

QUID?

FRIBOURG LAW REVIEW

ARTICLES

Le calcul du dommage de l'art. 97 CO : un point sur les controverses théoriques
et les incertitudes pratiques

Mathieu Singer

« Lidlohn » et prestations de soins : une nouvelle alternative ?

Marie Fonjallaz

Strafbefehl ohne Einsprache: Anerkennung von Tatsachen
oder Schuld?

Paul Stübi

Une accélération du rapprochement entre la CJUE et la CEDH par le biais de
l'arrêt *Aranyosi-Caldararu* ?

Lucas Nanchen

What does explain the Authority of Law?
A Confrontation of Legal Positivism with Dworkin's Law as Integrity

Louis Steullet

CAREER SPOTLIGHT

Interview avec Pierre Maudet, Conseiller d'Etat en charge du département de la sécurité
et de l'économie (DSE) du canton de Genève



Editors	Quentin Cuendet Raja-Marie Achermann Bérénice Billotte Johann-Jakob Chervet Fabrizio Crameri Constance de Planta Marwan Douihou Matthieu Loup Simon Mazidi Eva Müller Louis Muskens Alexandra Rayroux
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
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	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Layouting	Johann-Jakob Chervet, Simon Mazidi

Proposition de citation pour QUID? FRIBOURG LAW REVIEW: QFLR
Vorgeschlagene Zitierweise für QUID? FRIBOURG LAW REVIEW: QFLR



EDITORIAL	4
ARTICLES	
Prix d'excellence NKF	
Le calcul du dommage de l'art. 97 CO : un point sur les controverses théoriques et les incertitudes pratiques <i>Mathieu Singer</i>	6
« Lidlohn » et prestations de soins : une nouvelle alternative ? <i>Marie Fonjallaz</i>	10
Strafbefehl ohne Einsprache: Anerkennung von Tatsachen oder Schuld? <i>Paul Stübi</i>	15
Une accélération du rapprochement entre la CJUE et la CEDH par le biais de l'arrêt <i>Aranyosi-Caldararu</i> ? <i>Lucas Nanchen</i>	20
What does explain the Authority of Law? A Confrontation of Legal Positivism with Dworkin's Law as Integrity <i>Louis Steullet</i>	24
PHD CANDIDATE	
Le droit de réponse en ligne au secours de la personnalité connectée <i>Arnaud Constantin</i>	28
MOOT	
Le droit suisse face au terrorisme <i>Carola Goehlich et Nicolas Penseyres</i>	30
CAREER SPOTLIGHT	
Interview avec Pierre Maudet, Conseiller d'Etat en charge du département de la sécurité et de l'économie (DSE) du canton de Genève	36
LEADING CASES	41

Chère lectrice, cher lecteur,

Nous sommes très heureux de vous présenter ce nouveau numéro de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW ! Il vient clore une année exceptionnelle pour la revue, au cours de laquelle nous aurons publié pas moins de quatre numéros. En plus des parutions « ordinaires », nous avons en effet eu le plaisir de travailler sur deux éditions spéciales. La première réunissait les articles de nombreux professeurs de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. La seconde se focalisait sur la question du droit applicable aux Territoires palestiniens occupés. La revue est donc plus dynamique que jamais, et le comité de rédaction se réjouit d'ores et déjà de contribuer à de futurs projets !

Pour la présente édition, les étudiants de la Faculté de droit se sont une nouvelle fois mobilisés pour vous proposer des contributions de très grande qualité. Rédigées en trois langues différentes, elles portent sur des sujets aussi variés que le droit des successions, la responsabilité civile ou encore la philosophie du droit. Outre ces articles, vous retrouverez dans ce nouveau numéro les rubriques habituelles.

L'étude suisse Niederer, Kraft und Frey (NKF) accorde chaque année un prix au meilleur travail rédigé dans le domaine du droit économique à l'Université de Fribourg. Cette année, le « Prix d'Excellence NKF » a été remporté par MATHIEU SINGER, dont nous avons déjà publié un texte il y a de cela quelques mois. Dans une version abrégée de son travail primé, il fait le point sur l'état de la jurisprudence et de la doctrine en ce qui concerne le calcul du dommage en droit suisse, soulignant notamment les faiblesses de la théorie de la différence.

