribourg erneut gross, weshalb es uns ein Anliegen war, auch in Zeiten eines veränderten Studienalltags den Enthusiasmus der Studierenden zu honorieren und ihren Beiträgen die verdiente Aufmerksamkeit zu ermöglichen.

Die vorliegende Ausgabe bietet ihnen deshalb wie gewohnt eine Auswahl an hochwertigen und vielseitigen Artikeln. Im ersten Artikel, den wir Ihnen zur Lektüre empfehlen, befasst sich Wilfried Boundel mit der Idee, zur Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen durch transnationale Unternehmen ein Kausalmodell der Extraterritorialität beizuziehen. Die Lektüre geht weiter mit einem Artikel von Marion Chautard, der die aktuelle Frage nach einem Grundrecht auf eine intakte Umwelt zum Gegenstand hat. Im dritten Artikel dieser Ausgabe vergleicht Pablo Wey zwei Gerichtsurteile aus unterschiedlichen Ländern, um Antworten auf die Frage zu finden, wie ein Verfassungsgericht mit einem Sezessionskonflikt umgehen soll. Weiter empfehlen wir Ihnen den Artikel von Aurélien Tugler, der die Bedeutung der Grundrechte beim Vollzug eines Europäische Haftbefehls thematisiert. Diese Ausgabe wird abgerundet durch einen Artikel von Jianing Sang. Die Doktorandin forscht derzeit am Lehrstuhl von Prof. Stoffel und bringt Ihnen in dem von ihr aufbereiteten Artikel das Justizsystem ihres Heimatlandes China und der chinesischen Sonderverwaltungszonen Hongkong und Macau näher.

Anschliessend dürfen wir Ihnen in der Kategorie *PhD Candidate* einen Einblick in die Forschungsergebnisse von Mélanie Breit und Sandy Ferreiro Panzetta, Doktorandinnen des Schweizerischen Nationalfonds am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie unter der Leitung von Professorin Joëlle Vuille, gewähren. Sie stellen Ihnen ihr Projekt zum Thema forensische Beweisen im Strafverfahren und die Notwendigkeit eines regulatorischen Rahmens ebensolcher vor.

Für die Rubrik *Career Spotlight* hatten wir das Vergnügen, uns mit Prof. Walter Stoffel über seinen Werdegang zu unterhalten und in Anbetracht seiner Emeritierung in diesem Sommer auf seine Erfahrungen an der Universität Fribourg zurückzublicken. Wir

tions et lui souhaitons plein succès pour son avenir !

Comme d'habitude, vous trouverez une sélection d'arrêts récents dans la catégorie *Leading Cases*. À cet égard, nous profitons de remercier LawInside – une plateforme centrée sur l'analyse de la jurisprudence suisse et créée par des étudiants de l'Université de Fribourg – pour la préparation des cas. Nous sommes particulièrement heureux et heureuses de pouvoir vous présenter dans ce cadre un commentaire supplémentaire d'Arnaud Nussbaumer sur l'acquittement des personnes qui avait milité pour le climat en protestant contre les investissements d'une banque dans des projets nuisibles à l'environnement.

Pour le soutien inlassable apporté à la publication de la Quid? Fribourg Law Review, nous tenons à remercier nos *Faculty Advisors*, les Prof. Samantha Besson et Thomas Probst ainsi que nos membres honoraires.

La publication de notre revue ne serait évidemment pas possible sans le précieux et continu soutien de nos sponsors. Ainsi, nous remercions chaleureusement la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, la Fachschaft JUS, la Fondation Helmut M. Merlin et la Fondation Peter Jäggi.

Nous vous souhaitons une lecture passionnante et enrichissante et nous réjouissons de vos retours et remarques concernant cette treizième édition de la Quid? Fribourg Law Review.

Votre Comité de rédaction

danken ihm von Herzen für die Zeit, die er sich für uns genommen hat und wünschen ihm an dieser Stelle noch einmal alles Gute für die Zukunft!

Eine Auswahl von Fällen der jüngsten Rechtsprechung finden Sie wie gewohnt in der Rubrik *Leading Cases*. Wir danken an dieser Stelle LawInside – einer Plattform, die sich auf die Analyse von schweizerischen Urteilen konzentriert und von Studenten der Universität Freiburg ins Leben gerufen worden ist – für die Aufbereitung der Fälle. Es freut uns ausserordentlich, Ihnen in dieser Rubrik zusätzlich einen Kommentar von Arnaud Nussbaumer zum Freispruch der Klimaaktivistinnen und -aktivisten, die in einer Bankfiliale in Lausanne gegen die Investitionen der Bank in umweltschädliche Projekte protestiert hatten, präsentieren zu dürfen.

Für die unermüdliche Unterstützung bei der Herausgabe der Quid? Fribourg Law Review bedanken wir uns herzlich bei unseren *Faculty Advisors*, Prof. Samantha Besson und Prof. Thomas Probst, sowie unseren Ehrenmitgliedern.

Ohne die Unterstützung unserer Sponsoren wäre die Publikation dieser Ausgabe nicht möglich gewesen. Unser wärmster Dank gebührt deshalb der Rechtsfakultät der Universität Freiburg, der Fachschaft Jus, der Helmut M. Merlin Stiftung sowie der Peter Jäggi Stiftung für ihren wertvollen Beitrag zum nachhaltigen Erfolg der Quid? Fribourg Law Review.

Wir wünschen Ihnen nun eine interessante und bereichernde Lektüre und freuen uns auf Ihre Anmerkungen und Rückmeldungen zu dieser dreizehnten Ausgabe von Quid? Fribourg Law Review.

Ihr Redaktionskomitee

Les violations des droits de l'homme par des entreprises transnationales : un modèle causal d'extraterritorialité comme solution ?

Wilfried Boundel (étudiant en bachelor, Université de Fribourg)

Dieser Artikel befasst sich mit Menschenrechtsverletzungen durch transnationale Unternehmen, die zur Zeit meist straflos bleiben. Als Lösung für dieses Versagen schlägt der Autor ein neues Kausalmodell der Extraterritorialität vor. Dieses Modell wäre gekennzeichnet durch die Fürsorgepflicht der Staaten auf der Grundlage ihrer Fähigkeit, Menschenrechtsverletzungen zu verhindern. In dieser Hinsicht stärkt die Analyse der Kriterien der Nähe und Vorhersehbarkeit die Gültigkeit eines solchen Modells im Hinblick auf die Prinzipien der Universalität und Wirksamkeit der Menschenrechte.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Le droit international des droits de l'homme (DIDH) est confronté à la globalisation de l'économie et son corollaire : la croissante contingence territoriale des entreprises transnationales dont les abus et violations des droits de l'homme (DH) restent généralement impunis. Pour répondre à cette problématique, nous proposons, dans cet article, une approche causale d'extraterritorialité en matière de DH. Les éléments de ce modèle sont subsumés sous la capacité de l'État à prévenir des violations extraterritoriales des DH. Les critères de proximité et de prévisibilité posent toutefois des limites raisonnables pour asseoir sa pertinence.

I. L'extraterritorialité en DIDH

A. La juridiction en DIDH

Avant de traiter de l'extraterritorialité, il convient de circonscrire la notion de juridiction. En effet, si la compétence juridictionnelle d'un État se limite surtout au territoire national, le DIDH conditionne l'exercice de la juridiction au respect de ses obligations. Terme polysémique, la juridiction se rapporte ici à un seuil d'applicabilité des DH. Ce dernier n'est néanmoins pas graduel ; la juridiction est ainsi donnée ou ne l'est pas[1]. Ce seuil atteint, l'État est titulaire d'une responsabilité entraînant des obligations légales spécifiques[2]. Partant, l'application extraterritoriale d'un traité des DH s'établit en fonction de l'exercice de la juridiction par un État partie au traité en question.

B. Des modèles actuels défaillants

Selon la pratique internationale, l'existence d'un contrôle effectif conditionne l'application extraterritoriale des obligations de DH[3]. Le contrôle effectif se manifeste sous une forme territoriale (l'État exerce un contrôle sur une zone étrangère) ou personnelle (un agent étatique exerce un degré qualifié de contrôle et d'autorité sur un individu). Or, il ne peut exister de contrôle de l'État d'origine sur la victime à l'étranger des atteintes de l'entreprise ni sur la base du critère territorial ni sur la base du critère personnel. Partant, les États ne sont généralement pas tenus de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises ayant leur siège sur leur territoire et/ou sous leur juridiction[4]. Cette lacune juridique contrevient aux principes d'universalité et d'effectivité en DIDH. L'universalité des DH empêche l'État d'invoquer ses frontières pour se soustraire au respect d'obligations extraterritoriales[5]. L'effectivité atténue l'universalité des DH dans la mesure où elle commande à l'État de contrôler les activités d'acteurs impliqués dans des violations

[1] Besson S., « The Extra-territoriality of the European Convention on Human Rights – Why Human Rights depend on jurisdiction and what jurisdiction amounts to », 25:4 (2012) Leiden Journal of International Law, p.878.

[2] Ryngaert C., Jurisdiction in international law, Oxford University Press: Oxford 2008, pp. 22-26.

[3] Hathaway O. *et al*., « Human Rights Abroad: When do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially? », 43:0389 (2011) Arizona State Law Journal, p. 390.

[4] Kanalan I., Extraterritorial State Obligations Beyond the Concept of Jurisdiction, 19:1 (2018) German Law Journal, p. 47.

[5] Feria-Tinta M./Milnes S., The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: The Inter-American Court of Human Rights issues a Landmark Advisory opinion on the Environment and Human Rights, (2016) 27:1 *Yearbook of International Environmental Law*, p.75.

extraterritoriales de DH s'il exerce sur eux un degré qualifié d'influence et de pouvoir.[6]

II. Le modèle causal

A. Un modèle déjà connu de la pratique internationale

L'idée que des mesures domestiques puissent produire des effets extraterritoriaux n'est pas étrangère aux jurisprudences européennes et interaméricaines[7]. Toutefois, lors de l'affaire *Banković*, la Cour Européenne des droits de l'homme (CourEDH) rejette expressément le modèle causal d'extraterritorialité découlant de l'article premier de la Convention Européenne des droits de l'homme (CEDH) redoutant une application tous azimuts du traité, sous seul motif d'un acte extraterritorial[8]. Ce refus est notamment justifié par le fait que les obligations positives découlant de l'article premier de la CEDH ne « peuvent être fractionnées et adaptées en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause » ; un tel procédé rendrait la clause juridictionnelle superflue[9]. Les conclusions restrictives de la Cour de Strasbourg sont néanmoins l'objet d'une intense critique doctrinale[10]. L'affaire *Andreou* marque un fléchissement implicite de la position de la CourEDH. En effet, la responsabilité de la Turquie est engagée en raison de tirs d'agents étatiques constituant la « cause directe et immédiate » d'un dommage extraterritorial[11]. Duttwiler relève ainsi que la CourEDH n'exige pas explicitement le contrôle sur la victime[12]. Outre le contexte militaire, les législations[13] ou encore des mesures d'exécution[14] peuvent également être la source de violation extraterritoriale des DH.

B. Les contours du modèle causal

Sur la base des jurisprudences précitées, le modèle causal s'avère pertinent lorsque sont mises en causes des activités domestiques à effets extraterritoriaux, telles que la pollution transfrontalière ou plus généralement les atteintes aux DH commises par des entreprises actives sur plusieurs territoires.

1. Le devoir de diligence raisonnable

La CourEDH s'était déjà appuyée sur l'article premier de la Convention pour fonder l'obligation positive des États parties d'adopter des mesures d'ordre diplomatique, économique ou encore judiciaire qui sont en son pouvoir afin d'assurer les droits garantis par la CEDH, et ce même en l'absence de contrôle effectif sur un territoire extérieur à ses frontières.[15] Nous proposons d'étendre cette obligation positive pour fonder un devoir de diligence raisonnable incombant aux États dans le cadre des activités des entreprises transnationales. L'État serait ainsi tenu de prendre les dispositions nécessaires et conformes à ses capacités pour prévenir les violations des DH à l'étranger. Ce devoir de diligence correspond à une obligation de moyen, de sorte qu'il ne pourrait imposer une charge disproportionnée à l'État[16].

S'appuyant sur la jurisprudence interaméricaine et le triptyque « protéger, respecter, réparer » des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux DH, le rapport « Empresas y Derechos Humanos : Estándares Interamericanos » de la rapporteuse spéciale

---

[6] Chauhan A., A Causal Model for the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, (2019) The Oxford University Undergraduate Law Journal, p.112.

[7] Commission interaméricaine des droits de l'homme, décision du 11 mars 1999, *Saldaño c. Argentine*, §17. CourEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, requête no 15318/89, §62.

[8] CourEDH, arrêt du 12 décembre 2001, *affaire Banković et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, requête no 52207/99, §74-75.

[9] Ibidem.

[10] Orakhelashvili A., Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, (2003) 14:3 European Journal of International Law, pp. 538-551 ; Roxstrom E. et al., The NATO Bombing Case (Banković et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection, (2005) 23:55 Boston University International Law Journal.

[11] CourEDH, décision d'admissibilité du 3 juin 2008, *Andreou c. Turquie*, requête no 45653/99 ; CourEDH, décision d'admissibilité du 28 juin 2007, *Pad et autres c. Turquie*, requête no 60167/00, §54-55.

[12] Duttwiler M., Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the ECHR, (2017) 30:2 Netherlands quarterly of human rights, p.148.

[13] CourEDH, décision d'admissibilité du 1er avril 2004, *Kovačić c. Slovénie*, requêtes nos 44574/98, 45133/98 et 48316/99 ; Comité des droits de l'homme, *Gueye c. France*, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985, 6 avril 1989.

[14] CourEDH, arrêt du 21 avril 2009, *Stephens c. Malte*, requête no 11956/07, §51.

[15] CourEDH, arrêt du 3 mars 2005, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, requête no 60861/00, §101 ; voir aussi CourEDH, arrêt du 29 décembre 2009, *Vrioni et autres c. Italie et Albanie*, requêtes nos 35720/04 et 42832/06, §38.

[16] CourEDH, arrêt du 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, requête no 23452/94, §116.

sur les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux de la Commission interaméricaine des DH s'attèle à concrétiser ce devoir de diligence. Le rapport rappelle d'abord les obligations de (1 prévenir les violations des DH liées aux activités des entreprises ; (2 superviser les activités des entreprises et d'adopter un cadre normatif efficace pour garantir la jouissance des DH ; et, (3 enquêter, de poursuivre et de fournir une réparation aux victimes de violations des DH qui résultent des activités des entreprises[17]. Parmi les nombreuses recommandations concrètes, nous mentionnerons notamment l'adoption d'une législation nationale exigeant des entreprises qu'elles agissent avec la diligence requise pour respecter les DH ; l'établissement de lignes directrices minimales quant aux études d'impact réalisées au-delà des frontières ; le renforcement de la coopération internationale et de l'assistance mutuelle entre les États ; et la mise en œuvre de mesures de protection spéciales pour les personnes et les groupes en situation de vulnérabilité[18]. La responsabilité de l'État serait ainsi admise si un lien causal direct entre un manquement à ce devoir de diligence et une violation des DH subie à l'étranger était établi.

2. Le comportement fautif de l'État

Le comportement fautif de l'État (telle qu'une réglementation insuffisante des activités des d'entreprises sises sur son territoire/juridiction) doit constituer la condition *sine qua non* du dommage[19]. Toutefois, si d'autres causes s'ajoutent au comportement de l'État, ce dernier ne verra sa responsabilité engagée que si son comportement forme la principale cause du dommage[20] ; la preuve du lien de causalité entre le comportement de l'État et la violation incombe à la victime, étant donné que le devoir de diligence relève d'une obligation de moyen[21].

A contrario, si l'État parvient à démontrer que son comportement n'est pas déterminant dans la survenance du dommage, sa responsabilité ne sera pas engagée car il n'est pas en mesure de le prévenir[22]. Cette exigence s'accorde avec le principe d'effectivité[23].

3. Le critère de proximité

À l'aune du principe de proximité, un événement intervenant dans la chaîne causale ne libérera l'État de sa responsabilité que lorsque cet élément rend le comportement fautif initial de l'État trop éloigné. Par conséquent, lorsqu'il évaluera l'impact d'une cause intervenante, le juge s'attachera d'abord à déterminer si le dommage peut être correctement attribué à l'État, ou plutôt à la cause intervenante[24]. Le critère de proximité permet ainsi d'exculper l'État si plusieurs éléments de la chaîne causale séparent l'acte ou l'omission étatique du dommage subi[25]. Les Cours de DH disposent avec ce critère d'une certaine marge de manœuvre pour admettre la responsabilité[26].

4. Le critère de prévisibilité

Le critère de prévisibilité exige qu'une personne raisonnable, ici un État, ait pu prévoir le dommage[27]. La prévisibilité est donc fondée sur la connaissance qu'a l'État des effets néfastes probables et donc sur sa capacité à éviter les violations des DH[28]. Ce critère est apprécié à la lumière des informations dont dispose l'État au moment considéré[29]. Cependant, la CourEDH y apporte une nuance en admettant qu'une opinion publique suffisamment informée peut prévaloir sur la négation complète des autorités de la connaissance des violations causées par des entreprises[30]. Ce

[17] García Muñoz S., Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, 2019, §79, 86, 96, 103, 120.
[18] Idem, §411-420.
[19] Durant I./Kellner M., « Causation » in: Fenyves A. *et al.* (édit.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* (2012), De Gruyter: Berlin, pp. 457-460.
[20] CourEDH, arrêt du 25 juillet 2013, *Khodorkovsky et Lebedev c. Russie*, requêtes nos 11082/06 et 13772/05, §940.
[21] Foster C., « Burden of Proof in International Courts and Tribunals », (2010) 29:27 Australian Yearbook of International Law 27, pp. 41-42.
[22] Chauhan A., p. 128.
[23] Idem, p.129.
[24] Arbitrage CIRDI. *Affaire Ioan Micula et autres c. Roumanie*, CIRDI, ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, §927.
[25] Infantino M. / Zervogianni E. « Summary of Survey of the Results », in: Infantino M. / Zervogianni E. (édit.), Causation in European Tort Law (2017) Cambridge University Press : Cambridge, p. 606 s.
[26] CourEDH, arrêt du 24 juin 2008, *Isaak c. Turquie*, requête no 44587/98, §137 ; CourEDH, arrêt du 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche,* requête 68354/01, §44.
[27] Infantino M./Zervogianni E., p. 604 s.
[28] *Ibidem*.
[29] CIJ, arrêt du 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Recueil CIJ 2007, §430.
[30] CourEDH, arrêt du 13 décembre 2012, *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, requête no 39630/09, §198 ; CourEDH, arrêt du 24 juillet 2014, *Al-Nashiri c. Pologne*, requête no 28761/11, §517.

faisant, la CourEDH admet l'usage de méthodes non conventionnelles. Celles-ci s'avèrent en effet essentielles pour mettre au jour les risques et atteintes aux DH lorsque les faits ne peuvent être recueillis et établis par des documents officiels[31].

Conclusion

Les modèles spatial et personnel peinent à répondre aux violations extraterritoriales des DH commises par des entreprises transnationales. Pour pallier cette défaillance, l'article expose ici les traits d'un modèle causal d'extraterritorialité où le devoir de diligence se base sur la capacité de l'État à prévenir une violation des DH. Les critères limitant de proximité et de prévisibilité renforcent la validité d'un modèle qui satisfait les principes d'universalité et d'effectivité des DH. Dans un contexte de mondialisation économique, les États influencent la jouissance des DH non seulement au niveau local et national, mais aussi au niveau mondial et transnational. Sur la base de cette configuration, nous soutenons qu'une approche causale de l'extraterritorialité peut inciter indirectement les États à une réglementation plus efficace des activités à risque menées par les entreprises transnationales.

[31] Heiskannen, H. / Viljanen, J., « Reforming the Strasbourg Doctrine on Extraterritorial Jurisdiction in the Context of Environmental Protection », (2014), European Law Reporter, p. 290.

Le droit fondamental à un environnement sain, de 2000 à 2020

Marion Chautard (étudiante en master, Université de Fribourg)

In diesem Artikel untersucht die Autorin die Entwicklung der Anerkennung eines Grundrechts auf eine gesunde Umwelt durch schweizerische und europäische Gerichte. Nachdem sie gezeigt hat, dass die europäische Rechtspraxis die konkrete Tragweite eines solchen Rechts nur durch die Verletzung einer anderen vom EGMR anerkannten Garantie bewahrt, stellt die Autorin fest, dass eine ähnliche Praxis in der Schweiz fortbesteht, obwohl diese Praxis kürzlich in einem strafrechtlichen Fall relativiert wurde.

Die Autorin nimmt schliesslich Stellung und schlägt eine Reihe von möglichen Lösungen vor, wobei sie eine schriftliche konventionelle oder verfassungsrechtliche Anerkennung des Rechts auf eine gesunde Umwelt betont; sie behält jedoch die hypothetischen praktischen und legislativen Schwierigkeiten im Auge.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Le 13 mai 2000, le TF confirme qu'il n'existe pas de droit fondamental à un environnement sain en Suisse[1]. Avec la crise écologique, les préoccupations environnementales ont acquis une place grandissante dans le débat politico-juridique, tant au niveau national qu'international[2]. Malgré cette prise de conscience, le droit à un environnement sain ne figure toujours pas dans la liste des droits fondamentaux de la Constitution fédérale suisse[3].

En raison de sa double nature, le contenu de ce droit demeure controversé. En effet, il est lié d'une part aux droits de l'Homme (avec un grand H[4]), d'autre part à ceux de la nature (avec un grand N ?)[5]. L' « environnement » désigne ainsi le cadre géographique de l'existence des êtres humains, précisément ce qui les environne[6], tandis que l'adjectif « sain » signifie qu'il permet aux individus de préserver leur santé et leur bien-être[7].

I. Le droit à un environnement sain en droit international

Malgré son interprétation évolutive de la CEDH et sa riche jurisprudence sur le sujet, la CourEDH ne reconnaît pas (encore) explicitement de droit fondamental à un « environnement sain et calme »[8]. Elle joue cependant un rôle décisif dans le développement des droits environnementaux, notamment du droit à un environnement sain, qu'elle protège par le biais d'une interprétation extensive d'autres droits et libertés fondamentales[9]. D'après la jurisprudence de la Cour, la CEDH ne protège ce droit que lorsqu'une atteinte à l'environnement entraîne une restriction d'un droit

[1] ATF 126 II 300 consid. 5c, JdT 2001 I 674.

[2] S. Hamdaoui,, *Le droit à l'environnement et la participation des citoyennes et citoyens au Maroc*, in : Revue juridique de l'environnement 2018/3, vol. 43, pp. 565-583, https://www.cairn.info, Souissi 2018, p. « https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2018-3-page-565.htm » (07.03.2020), p. 567 ; F. Magistro, *Le droit à un environnement sain revisité : Étude de droit suisse, international et comparé*, thèse, Genève / Zurich 2017, p. 1.

[3] Magistro, p. 200 ; V. Martenet, *Un droit fondamental à un air sain ?*, DEP 2007 nº 9, Zurich 2007, pp. 922-950, p. 950 ; V. Martenet, *Le droit à un environnement sain: De la Convention européenne des droits de l'homme à la Constitution fédérale ?*, in : A. Papaux (édit.), *Biosphère et droits fondamentaux*, Lausanne 2011, p. 137.

[4] Par souci d'égalité, nous nous référerons par la suite aux droits *humains*.

[5] A. Flückiger, *Droits de l'homme et environnement*, in : M. Hertig Randall / M. Hottelier (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, p. 617.

[6] F. Jungo, *Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse, avec des perspectives de droit international et de droit européen*, thèse Lausanne, Genève / Zurich / Bâle 2012, p. 163 ; J.-B. Zufferey / I. Romy, *La construction et son environnement en droit public : Éléments choisis pour les architectes, les ingénieurs et les experts de l'immobilier*, 2e éd., Lausanne et al. 2017, p. 204.

[7] Magistro, p. 43.

[8] Arrêt CourEDH dans la cause *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, nº 36022/9, § 96.

[9] Martenet, *Biosphère*, p. 137.

garanti explicitement par la Convention[10], tel que le droit à la vie (art. 2 CEDH)[11] ou le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)[12].

Par ailleurs, en application de la théorie des obligations positives[13], telle que développée tant par la CourEDH[14] que par les juridictions suisses[15], l'État peut être tenu de prendre des mesures de protection afin d'assurer la concrétisation efficiente de certains droits fondamentaux[16]. Il n'est ainsi pas exclu que ces mesures, bien que visant la préservation d'une autre garantie, bénéficient indirectement à la consécration d'un droit à un environnement sain[17]. D'après la CourEDH, ce droit résulte ainsi de la protection (positive et négative) des art. 2 et 8 CEDH[18]. En conclusion, bien que le droit à un environnement sain ne soit pas consacré expressément dans la Convention, il l'est d'une certaine manière dans la jurisprudence de la Cour[19].

II. Le droit à un environnement sain en droit suisse

La jurisprudence de la CourEDH lie la Suisse (cf. art. 122 LTF)[20]. Néanmoins, les références à celle-ci sont plutôt rares[21] et, dans la plupart des cas, le TF se contente de la citer sommairement avant d'aboutir à la conclusion que la Suisse s'y conforme[22]. De ce fait, les tribunaux suisses, à l'instar du TF dans son ATF 126 II 300, font preuve d'une grande retenue au sujet du droit à un environnement sain[23].

La question de la consécration de ce droit dans notre ordre juridique s'est concrètement posée lors des modifications constitutionnelles de 1970 et 1973. Toutefois, la crainte de ne pas pouvoir le définir suffisamment précisément et les doutes quant à son éventuel effet horizontal ont eu raison de ces velléités[24].

Les autres droits fondamentaux reconnus par la Constitution sont susceptibles de jouer un rôle déterminant dans la concrétisation d'une forme de droit à un environnement sain, de façon similaire à ce qui vaut en droit international (cf. art. 35 Cst. et *infra* I). Ainsi, le droit à la vie (art. 10 Cst.) oblige les autorités à prendre toutes les mesures de prévention nécessaires pour protéger la vie des individus[25], ce devoir s'imposant en premier lieu au législateur[26].

III. Critique de l'approche actuelle

Bien qu'elle ait grandement contribué au développement du droit à un environnement sain, la CourEDH subordonne toujours sa justiciabilité à des conditions excessivement strictes ; son approche se heurte par conséquent rapidement à ses limites[27]. Ainsi, en l'état, l'art. 8 CEDH subordonne la reconnaissance des atteintes portées à l'environnement en tant que tel à l'impact que celles-ci ont directement sur les droits de particuliers au respect de leur vie privée et familiale[28].

Les tribunaux suisses, quant à eux, perpétuent une pratique similaire. En effet, ils persistent à considérer qu'un particulier qui fait valoir des atteintes affectant une grande partie de la population ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection lui permettant d'agir devant le juge[29]. La justiciabilité est également conditionnée par l'intensité de l'atteinte (art. 89 al. 1

[10] *Idem*, pp. 138 s.
[11] Arrêt CourEDH dans la cause Öneryildiz c. Turquie du 30 novembre 2004, nº 48939/99, §§ 71-73 et 90.
[12] Arrêt CourEDH dans la cause *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, Rec. 1998-I, § 60 ; Arrêt CourEDH dans la cause *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, Série A, vol. 303-C, §§ 51 et 57-58.
[13] Martenet, *Biosphère*, p. 139.
[14] Cf. arrêts précités.
[15] ATF 126 II 300, consid. 5a, JdT 2001 I 674.
[16] R. Bentirou Mathlouthi, *Le droit à un environnement sain en droit européen*, thèse, Grenoble 2018, p. 210 ; p. ex. arrêt CourEDH dans la cause *Taskin et autres c. Turquie* du 16 novembre 2004, nº 46117/99.
[17] *Ibidem*.
[18] M. Hottelier, *Les droits octroyés par la Constitution fédérale et par la CEDH en matière de planification territoriale*, in : Foëx B. (édit.), *Planification territoriale : Droit fédéral et spécificités cantonales*, Genève 2013, p. 74-84, p. 81.
[19] Magistro, p. 181 ; Martenet, *Air*, p. 926.
[20] Magistro, p. 228.
[21] *Idem*, p. 222.
[22] Martenet, *Biosphère*, p. 145 ; cf. p. ex. ATF 121 II 317 consid. 5c = JdT 1996 I 423 ; 129 II 420 consid. 5 (non publié au JdT) ; 140 II 315 consid. 4.9 (non publié au JdT).
[23] Martenet, *Biosphère*, p. 146.
[24] A.-C. Favre, *La Constitution environnementale*, in : O. Diggelmann / M. Hertig Randall / B. Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. 3, Zurich 2020, pp. 2121-2149, nº 12.
[25] R. Kiener / W. Kälin / J. Wyttenbach, *Grundrechte*, 3e éd., Berne 2018, § 11 nº 25.
[26] ATF 137 I 305 consid. 2.4, JdT 2012 I 307.
[27] Magistro, p. 182.
[28] *Ibidem* ; cf. p. ex. arrêt CourEDH dans la cause *Fadeïeva c. Russie* du 5 juin 2005, nº 55723/00, §§ 68 et 69 *in fine*.
[29] ATAF 2009/1 consid 6 = JdT 2009 I 458 ; Favre, nº 55.

lit. b LTF)[30]. Par ailleurs, le recours à but idéal auquel ont accès certaines associations de défense de la nature, s'il est théoriquement apte à protéger les intérêts environnementaux, demeure soumis à des critères très restrictifs en pratique (cf. art. 55 LPE)[31].

IV. La nécessité de renforcer la protection de l'environnement à l'aune d'un changement de paradigme sociétal

La protection de l'environnement est toujours plus au cœur des préoccupations des individus et des États[32]. Cette prise de conscience se reflète inévitablement – selon nous à juste titre – dans la pratique judiciaire et législative[33].

Une partie de la population suisse partage ces inquiétudes. En janvier 2020, un groupe d'activistes climatiques était jugé devant le Tribunal de police de Lausanne pour avoir occupé illégalement les locaux de la Banque Crédit Suisse au cours d'une action visant à dénoncer les investissements de cette dernière dans les énergies fossiles. Contre toute attente, les accusés ont été acquittés sur la base de l'art. 17 CP, soit l'état de nécessité licite[34]. Ce verdict a parfois été qualifié d'historique : pour la première fois, une juridiction suisse reconnaissait l'existence d'un état de nécessité résultant de l'urgence climatique[35].

Nous mentionnerons également le projet de révision de la LCO_2, en cours depuis 2018. Si la révision vise à adapter la loi aux engagements internationaux de la Suisse et aux derniers développements en termes de recommandations scientifiques, elle reflète également les préoccupations environnementales d'une grande partie de la société[36].

Ainsi, un vent nouveau souffle sur la justice environnementale suisse. Comme le relève Favre, « l'intérêt d'une consécration des valeurs à respecter en matière environnementale, dans le corpus des règles de rang constitutionnel, est symptomatique d'un changement de paradigme sociétal »[37].

V. Prise de position personnelle

Malheureusement, il semblerait que certains enjeux politiques entretiennent un faible degré d'empressement des autorités à prendre les mesures nécessaires[38]. Au vu de l'urgence de la problématique, il est selon nous primordial d'adopter un ou plusieurs outils de protection de l'environnement. Le droit à un environnement sain pourrait ainsi alternativement prendre la forme d'un principe constitutionnel, d'un droit fondamental non écrit ou encore d'un droit fondamental subjectif autonome.

Parmi toutes ces approches, la reconnaissance, au niveau constitutionnel et / ou conventionnel, d'un droit fondamental à un environnement « sain et écologiquement harmonieux », tel que formulé par Flückiger[39], nous semble être la plus adéquate.

Cette mesure impliquerait des restrictions importantes d'autres droits fondamentaux, notamment la liberté économique et la garantie de la propriété[40]. Cependant, le but d'intérêt public poursuivi – soit la protection effective de l'environnement et du climat – semble revêtir, notamment de par sa dimension d'urgence, un caractère prépondérant.

Il convient finalement de garder à l'esprit les limites de cette approche, qui ne constituerait qu'un moyen parmi d'autres d'atteindre le but précité[41]. Outre l'importance de mesures au niveau législatif, nous tenons à souligner les rôles essentiels du juge[42] et des autorités d'application, qui devront conserver une grande marge d'appréciation[43]. Les citoyens rempliront eux aussi une fonction clé : ils ont le droit – mais aussi le devoir – de participer aux processus décisionnels en

[30] Magistro, pp. 217 s. ; cf. p. ex. ATF 121 II 176 consid. 3 (non publié au JdT).
[31] Magistro, p. 276.
[32] Hamdaoui, p. 567.
[33] Pour un aperçu du contentieux climatique mondial, voir la liste tenue à jour par l'association Notre Affaire à Tous : https://notreaffaireatous.org/affaires-climatiques-mondiales/ (07.03.2020).
[34] Jugement PE19.000742 du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne du 13 janvier 2020, https://www.reseau43.ch/index.php/page/11903 (non entré en force) (07.03.2020).
[35] Cf. A. Nussbaumer, *L'acquittement des activistes du climat à Lausanne*, in : www.lawinside.ch, s.l. 2020, p. « http://www.lawinside.ch/875/ » (07.03.2020).
[36] F. Rouiller, *Révision de la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO^2*, PJA 2020, pp. 213-220, p. 213.
[37] Favre, nº 1.
[38] Cf. Favre, nº 51.
[39] Flückiger, p. 619.
[40] Martenet, *Air*, p. 650.
[41] Flückiger, p. 618 ; Magistro, p. 242 ; Martenet, *Air*, pp. 948 s.
[42] Hottelier, p. 83 s.
[43] Flückiger, p. 619.

matière environnementale[44]. Ce devoir s'accompagne naturellement de celui d'invoquer leurs prétentions, car « dans ce domaine tout particulièrement, il n'y a pas de droit sans responsabilité correspondante »[45].

Conclusion

En 1970, le Conseil fédéral estimait que la Suisse n'était pas prête à consacrer le droit fondamental à un environnement sain, notamment à cause des obligations positives que sa concrétisation entraînerait pour l'État et des difficultés que poserait son application dans les relations entre particuliers. Aujourd'hui, le TF admet, selon une jurisprudence bien établie, que les droits fondamentaux peuvent impliquer, pour l'Etat, des obligations positives de protection[46]. De la même manière, il reconnaît l'effet indirect de ces droits entre administrés (art. 35 al. 3 Cst.)[47]. La pertinence des arguments soulevés en 1970 pour s'opposer à l'adoption d'un tel droit fondamental s'est ainsi amenuisée[48].

Le préambule de la Constitution consacre le principe de la pérennité et de la responsabilité envers les générations futures. Il nous enjoint d'adopter une attitude responsable, et notamment de faire une utilisation raisonnée des ressources naturelles, fondement de toute vie. Ce faisant, il nous rend attentifs à notre propre finitude en tant qu'espèce humaine[49]. D'après le principe de précaution, pierre angulaire du droit de l'environnement, « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »[50]. Or, il est aujourd'hui certain que si nous persistons à ne pas agir, l'environnement dans lequel nous vivons subira des dommages graves *et* irréversibles[51] : « Il n'y a pas seulement pour l'humanité la menace de disparaître sur une planète morte. Il faut aussi que chaque homme, pour vivre humainement, ait l'air nécessaire, une surface viable, une éducation, un certain sens de son utilité. Il lui faut au moins une miette de dignité et quelques simples bonheurs. »[52].

[44] J. Vieira, *Éco-citoyenneté et démocratie environnementale*, thèse, Bordeaux 2017, ch. 308.
[45] Martenet, *Air*, p. 950.
[46] ATF 119 Ia 28 consid. 2 = JdT 1995 I 516 ; E. M. Belser / B. Waldmann / E. Molinari, *Grundrechte I : Allgemeine Grundrechtslehren*, Zurich / Bâle / Genève 2012, § 1 n° 53 et § 6 n° 11.
[47] Belser / Waldmann / Molinari, § 1 n^{os} 49 ss et § 6 n^{os} 20 ss.
[48] Magistro, p. 276.
[49] Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, pp. 125 s.
[50] ATF 132 II 305 consid. 4.3 (non publié au JdT).
[51] Cf. Rapport du GIEC 2018 (https://www.ipcc.ch/sr15/).
[52] M. Yourcenar, *Les yeux ouverts : entretiens avec Matthieu Galey*, Paris 1980, p. 3.