Dans la deuxième contribution que nous vous proposons, MARIE FONJALLAZ s'interroge sur l'applicabilité du régime du « Lidlohn » au domaine des soins et de l'accompagnement. PAUL STÜBI critique ensuite le système de l'ordonnance pénale, et suggère que la renonciation à certains droits de procédure par les personnes concernées ne se fait pas toujours en connaissance de cause. L'article de LUCAS NANCHEN retrace l'évolution de la relation entre la CJUE et la CourE-DH et pose la question des conséquences de l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*. Enfin, LOUIS STEULLET aborde un sujet de philosophie du droit en confrontant les théories permettant d'expliquer l'autorité de la loi.

Dans la rubrique *PhD Candidates*, ARNAUD CONSTANTIN vous donne un aperçu de son travail de doctorat,

Liebe Leserin, lieber Leser

Wir freuen uns sehr, Ihnen die neuste Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW vorzustellen. Sie stellt den Abschluss eines aussergewöhnlichen Jahres für die Zeitschrift dar, in dem wir ganze vier Ausgaben publizieren durften. Zusätzlich zu den ordentlichen Nummern veröffentlichten wir zwei Sonderausgaben. Zur Ersten haben zahlreiche Professoren und Professorinnen der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg mit interessanten Artikeln beigetragen. Die Zweite hat sich auf das anwendbare Recht und den anhaltenden Konflikt in den besetzten palästinensischen Gebieten konzentriert. Wie Sie sehen, ist die Zeitschrift dynamischer denn je und das Redaktionskomitee freut sich schon jetzt auf weitere spannende Projekte.

Für die vorliegende Ausgabe haben die Studenten und Studentinnen der Juristischen Fakultät aufs Neue ihr Bestes gegeben um Ihnen qualitativ hochstehende Beiträge vorzustellen. In drei verschiedenen Sprachen verfasst behandeln sie verschiedenste Themen wie das Erbrecht, das Haftpflichtrecht oder die Rechtsphilosophie. Zusätzlich zu den Artikeln finden Sie auch in dieser Ausgabe die gewohnten Rubriken.

Die Anwaltskanzlei Niederer, Kraft und Frey (NKF) verleiht jedes Jahr einen Preis für die beste Arbeit, die an der Universität Freiburg im Wirtschaftsrecht verfasst wird. Der „Prix d'Excellence NKF“ wurde dieses Jahr MATHIEU SINGER verliehen, aus dessen Text wir bereits vor einigen Monaten einen Ausschnitt publiziert haben. In einer gekürzten Version seiner Arbeit legt er den aktuellen Stand der Rechtsprechung und Lehre im Rahmen der Schadensberechnung im Schweizer Recht dar, wobei er insbesondere die Schwachheiten der Differenzmethode unterstreicht.

Im zweiten Beitrag, den wir Ihnen vorschlagen, analysiert MARIE FONJALLAZ die Anwendbarkeit des Lidlohn-Systems im Bereich der Pflege und Begleitung. PAUL STÜBI kritisiert anschliessend das Strafbefehlsverfahren und weist namentlich darauf hin, dass betroffene Personen nicht immer im Wissen um die gesamte Lage auf gewisse Verfahrensrechte verzichten. Der Artikel von LUCAS NANCHEN legt die Entwicklung der Beziehung zwischen EuGH und EGMR und die Konsequenzen des Entscheids *Aranyosi-Caldararu* dar. Abschliessend greift LOUIS STEULLET ein rechtsphilosophisches Thema auf, indem er Theorien vergleicht, die die Macht des Gesetzes erklären.

actuellement en cours de rédaction sous la direction de la Prof. Christiana Fountoulakis. Il y aborde la question de la protection de la personnalité des utilisateurs de réseaux sociaux, et suggère que le droit de réponse pourrait fournir une solution aux problèmes qu'elle pose.

Afin de proposer un aperçu privilégié sur des carrières passionnantes et variées, la rubrique *Career Spotlight* présente dans chaque numéro le parcours d'un *alumnus* de notre Faculté à travers une interview. Pour cette édition, QUID? FRIBOURG LAW REVIEW a eu l'honneur de s'entretenir avec PIERRE MAUDET, Conseiller d'Etat du canton de Genève et récemment candidat au Conseil fédéral. Il a évoqué avec nous sa carrière politique ainsi que ses souvenirs d'études à l'Université de Fribourg. Nous le remercions chaleureusement d'avoir bien voulu prendre le temps de répondre à nos questions.