Der Umgang höchster Gerichte mit Sezessionsbewegungen: Ein Vergleich des spanischen Tribunal Constitucional mit dem kanadischen Supreme Court

Pablo Wey (Bachelor Student, Universität Freiburg)

Cet article aborde la question de savoir comment une cour constitutionnelle traite un mouvement sécessionniste. La légalité d'une sécession est controversée. Aucun organe juridique ne veut répondre à cette question de principe. Le droit international se cache souvent derrière le concept vague du „droit à l'autodétermination des peuples", alors que la plupart des constitutions nationales évitent complètement la question. Il semble également problématique que dans un conflit de sécession, au moins une partie veuille reconnaître la constitution comme non contraignante. Ce travail n'examine pas cette question juridique au sens strict, mais plutôt la question de la légalité de la sécession au dessus duquel plane un véritable „vide juridique", ce qui explique probablement pourquoi la question est finalement aussi influencée par le monde politique.

Abstract provided by the Editorial Board

Einleitung

Die Frage der Legalität einer Sezession ist höchst umstritten. Teil des Problems ist, dass kein Rechtskörper die Frage so recht beantworten will: Das Völkerrecht versteckt sich hinter dem schwammigen Begriff des «Selbstbestimmungsrechts der Völker» und die meisten nationalen Rechtsordnungen umgehen die Frage vollends. Dennoch kommt es immer wieder zu Konfrontationen zwischen Verfassungsgerichten und Sezessionsbewegungen. Dies mag umso mehr erstaunen, als bei einem Sezessionskonflikt mindestens eine Seite die Verfassung nicht mehr als bindend anerkennen will, und damit auch die Legitimität eines Verfassungsgerichts in Frage gestellt ist. Wie kann und soll ein Verfassungsgericht mit einer solchen Situation umgehen? Diese Frage wird im Folgenden vor dem Hintergrund der katalanischen Sezessionsbewegung und der Sezessionsbewegung der Provinz Québec betrachtet.

Sowohl in Spanien als auch in Kanada kam es zu direkten Konfrontationen zwischen dem Verfassungsgericht und der Sezessionsbewegung. Auffallend dabei ist die unterschiedliche Anzahl an Urteilen: In Spanien kam es allein zwischen 2012 und 2015 zu gut 30 Urteilen des spanischen *Tribunal Constitucional* zur katalanischen Sezessionsbewegung.[1] In Kanada hingegen kam es nur zu einem einzigen Entscheid des kanadischen *Supreme Courts*, der sogenannten *Quebec Secession Reference*.[2]

Um den Umgang der beiden Verfassungsgerichte in diesen Konfrontationen mit der jeweiligen Sezessionsbewegung zu untersuchen, wird in vorliegendem Artikel eines der spanischen Urteile, nämlich das Urteil *STC 114/2017*[3], mit der *Quebec Secession Reference* verglichen. Zuerst werden die Gerichtsverfahren, die zu den beiden Entscheiden geführt haben, und danach die Argumentation der beiden Verfassungsgerichte untersucht.

I. Natur der Entscheide

A. Kanada

Der kanadische Föderalismus zeichnet sich durch eine komplizierte Kompetenzverteilung zwischen den Provinzen und der Bundesregierung aus, die im Laufe der Zeit immer wieder – unter anderem mittels Kontrolle des *Supreme Courts* – austariert werden musste.[4]

---

[1] Zur Anzahl Urteile siehe Miguel Bárcena Josu D., El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional 133 (2018), S. 133.

[2] Reference Re: Secession of Québec, [1998] 2 S.C.R. 217, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do> (besucht am 24.11.2018) (nachfolgend: *Reference Re Secession of Quebec*, par.).

[3] STC 114/2017, de 17 de octubre, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25470> (besucht am 24.11.2018) (nachfolgend: *STC 114/2017*, FJ.).

[4] Weiterführend zum kanadischen Föderalismus siehe Lane Robert C. / Malanczuk Peter, Verfassungskrise und Probleme des Föderalismus in Kanada, Der Staat Vol. 20 No. 4 (1981), S. 539 ff.; zur Wichtigkeit des Supreme Courts siehe Hogg Peter W., Jurisdiction of the Court – The Supreme Court of Canada, Can.-U.S. L.J. Vol. 3 Issue 9 (1980), S. 39 ff.

Der bevorzugte Rechtsweg zur Beilegung dieser Kompetenzstreitigkeiten sind die sogenannten *References*. Dabei handelt es sich nicht um ein Gerichtsverfahren im herkömmlichen Sinne, sondern um ein nicht-strittiges Verfahren, das in einen Gerichtsentscheid ohne Bindungswirkung mündet. Das Gericht behandelt darin eine Frage aus einem beliebigen Rechtsgebiet, welche ihr von der kanadischen Bundesregierung gestellt wird.[5] Der Vorteil dieses Verfahrens ist, dass nicht gewartet werden muss, bis sich eine wichtige politische und juristische Frage an einem konkreten Sachverhalt entzündet. Vielmehr kann eine höchstrichterliche Beurteilung sofort erwirkt werden. Trotz fehlender Bindungswirkung dieser Beurteilung halten sich die Parteien meist genauso an diese Entscheide wie an herkömmliche Urteile.[6]

Beim Entscheid *Quebec Secession Reference* handelt es sich, wie der Name nahelegt, um eine solche *Reference*. Diesen Entscheid fällte das kanadische Verfassungsgericht im Jahr 1998, nachdem die Provinz Québec bereits die dritte Abstimmung zur Loslösung von Kanada plante und sich die kanadische Regierung deshalb gezwungen sah, die Frage nach der Legalität der unilateralen Sezession juristisch klären zu lassen.[7]

B. Spanien

Im Unterschied zu Kanada ist Spanien kein föderalistischer, sondern ein stark dezentralisierter Zentralstaat. Die Kompetenzen teilen sich zwischen der Zentralregierung bzw. dem -parlament und 17 Autonomen Gemeinschaften auf. Die einzelnen Kompetenzverteilungen sind für jede Autonome Gemeinschaft einzeln in einem Autonomiestatut festgelegt. Diese Statuten unterliegen der Kontrolle des spanischen *Tribunal Constitucional,* welches folglich für die Lösung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen der Zentralregierung und den Autonomen Gemeinschaften zuständig ist.[8]

Da Spanien kein Gegenstück zu den kanadischen *References* kennt, beurteilt das spanische *Tribunal Constitucional* nur Streitgegenstände, welche die formellen und materiellen Eintretenskriterien erfüllen. Zudem kommt allen Urteilen des *Tribunal Constitucional* volle Bindungswirkung zu.[9] Das spanische Urteil *STC 114/2017* war denn auch das Resultat einer voll verbindlichen Verfassungsklage des spanischen Ministerpräsidenten gegen das Gesetz 19/2017 des katalanischen Parlaments.[10] Darin hatte sich das katalanische Parlament ermächtigt, eine Abstimmung über die Unabhängigkeit Kataloniens von Spanien abzuhalten. Das Urteil *STC 114/2017* befasst sich über die Legalität einer solchen Abstimmung hinaus auch mit der Legalität einer unilateralen Sezession Kataloniens.

C. Vergleich

Die unterschiedliche Natur der Entscheide führte zu einer unterschiedlichen Auseinandersetzung mit dem Thema. In Kanada ermöglichten die *References* eine präventive Auseinandersetzung des höchsten Gerichts mit der Frage nach der Legalität einer unilateralen Sezession. Aufgrund der fehlenden Bindungswirkung kam diesem Urteil aber mehr ein beratender als ein autoritärer Charakter zu. In Spanien war ein vergleichbarer Umgang mit der Sezessionsbewegung nicht möglich, da ein Gegenstück zu den *References* fehlte. In diesem Licht scheint teilweise erklärbar, wieso das *Tribunal Constitucional* im Vergleich zum *Supreme Court* eine ungleich grössere Zahl an Urteilen zu fällen hatte: Da die eigentliche Frage nach der Legalität einer Sezession dem spanischen Gericht nicht direkt gestellt werden konnte, entbrannte der Konflikt mehrfach an unterschiedlichsten Sachverhalten und wurde im Sinne einer Symptombekämpfung immer

---

[5] Zu den Eigenschaften der *References* siehe Hogg Peter W., Constitutional Law of Canada, 5.A., Toronto 2011, Chap. 8.6 (a), (b) und (c); für eine historische Abhandlung siehe Huffman James L. / Saathoff Mardilyn, Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's References Jurisdiction, Minnesota Law Review (1990), S. 1569 ff.

[6] Hogg Peter W., Constitutional Law of Canada, 5.A., Toronto 2011, Chap. 8.6 (d).

[7] Weiterführend zur Geschichte der Sezessionsbewegung in Québec siehe Gödel Caroline, Die Rechtmässigkeit des Ausscheidens eines föderativen Mitglieds aus einem Staatsverband – dargestellt am Beispiel der kanadischen Provinz Québec, Diss. Berlin, Frankfurt am Main 2007 (Europäische Hochschulschriften Band 4582).

[8] Zum spanischen Staat der Autonomien siehe Wiedmann Thomas, Die politische Erfindung des Autonomiestaates in Spanien. Eine staatsorganisatorische Alternative zum Bundesstaat, HJIL 57 (1997), S. 363 ff.

[9] Zu den Rechtswegen siehe Alegre Martínez Miguel Ángel, Vigilando al Vigilante: El Tribunal Constitucional y sus circunstancias, Revista Jurídica de la Universidad de León 4 (2017) S. 135 ff. ; Tacer Alexander, Die territoriale Struktur Spaniens – Der Weg um asymmetrischen Föderalismus, Diss. Frankfurt am Main, Frankfurt am Main 2009 (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung Band 34), S. 247 ff.

[10] Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, DOGC, de 06 de septiembre de 2017, núm. 7449A.

wieder mit voll verbindlichen Urteilen gelöscht.[11] Eine grundlegende und abschliessende Auseinandersetzung mit dem Thema war nicht möglich.

II. Argumentation der Gerichte

A. Kanada

Die *Quebec Secession Reference* beginnt mit einem Exkurs zur Wichtigkeit des kanadischen Bundesstaates in einem historischen Kontext[12]. Dabei fällt auf, dass sich der *Supreme Court* bemüht, die Aspekte der Kollaboration zwischen Québec und dem Rest Kanadas herauszustreichen und für die beiden Akteure gemeinsame Nenner zu finden.[13] Im Weiteren analysiert er die wichtigsten ungeschriebenen Verfassungsprinzipien der kanadischen Verfassung. Dabei entscheidet sich der *Supreme Court* nicht etwa für eine dogmatische, sondern vielmehr für eine erklärende Herangehensweise: Der Leser erhält den Eindruck, dass diesen Regeln nicht nur formell – aufgrund ihres Verfassungsstatus' – sondern vielmehr auch materiell – aufgrund ihres Gehalts – Verfassungsrang zukommt.[14] Konkret werden das Prinzip des Föderalismus[15], das Prinzip der Demokratie[16], das Prinzip des Rechtsstaats[17] und der Minderheitenschutz[18] thematisiert.[19]

Anschliessend geht der *Supreme Court* auf die Frage ein, ob der Provinz Québec aufgrund des Völkerrechts ein Recht auf unilaterale Sezession zukomme.[20] Dabei versetzt sich das Gericht in die Position Québecs und hält fest, dass der andauernde Konflikt um eine Änderung der kanadischen Verfassung zugunsten Québecs zwar besorgniserregend sei, aber nicht das Ausmass einer Unterbindung der Selbstbestimmung im völkerrechtlichen Sinne annehme.[21]

Abschliessend hält der *Supreme Court* fest, dass Québec auch im Falle eines klaren Referendumsresultats, kein Recht darauf habe, den anderen Mitgliedern des Bundesstaates die Bedingungen einer Sezession zu diktieren. Er weist jedoch sogleich darauf hin, dass die kanadische Verfassungsordnung keinesfalls gleichgültig ein solches Votum hinnehmen könnte.[22] Vielmehr müsste (Rest-)Kanada im Falle eines angenommenen Sezessionsreferendums der Regierung Québecs erlauben, die Sezession als politisches Ziel zu verfolgen.[23] Schlussendlich sei es Aufgabe politischer Akteure die Fragen rund um eine Sezession zu klären, denn die Vereinbarung von verschiedenen legitimen Verfassungsinteressen sei eine inhärent politische und keine juristische Aufgabe. Der *Supreme Court* fordert damit alle politischen Akteure dazu auf, den Konflikt durch Verhandlungen zu lösen.[24]

---

[11] Zur Anzahl Urteile siehe Miguel Bárcena Josu D., El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional 133 (2018), S. 133.

[12] *Reference Re Secession of Quebec*, par. 33 – 48.

[13] Exemplarisch siehe *Reference Re Secession of Quebec*, par 48: «[…] the evolution of our constitutional arrangements has been characterized by adherence to the rule of law, respect for democratic institutions, the accommodation of minorities, insistence that governments adhere to constitutional conduct and a desire for continuity and stability".

[14] *Reference Re Secession of Quebec*, par. 49: «[…] These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based. […]" ; oder auch par. 51: "Although these underlying principles are not explicitly made part of the Constitution by any written provision, other than in some respects by the oblique reference in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, it would be impossible to conceive of our constitutional structure without them. The principles dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such it's lifeblood.".

[15] *Reference Re Secession of Quebec*, par. 55 – 60.

[16] Idem, par. 61 – 69.

[17] Idem, par. 70 – 78.

[18] Idem, par. 79 – 82.

[19] Idem, par. 83 ff.; für eine eingehende Analyse aller im Urteil gestellten Fragen: Bienvenu Pierre, Secession by Constitutional Means: The Decision of the Supreme Court of Canada in Quebec Secession Reference, 23 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 185 (2001) 184 ff.; kritisch zum Urteil Russell Peter H., The Supreme Court and Federal-Provincial Relations: The Political Use of Legal Resources, Canadian Public Policy Vol. 11, No. 2 (1985) 161 ff.

[20] *Reference Re Secession of Quebec*, par. 137 ff.; für eine weiterführende völkerrechtliche Perspektive siehe: Roya M. Hanna, Right to Self-Determination in Re Secession of Quebec, Md. J. Int'l L. 213 (1999) S. 212 ff.;

[21] *Reference Re Secession of Quebec*, par. 137: «The continuing failure to reach agreement on amendments to the Constitution, while a matter of concern, does not amount to a denial of self-determination. In the absence of amendments to the Canadian Constitution, we must look at the constitutional arrangements presently in effect, and we cannot conclude under current circumstances that those arrangements place Quebecers in a disadvantaged position within the scope of the international law rule"; Der Supreme Court spricht dabei den Streit zwischen der Zentralregierung und der Provinz Québecs um die kanadische Verfassung von 1982 an. Québec hat diese bis heute formelle nicht anerkannt, weil die Verfassung eine für Québec nachteilige Kompetenzverteilung vorsehen würde.

[22] Sinngemäss *Reference Re Secession of Quebec*, par. 151.

[23] Idem.

[24] Idem, par. 153: «[…]The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. […]"

B. Spanien

Das Urteil *STC 114/2017* beginnt mit der Prüfung der Verfassungsmässigkeit des katalanischen Gesetzes. Dabei argumentiert es nur sehr knapp und wenig differenziert: Es nennt die Verfassungsnormen, gegen die verstossen wird, ohne aber deren Wichtigkeit für die spanische Gesellschaft zu ergründen und erklärt das Gesetz damit schon im ersten Absatz für verfassungswidrig.[25]

Da das katalanische Gesetz versucht sich durch das Völkerrecht zu legitimieren, geht das spanische Gericht auch kurz auf das Selbstbestimmungsrecht der Völker ein.[26] Dabei macht es sich aber nicht die Mühe, den Fall Kataloniens zu subsumieren, obwohl es auf die systematische Unterdrückung Kataloniens unter Franco hätte eingehen können. Auch wenn diese zeitlich länger zurückliegt und Katalonien im heutigen spanischen Staat sehr wahrscheinlich über genügend Selbstbestimmung verfügt, hätte das spanische Verfassungsgericht dennoch durch eine Erwähnung dieser historischen Tatsachen einen deutlich ausgewogeneren Eindruck machen können.

Augenfällig ist zudem die Vehemenz, mit der das spanische Verfassungsgericht die katalanischen Akteure kritisiert. Auch die Lehre stellt fest, dass der Tonfall des Gerichts in diesem Urteil zunehmend ernster und autoritärer werde. Damit wolle das Gericht unterstreichen, dass es ausgeschlossen sei einen Dialog über die Legitimation der spanischen Verfassung zu führen.[27]

Das *Tribunal Constitucional* versucht also nicht, die Situation zu entschärfen, indem es auf die katalanische Geschichte oder auf die Bemühungen der katalanischen Regierung auf verfassungsrechtlichen Wegen eine Veränderung herbeizuführen, verweist. Im Gegenteil: Indem es das «inakzeptable Vorgehen»[28] der Sezessionsbewegung als totalitär [29] qualifiziert, mit dem ein «maximales Risiko»[30] in Kauf genommen werde, verschärft es die angespannte Situation zusätzlich.

C. Vergleich

Während der kanadische *Supreme Court* für seine Begründung überwiegend normative Argumente ins Feld führt, beschränkt sich das spanische Verfassungsgericht weitgehend auf Autoritätsargumente. Der kanadische *Supreme Court* vermittelt den Eindruck kanadische Werte erklären zu wollen. Das spanische *Tribunal Constitucional* agiert hingegen in einer Rolle des Wächters der in der spanischen Verfassung normierten Werte- und Machthierarchie.

Angesichts der unterschiedlichen Argumentationen erstaunt folglich auch nicht, dass die Entscheide sehr unterschiedlich aufgenommen wurden. Der *Supreme Court* stiess mit seinem Vorgehen von allen Seiten auf viel Zuspruch. Mit einer ausgewogenen und vermittelnden Argumentation hatte er es geschafft, eine hoch explosive Situation zu entschärfen und die Parteien auf einen Weg der Verhandlung zu schicken.[31] Gegenteiligen Effekt hatte das Urteil des *Tribunal Constitucional*: Die katalanischen Akteure ignorierten das Urteil vollständig und führten am 1. Oktober 2017 das Referendum dennoch durch. Die Zentralregierung hingegen sah sich zu einem strikten Durchgreifen legitimiert und versuchte das Referendum mit teils massiver Polizeigewalt zu verhindern.[32]

---

[25] *STC 114/2017*, FJ 5 A): « 5. La Ley 19/2017 es, con toda evidencia, inconstitucional y lo es en su conjunto al contrariar, de modo explícito, principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional : la soberanía nacional, residenciada en el pubelo español, la unidad misma de la Nación constituida en Estado social y democrático de derecho, y la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por tanto, el Parlamento de Cataluña (art. 1.2, 2, 1.1, y 9.1 CE). »; Eher amüsant als aussagekräftig ist die Passage, in der das spanische Gericht feststellt, dass sich schon die Präambel des katalanischen Gesetzes ausserhalb der Rechtsordnung befinde, da das Gesetz nicht «[…] im Namen des Königs […]» erlassen wurde (*STC 114/*2017, FJ 2 A)).

[26] *STC 114/2017*, FJ 1 G).

[27] Miguel Bárcena Josu D., El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional 133 (2018), S. 155.

[28] *STC 114/2017*, FJ 5.

[29] Die Klageschrift, die im Urteil mehrfach zitiert wird, nennt das Vorgehen «totalitär» (*STC 114/2017*, Antecedentes J); das Gericht selber benutzt diesen Begriff nicht, teilt diese Einschätzung aber sinngemäss als es sagt, dass die katalanische Bevölkerung einer politischen Macht ausgeliefert werde, die keinerlei Grenzen akzeptiere (*STC 114/2017*, FJ 5 D)).

[30] *STC 114/2017*, FJ 5 D): « […] y ha puesto en riesgo máximo, para todos les ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preservan para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto. Los dejan así a merced de un poder que dice no reconocer límite alguno. »

[31] Leslie Peter, Canada: The Supreme Court Sets Rules for the Secession of Quebec, Publius Vol. 29 No. 2 (1999), S. 147.

[32] Amón Rubén, Pucherazo consumado (y tolerado), Onlineversion von *El País* vom 1. Oktober 2017, < https://elpais.com/elpais/2017/10/01/opinion/1506856149_131741.html> (besucht am 17.04.2020).

Fazit

Wie eingangs erwähnt, versuchen sowohl internationale als auch nationale Rechtskörper die Beantwortung der Frage nach der Legalität einer Sezession zu vermeiden. Die Konsequenz ist die Verlagerung der Frage auf das politische Parkett. Dennoch bleibt das Bedürfnis nach juristischer Klärung der Frage bestehen, wie die Fälle Kanadas und Spaniens zeigen. Der Vergleich des Urteils *STC 114/2017* mit der *Quebec Secession Reference* hat gezeigt, wie unterschiedlich diese juristische Klärung ausgestaltet werden kann: In Kanada ermöglichen die *References* dem *Supreme Court* zwischen den Parteien zu vermitteln. Diese Möglichkeit hat das Gericht genutzt und mit der *Quebec Secession Reference* einen bis heute wirkenden Präzedenzfall geschaffen, der von allen Konfliktparteien begrüsst wurde. Aufgrund eines fehlenden Äquivalents zu den kanadischen *References*, war es dem *Tribunal Constitucional* nie möglich sich ausserhalb einer konkreten Streitsache zur Sezessionsbewegung zu äussern. Entsprechend folgte das *Tribunal Constitucional* in der *STC 114/2017* konsequent den Schranken, welche die spanische Verfassung der katalanischen Sezessionsbewegung auferlegt, und heizte den Konflikt mit einer autoritären Argumentation weiter an.

LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehelin.com

Les droits fondamentaux et l'exécution du mandat d'arrêt européen

Aurélien Tugler (étudiant en bachelor, Université de Fribourg)

Die Einführung des Europäischen Haftbefehls als neues Instrument der internationalen Rechtshilfe hatte auf europäischer Ebene eine merkliche Verbesserung der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zur Folge. Da Spannungen zwischen der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls und den von der EMRK garantierten Grundrechten bestehen, müssen letztere besonders geachtet werden. Im vorliegenden Artikel befasst sich der Autor mit den von den Behörden zu achtenden rechtsstaatlichen Garantien und zeigt auf, dass Grundrechtsverletzungen dazu führen, dass ein Europäischer Haftbefehl nicht vollstreckt wird.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Actuellement forte de plus d'une vingtaine d'États membres, l'Union européenne (UE) a pendant longtemps eu des difficultés à mettre en place un système de coopération judiciaire, surtout en matière pénale. Les conventions en matière de remise et d'extradition entre États membres étaient nombreuses, trop générales et compliquées à mettre en œuvre.

Au tout début des années 2000, un nouvel instrument facilitant l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres est apparu : le mandat d'arrêt européen.

Il constitue désormais le coeur de la coopération judiciaire entre les différents États membres et s'avère d'une redoutable utilité pour traquer un fugitif au sein de l'UE. Cependant, il existe des tensions entre le respect des droits fondamentaux et l'exécution du mandat d'arrêt européen.

I. Le respect des droits fondamentaux dans l'exécution du mandat d'arrêt européen

Les droits fondamentaux occupent une très grande place dans notre société et donnent souvent lieu à des procédures judiciaires. Bien que le mandat d'arrêt européen suppose le respect de ces droits, il peut lui-même constituer une source de violation des droits fondamentaux puisque les États membres ont l'obligation de coopérer, nonobstant le peu de renseignements qu'ils ont à leur disposition sur la situation pénale de l'État membre qui émet le mandat d'arrêt européen, et ceci dans des délais très courts[1].

Les personnes concernées par un mandat d'arrêt européen jouissent, exclusion faite de la présomption d'innocence, de plusieurs droits fondamentaux[2], comme par exemple le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH), le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) ou encore le droit à un recours effectif (art. 13 CEDH).

La décision-cadre instituant le mandat d'arrêt européen appelle elle-même au respect des droits fondamentaux puisque qu'elle dispose : « La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »[3].

Le principe *ne bis in idem,* garanti par la CEDH et la décision-cadre instituant le mandat d'arrêt européen, est d'une importance capitale pour le respect des droits fondamentaux. Il s'agit d'un principe général de procédure, qui n'autorise pas plus d'une poursuite pour la même infraction et constitue donc une protection pour les droits individuels[4]. La Cour a rendu plusieurs arrêts importants en la matière dont un cé-

---

[1] S. Bot, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles 2019, nº 519.

[2] *Ibidem*.

[3] Décision-cadre 200/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002, art. 1er par. 3.

[4] M. Fichera, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union : law, policy and practice*, Cambridge / Anvers / Portland 2011, p. 16.

lèbre, celui de l'affaire *Kretzinger*[5] le 18 juillet 2007.

Comme autre garantie, il y a la règle de la spécialité. Elle prévoit qu'une personne remise à un autre État membre ne peut être ni condamnée, ni poursuivie, ni privée de liberté pour une infraction autre que celle qui a justifié sa remise à l'État membre, à moins qu'elle n'ait été commise avant sa remise[6]. Cette garantie permet donc d'éviter de nuire à la coopération judiciaire entre les États membres et surtout d'éviter un abus du système. Sans elle, on verrait trop souvent des États profiter de la situation en se faisant remettre une personne et en la poursuivant avant de la condamner ou de lui infliger une peine privative de liberté pour une infraction autre que celle qui a motivé la remise de l'individu à cet État.

Outre les garanties de procédure déjà énoncées, la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt bénéficie du droit d'être assistée d'un avocat et d'un interprète. C'est un droit particulièrement important car il permet d'assurer l'égalité des armes, de pallier la différence de langue entre les États membres et surtout de garantir l'accès à la justice, indépendamment de la situation financière de la personne concernée. Ce droit à être assisté d'un avocat et d'un interprète est expressément garanti par la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen[7].

II. Les droits fondamentaux comme raison d'inexécution du mandat d'arrêt européen

Comme nous l'avons vu précédemment, les droits fondamentaux sont garantis lors de l'exécution du mandat d'arrêt et les garanties procédurales veillent au bon fonctionnement de cet instrument. Toutefois lorsqu'un État membre requérant viole un droit fondamental de la partie visée par un mandat d'arrêt, les autorités judiciaires du pays requis peuvent-elles tout de même exécuter un tel mandat ?

Tout d'abord, seule une violation grave et persistante par un État membre des principes auxquels renvoie l'art. 6 par. 1 TUE peut justifier la suspension de l'exécution d'un mandat d'arrêt[8]. Les États membres ont donc la possibilité de ne pas donner suite à un mandat d'arrêt européen lorsque l'État qui émet celui-ci viole de manière qualifiée les droits fondamentaux.

On peut se demander si cette possibilité de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen ne met pas en péril la reconnaissance et la confiance mutuelles qui sous-tendent la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'UE. L'invocation des droits fondamentaux est souvent perçue comme l'ultime chance de remettre en question le grand principe de la reconnaissance mutuelle et de contrecarrer le développement d'intégration du droit de l'UE[9].

Le Conseil européen, réunissant les chefs d'État ou de gouvernement, a le pouvoir de constater l'existence d'un risque manifeste de violation grave des principes de l'art. 2 TUE par un État membre et, le cas échéant, de lui adresser des recommandations (art. 7 par. 1 TUE). Le Conseil peut a fortiori constater toute violation manifeste, grave et persistante par cet État, après l'avoir entendu [10]. Il peut alors décider de suspendre certains droits qui découlent du Traité envers l'État membre en question (art. 7 par. 3 TUE).

Le législateur ainsi que les États membres ont veillé, lors de l'introduction du mandat d'arrêt européen, à garantir dans toute la mesure possible les droits fondamentaux des personnes visées. Lorsqu'il y a une violation des droits fondamentaux, en particulier lorsque la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt est exposée à des risques d'un traitement inhumain ou dégradant voire de torture, l'exécution d'un tel mandat doit être refusée. Pour appuyer cela, le considérant 13 de la décision-cadre basé sur l'article 3 de la CEDH relève : « nul devrait être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants »[11]. Dans l'arrêt *Al-Adsani*, la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) a jugé que l'interdiction de la torture est une norme impérative de

[5] CJCE, aff. C-288/05, *Kretzinger*, ECLI:EU:C:2007:441.

[6] Décision-cadre du 13 juin 2002, art. 27 par. 2.

[7] Décision-cadre du 13 juin 2002, art. 11 par. 2 ; Bot (n. 1) , nº 564.

[8] Décision-cadre du 13 juin 2002, consid. 10 ; H. Satzger, *International and European Criminal Law*, Munich 2012, p. 119.

[9] Bot (n. 1), nº 594.

[10] *Idem*, nº 595.

[11] Décision-cadre du 13 juin 2002, consid. 13 ; Satzger (n. 8), p. 119.

droit international[12].

Conclusion

Les États membres ont dû patienter de longues années avant de voir apparaître un instrument facilitant la coopération judiciaire pénale. Le nombre important de conventions sur l'extradition et leur difficile application à cause des différentes législations nationales a poussé les États membres à trouver un nouvel outil d'entraide judiciaire. Il aura fallu attendre le début du 21ème siècle et les attentats terroristes du 11 septembre 2001 pour enfin observer un changement en matière de coopération judiciaire.

La question des droits fondamentaux est omniprésente actuellement mais aussi dans l'exécution du mandat d'arrêt européen. En effet, les États membres qui émettent un mandat d'arrêt européen doivent garantir à la personne recherchée le respect de ses droits peu importe la gravité de l'infraction commise par cette dernière. Personne ne doit être sujet à des discriminations ou à un traitement inhumain dans l'État où il sera remis en vue de l'exécution de sa peine mais également lors de la poursuite. Nous avons également établi que si un État membre ne peut pas garantir les droits de la personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen, l'Etat de remise n'exécutera pas le mandat.

[12] CourEDH, req. nº 35793/97, *Al-Adsani*, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397, par. 61.

NIEDERER KRAFT FREY

Join our team

nkf.ch/career

Niederer Kraft Frey leads excellence and innovation in Swiss law.
We always look to the future.

That means you.

Niederer Kraft Frey AG Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zürich +41 58 800 80 00 nkf.ch

Court System of Mainland China, Hong Kong and Macao: Promoting Interregional Judicial Assistance

Jianing Sang (Doctoral Student, University of Fribourg)

Depuis le retour de Hong-Kong et de Macao en Chine en 1997 et 1999, le nombre de transactions entre la Chine continentale et ces deux régions administratives spéciales augmente à grande vitesse. Comme indiqué par la politique étatique fondamentale « Un pays, deux systèmes », Hong-Kong et Macao sont toutes deux dotées d'un degré d'autonomie élevé, et jouissent d'un pouvoir exécutif, législatif et judiciaire indépendant. Afin de trouver une solution permettant de protéger les intérêts des parties dans les transactions interrégionales, une série d'accords ont été mis en place. Cet article présente les systèmes judiciaires de la Chine continentale, de Hong-Kong et puis de Macao, dont le système est mis en avant compte tenu de son rôle important. Après une étude comparative, cet article va plus loin en analysant le système actuel d'assistance judiciaire et propose des méthodes pour améliorer son fonctionnement.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Ever since the return of Hong Kong and Macao to China in 1997 and 1999, transactions between mainland China and these two SARs have increased with high speed. As indicated by the "One Country, Two Systems" fundamental state policy, both Hong Kong and Macao are endowed with a high degree of autonomy and do enjoy executive, legislative and independent judicial power. A direct result is the co-existence of different jurisdictions within one sovereign country. Therefore, one question arises in terms of solution to protect parties' interests in interregional transactions. In response, the mainland and the two SARs have set up a series of mutual arrangements that concern certain aspects of a legal process to establish a well-operated interregional judicial assistance. For a better understanding of judicial assistance within China, this article first introduces judicial systems of mainland, Hong Kong and Macao, in which the court system would be emphasized in consideration of the significant role it plays. After comparative study, this article will further analyze the current judicial assistance system and propose methods for a better operation thereof.

I. People's Courts in Mainland

A. Background

> "The people's courts in the People's Republic of China are the judicial organs of the state."[1]

As prescribed in *the Constitution Law of the People's Republic of China* ("*the Constitution Law*"), the people's courts shall exercise independently judicial power endowed by the National People Congress.[2] The legislative power is exercised by the National People's Congress ("the Congress")[3]. In parallel with the people's courts, governments are the state organs that exercise its executive power with no interference to the people's courts judicial power. In China, the highest organ of state power is the State Council, that is, the Central People's Government.[4] The court shall directly report to the corresponding level of government and be responsible for it. Within the court system, the higher level of court has the right of supervision (not regulation).

B. Court Division

The people's courts in mainland are divided into: The Supreme People's Court, local people's courts and special people's courts. The Supreme People's Court is the highest judicial organ, it enjoys two exclusive rights:

[1] Article 123 of the Constitution Law of the People's Republic of China.
[2] Article 126 (n 1)
[3] Article 58 (n 1).
[4] Article 85 (n 1).

the right of approval towards death sentence[5] and the judicial interpretation[6]. The local people's courts are divided into three levels in accordance with the administrative division,[7] which are: high people's court, intermediate people's court and basic people's court. The special courts include military courts, maritime courts, intellectual property courts, financial courts, and so forth.[8] In addition to these long-existing special people's courts, two new kinds of special courts were recently established, which are: financial court and Internet court. China has established three main Internet courts: the Hangzhou Internet Court[9], the Beijing Internet Court[10] and the Guangzhou Internet Court[11]. These three cities are Internet Industry hubs, especially Hangzhou, where the world's famous online business enterprise *Alibaba Group* sets up its headquarters. The exercise of China's Internet Courts has been proved to be a success.[12] Accompanied with ICT (Information and Communication Technology) *ad hoc*, it suits the demand for both efficiency and justice from consumer group. The three Internet courts shall have centralized jurisdiction over the cases that shall be accepted by the basic people's courts within the jurisdiction in their respective cities as courts of first instance.[13]

It could be seen that, the innovation to the specific people's court shows China's concern on certain legal relationships generated, which needs high level of professional knowledge and to be treated specifically. This article endorses the view that, with the development of sociality and technology, people's way of behavior would be influenced. In response to this, the future of the court system in mainland might appear to be more dispute-specific, which could as well be helpful for caseload relief.

II. Court Systems of Hong Kong and Macao

The Government of the People's Republic of China resumed the exercise of sovereignty over Hong Kong and Macao with effect separately from 1 July 1997[14] and 20 December 1999[15]. The principle of "One Country, Two Systems" has been successfully applied for the governance over Hong Kong and Macao. "One Country" means there is only one sovereignty country, which is the People's Republic of China. "Two Systems" refers to that the mainland China continues its socialism, whereas Hong Kong and Macao remain their capitalism unchanged. Guided by this principle and in accordance with the two basic laws, both Hong Kong and Macao are authorized to exercise a high degree of autonomy and to enjoy executive, legislative

[5] Article 17 of People's Courts Organic Law of the People's Republic of China. In the 1954 People's Courts Organic Law, the right of approval of death sentence were exercised all together by the Supreme People's Court and high people's courts. Although the 1997 Criminal Procedural Law of PRC has clearly prescribed that only the Supreme People's Court had such right, the People's Courts Organic Law still allowed the exercise of the right by high people's courts. It is not until 2007, when the 2007 People's Courts Organic law came into force, the right of approval of death sentence was finally be regulated as the exclusive right of the Supreme People's Court. One main reason for doing so is to integrate differed criteria on approval of death sentences that each High People's Court used to adopt.

[6] Article 18 (n 1).

[7] As to the administrative division, it is prescribed by the *Constitution Law* that the country is divided into provinces (23), autonomous regions (5), and municipalities directly under the Central Government (4). Provinces and autonomous regions are divided into autonomous prefectures, counties, autonomous counties, and cities; counties and autonomous counties are divided into townships, nationality townships, and towns (Article 30 (1) (n 1)). Meanwhile, according to article 31 of the *Constitution Law*, special administrative regions may be established when necessary, which are Hong Kong and Macao.

[8] Article 15 (n 1).

[9] Established on 18 August 2017, see official website: http://www.netcourt.gov.cn/portal/main/domain/index.htm (09.04.20).

[10] Established on 9 September 2017, see official website: https://www.bjinternetcourt.gov.cn (09.04.20).

[11] Established on 28 September 2017, see official website: https://www.gzinternetcourt.gov.cn (09.04.20).

[12] According to the statistics published by the *Supreme People's Court in the White Book on Internet Justice of China's Courts* on 4 December 2019 that, by 31 October 2019, the three Internet Courts have received 118, 764 cases, in which 88, 401 were concluded; the online filing application rate has reached 96.8%; the online trial took an average of 45 minutes, and the average case trial period was bout 38 days, and the rate of satisfaction on the judgments of first instance was 98%.

[13] Article 2 of Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Cases by Internet Courts.

[14] Preamble of the Basic Law of the Hong Kong SAR of the People's Republic of China.