Enfin, vous retrouverez dans cette édition une autre rubrique désormais bien implantée : les *Leading Cases*, qui vous proposent une sélection de quelques cas issus de la jurisprudence récente. Nous remercions ici LAWINSIDE, plateforme spécialisée en résumé de jurisprudence de droit suisse lancée par d'anciens étudiants de l'Université de Fribourg, pour nous avoir préparé cette sélection.

Nous souhaitons également particulièrement remercier nos *Faculty Advisors*, la prof. Samantha Besson et le prof. Thomas Probst, ainsi que nos membres parrains, pour leur soutien renouvelé à QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

La publication de cette huitième édition n'aurait pas été possible sans nos sponsors. Nous adressons ainsi nos remerciements à la Fachschaft de droit et à la Faculté de droit de l'université de Fribourg, la Fondation pour le droit suisse de la construction, la Fondation pour le droit de la circulation routière, la Helmuth M. Merlin Stiftung ainsi qu'à la Fondation Peter Jäggi pour leur précieuse contribution au succès et à la pérennité de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Nous vous souhaitons une lecture intéressante et enrichissante et nous réjouissons de vos retours et impressions sur cette huitième édition de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le comité de rédaction

In der Rubrik PhD Candidates gibt Ihnen ARNAUD CONSTANTIN eine Übersicht über seine Doktorarbeit, die er zurzeit unter der Aufsicht von Prof. Christina Fountoulakis verfasst. Darin befasst er sich mit der Frage des Persönlichkeitsschutzes von Nutzern von sozialen Medien und bietet als Lösungsvorschlag das Gegendarstellungsrecht an.

Um Ihnen unterschiedliche aufregende Karrierewege näherzubringen, wird in der Rubrik *Career Spotlight* in jeder Ausgabe der Werdegang eines Alumnus oder einer Alumna unserer Fakultät vorgestellt. In dieser Ausgabe hatten wir die Ehre ein Interview mit PIERRE MAUDET, Staatsrat des Kantons Genf und Kandidat der letzten Bundesratswahlen, durchzuführen. Er hat mit uns Gedanken zu seiner politischen Karriere und Erinnerungen an die Studienzeit in Freiburg geteilt. Wir danken ihm auf diesem Weg herzlich für die Zeit, die er sich genommen hat, um unsere Fragen zu beantworten.

Darüber hinaus finden Sie in dieser Ausgabe eine bereits altbekannte Rubrik: in den *Leading Cases* wird Ihnen eine Auswahl von Fällen der jüngsten Rechtsprechung vorgestellt. 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 wurde – für die Aufbereitung der Fallauswahl.

Wir möchten uns ausserdem bei unseren FACULTY ADVISORS, Prof. Samantha Besson und Prof. Thomas Probst, sowie unseren Ehrenmitgliedern für Ihre unermüdliche Unterstützung der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW bedanken.

Die Publikation dieser achten Ausgabe wäre nicht möglich ohne unsere Sponsoren. Unser wärmster Dank geht an die Juristische Fakultät der Universität Freiburg, die Fachschaft Jus, die Stiftung für Schweizerisches Baurecht, die Stiftung für Verkehrsrecht, die Helmuth M. Merlin Stiftung sowie die Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung für Ihre wertvollen Beiträge an den Erfolg und den Fortbestand der Zeitschrift.

Wir wünschen Ihnen eine interessante und bereichernde Lektüre und freuen uns auf Ihre Eindrücke und Rückmeldungen zu dieser achten Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

Le calcul du dommage de l'art. 97 CO : un point sur les controverses théoriques et les incertitudes pratiques*

Mathieu Singer (MLaw, greffier-stagiaire au Tribunal d'arrondissement de la Broye)

Der Autor befasst sich mit der Berechnung des Schadens für Ersatzforderungen nach Art. 97 OR. Dazu erläutert er in einem ersten Schritt die dogmatische Grundlage sowie die von der Lehre vorgebrachte Kritik an der vom Bundesgericht vertretenen Differenztheorie. Daraufhin erklärt der Autor die praktische Beschränkung dieser Theorie, indem er ihre Schwächen anhand einer Reihe von konkreten Fallkonstellationen aufzeigt. Der Autor endet seine Analyse mit der Erkenntnis, dass die Differenztheorie eine gute Methode zur Schadensberechnung ist, jedoch keineswegs alleinige Geltung beanspruchen kann.