[15] Preamble of the Basic Law of the Macao SAR of the People's Republic of China.

and independent judicial power, including that of final adjudication.[16]

A. Hong Kong

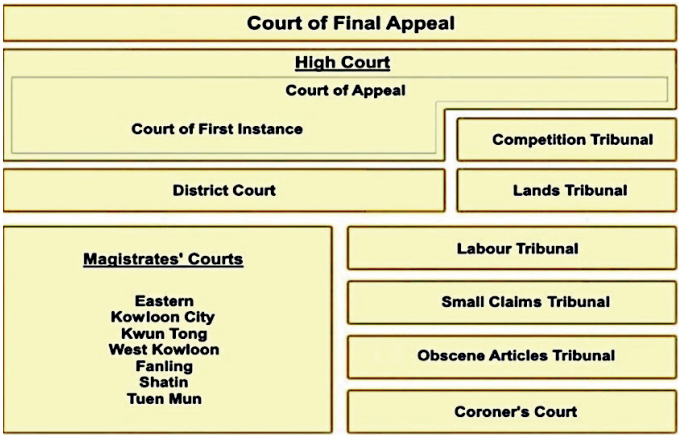
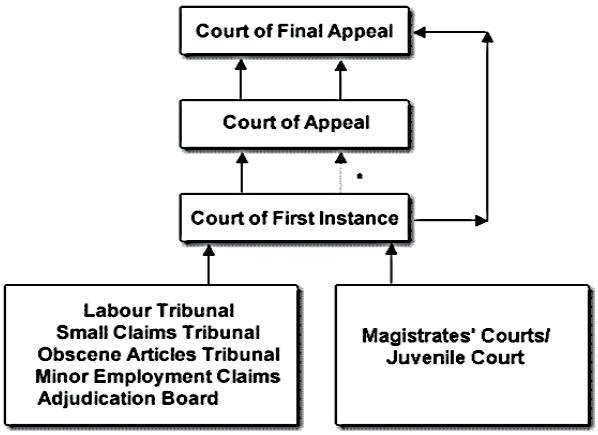


Figure 1. Court Structure of Hong Kong[17]

The Court of Final Appeal is the highest appellate court in Hong Kong, it hears appeals on civil and criminal matters from the High Court.[18]

The High Court includes the Court of Appeal and the Court of First Instance. It has both appellate and original jurisdiction, it can both hear appeals sent to it and try cases first taken to it.



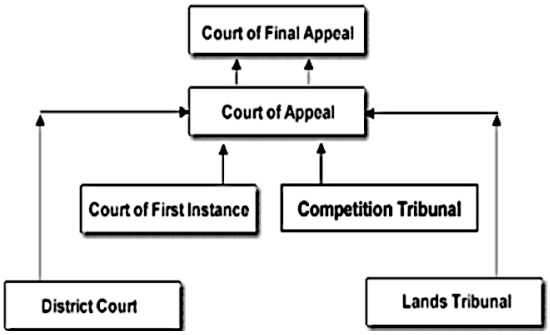


Figure 2. Appeal structure[19]

The basic courts include the District Court, Magistrate's Court and certain special tribunals. The District Court has limited jurisdiction in both civil[20] and criminal matters[21]. Magistrates exercise a criminal jurisdiction, which covers a wide range of indictable and summary offences.

B. Macao

Macao adopts a three-layer court structure that includes: The Court of Final Appeal, the Intermediate Court, and the Court of First Instance. The Court of Final Appeal is the highest judicial organ in Macao, it shall exercise the right of final adjudication. As the second level of court in Macao, the Intermediate Court exercises its jurisdictions over fourteen kinds of cases,[22] these are the cases that used to be within the Court of Final Appeal before the return of Macao. The Court of First Instance contains two specific courts[23]: The Basic Court, with general jurisdiction, and the Administrative Court, with jurisdiction over administrative, tax and customs cases.[24] The Basic Court hear

[16] Article 2 of the two Basic Laws.
[17] See : https://www.judiciary.hk/en/about_us/courtchart.html (09.04.20).
[18] Article 4 of the Hong Kong Court of Final Appeal Ordinance.
[19] See : https://www.judiciary.hk/en/court_services_facilities/hc.html (09.04.20).
[20] It has civil jurisdiction to hear monetary claims over $50,000, but not more than $1,000,000. In the case of claims for recovery of land, or where the title to an interest in land comes in question, the annual rent or rateable value or the annual value must not exceed $240,000.
[21] In its criminal jurisdiction, the court may try the more serious cases with the exception of a few very serious offences such as murder, manslaughter and rape. The maximum term of imprisonment it can impose is seven years. It also exercises limited appellate jurisdiction in hearing appeals from tribunals and statutory bodies conferred on it under various ordinances, including the Stamp Duty Ordinance (Cap. 117), the Pneumoconiosis (Compensation) Ordinance (Cap. 360) and the Occupational Deafness (Compensation) Ordinance (Cap. 469), see official website : https://www.doj.gov.hk/eng/legal/ (09.04.20).
[22] Article 36 of Lei de Bases da Organização Judiciária.
[23] Article 27 (n 22).
[24] Article 30 (n 22).

cases via different tribunals, which are established in accordance with the subject matter they concern.[25]

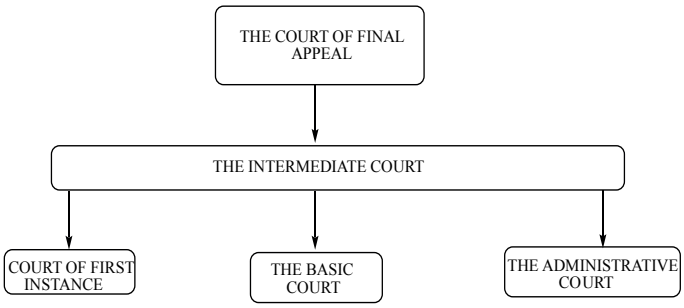


Figure 3. Court structure of Macao

III. Conclusion: Promoting Interregional Judicial Assistance

A. Current Situation

Judicial assistance usually refers to cooperation between courts of two jurisdictions in terms of exchange of information, service of relevant documents and enforcement of a judicial order. Since it involves more than one jurisdiction, it is usually a method for two states to establish judicial cooperation. However, the judicial assistance we are talking here in China refers to the one within one sovereign country, which is "interregional judicial assistance". Judicial assistance between different legal systems could be discussed from civil and commercial as well as criminal perspectives.

From aspect of civil and commercial matters, judicial assistance is conducted via mutual arrangements on certain legal issues, achievements have already been obtained during the past two decades. Until now, mainland China has already signed nine agreements separately with Hong Kong and Macao, issues regulated in these agreements cover the following parts of a judicial process: 1. The service of judicial documents; 2. Evidence taking; 3. Recognition and enforcement on judgment; 4. Recognition and enforcement on arbitral award. Notably, according to the new decision made in 2020 regarding service of judicial documents and evidence-taking between mainland and Macao,[26] not only more levels of courts in mainland get involved into the procedure (art. 1), but also Internet judicial assistance is set up and be deemed as the premier solution (art. 2).

Compared with what have been done on civil and commercial issues, it is quite disappointing that, from aspect of criminal matters, there still lacks an effective mutual arrangement between mainland and two Special Administrative Regions. This is mainly due to differed legislations regarding certain issues, for instance the death sentence.

B. Recommendations

To sum up, this article would like to propose suggestions to certain questions remained for better promoting interregional judicial assistance within China. First, the Internet Court and Internet technology used by courts in general have all bring the judicial procedure into another period. With the amendment made by the Supreme People's Court in 2020, it could be predicted that the judicial procedure for both mainland and two Special Administrative Regions would be more relied on the Internet technology. Although the Internet court and technology *ad hoc* are still in their infancy, it worth considering the judicial assistance online and be well prepared for its future implementation. Second, under arrangements agreed between mainland and two Special Administrative Regions, scope of cases that could be enforced are gradually enlarged, there are still requirements to fulfill for the final enforcement. The next step for the promotion in this respect is to simplify the enforcement procedure that pursue the automatic enforcement mechanism. Third, although the basic level of judicial assistance has been established between mainland and two Special Administrative Regions, there lacks enough assistance between these two regions,[27] efforts shall be put on promoting mutual arrangements in between them as well. At last, the blank of judicial assistance in criminal matters are in urgent to be filled, which calls for continuous mutual talks and negotiations.

[25] So far, the Basic Court comprises the following tribunals: 1. One Administrative Center; 2. Three Civil Tribunals; 3. Five Criminal Tribunals; 4. One Small Claims Tribunal; 5. Two Criminal Investigation Tribunals; 6. One Labor Tribunal; and 7. One Family and Minors Tribunal.

[26] Decision of the Supreme People's Court to Amend the Arrangement concerning Mutual Entrustment of the Service of Judicial Documents and the Obtainment of Evidence in Civil and Commercial Cases between the Chinese Mainland and the Macao SAR (2020).

[27] Currently, there's only mutual arrangement separately between the two Special Administrative Regions and mainland, except for the Arrangement Concerning Reciprocal Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Between the Hong Kong SAR and the Macao SAR (2013).

La preuve scientifique en procédure pénale : quels besoins de régulation ?

Mélanie Breit et Sandy Ferreiro Panzetta (MLaw, doctorantes FNS auprès de la Prof. Joëlle Vuille, Université de Fribourg)[*]

Introduction

Au regard des preuves à disposition, quel verdict prononcer à l'encontre de la personne accusée ? C'est la difficile question à laquelle doit répondre le juge pénal dans chaque affaire, de la plus simple à la plus complexe. Or dans un nombre croissant de cas, le dossier contient des preuves scientifiques ou forensiques, c'est-à-dire des preuves résultant de l'application de la biologie, de la chimie et de la physique dans un contexte judiciaire. Bien que la loi actuelle ne prévoie pas un système de preuves légales, qui lieraient le juge[1], la littérature suggère que les tribunaux accordent un crédit important à ce type de preuves, oubliant parfois les erreurs et autres biais d'interprétation qui peuvent se produire lors de la collecte, de l'analyse et de l'appréciation des indices techniques et scientifiques[2].

Le projet du Fonds national suisse intitulé *The Regulation of Forensic Science Evidence in Europe*, mené par la Prof. Joëlle Vuille, a pour ambition d'investiguer la manière dont les preuves forensiques sont produites en Europe et d'évaluer la pertinence du cadre régulatoire censé garantir la qualité de ces preuves lorsqu'elles sont utilisées dans le contexte pénal[3]. Projet interdisciplinaire, il couvre tant les domaines juridiques que scientifiques et permet de se questionner sur la place du droit dans un système plus large et plus complexe. Chacune de nous réalise une thèse de doctorat en droit dans le cadre du projet susmentionné ; nous les présentons brièvement dans les sections suivantes.

I. Besoins de régulation européenne : nécessité de repenser la preuve forensique

A. Des techniques insuffisamment validées dans les procès pénaux

À ce jour, il n'existe pas d'uniformisation européenne en matière de régulation des preuves forensiques, alors que bon nombre d'affaires revêtent un caractère transfrontalier impliquant une entraide internationale ou requièrent de solliciter des experts étrangers. Ainsi, chaque État peut ériger les règles qu'il souhaite (compte tenu de certaines limites), ce qui engendre de grandes différences, tant au niveau des différents États qu'entre les différents types de preuves. En effet, dans la plupart des pays d'Europe, la preuve *via* l'analyse de l'ADN est la plus réglementée ; mais pour le reste, le traitement est très disparate.

Pourtant, une telle régulation revêt une importance capitale, tant les conséquences d'un manque de validité et/ou de fiabilité des méthodes utilisées pour produire des preuves découlant des sciences forensiques peuvent être importantes : par le passé, des techniques insuffisamment validées ont été employées, avec des effets dramatiques. Aux États-Unis, par exemple, Santa Tribble et Kirk Odom ont été poursuivis sur la base d'une analyse microscopique des cheveux, technique abandonnée depuis lors car insuffisamment fiable ; ils avaient passé respectivement 32 et 31 ans en prison, alors qu'ils étaient innocents[4]. En Suisse, Werner Ferrari a été condamné sur la base d'une comparaison de traces de morsure pour un meurtre qu'il n'avait pas commis, avant d'être exonéré en 2007[5]. Cette technique a aussi été abandonnée depuis lors car elle produisait des résultats aléatoires.

[*] Les auteures remercient le Fonds national suisse pour son soutien financier (bourse PP00P1_176720).

[1] Tous les moyens de preuve étant soumis au principe général de libre appréciation des preuves institué par l'art. 10 al. 2 du Code de procédure pénale (RS 312.0, ci-après : CPP).

[2] Voir par ex. P. Roberts, *Making Sense of Forensic Science Evidence*, in : P. Roberts / M. Stockdale (édit.), *Forensic Science Evidence and Expert Witness Testimony, Reliability through Reform?*, Cheltenham 2018, p. 27 ss ; J. Vuille / A. Biedermann, *Une preuve scientifique suffit-elle pour fonder une condamnation pénale ?*, RDS 5/2019, p. 491 ss.

[3] http://p3.snf.ch/project-176720 (dernière consultation le 29.03.20).

[4] Tribble v. U.S., 447 A.2d 766 (D.C. 1982) et Odom v. U.S., 464 U.S. 1010 (1983).

[5] J. Vuille, *Actualités dans le domaine de l'appréciation des preuves* (cité : Vuille, Appréciation des preuves), in : A.-S. Dupont / A. Kuhn (édit.), *Droit pénal – Évolutions en 2018*, Bâle 2017, p. 101-126, sp. p. 105.

B. Une jurisprudence évolutive

Dans ce contexte, ce sont les États-Unis qui engendrent la réflexion, cela dès 1923 avec l'arrêt Frye[6], affaire dans laquelle il est question de savoir si le polygraphe peut être utilisé dans le cadre d'une procédure pénale. La Cour suprême américaine rejette cette possibilité, la technique en étant à ses balbutiements et n'emportant pas la conviction de la communauté scientifique. Ainsi, la condition de la « *general acceptance*[7] » est posée : le système de justice pose comme critère d'admission d'un procédé scientifique le fait que ce dernier soit généralement accepté par la communauté scientifique de référence.

Le fait que la qualité scientifique d'une méthode soit définie par le biais du même critère qui permet de l'admettre en tant que moyen de preuve pose problème, car cela revient à confier à la communauté scientifique le rôle de décider de l'admission d'un moyen de preuve[8]. Ce n'est pourtant qu'en 1993 que la Haute Cour américaine change de paradigme avec une trilogie d'arrêts développant des critères d'admissibilité autonomes allant plus loin que la question de savoir si la technique est considérée comme scientifique par la communauté de référence et permettant alors des questionnements de fond.

Avec l'arrêt Daubert[9], dans lequel il s'agit de savoir si l'administration de Bendectin à une femme enceinte a pu causer des malformations à l'embryon, la Cour suprême arrête des critères matériels permettant d'apprécier le caractère admissible d'un moyen de preuve scientifique au procès. Il s'agit de savoir si la théorie ou technique utilisée a été testée, si les expérimentations ont fait l'objet de publications évaluées par les pairs, quel est le taux d'erreur de la méthode et si la technique est soumise à des procédures standardisées et des contrôles qualité. Enfin, il faut se demander si la technique est généralement acceptée par la communauté scientifique concernée[10]. Avec ces critères, le juge ne doit plus seulement s'assurer que le moyen de preuve est pertinent (*relevant*), mais qu'il est fiable (*reliable*)[11]. Il doit donc investiguer en profondeur la méthodologie utilisée et jouer le rôle de gardien (*gatekeeper*) par rapport aux jurés, triant « à l'entrée » les moyens de preuve qui pourront être présentés et discutés en audience[12]. Cet arrêt consacre ainsi réellement la différence entre scientificité et admissibilité ; en effet, le juge ne s'en remet plus uniquement aux scientifiques pour définir si le moyen de preuve est acceptable, mais il questionne le domaine scientifique et élabore des critères qui sont propres au juridique. On peut donc réellement parler ici de critères d'admissibilité qui visent un objectif de transparence dans le processus, dont le résultat est le moyen de preuve. Ces critères seront par la suite développés et adaptés dans les affaires Joiner[13] et Kumho[14], formant ce qui est communément appelé la *trilogie Daubert*.

C. L'interdisciplinarité

Comme cela a été évoqué en introduction, le projet dont cette thèse fait partie appréhende les notions développées ci-dessus de manière interdisciplinaire. C'est-à-dire que, dans le cas de l'analyse des arrêts Daubert par exemple, il est intéressant de comprendre de quelle manière ces évolutions questionnent la relation entre la science et la justice. La trilogie Daubert est ainsi vue comme un renforcement de la place du juge comme « écran »[15] entre la science et le jury (pour les pays qui en possède un). Pour questionner en profondeur cette relation, la philosophie des sciences et l'épistémologie sont appréhendées, car il

---

[6] Frye v. United States, 54 App. D.C. 46, 293 F. 1014 (1923).

[7] Frye v. United States, 54 App. D.C. 46, 293 F. 1014 (1923) : « *Just when a scientific principle of discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs* ».

[8] P. Giannelli, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half-Century Later*, Columbia Law Review 80(6)/1980, p. 1197 ss.

[9] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc., 509 U.S. 579, 589 (1993).

[10] B. Black / F. J. Ayala / C. Saffran-Brinks, *Science and the Law in the Wake of Daubert: A New Search for Scientific Knowledge*, Texas Law Review 72(4)/1994, p. 715 ss.

[11] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc., 509 U.S. 579, 589 (1993) : « *[...]the trial judge must ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable* ».

[12] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc., 509 U.S. 579, 589 (1993).

[13] General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 146 (1997).

[14] Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. (1999).

[15] M. Girel, *L'expert scientifique et les critères : Regards sur le droit Américain et sa philosophie des sciences implicite*, in : Collectif (édit.), *Sciences et société : Les normes en question*, Arles 2014, p. 7.

s'agit de déconstruire notre rapport à la preuve, et plus particulièrement à la preuve scientifique, à laquelle nous vouons parfois un culte absolu. De ce fait, trois concepts fondamentaux ont pu être mis à jour dans le cadre de nos recherches : la science, la vérité et la certitude. Ces trois éléments sont intrinsèquement liés, avec chacun un fondement sous-jacent différent, respectivement l'épistémologie, la philosophie et les probabilités. En effet, questionner la science revient à se tourner vers l'épistémologie et la construction de cette dernière ; la vérité fait appel aux notions philosophiques du concept, que l'on peut mettre en lumière avec la notion juridique de la vérité ; et enfin, la certitude, que l'on attache souvent à la preuve scientifique, peut et doit être remise en question *via* les probabilités et particulièrement l'approche bayésienne[16]. L'analyse de ces concepts avec comme point d'ancrage l'art. 139 al. 1 CPP et la comparaison avec le droit des États-Unis et, sporadiquement, le droit de différents États européens, constitue ainsi un pan de recherche afin de pouvoir approfondir la notion de « connaissances scientifiques » si couramment utilisée, mais encore jamais développée.

II. Les violations du cadre régulatoire par les praticiens forensiques

La seconde thèse réalisée dans le cadre de ce projet a pour but d'investiguer les violations du cadre régulatoire commises par les praticiens forensiques, de les définir, d'établir quelles en sont actuellement les conséquences, et de proposer un nouveau système de gestion efficient de ce type de cas, au vu de la littérature générale sur la régulation.

A. Erreurs et falsifications volontaires

Conformément à l'art. 182 CPP, le ministère public et les tribunaux font appel à un expert lorsqu'ils ne disposent pas des connaissances nécessaires pour constater ou apprécier un état de fait. Par ailleurs, les autorités sont également renseignées par des praticiens forensiques agissant hors du cadre formel des expertises, comme un officier de police réalisant une comparaison de projectiles d'armes à feu. Dans tous les cas, la question de la qualité des informations transmises aux magistrats par leurs auxiliaires scientifiques se pose. Or, ces vingt dernières années, des centaines de condamnations ont été révisées dans le monde occidental car elles étaient fondées, au moins en partie, sur des preuves scientifiques de mauvaise qualité[17]. Comme nous l'avons vu plus haut, des techniques sont parfois utilisées alors qu'elles sont encore insuffisamment validées[18]. Mais d'autres problèmes peuvent également survenir : tout en utilisant une technique validée, les criminalistes peuvent commettre des erreurs, ne pas se conformer aux standards de leur discipline, ou encore falsifier volontairement des preuves[19]. Par exemple, dans l'affaire du parc de Schiedam aux Pays-Bas, une trace ADN mal interprétée a mené à la condamnation d'un innocent ; il est apparu plus tard que les experts avaient caché certaines informations au tribunal, qui auraient permis d'exclure le prévenu comme source des traces[20]. Dans l'affaire Sally Clark, au Royaume-Uni, une mère a été condamnée pour le meurtre de ses deux enfants qui avaient en réalité succombé à la mort subite du nourrisson ; le tribunal avait été mal renseigné par un pédiatre qui avait commis plusieurs erreurs grossières dans l'interprétation de ses observations[21].

B. Des violations sans conséquence

Dans de nombreux systèmes pénaux, il n'y avait pendant très longtemps aucune règle quant à savoir qui pouvait proposer ses services comme praticien forensique et comment le travail devait être réalisé[22]. Aujourd'hui, des efforts ont été entrepris dans certains pays et dans certaines disciplines forensiques (notablement l'analyse ADN) et ont permis la mise en place de certaines réglementations, mais de nombreux aspects du travail forensique ne sont toujours pas encadrés. Le Réseau européen des instituts de police

[16] C. Aitken / F. Taroni, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, 2e éd., Hoboken, NJ 2004, p. 122.

[17] J. Vuille / C. Champod, *Forensic Science and Wrongful Convictions*, in : Q. Rossy / D. Décary-Hétu / O. Delémont / M. Mulone (édit.), *The Routledge International Handbook of Forensic Intelligence and Criminology*, Abingdon 2018, p. 125 ss.

[18] Vuille, Appréciation des preuves, no 3, p. 103.

[19] B. Turvey, *Forensic Fraud*, Waltham, MA 2013 ; R. T. Bowen, *Ethics and the Practice of Forensic Science*, 2e éd., Boca Raton, FL 2018.

[20] P. Van Koppen, *Blundering Justice, The Schiedam Park Murder*, in : R. Kocsis (édit.), *Serial Murder and the Psychology of Violent Crimes*, Totowa, NJ 2008, p. 207 ss.

[21] R. Nobles / D. Schiff, *Misleading Statistics within Criminal Trials – The Sally Clark Case*, Significance, vol. 2(1)/2005, p. 17 ss.

[22] R. Jonakait, *Forensic Science: The Need for Regulation*, Harvard Journal of Law and Technology, vol. 4/1991, p. 109-191, sp. p. 172 ss.

scientifique (*European Network of Forensic Science Institutes*, ENFSI), par exemple, a entrepris certains efforts de régulation[23], mais ceux-ci demeurent fragmentés et lacunaires.

L'un des problèmes fondamentaux est que, même lorsque des règles existent pour encadrer la pratique forensique, aucun système n'est mis en place pour détecter les erreurs et les falsifications commises par les criminalistes. Lorsqu'un problème est mis en lumière, c'est souvent le fait du hasard ou d'un concours de circonstances exceptionnelles. Enfin, hormis les falsifications intentionnelles qui constituent un délit et peuvent donc faire l'objet d'une poursuite pénale, la plupart des violations n'entraîne aucune conséquence : ni ré-investigation systématique de cas similaires, ni formation complémentaire de l'expert, ni sanction. Presque tout est laissé à l'initiative de l'expert lui-même, ou, dans le meilleur des cas, à la hiérarchie du laboratoire qui l'emploie. Cette situation est hautement problématique, car elle empêche la profession d'apprendre systématiquement de ses erreurs. Le but de notre travail sera, sur la base des cas documentés en Europe continentale et dans le monde anglo-saxon, de développer une typologie des erreurs et violations régulatoires pouvant se produire dans le cadre forensique, et de proposer un cadre cohérent pour les investiguer et les corriger, et ainsi diminuer la probabilité qu'elles se reproduisent.

Conclusion

En partant de l'art. 139 al. 1 CPP et en questionnant la relation entre le droit et la science, le constat qui peut être tiré est un manque de réglementations, d'uniformisation et de cohérence entre les différents systèmes de justice européens lorsqu'il est question de réglementer la production et l'emploi des preuves forensiques. Ces lacunes conduisent malheureusement à des erreurs judiciaires dont certaines personnes font directement les frais, parfois en passant de longues années en prison. Sur fond d'une approche interdisciplinaire, le projet ambitionne ainsi d'améliorer la qualité des preuves utilisées en justice afin de renforcer le droit à un procès équitable.

[23] Voir not. les lignes directrices en matière d'évaluation : European Network of Forensic Science Institutes, *Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science*, 2015. Disponibles à l'adresse suivante : http://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf.

Interview avec Walter Stoffel

Professeur de droit économique à l'Université de Fribourg

1973 – Licence
1976 – *Master of Laws* (L.L.M.), Yale Law School
1979 – Doctorat
1979 – Brevet d'avocat, puis avocat à Zurich
1981 – Vice-directeur de l'ISDC jusqu'en 1987
1986 – Thèse d'habilitation
1987 – Professeur ordinaire
1994 – *Scientific Director of the International Association of Legal Science* jusqu'en 2000
2003 – Président de la COMCO jusqu'en 2010
2008 – Membre du Conseil suisse de la science jusqu'en 2016

Q : Quelle a été votre formation académique et quelles ont été vos activités professionnelles annexes ?

J'ai fait mes études de droit à l'Université de Fribourg, y compris mon doctorat, puis un L.L.M. à Yale, et mon brevet d'avocat à Zurich. J'ai exercé la profession d'avocat pendant deux ans environ avant de me rendre à l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne où j'ai exercé la fonction de vice-directeur, et puis à Harvard en tant que *visiting scholar* dans le cadre de ma thèse d'habilitation. J'ai été nommé Professeur à Fribourg en 1986 ou 1987 je ne suis plus tout à fait sûr (rires).

Q : Une préférence entre Yale et Harvard ?

Yale c'est ce que l'on appelle aux Etats-Unis une *Policy Oriented Law School* plus philosophique, qui remet davantage en question les solutions reçues. C'est ce que j'ai particulièrement aimé à Yale. Mon expérience a été différente à Harvard en tant que *visiting scholar* mais très bonne aussi. J'ai beaucoup aimé la ville de Boston car Yale est à New Haven qui est une petite ville un peu ennuyeuse (rires). New Haven n'était pas loin de New-York par contre, ce qui était avantageux. J'ai souvent fait des allers-retours en train entre les deux villes.

Au début on se cherche. J'ai beaucoup aimé le métier d'avocat et pratiquer le barreau mais j'ai développé très tôt un intérêt pour une carrière académique.

Q : Pourquoi une carrière académique ? Quelles sont les raisons qui vous ont poussé à faire un doctorat et puis une thèse d'habilitation ?

Au début on se cherche. J'ai beaucoup aimé le métier d'avocat et pratiquer le barreau mais j'ai développé très tôt un intérêt pour une carrière académique. Il s'est manifesté par le plaisir de rechercher des solutions, analyser des problèmes de façon approfondie, écrire, formuler et puis aussi par une envie de communiquer. J'ai été encouragé par mes professeurs de l'époque à Fribourg, notamment par mon directeur de thèse, Luzius Wildhaber, devenu Professeur à l'Université de Bâle et Président de la Cour européenne des droits de l'homme par la suite. J'ai gardé d'excellents contacts avec lui ! J'ai soutenu ma thèse

alors que j'avais déjà commencé mon stage d'avocat, et la façon dont la thèse a été reçue a joué un rôle. A cela s'est ajouté le fait de pouvoir aller à Yale pendant le doctorat ce qui est encourageant quand on sait que Yale accueille très volontiers les futurs professeurs.

Mon doctorat a porté sur les traités d'établissement, plus précisément sur l'égalité de traitement dans les traités d'établissement conclus par la Suisse. A plusieurs égards, ces traités datant du XIXe siècle ont été les précurseurs de la liberté d'établissement de l'Union européenne.

Q : Quel a été votre sujet de doctorat ?

Mon doctorat a porté sur les traités d'établissement, plus précisément sur l'égalité de traitement dans les traités d'établissement conclus par la Suisse. A plusieurs égards, ces traités datant du XIXe siècle ont été les précurseurs de la liberté d'établissement de l'Union européenne. A la fin du XIXe siècle, c'est ce principe qui fut ancré dans les traités bilatéraux que la Suisse a conclus avec la quasi-totalité des États européens et voisins, y compris avec l'Iran et les États-Unis. Pendant cette période, il y avait une aspiration vers l'internationalisme et l'acceptation de la libre circulation des personnes laquelle mettait fin à la première guerre mondiale. La modification tacite de ces traités était le sujet de la thèse : était-elle valable et jusqu'où allait-elle ? A l'époque, il existait ce que l'on appelait le statut des saisonniers. Dans ce contexte, les traités d'établissement jouaient un rôle, avaient une certaine portée, mais n'étaient pas entièrement respectés. Il existait un traitement de faveur, de fait peut-être plus que de droit, envers les pays avec lesquels on avait conclu ces traités. C'était très intéressant, un droit européen avant l'heure !

Q : Et de votre thèse d'habilitation?

Mon sujet de thèse d'habilitation a été tout autre, et je l'ai choisi après un certain moment passé dans la pratique. Celle-ci a porté sur l'activité économique de l'État en droit de la concurrence, plus précisément sur la question d'égalité de traitement entre toutes les unités qui exercent une activité étatique indépendamment du « propriétaire étatique ou privé », par exemple les banques cantonales, les CFF ou les PTT de l'époque.

Q : D'où vient votre intérêt pour le droit de la concurrence et le domaine économique en particulier ?

Il est apparu dans la pratique. J'ai porté un grand intérêt pour le droit privé mais également pour le droit administratif, surtout dans le dans le domaine économique qui m'intéresse beaucoup. De nombreuses questions fondamentales se posent dans les rapports entre l'économie et l'État. Le droit de la concurrence est l'un des points d'articulation entre ces deux domaines.

J'ai porté un grand intérêt pour le droit privé mais également pour le droit administratif, surtout dans le dans le domaine économique qui m'intéresse beaucoup. De nombreuses questions fondamentales se posent dans les rapports entre l'économie et l'État. Le droit de la concurrence est l'un des points d'articulation entre ces deux domaines.

Q : Pour en revenir à votre carrière académique, quelles seraient pour vous les qualités permettant d'aspirer à un titre de Professeur ?

La curiosité scientifique. Il faut avoir envie de creuser, d'aller au bout d'une question, se réjouir de pouvoir passer de l'analyse à la synthèse, et de formuler tout cela. Je crois qu'il faut également avoir une envie de

communiquer avec le monde extérieur, plus particulièrement aux étudiants. Il faut aimer les étudiants et aimer l'atmosphère. Je pense également qu'il existe différents styles dans les professeurs et les chercheurs. Certains sont plus ou moins extrovertis et communiquent plus ou moins volontiers.

> Il faut avoir envie de creuser, d'aller au bout d'une question, se réjouir de pouvoir passer de l'analyse à la synthèse, et de formuler tout cela. Je crois qu'il faut également avoir une envie de communiquer avec le monde extérieur, plus particulièrement aux étudiants. Il faut aimer les étudiants et aimer l'atmosphère.

Q : Vous souvenez-vous de votre premier cours dispensé en plénum ? Ressentez-vous toujours un peu de stress avant de donner un cours ou est-ce qu'il disparaît au fil du temps ?

C'est clair, je m'en souviens ! J'étais chargé de cours et c'était stressant. Je me suis préparé de façon minutieuse, trop même, car il faut laisser de la place à l'improvisation et à la réactivité par rapport à l'audience. Le trac avant les cours est d'ailleurs resté jusqu'à maintenant. L'intensité n'est plus la même qu'au début de ma carrière et une fois que je commence mon cours ce sentiment disparaît, mais il est toujours là avant. J'imagine où je serai dans une demi-heure, quelle matière pourra être couverte etc. Dans la mesure du possible, je n'accepte jamais de repas ou de café avant le cours parce que j'ai besoin d'un moment de concentration en amont. Cette tension n'est pas une mauvaise chose, bien au contraire, on est plus présent et j'ai l'impression que le cours est meilleur. Avant une conférence publique c'est pareil, voire encore plus accentué car on ne connaît pas ou moins bien son public qu'à l'Université, où l'audience est composée de nos étudiants que l'on finit par connaître. C'est un autre environnement, un autre niveau, une relation différente et d'autres questions avec des praticiens. Pour les étudiants, c'est la structure et les rapports entre les différents domaines qui sont au premier plan et qui sont importants.

Q : Quels sont les points marquants de votre carrière académique ?

S'agissant de l'enseignement, j'ai beaucoup aimé les nouvelles technologies, notamment PowerPoint que je n'avais pas au début de ma carrière. J'aime beaucoup la souplesse que ce logiciel amène, même s'il convient de l'utiliser avec parcimonie, et j'aime toujours de temps en temps recourir au bon vieux tableau noir qui a toujours son utilité. Les nouvelles technologies ont vraiment changé la technique d'enseignement et ma façon de donner les cours durant ma carrière vers le mieux ! En ce qui concerne la matière, je pense que l'évènement le plus important a été la globalisation : l'européanisation d'abord, et l'internationalisation ensuite ou en parallèle. La globalisation ne signifie pas que tout devient pareil mais nous permet de réaliser que d'autres réponses peuvent être données aux mêmes questions. En quelque sorte, c'est une leçon de modestie et d'inspiration en même temps. Dans ce contexte, j'ai eu la chance de travailler très souvent au niveau international et avec des collègues étrangers, à commencer par mes années à l'ISDC, mon temps à la *International Association of Legal Science* et mes séjours de recherche et d'enseignement dans de nombreux pays et continents. J'étais également membre de la *European Law Faculty Association*. Enfin, nous n'avions pas encore de programmes Erasmus non plus, car ils ont été introduits dans les années 80. Cela a beaucoup changé la manière de fonctionner des universités. A Fribourg, nous avons été tout de suite très actifs pour mettre tout ça sur pieds. Je crois qu'on a bien réussi à connecter l'Université de Fribourg dans ce circuit malgré notre absence politique au niveau européen.

Q : Auriez-vous une anecdote relative à votre carrière de Professeur à nous raconter ?

Oui ! Quand j'ai commencé à enseigner, nous n'avions pas de portables. Je travaillais à l'ISDC et je faisais les trajets en train de Morges à Fribourg. Ce jour-là, le train ne passait pas par Fribourg mais par Neuchâtel en raison d'un accident. Je suis arrivé une heure plus tard à l'Université de Fribourg et je n'ai rien pu communiquer. Pendant ce temps, les étudiants s'étaient

organisés et n'étaient pas tous restés dans la salle, à l'exception d'une sorte de « sentinelle » (rires). Quand je suis arrivé, ils étaient presque tous là ! J'ai trouvé ça très sympathique et presque touchant qu'ils se soient organisés. On n'aurait plus ce problème maintenant, mais c'est quelque chose qui m'est resté. Le contact avec les étudiants de manière général est central dans la profession. C'est d'ailleurs l'une des nombreuses raisons pour lesquelles je me suis lancé dans l'enseignement et je ne me suis pas trompé ! A la fin de chaque année académique, la fatigue se fait ressentir et on est contents de partir en vacances après les examens de juin. Cela n'empêche que je suis toujours heureux que l'année académique reprenne et que les étudiants reviennent !

> La globalisation ne signifie pas que tout devient pareil mais nous permet de réaliser que d'autres réponses peuvent être données aux mêmes questions. En quelque sorte, c'est une leçon de modestie et d'inspiration en même temps.

Q : Avez-vous remarqué des différences notables entre les volées d'étudiants?

Certaines volées sont plus ou moins réactives. Il y a des années où certains étudiants réagissent davantage, et d'autres où l'on ressent une plus grande passivité. Il y a toujours de très bons étudiants mais une certaine lenteur peut parfois exister pour une raison que je n'arrive pas à déterminer. Ce n'est jamais pareil et c'est bien normal ! Une année plutôt passive peut contenir de très bons étudiants. Ce n'est pas parce que l'année paraît différente dans son ensemble que les individus le sont aussi.

> Le contact avec les étudiants de manière général est central dans la profession. C'est d'ailleurs l'une des nombreuses raisons pour lesquelles je me suis lancé dans l'enseignement et je ne me suis pas trompé !

Q : Comment vous sentez-vous maintenant que votre carrière académique touche à sa fin auprès de l'Université de Fribourg ? Ressentez-vous de la fierté, de la nostalgie, une certaine émotion ?