Abstract provided by the Editorial Board

NIEDERER KRAFT & FREY

Winning with Niederer Kraft & Frey: Prix d'excellence NKF

Niederer Kraft & Frey and the Faculty of Law at the University of Fribourg annually award a prize for exceptional master and term theses in the area of national and international business law to a student at the University of Fribourg. The award includes prize money in the amount of CHF 5,000. By honouring outstanding theses in the area of national and international business law with the Prix d'excellence, Niederer Kraft & Frey aims to contribute to a more active and fruitful exchange between legal theory and practice. Further information about the Prix d'excellence NKF can be found at www.your-nkf.ch.

Introduction

De jurisprudence constante, le dommage au sens juridique consiste en une diminution involontaire de la fortune nette et correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce patrimoine si l'événement dommageable n'était pas survenu¹. Cette méthode de calcul du dommage est appelée théorie de la différence et remonte à la doctrine allemande du XIX^e siècle. Malgré différents avantages, elle fait l'objet de critiques de plus en plus soutenues de la part de la doctrine. On lui reproche notamment de barrer la route à la réparation de certains dommages. En l'état, la jurisprudence reste toutefois fermement attachée à la théorie de la différence et ne s'en écarte que rarement.

La présente étude est ainsi séparée en deux parties : dans un premier temps, nous exposerons les fondements de la théorie de la différence et les discussions doctrinales à son sujet (*infra* II) ; puis, dans un deuxième temps, nous aborderons différents cas problématiques qui sont apparus dans la pratique des tribunaux (*infra* III). Précisions encore que si l'intention est certes de se concentrer sur la responsabilité contractuelle, on ne saurait être complet sans prendre en compte certaines décisions rendues en matière de responsabilité délictuelle. À cet égard, il convient de rappeler que la notion juridique de dommage est la même dans les deux régimes (cf. art. 99 al. 3 CO)².

I. La théorie de la différence

A. Notions de base

Le droit positif suisse ne contenant pas de définition du dommage³, la doctrine et la jurisprudence se sont

* La présente contribution est un résumé du travail de recherche récompensé par le Prix NKF 2016. Elle ne prend pas en compte les développements ultérieurs de la jurisprudence.

¹ Voir par ex. ATF 139 V 176 consid. 8.1.1 et les références citées.

² ATF 87 II 290 consid. 4a ; THÉVENOZ Luc, in : Thévenoz L. / Werro F. (édit.), CR CO-I, 2^e éd., Bâle 2012, n° 31 ad art. 97 CO.

³ ATF 127 III 73 consid. 4a, JdT 2001 I 495 ; LÜCHINGER Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht, thèse, Fribourg 1999, n° 39 ; SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6^e éd., Berne 2012, n° 14.02 ; WEBER Rolf H., in : Hausheer H. (édit.), BK VI-1-5, Berne 2000, n° 148 ad art. 97 CO.

rapidement attelées à cette tâche. Dans son fameux traité de 1924, VON TUHR décrit le dommage comme la différence entre le patrimoine actuel du lésé et l'état que ce patrimoine aurait si l'événement dommageable n'était pas survenu⁴. Cette première définition se révèle remarquablement similaire à celle qui est admise aujourd'hui. Le Tribunal fédéral s'y est rallié vingt ans plus tard⁵ et ne l'a jamais fondamentalement revue. Les tribunaux répètent généralement cette formule établie, telle que citée en introduction, et par laquelle la méthode de calcul du dommage se confond avec sa définition même⁶.

La notion de dommage présentée ci-dessus repose sur celle de patrimoine. Selon la conception la plus courante, le patrimoine comprend l'ensemble des biens d'une personne qui ont une valeur économique ou peuvent en avoir une⁷. Cette définition relativement large permet d'inclure des biens immatériels, tels que les créances et les droits de propriété intellectuelle⁸. En revanche, elle a aussi pour conséquence que la destruction d'un bien qui n'a aucune valeur vénale n'est pas considérée comme un dommage au sens du droit des obligations⁹. Le Tribunal fédéral, contre l'avis d'une partie importante de la doctrine¹⁰, rejette également l'indemnisation de la perte d'une chance de réaliser un gain, considérant que son « caractère dynamique » fait qu'elle n'est pas un élément du patrimoine¹¹.

B. L'intérêt de la formule

Le principal intérêt de la théorie de la différence tient à son applicabilité générale¹². En effet, elle vaut d'abord tant en responsabilité délictuelle que contractuelle, l'événement dommageable auquel elle se réfère pouvant consister en un acte illicite ou une violation

contractuelle¹³. La théorie de la différence permet ensuite de couvrir deux types de dommage : soit le patrimoine est effectivement plus petit que son état antérieur (perte éprouvée), soit le patrimoine a été empêché de croître (gain manqué)¹⁴. Enfin, elle rend superflu le principe de la *compensatio lucri cum damno*, selon lequel les éventuelles conséquences positives de l'événement dommageable (telles des dépenses évitées) doivent être imputées de l'indemnisation¹⁵. En effet, la comparaison entre les deux états du patrimoine du lésé inclut automatiquement les avantages qu'il a pu tirer¹⁶. En définitive, il s'agit d'une méthode instinctive et *a priori* d'usage facile.

C. Les critiques

En Suisse, la remise en cause de la théorie de la différence par la doctrine est relativement récente, mais tend à s'intensifier¹⁷. Le point central des débats est le caractère restrictif de cette conception, qui a pour conséquence l'irréparabilité juridique de certaines atteintes. C'est ainsi dans le but d'élargir la notion de dommage que le concept de dommage normatif a été développé¹⁸. Il demeure assez flou et difficile à définir, mais l'idée centrale est de se détacher de la comparaison de deux états de patrimoine pour apprécier abstraitement la valeur d'un inconvénient subi par le lésé¹⁹. À l'heure actuelle, le dommage ménager (cf. *infra* III-A) est le seul dommage dont la réparation est expressément acceptée par le Tribunal fédéral au titre de dommage normatif²⁰. Une partie de la doctrine plaide toutefois pour la reconnaissance de deux autres types de dommages, que nous appellerons des cas « d'usage manqué ». Il y a d'une part la perte de la possibilité d'usage d'une chose, dite dommage de commercialisation²¹ : l'exemple type est celui d'une voiture accidentée, inutilisable durant le temps de la réparation. Le dommage de frustration, d'autre part, désigne une dépense engagée volontairement par le lésé avant l'événement dommageable et dont il ne

⁴ VON TUHR Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, Tübingen 1924, p. 69.

⁵ ATF 71 II 86 consid. 4, JdT 1945 I 562 ; voir aussi, moins précis : ATF 64 II 138 consid. 3c, JdT 1938 I 621.

⁶ ROBERTO Vito, Schadensrecht, thèse, Bâle / Francfort-sur-le-Main, p. 9 s.

⁷ WEBER (n. 3), n° 149 ad art. 97 CO ; WERRO Franz, in : Thévenoz L. / Werro F. (édit.), CR CO-I, 2^e éd., Bâle 2012, n° 7 ad art. 41 CO.

⁸ GILLIÉRON Philippe, Les dommages-intérêts contractuels, thèse, Lausanne 2011, n° 186.

⁹ WERRO Franz, Le dommage : l'état d'une notion plurielle, in : Werro F. / Pichonnaz P. (édit.), Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Berne 2013, p. 5.

¹⁰ MÜLLER Christoph, La perte d'une chance n'a pas perdu sa chance en droit suisse : Commentaire de l'ATF 133 III 462, REAS 2008 p. 55 ss, p. 57, et les références citées.

¹¹ ATF 133 III 462 consid. 4.4.3.

¹² LÜCHINGER (n. 3), n° 54.

¹³ LÜCHINGER (n. 3), n° 55.

¹⁴ DUPONT Anne-Sylvie, Dommage : vers une nouvelle définition ?, SJ 2003 II p. 471 ss, p. 473 ; WEBER (n. 3), n° 151 ad art. 97 CO.

¹⁵ SCHWENZER (n. 3), n° 15.11 ss ; WERRO (n. 7), n° 18 ad art. 42 CO.

¹⁶ WERRO (n. 7), n° 18 ad art. 42 CO.

¹⁷ WEBER (n. 3), n° 157 ad art. 97 CO.

¹⁸ SCHWENZER (n. 3), n° 14.05 ; WEBER (n. 3), n° 157 ad art. 97 CO ; WERRO (n. 7), n° 21 ad art. 41 CO.