Pour ressentir de la nostalgie c'est encore trop tôt évidemment. J'étais très content tout au long de ma carrière académique à Fribourg. Je ressens une certaine fierté à en voir les échos et c'est agréable. Je ressens également un certain pincement mais je suis content que ça continue sous une autre forme avec le CTLS, ma position d'ombudsman et UniDistance. C'est clair que ce ne sera plus la même chose et que le rapport avec les étudiants ne sera plus celui que l'on entretient avec une Chaire. Avoir une classe que l'on peut accompagner chaque année c'est très enrichissant et c'est ce qui va certainement me manquer.

Q : C'est la Professeure Isabelle Chabloz qui vous succède et vous étiez son directeur de thèse. Que représente cette situation à vos yeux ?

C'est vraiment une grande satisfaction de voir une doctorante qu'on a eue terminer sa thèse d'habilitation, faire son chemin comme elle l'a fait, puis devenir sa successeure. Cela me réjouit beaucoup ! Elle est d'autant plus grande que le Prof. Michel Heinzmann a déjà repris une partie de ma Chaire. Il a également rédigé sa thèse sous ma direction et été mon assistant. Le fait qu'une partie ait été reprise par Michel et l'autre par Isabelle me fait très plaisir, c'est clair ! C'est vraiment une satisfaction.

Q : Tout au long de votre carrière vous avez enseigné dans plusieurs institutions et en plusieurs langues. Avez-vous eu une préférence ?

Il est vrai que j'ai enseigné à beaucoup d'endroits et sur presque tous les continents pendant mes semestres sabbatiques. Chaque expérience a été très enrichissante. J'ai aussi été très actif au niveau européen au sein la *European Law Faculty Association* où je faisais partie du comité. Au niveau de l'enseignement, il y a évidemment de grandes différences culturelles d'un pays à l'autre, et même d'une région à l'autre à l'intérieur d'un pays qui sont importantes. Si on prend des différences à grande échelle entre l'Occident (l'Europe et l'Amérique du Nord) d'une part, et l'Asie d'autre part, il y a une immense différence d'approche entre les étudiants. Une grande partie des européens et des américains ont tendance à prendre plus facilement la parole, et ont plus rapidement quelque chose à dire. De leur côté, les asiatiques ont plus de retenue, prennent moins facilement la parole mais n'en pensent pas moins. C'est une façon différente de se présenter en public qui est vraiment frappante, mais il y a aussi l'attitude. Actuellement, je pense que les asiatiques sont davantage tournés vers un avenir qui sera meilleur : lorsqu'un problème se présente, il est là pour être résolu et pourra l'être. J'étais au CTLS quand l'accident de Fukushima a eu lieu. Les européens et les américains étaient catastrophés alors que les asiatiques l'ont perçu comme un accident de parcours. J'ai trouvé ça très caractéristique. Dans les cours aussi, lorsqu'une question se pose, les européens et les américains voient tout de suite des questions et des problèmes. Il est vrai que ces problèmes se posent, mais les asiatiques seront tendanciellement plus orientés vers l'aspect progrès, ou plus positifs. Peut-être que les européens et les américains voient trop les problèmes ? Cette distinction est frappante ! A l'intérieur de la Suisse, la différence entre les étudiants francophones et germanophones existe aussi, et est également très enrichissante. C'est une grande chance d'avoir les deux à Fribourg ! Les étudiants francophones apprécient beaucoup les structures et réponses claires même si elles ne sont pas toujours partagées, et ne veulent pas forcément « perdre du temps » à exprimer leur désaccord car ils préfèrent voir comment ça continue. En parallèle, les étudiants alémaniques sont peut-être plus pragmatiques et plus orientés vers les cas. C'est une atmosphère différente ! Cela vaut à petite échelle, comme à une échelle suisse, européenne ou internationale. Ces multiples expériences m'ont permis de voir différentes choses, et m'ont beaucoup appris en me confrontant à d'autres façons de faire.

A l'intérieur de la Suisse, la différence entre les étudiants francophones et germanophones existe aussi, et est également très enrichissante. [...] C'est une atmosphère différente ! Cela vaut à petite échelle, comme à une échelle suisse, européenne ou internationale.

Q : Notre droit suisse des sociétés est relativement séculaire. Quels ont été selon vous les changements ou les réflexions y relatifs les plus marquant(e)s ces dernières années ?

Ce qui caractérise le développement en droit des sociétés est l'importance publique de la société anonyme qui a fortement augmenté, et peut-être même l'organisation de l'économie en général. Cette importance ne se traduit pas toujours par une législation différente, car celle-ci est relativement lente. La dernière grande révision date du début des années 90 et a elle-même pris 20 ans pour mûrir ! Depuis, on fait des interventions plus pointues mais une grande partie de l'évolution se fait par la jurisprudence ou peut-être simplement par la pratique. Je pense au Code de *Corporate Governance* qui est le fruit d'une discussion académique et de la pratique, dont l'influence ne se limite pas aux grandes sociétés mais touche le fonctionnement des sociétés anonymes en général. Il y a une prise de conscience de l'opinion publique que l'activité économique est importante pour la société en général. Les médias en parlent souvent de façon critique et les entreprises, surtout les grandes, sont soucieuses à juste titre de leur réputation.

Q : La composition de l'actionnariat des sociétés cotées a-t-elle évolué ?

Les sociétés cotées ont changé très fondamentalement ces derniers trente ou quarante ans. Les actionnaires d'une société cotée ne sont plus des individus riches mais des caisses de pension, des actionnaires dits institutionnels, c'est-à-dire nous tous ! Nous avons dès lors un rôle d'employé dans la société, mais aussi de propriétaire, de pourvoyeur de fonds à risques, à savoir d'actionnaire, et de consommateur en même temps. En parallèle, nous sommes aussi les consommateurs. Chaque individu a donc les trois rôles et cela est relativement nouveau. Dans les années 70 ou 80, l'actionnariat des grandes sociétés suisses était encore principalement suisse. Aujourd'hui, 70 à 80% de l'actionnariat est institutionnel et majoritairement étranger. Nous n'avons peut-être pas encore tout à fait réalisé l'importance de ce changement, mais ce sera certainement l'un des grands sujets de discussion dans la doctrine et dans la pratique dans les années à venir.

Q : Quels sont les plus grands défis auxquels le droit de la concurrence est aujourd'hui confronté ?

Le droit de la concurrence est dans une situation semblable car l'articulation entre le secteur privé et publique, c'est-à-dire entre le secteur étatique et économique, se manifeste à cet endroit. En effet, il est important d'avoir une séparation entre l'activité étatique et l'activité économique ; et à l'intérieur de chaque activité, il est important d'avoir une séparation des pouvoirs du côté de l'État mais aussi du côté privé. D'une certaine manière, la concurrence, le marché, constitue cette séparation des pouvoirs dans le secteur économique. J'ai toujours trouvé ce domaine intéressant pour cette raison-là. J'étais évidemment très content de pouvoir à la fois analyser ce domaine et le pratiquer comme décideur pendant 10 ans à la COMCO. C'est une grande chance de pouvoir combiner activité académique et pratique de la sorte. En Suisse, notre système de milice pour les membres de la Commission et pour le Président le permettait. Je suis d'ailleurs très reconnaissant envers l'Université de Fribourg et le Conseil d'État fribourgeois qui me l'ont permis, en acceptant de me libérer partiellement de mes charges académiques, mais en me permettant de revenir à l'Université à tout moment.

LEADING CASES

LawInside.

Leading Cases is a section compiled by LawInside.ch within the framework of a collaboration with Quid; it updates you with the latest cases from recent Swiss jurisprudence.

Un arrêt détaillé

TPol Arr. Lausanne, 13.01.2020, PE19.000742 (non entré en force)

Une manifestation contre le changement climatique peut constituer un état de nécessité licite nécessaire à préserver les intérêts privés d'individus exposés aux conséquences du réchauffement climatique.

Faits

Un groupe composé de 20 à 30 personnes environ pénètre dans le hall d'entrée d'un bâtiment de la banque Crédit Suisse dans le but de **manifester contre le changement climatique et** plus spécifiquement contre les investissements faits par la banque dans les énergies fossiles. Le but des manifestants est d'attirer l'attention de l'opinion publique sur ces questions, notamment en dénonçant la participation de Roger Federer à l'image publicitaire de cette banque. Ils miment ainsi une partie de tennis dans les locaux de Crédit Suisse sans empêcher pour autant les clients de la banque d'accéder aux services de celle-ci. Une heure environ après leur entrée dans les locaux de la banque, la police sort une partie des manifestants en les portant.

Crédit Suisse dépose plainte pénale contre une dizaine de manifestants pour violation de domicile. Les prévenus s'opposent à l'ordonnance pénale les condamnant, estimant avoir agi dans **un état de nécessité licite** au sens de l'art. 17 CP. Le Tribunal de Police de Lausanne est ainsi amené à trancher la question de savoir si tel est bien le cas.

Droit

Le Tribunal commence par relever que l'état de nécessité intervient chaque fois qu'un bien juridique est placé dans **une situation de danger pouvant être écartée uniquement par la lésion d'un bien juridique appartenant à autrui**. Il relève ensuite que seul un danger **imminent peut justifier une telle atteinte. Par ailleurs, conformément au principe général de la proportionnalité, le danger doit être impossible à détourner autrement**. Au demeurant, l'acte incriminé doit correspondre à un moyen **nécessaire et proportionné**, à même d'atteindre le but visé, et peser manifestement moins lourd que les intérêts que l'auteur cherche à sauvegarder.

Sur la base de rapports rédigés par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) et des propos de la Professeure Seneviratne, climatologue à l'EPFZ, le Tribunal commence par reconnaître **l'existence d'un danger :**

« Le réchauffement climatique est réel et anthropique. L'effet de serre associé à la présence dans l'atmosphère notamment de CO2, qui absorbe une partie du rayonnement infrarouge émis par la surface de la terre et agit ainsi comme une sorte de couverture, est certes connu depuis une centaine d'années. En raison des émissions de ces gaz à effet de serre produites par les activités humaines, la température globale de la Terre est actuellement plus chaude de 1°C en moyenne par rapport à la période préindustrielle […]. **[L]es émissions humaines sont responsables de la totalité du réchauffement global observé depuis la seconde moitié du 20e siècle […]. De ce réchauffement avéré découle des conséquences dangereuses pour l'humanité**, telles que notamment la fonte des glaces, la montée des eaux [qui si elle atteint un certain seuil engloutira des villes comme San Francisco, Miami, Rio de Janeiro ou Shanghai ou encore les Pays-Bas], la désertification, l'acidification des océans et l'augmentation des événements extrêmes ».

Le Tribunal précise que le niveau d'accord au sein de la communauté scientifique sur ce sujet est de l'ordre de 97 à 99 %.

Le Tribunal reconnaît ensuite **l'imminence de ce danger**. Il construit son argumentation autour des termes de l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015. Ratifié par 196 États, dont la Suisse, cet accord prévoit de contenir le réchauffement climatique « bien en des-

sous de 2°C par rapport aux niveaux préindustriels » et si possible de viser à « poursuivre les efforts pour limiter la hausse des températures à 1,5°C ». Or, le Tribunal relève que la Suisse connaît actuellement un réchauffement climatique de 2° ce qui entraîne « la fonte presque systématique des glaciers des Alpes suisses, voire parfois leur disparition, comme dans le cas du glacier du Pizol, dans le canton de Saint-Gall, ou la situation de catastrophes forestières observées dans le Jura en particulier en Ajoie **». Le Tribunal relève encore qu'« il y a deux échéances clés** dans les scénarios du GIEC pour [éviter les conséquences catastrophiques évoquées ci-dessus] : la première est que **les émissions de CO2 doivent diminuer de moitié d'ici 2030** et la seconde vise à **atteindre un budget neutre d'ici 2050 ». Or la Suisse ne s'achemine pas vers ces objectifs, loin s'en faut. Partant, le Tribunal considère qu'on ne saurait plus attendre pour enrayer le réchauffement climatique et donc reconnaît l'imminence du danger.**

Le Tribunal examine ensuite la mesure dans laquelle ce danger aurait pu être détourné autrement que par l'occupation illicite des locaux de Crédit Suisse. Il relève d'abord que cette occupation avait pour but d'attirer l'attention du public de façon générale sur la problématique du réchauffement et plus spécifiquement sur l'implication de la place financière suisse, dont les banques, dans celui-ci en raison de leurs investissements dans les énergies fossiles. À la question de savoir si, par **des moyens alternatifs**, les manifestants auraient pu attirer l'attention du public dans la même mesure et ainsi contribuer à détourner le danger exposé ci-dessus, le Tribunal répond par la négative. En effet,

- **Une manifestation (ordinaire) sur la voie publique n'aurait pas eu le même retentissement que la manifestation incriminée.**
- De même, **une prise de contact formelle** avec la banque pour lui faire part de critiques à son encontre et obtenir en retour des déterminations aurait elle aussi été inefficace. En effet, les prévenus ont démontré avoir procédé à une telle démarche (sans succès) avant d'entreprendre leur manifestation.
- Le Tribunal considère par ailleurs que **le recours à des moyens politiques est également inefficace. Le Tribunal relève en effet que depuis 5 ans des parlementaires fédéraux ont interpellé le Conseil fédéral sur l'urgence climatique sans que celui-ci ne réagisse différemment que par « des déclarations d'intention inoffensives, voire lénifiantes, contredites par la réalité financière, scientifique ou politique ». Selon le Tribunal donc, le monde politique n'offre pas les moyens appropriés pour répondre à l'urgence relative au réchauffement climatique.**
- Enfin, le Tribunal considère que **le cadre légal permettant de lutter contre le réchauffement climatique existe en réalité certes déjà, en tout cas dans les textes fondamentaux mais qu'il n'est pas suffisamment respecté et qu'il n'existe pas de moyens juridiques à disposition des prévenus pour exiger ce respect.**

Partant, le Tribunal considère que les prévenus ne disposaient pas de moyens alternatifs pour attirer l'attention du public et ainsi contribuer à limiter le réchauffement climatique.

Concernant **la sauvegarde d'un intérêt prépondérant**, le Tribunal retient que les biens que les manifestants ont cherché à protéger dans leur action sont la préservation du climat et de l'environnement et par ce biais la sauvegarde de **leur droit personnel à la santé et à la vie**. Quant au bien lésé, il s'agit de la liberté pour Crédit Suisse d'user comme elle l'entend de ses locaux. Le Tribunal relève que la lésion de ce droit a consisté en une occupation partielle et temporaire du hall de la banque ouvert au public et demeuré malgré cela accessible à la clientèle selon le cours ordinaire des affaires de la banque. La pesée des intérêts en présence est donc indiscutablement en faveur des biens que les prévenus ont cherché à protéger.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal reconnaît que les manifestants ont agi dans un état de nécessité licite et ainsi les acquitte.

Note

Pour la première fois en Suisse, un tribunal reconnaît l'existence d'un état de nécessité climatique. **À travers le monde, d'autres tribunaux ont également pris ce virage. On pense notamment à deux décisions péruviennes (les arrêts Bagua [2009.** Mix court of the Datem del Marañon district. Case: 2008-00109-0-1903-SP-PE-2] et Angoas [2016. Court of Appeals of Amazonas. Case: 00194-2009 (0163-2013)]) qui reconnaissent la nécessité de préserver la forêt amazonienne et ont ainsi acquitté des groupes d'activistes climatiques. On pense par ailleurs à une décision new-yorkaise de 1991 (déjà) où le Tribunal avait reconnu qu'un groupe de manifestants bloquant la circulation sur le pont Queensboro **pour protester contre la**

pollution de l'air agissait en état de nécessité licite (*People v. Grey* cité par Long/Hamilton, The Climate Necessity Defense **: Proof and** Judicial Error in Climate Protest Cases, Stanford Environmental Law Journal [vol. 38:57], p. 75).

L'invocation d'un état de nécessité licite pour justifier les actions de manifestants a déjà une longue histoire et a connu certains beaux succès, en particulier aux États-Unis, notamment par les mouvements de protestation contre l'utilisation d'armes nucléaires (*State v. Mouer,* cité dans Long/Hamilton, The Climate Necessity Defense **: Proof and** Judicial Error in Climate Protest Cases, Stanford Environmental Law Journal [vol. 38:57], p. 74) ou contre l'usage de la force gouvernementale qu'elle soit militaire ou non (cf. not. l'acquittement d'Amy Carter **[fille du Président Jimmy Carter] en 1987). Plus récemment, un activiste climatique a bloqué un train transportant du charbon et du pétrole. Le 20 janvier 2020, dans une lettre adressée au pouvoir judiciaire de l'État de Washington, 122 professeur(e)s de droit états-uniens ont développé un argumentaire destiné à soutenir le droit de l'activiste à se prévaloir d'un état de nécessité climatique.**

L'arrêt du Tribunal de police de Lausanne présenté ci-dessus n'a pas suscité le même enthousiasme auprès du monde académique suisse romand. En effet, il a fait l'objet dans la presse de plusieurs critiques. Nous revenons ici sur ces critiques et proposons une série de contre-critiques dans l'espoir d'offrir de nouvelles pistes de réflexion.

La critique relative à l'imminence du danger

D'aucuns ont relevé que le Tribunal de police n'aurait pas dû reconnaître le caractère imminent du danger climatique. Dans sa décision, le Tribunal se fonde sur l'ATF 122 IV 1 **pour définir le danger imminent comme étant un danger « ni passé ni futur, mais actuel et concret ». Le Tribunal de police a particulièrement bien choisi son arrêt et aurait probablement gagné à en développer un peu davantage le contenu. En effet, dans son** ATF 122 IV 1, le Tribunal fédéral prend bien le soin de rappeler que l'art. 17 CP **porte sur l'imminence d'un danger et non d'une attaque (comme c'est le cas de l'**art. 15 CP **qui traite de légitime défense) : « Une attaque est une agression, un danger est un risque d'agression »** (ATF 122 IV 1, c. 3a). En d'autres termes, **l'application de l'art. 17 CP suppose de démontrer l'imminence de l'exposition à une atteinte et non l'imminence d'une atteinte. C'est précisément ce qu'ont pu démontrer les manifestants et d'ailleurs, le 30 janvier 2020, soit 17 jours après la décision du Tribunal de police, la RTS titrait « [u]n glacier toujours plus instable menace les habitants de** Randa (VS) » **et expliquait que « la menace se précis**[ant] de plus en plus : une partie du glacier du Weisshorn devrait bientôt s'effondrer et les habitants se préparent à être évacués à tout moment ». Le 13 janvier 2020, il existait donc bien un danger imminent.