¹⁹ CHAPPUIS Benoît, Le moment du dommage, thèse, Zurich / Bâle / Genève 2007, n° 105.

²⁰ CHAPPUIS (n. 19), n° 133 ; DUPONT (n. 14), p. 475 ; WERRO (n. 9), p. 10.

²¹ WERRO (n. 7), n° 23 ad art. 41 CO.

peut profiter à cause de cet événement²² : par exemple, le prix du billet d'un concert auquel il ne peut assister en raison de sa blessure. Les deux notions sont assez proches. Elles correspondent à des pertes d'usages auxquelles il est possible de donner une valeur mercantile²³. Or, le Tribunal fédéral refuse pour l'instant de considérer que ces dommages donnent lieu à une réparation sur le plan civil, invoquant en particulier la définition traditionnelle du dommage²⁴.

Le caractère restrictif de la théorie de la différence découle également du fait qu'elle repose sur la notion de patrimoine²⁵. Dans le domaine contractuel, cette limitation est contestable : celui qui conclut un contrat le fait parce que la prestation visée a pour lui une utilité particulière, et les dommages-intérêts ne remplissent leur rôle que si cet intérêt est pris en compte²⁶. Ainsi, des prestations sans influence sur le patrimoine peuvent faire l'objet d'un accord de nature commerciale, comme par exemple des activités de loisirs. En cas de mauvaise exécution, l'application de la théorie de la différence conduit au résultat qu'aucun dommage n'a été causé ; pourtant, il serait possible d'évaluer le montant de l'indemnité à accorder en partant du prix convenu. Un auteur suggère ainsi qu'un droit du dommage moderne devrait inclure un aspect préventif, visant à éviter les violations contractuelles²⁷. Pour un autre, la définition du dommage devrait être axée sur la différence de fait, avec pour objectif la restauration de l'état antérieur, plutôt que sur la différence de patrimoine²⁸.

II. Les limites de la théorie de la différence en pratique²⁹

A. Quelques cas de responsabilité délictuelle

Le dommage ménager se définit comme la perte de la capacité d'exercer des activités non rémunérées comme la tenue du ménage³⁰. Son indemnisation est admise de longue date³¹ et reconnue expressément comme une exception à la conception traditionnelle du dommage. Plus récemment, la même logique a été étendue au travail fourni par les proches dans l'entreprise familiale³². Il était question d'un agriculteur rendu incapable d'effectuer certaines tâches suite à une agression, mais qui avait pu maintenir son revenu grâce à l'aide de son entourage. Dans les deux cas, des dommages-intérêts sont accordés indépendamment d'une diminution du patrimoine, laissant la théorie de la différence de côté pour des motifs de justice sociale.

Une affaire de voisinage a donné lieu à une autre exception notable. Un propriétaire avait ordonné à son jardinier d'abattre un arbre se trouvant en réalité sur le bien-fonds de ses voisins. Ceux-ci réclamant des dommages-intérêts, le Tribunal fédéral a dû constater que l'atteinte à un arbre n'a pas d'effet sur la valeur vénale du fonds³³. Il serait néanmoins injuste de nier l'existence d'un dommage, s'il est établi que le propriétaire a un intérêt réel à ce que ses arbres demeurent intacts³⁴. Autrement dit, le dommage acquiert ici une composante subjective. Quant à son étendue, elle se détermine d'après les coûts de remise en état³⁵.

B. Le mauvais conseil fiscal

Un cas intéressant est celui d'un médecin qui, à l'approche de la retraite, consulte une fiduciaire pour en optimiser les conséquences fiscales. Sur conseil de celle-ci, il réduit dans un premier temps son activité professionnelle à moins de 30%, pensant obtenir une taxation intermédiaire avantageuse. Les démarches en

²² SCHWENZER (n. 3), n° 14.07 ; WERRO (n. 7), n° 22 ad art. 41 CO.

²³ WEBER (n. 3), n° 184 ad art. 97 CO.

²⁴ Pour la perte d'usage d'un bien : ATF 132 III 379, consid. 3.3.2, JdT 2006 I 338 ; ATF 126 III 388 consid. 11a, JdT 2002 I 215. Pour les dépenses privées de leur utilité : ATF 115 II 474 consid. 3a, JdT 1990 I 216.

²⁵ DUPONT (n. 14), p. 474.

²⁶ GILLIÉRON (n. 8), n° 228 s. ; voir aussi THÉVENOZ (n. 2), n° 40 ad art. 97 CO.

²⁷ SCHWENZER (n. 3), n° 14.12.

²⁸ PETITPIERRE Gilles, Le préjudice patrimonial et le tort moral : vers de nouvelles frontières ?, in : Chappuis C. / Winiger B. (édit.), Le préjudice – Une notion en devenir, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève / Zurich / Bâle 2005, p. 74.

²⁹ À cet égard, le cas de la mauvaise exécution d'un contrat de gestion de fortune est particulièrement intéressant. Nous ne l'abordons toutefois pas ici, car il a fait l'objet d'une publication du même auteur dans QFLR 1/2016, à laquelle nous renvoyons.

³⁰ ATF 131 III 360 consid. 8.1 = JdT 2005 I 502.

³¹ ATF 57 II 555 consid. 2, JdT 1932 I 305.

³² TF 4C.324/2005 du 5 janvier 2006 consid. 3 ; ég. TF 4C.83/2006 du 26 juin 2006 consid. 3, JdT 2006 I 475.

³³ ATF 129 III 331 consid. 2.2, JdT 2003 I 629.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

ce sens se révèlent toutefois infructueuses. Le médecin réclame plusieurs centaines de milliers de francs à son mandataire pour le gain manqué. Les juges cantonaux se basent alors sur la théorie de la différence, comparant le patrimoine actuel du médecin avec celui qu'il aurait eu sans le mauvais conseil de réduire prématurément son activité (c'est-à-dire en comptant un revenu hypothétique jusqu'à l'âge normal de la retraite, sous déduction de la charge fiscale correspondante), pour parvenir à un manque à gagner net de 205'405 francs³⁶. Ils se réfèrent à une jurisprudence fédérale en la matière³⁷. Pourtant, dans ce cas-ci, le Tribunal fédéral cassera le jugement cantonal, au motif que la réduction de l'activité professionnelle est un choix personnel et que la diminution de fortune qui en découle n'est dès lors pas un dommage, en raison de son caractère volontaire³⁸.

Cet arrêt prête à discussion, d'une part car il se concilie mal avec le précédent invoqué par le Tribunal cantonal, d'autre part car il s'écarte de la théorie de la différence bien qu'elle paraisse, cette fois-ci, parfaitement applicable. Peut-être que les juges fédéraux ont estimé qu'il serait inéquitable de faire supporter le manque à gagner du médecin au conseiller fiscal alors que le premier a pu profiter du temps libre lié à la réduction de son activité. Quoi qu'il en soit, la situation appelle une clarification pour l'avenir.

C. Le dépassement du devis d'architecte

Dans le cadre d'un contrat d'architecte global, qualifié de contrat mixte par le Tribunal fédéral³⁹, l'architecte assume diverses tâches, dont généralement l'établissement d'un devis pour son client. Le calcul du dommage résultant du dépassement d'un tel devis pose un certain nombre de difficultés. En effet, un raisonnement selon la théorie de la différence mène à une impasse : le maître paie certes un montant plus élevé que ce qui était prévu, mais son patrimoine global ne diminue pas vraiment puisque s'y ajoute une construction que l'on peut supposer d'une valeur équivalente au prix payé. Pour cette raison sans doute, le Tribunal fédéral ne fait même pas mention de ce mode de calcul dans les arrêts sur la question. Pour ne pas désavantager le maître en lui imposant une plus-value qu'il n'a pas voulu, il prend comme critère la valeur subjective

de l'ouvrage⁴⁰. Il y a alors dommage dans la mesure où le maître, s'il avait disposé d'un devis exact, aurait pris des mesures d'économie, la plus-value étant sans utilité pour lui⁴¹. Il s'ensuit que le dommage correspond à la différence entre les coûts effectifs de la construction et la valeur subjective qu'elle présente pour le maître⁴². Si la méthode est assez claire, il reste que l'estimation de cette valeur subjective est pour le moins délicate. Il faudrait, selon le Tribunal fédéral, prendre appui sur ce que le maître d'ouvrage pouvait attendre du contrat selon le principe de la confiance⁴³. Il admet en outre une marge de tolérance de 10% du montant du devis en faveur de l'architecte, s'inspirant implicitement de la jurisprudence relative à l'art. 375 CO⁴⁴.