Mais l'ATF 122 IV 1 **ne s'arrête pas là. Le Tribunal fédéral y précise que « le danger actuel peut être prolongé, permanent, continu ou durable** (Dauergefahr). Il existe lorsque le péril peut à tout moment se concrétiser […]. **[F]ace à un danger permanent, la notion de proximité de l'atteinte (gegenwärtig) est interprétée plus largement et s'étend à des situations où cette atteinte paraît nettement plus éloignée dans le temps que celle qui résulterait d'une attaque au sens de la légitime défense »** (ATF 122 IV 1, c. 3b). Le danger climatique est sans doute un danger permanent. Partant, son caractère imminent peut être admis avec plus de souplesse, ce que le Tribunal de police a fait à notre avis à juste titre.

On relèvera encore ici que, lorsqu'un comportement cause un danger qui ne se produira que bien plus tard (comme c'est le cas du danger climatique) une exigence trop stricte du caractère imminent du danger pourrait générer **une situation absurde de catch 22. En effet, si l'on se prévaut d'un danger à l'instant *t* (en avance), le danger ne sera pas qualifié d'imminent ; en revanche, s'il l'on s'en prévaut à l'instant** *t+1*, le danger sera certes imminent mais il sera trop tard pour y parer. C'est ce qu'a bien compris le Tribunal fédéral en offrant aux tribunaux la possibilité de qualifier un danger de permanent et de reconnaître ainsi plus facilement une application de l'état de nécessité climatique.

La critique relative à l'absence d'intérêts privés des manifestants

D'aucuns ont relevé que le bien juridique protégé par les manifestants est un bien purement collectif (l'environnement) et que partant l'art. 17 CP **ne saurait s'appliquer. Le Tribunal de police a pour sa part considéré, à notre sens à juste titre, que les manifestants, en protégeant le climat et l'environnement, ont préservé leur droit personnel à la santé et à la vie.**

L'art. 17 CP **s'applique également lorsque le bien protégé appartient à un tiers**. Or, pour reprendre l'exemple évoqué ci-dessus, par leur action, les manifestants ont protégé les intérêts d'habitants se trouvant dans une situation

semblable à celle des habitants de la commune de Randa en Valais. En effet, si l'action des manifestants permet (même dans une infime mesure) de mitiger le réchauffement climatique et ainsi d'éviter que, par l'effet de la fonte des glaciers, des villages soient menacés d'être ensevelis sous des tonnes de glaces, **ils préservent des intérêts privés (la vie et la propriété) très concrets**. Ils préservent par ailleurs notamment les intérêts privés des habitants de San Francisco, Miami, Rio de Janeiro, Shanghai ou encore les Pays-Bas évoqués par le Tribunal de police.

Refuser d'appliquer dans le cas d'espèce l'art. 17 CP **sous prétexte que les intérêts privés précités sont tellement nombreux qu'ils doivent en fait être qualifiés d'intérêt collectif reviendrait à dire que le bien juridiquement protégé en l'espèce est tellement important qu'il ne peut pas être protégé par des actes de nécessité et qu'il aurait fallu que ce bien juridique soit moins important pour être protégé. On ne peut qu'espérer ici qu'aucun tribunal suisse ne saura soutenir un tel raisonnement.**

L'argument de la pente savonneuse

L'argument de la pente savonneuse consiste à prétendre qu'un compromis donné doit être refusé car il **amorcerait une réaction en chaine de conséquences de plus en plus graves qui conduirait progressivement mais fatalement à une catastrophe** (**source :** wikipedia).

Certains se sont inquiétés du fait que la décision du Tribunal de police de Lausanne pourrait justifier des délits toujours plus graves pouvant aller jusqu'à des dommages à la propriété.

On relèvera d'abord que l'argument de la pente savonneuse est soulevé presque uniquement lorsqu'un tribunal se montre clément envers les prévenus. On ne l'entend très peu (pour ne pas dire jamais) lorsque, par exemple, un tribunal fait un usage très souple du principe de présomption d'innocence pour condamner un prévenu.

On ne saurait ici oublier que, si par l'effet de l'art. 17 CP, des activistes climatiques peuvent échapper à une sanction pénale, ils restent soumis **aux règles de la responsabilité civile et en particulier de l'art. 52 CO lequel prévoit que « le juge détermine équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent ». Partant, quand bien même les tribunaux admettraient largement une application de l'art. 17 CP en cas d'état de nécessité climatique, le potentiel de dérapages nous semble extrêmement faible ; l'art. 52 CO permettant d'obtenir réparation au besoin jouant ici un rôle dissuasif. C'est d'ailleurs précisément ce qui ressort du Message du Conseil fédéral : « l'excuse de l'état de nécessité peut être admise dans un assez grand nombre de cas, d'autant plus que l'obligation d'indemniser vient agir ici comme un correctif »** (FF 1918 IV 1, p. 13).

En tout état de cause, l'application de l'art. 17 CP **suppose une pesée des intérêts (entre le bien lésé et le bien que le prévenu cherche à sauvegarder), ce qui constitue un garde-fou amplement suffisant dans la mesure où il laisse au juge un pouvoir d'appréciation important. La particularité du cas traité par le Tribunal de police de Lausanne tient au fait qu'il compare l'infiniment petit à l'infiniment grand. Il porte en effet sur une situation où le bien lésé consiste en une violation de domicile d'une heure dans un espace ouvert au public, et où, en comparaison, les biens protégés sont la vie, l'intégrité corporelle et la propriété potentiellement de millions de personnes (lesquelles sont menacées par le réchauffement climatique, lequel est accéléré par les investissements importants de Crédit Suisse dans les énergies fossiles [selon** Greenpeace, celle-ci aurait financé l'émission de plus de 80 millions de tonnes de gaz à effet de serre en 2017]). Il s'agit donc ici de comparer l'utilisation illicite durant une heure d'un seul local appartenant à une société qui possède des locaux dans près de 60 pays, avec l'émission de 80 millions de tonnes de gaz à effet de serre par année. **Si l'on divise la valeur du bien atteint (une violation de domicile d'une heure) par la valeur du bien protégé (la vie, l'intégrité corporelle et la propriété de millions d'individus), le quotient tend vers zéro**. Dans une telle situation, on a de la peine à imaginer que la décision du Tribunal de police puisse un jour constituer un précédent pour des situations où un tel quotient ne tendrait pas vers zéro. Partant, en rendant sa décision, le Tribunal de police ne s'est pas aventuré sur une pente savonneuse.

Une remarque conclusive

En 2002, dans un ATF 129 IV 6, JdT 2005 IV 215 où le Tribunal fédéral devait examiner si des militants de Greenpeace protégeaient des intérêts légitimes en bloquant une centrale nucléaire, notre Haute Cour a considéré que « [d]ans un Etat de droit démocratique, les buts politiques et idéaux doivent en principe être poursuivis par des moyens politiques, respectivement par la voie juridique. Le seul fait que les possibilités politiques et juridiques légales semblent épuisées et que les commissions politiques démocratiquement légitimées, respec-

tivement les organes de la justice, ne partagent pas, ou seulement en partie, les conceptions des recourants, ne confère à ces derniers aucun droit de poursuivre leurs buts par des moyens punissables. **Une exception serait éventuellement envisageable dans le cas d'une situation dangereuse comparable à un état de nécessité, c'est-à-dire si des biens juridiquement protégés d'une valeur considérable étaient immédiatement menacés et que leur protection ne puisse pas être assurée à temps par les autorités compétentes » (c. 3.1 ; nous soulignons). En rendant une décision en faveur des militants, le Tribunal de police a en fait appliqué cette jurisprudence du Tribunal fédéral en considérant que le cas d'espèce représentait précisément une situation exceptionnelle telle qu'évoquée par notre Haute Cour il** ya 18 ans.

Pour conclure, le Tribunal de Police construit une partie de son argumentation autour des termes de **l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015. Or les engagements internationaux en matière de changement climatique sont bien plus anciens. L'accord de Paris n'a été signé qu'à l'occasion de la 21ème** *Conference Of the Parties* **(la « *COP* 21 »). Vingt *COP* plus tôt, en 1992, 154 États adoptaient** la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques. Il ressort de cette convention que les parties entendent stabiliser « les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique ». Depuis, les *COP* **se succèdent mais cette stabilisation n'intervient pas et le danger climatique s'intensifie. Les manifestants acquittés par le Tribunal de Lausanne sont tous nés plusieurs années après les résolutions prises en 1992. Durant toute leur vie, ils n'ont pu que constater qu'absolument aucune mesure destinée à respecter les résolutions prises en marge des 25 *COP* qui ont suivi la Convention-Cadre de 1992 ne fonctionnaient. Devant tant d'échecs, en impliquant la place financière suisse, ils proposent aujourd'hui un nouveau type de mesure qui se trouve être au goût du pouvoir judiciaire lausannois mais pas à celui du** pouvoir judiciaire genevois.

Addendum : le critère de l'aptitude

Suite à la publication de la présente note, certains commentateurs nous ont fait remarquer que le Tribunal de police n'avait que peu traité la question de savoir si le moyen utilisé par les manifestants (une partie de tennis dans les locaux de la banque) était apte à prévenir le danger en question (les conséquences du réchauffement climatique). Le Tribunal fédéral considère en effet que l'acte incriminé « doit correspondre à un moyen […] à même d'atteindre le but visé » (ATF 129 IV 6, c. 3.3, JdT 2005 IV 215).

Cette problématique de l'aptitude appelle trois remarques :

1. D'abord, il nous paraît douteux que l'art. 17 CP **soit sujet à une application trop rigoureuse de ce critère d'aptitude. Imaginons que Milou se coince une patte sur une voie ferrée et qu'un train arrive à grande vitesse sur lui, laissant augurer un impact dans 10 secondes. Tintin, se trouvant à 150 mètres de son chien s'élance dans sa direction pour tenter de le sauver. Pour ce faire, il traverse une propriété du Capitaine Haddock et donc commet une violation de domicile. Comme il est impossible de parcourir 150 mètres en 10 secondes, Tintin ne parvient pas à sauver Milou. La mesure prise par Tintin est objectivement inapte à éviter le danger encouru par Milou. Cependant, Tintin pouvait subjectivement penser qu'il pourrait sauver son chien en violant le domicile du Capitaine Haddo**ck. On imagine mal dans pareille situation un tribunal ne pas appliquer l'art. 17 CP **et condamner Tintin. En effet, celui-ci se trouve sous l'influence d'une appréciation erronée des faits et doit être jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable** (art. 13 CP). Partant, quand bien même un tribunal devrait considérer que les mesures prises par les manifestants sont objectivement inaptes à mitiger le danger climatique (ce qui en l'espèce n'est à notre sens pas le cas ; voir *infra*), **pour autant que les manifestants pensaient subjectivement que leur action aurait un impact (situation d'erreur sur les faits au sens de l'art. 13 CP)**, il nous semble approprié de reconnaître une défense fondée sur l'art. 17 CP. C'est d'ailleurs sur la base d'une telle argumentation que le tribunal new-yorkais précité a acquitté les activistes du climat dans sa décision de 1991 (*People v. Grey* cité par Long/Hamilton, The Climate Necessity Defense **: Proof and** Judicial Error in Climate Protest Cases, Stanford Environmental Law Journal [vol. 38:57], p. 85).
2. Ensuite, refuser aux manifestants une défense basée sur l'art. 17 CP **au motif que les mesures qu'ils ont prises sont inaptes à avoir un impact sur le réchauffement climatique serait une façon de dire qu'ils ont manqué de zèle et qu'ils auraient dû prendre des mesures plus drastiques. Admettre cet argument de l'aptitude serait une invitation pour**

les activistes climatiques à prendre des dispositions plus radicales (et donc moins proportionnées) qui auraient directement un impact sur l'émission de CO2 (comme organiser des blocus devant des usines). Ici encore, on peut sérieusement douter qu'un tribunal souhaite s'aventurer sur cette voie.

3. En tout état de cause, **la partie de tennis des manifestants a eu un impact sur l'opinion publique et donc sur une partie (même infime peu importe) des (potentiels) clients et employés de Crédit Suisse et donc, sans aucun doute, sur la politique d'investissement de la banque. En effet, en tant qu'acteur économique rationnel, celle-ci s'adapte à la demande de ses clients. Par exemple, sous la plume d'un de ses directeurs suisses, dans sa newsletter du 20 janvier 2020 (7 jours après le jugement du Tribunal de police), Crédit Suisse a publié un article intitulé** « Investir de manière durable et avec une bonne conscience. La consommation respectueuse de l'environnement progresse **».**

Les manifestants de Lausanne ont certes eu un impact ténu sur le réchauffement climatique. Cependant, cet impact est bien réel et on ne saurait leur refuser une défense fondée sur l'art. 17 CP **au seul motif qu'une partie de tennis n'est pas apte à endiguer un phénomène colossal amorcé il y a plus de deux cents ans. Amené à juger des militants ayant manifesté pour le désarmement nucléaire, un tribunal d'appel de Pennsylvanie l'avait d'ailleurs bien compris :**

« Appellants do not assert that their action would avoid nuclear war (what a grandiose and unlikely idea !). Instead, at least so far as I can tell from the record, their belief was that their action, in combination with the actions of others, might accelerate a political process ultimately leading to the abandonment of nuclear missiles. And that belief, I submit, should not be dismissed as "unreasonable as a matter of law" » (Commonwealth v. Berrigan).

Arnaud Nussbaumer, L'acquittement des activistes du climat à Lausanne, in : www.lawinside.ch/875/

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

TF, 29.01.2020, 6B_1114/2018*

Célian Hirsch, Un like peut-il être pénal ?, in : www.lawinside.ch/904/

Le fait de "liker" ou de repartager une publication sur un réseau social contenant une accusation ou un soupçon diffamatoire est constitutif de diffamation (art. 173 ch. 1 al. 2 CP) dès lors que la publication en question devient visible pour un tiers et que celui-ci l'a remarqué en raison du "like" ou du repartage de la publication.

TF, 09.10.2019, 4A_455/2018*

Quentin Cuendet, La représentation d'une société par un organe de fait, in : www.lawinside.ch/840/

Un organe de fait n'a pas la qualité de représentant de la société et ne peut donc pas, à ce titre, la lier par ses actes juridiques. Il peut en revanche engager la responsabilité délictuelle de la société sur la base de l'art. 722 CO, et encourt une responsabilité personnelle fondée sur l'art. 754 CO.

TF, 17.12.2019, 6B_1232/2019

Simone Schürch, L'injure par voie de bulletins de versements, in : www.lawinside.ch/862/

L'utilisation de neuf bulletins de versement comportant chacun une lettre du mot "Arschloch" constitue une injure et est donc punissable.

ATF 145 IV 320

Marie-Hélène Spiess, La possession d'une quantité minime de cannabis par un mineur, in : www.lawinside.ch/833/

La possession d'une quantité minime de cannabis – soit moins de 10g – par un mineur n'est pas punissable.

TF, 18.12.2019, 1B_115/2019*

Marion Chautard, La licéité de la fouille corporelle intégrale, in : www.lawinside.ch/871/

En l'absence d'indices concrets de dangerosité, une fouille corporelle lors de laquelle la personne concernée doit entièrement se déshabiller et s'accroupir, afin de permettre aux agents de police d'effectuer une inspection anale visuelle, est contraire au principe de proportionnalité et ainsi illicite.

POLITIQUE UNIVERSITAIRE

Chères étudiantes, chers étudiants,

À travers ces quelques lignes, notre tâche sera de vous rendre attentif. ve.s au travail que la Fachschaft Jus a accompli durant ces derniers mois, ainsi qu'aux projets qui baliseront cette nouvelle année académique, tant au niveau de la politique universitaire que de l'événementiel.

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

In den vergangenen Monaten hat sich an der Universität Fribourg und innerhalb der Rechtswissenschaftlichen Fakultät wieder einiges getan. Im Fakultätsrat Ende letzten Jahres wurden die Nachfolger von Herrn Professor Walter Stoffel und Herrn Professor Nicolas Queloz gewählt. Die Neubesetzung der beiden französischsprachigen Lehrstühle «droit commercial» und «droit pénal et criminologie» dürfte in absehbarer Zeit vonseiten der Universität bekannt gegeben werden.

In naher Zukunft wird es der Fachschaft Jus insbesondere ein Anliegen sein, das Angebot für die Studierenden des Teilzeitstudiums zu verbessern. Zudem werden im Zusammenhang mit dem Coronavirus Herausforderungen auf die Universität Fribourg zukommen. Es muss auch bei eingeschränktem Präsenzunterricht das Ziel sein, den Studierenden durch das digitale Bereitstellen des Lernstoffs eine möglichst uneingeschränkte Studienzeit zu ermöglichen.

Die Fachschaft Jus blickt auf ein veranstaltungsreiches Semester zurück. Dank des Coaching-Programms konnten wir auch dieses Jahr wieder zahlreiche Neuankommende mit fortgeschrittenen Studierenden verkuppeln. Es freut uns zu hören, dass viele von euch weiterhin in Kontakt geblieben sind und sich immer noch rege austauschen. Kurz darauf führten wir die Bücherbörse durch, an der ihr euch auf äusserst sparsame Art und Weise Lehrbücher und anderes Material aller Art zulegen konntet.

Auf der Fachschaftsreise zog es uns dieses Jahr ans Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen sowie an die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts in Luzern. Die 50 Plätze waren wie jedes Jahr in Windeseile vergeben. Obwohl das Wetter in Luzern nicht ganz mitgemacht hat, blicken wir auf zwei lehrreiche und interessante Tage zurück. Natürlich durfte auch hier das traditionelle gemeinsame Abendessen nicht fehlen. Den anschliessenden Abend in Luzern mit feuriger Stimmung mag noch manchen von euch in Erinnerung geblieben sein.

Das grosse Highlight des Herbstsemesters war für die Fachschaft Jus ohne Zweifel die Grosse Debatte. Dieses Jahr durften wir erneut ein hochkarätig besetztes Podium bei uns in der Aula Magna willkommen heissen. Unter anderen haben Ständerat Christian Levrat und Generalrat Emmanuel Kilchenmann debattiert. In der spannenden Podiumsdiskussion wurde die Konzernverantwortungsinitiative, welche dieses Jahr zur Abstimmung kommt, heiss diskutiert.

www.facebook.com/fribourglawreview @UniFrLawReview