Force est de constater que les critères indiqués demeurent peu précis et que l'estimation du dommage dans ces situations apparaît comme assez aléatoire. La jurisprudence plus récente n'a pas apporté de réponses à ces incertitudes. On peut cependant relever une solution contractuelle développée par la pratique : les parties conviennent parfois d'une limite du coût de construction, ce qui oblige l'architecte à suspendre les travaux si un dépassement est prévisible et à proposer des mesures pour l'éviter⁴⁵.

Conclusion

Loin de toute exhaustivité, cette brève synthèse nous a permis d'évoquer différentes faiblesses de la théorie de la différence comme méthode de calcul du dommage. D'une part, comme le relève la doctrine, elle rend certaines atteintes irréparables civilement. D'autre part, ainsi que l'on peut le voir dans ces quelques cas de jurisprudence, elle échoue à appréhender certains états de fait. Le Tribunal fédéral reste pourtant fermement attaché à cette conception et rechigne à s'en écarter. Au vu de ce qui précède, il nous paraît cependant qu'il faudrait reconnaître un peu plus de marge de manœuvre aux tribunaux et considérer la théorie de la différence comme *une* bonne méthode de calcul du dommage, mais pas comme *la* méthode.

³⁶ TC/VD 101/2010/DCA du 7 juillet 2010 consid. III/b.

³⁷ ATF 128 III 22 consid. 2e/cc, JdT 2002 I 222.

³⁸ TF 4A_63/2011 du 6 juin 2011 consid. 5.

³⁹ ATF 134 III 361 consid. 5.1.

⁴⁰ ATF 119 II 249 consid. 3b/bb, JdT 1994 I 303.

⁴¹ ATF 122 III 61 consid. 2c/aa, JdT 1996 I 605.

⁴² Ibidem.

⁴³ ATF 119 II 249 consid. 3c, JdT 1994 I 303.

⁴⁴ HONSELL Heinrich, Commentaire de l'ATF 119 II 249, PJA 1993 II

p. 1260.

⁴⁵ TF 4A_2010/2015 du 2 octobre consid. 4.3.1.

³⁶ TC/VD 101/2010/DCA du 7 juillet 2010 consid. III/b.

³⁷ ATF 128 III 22 consid. 2e/cc, JdT 2002 I 222.

³⁸ TF 4A_63/2011 du 6 juin 2011 consid. 5.

³⁹ ATF 134 III 361 consid. 5.1.

« Lidlohn » et prestations de soins : une nouvelle alternative ?

Marie Fonjallaz (étudiante en Bachelor, Université de Fribourg)

Die Autorin befasst sich mit dem Lidlohn und den Pflege- und Betreuungsleistungen als Alternative. In einem ersten Schritt erläutert sie den geschichtlichen Ursprung des Lidlohns innerhalb des (Gross-)Eltern-Kind-Verhältnisses im gemeinsamen Haushalt sowie die soziale Entwicklung, um dann die Veränderung des Familienmodells festzustellen. Aufgrund dessen sei eine Anpassung des Lidlohn-Systems erforderlich und durch den Vergleich im deutschen Recht eröffneten sich neue Möglichkeiten seiner Anwendbarkeit. So dass der Lidlohn für die geleistete Arbeit im familiären Gewerbe (früher den Betrieb des Bauernhofs) weitgehend durch den Arbeitsvertrag abgelöst wurde, jedoch im Bereich des Pflege- und Betreuungsdienstes erweitert werden könnte. Daraufhin zeigt sie die Konsequenzen auf, die eine Modifikation des Lidlohns mit sich bringt. Dabei wird die Rolle des Zivilrechts in der Familienpolitik in Frage gestellt.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Le « Lidlohn », vocable ne connaissant pas de traduction française et ne figurant pas dans le texte de la loi, désigne l'indemnité unique payée à un (petit-)enfant en principe au décès de ses (grands-)parents pour les tâches accomplies en leur faveur¹. Il a été initialement introduit dans le CC afin de pallier les difficultés auxquelles la paysannerie helvétique était confrontée, en reconnaissant au-delà du devoir moral qui incombe à l'enfant d'aider les siens une prétention juridique à recevoir une rémunération pour son engagement².

Néanmoins, le régime a vite été dépassé par la réalité pratique de la paysannerie suisse et de nouveaux instruments juridiques, plus favorables, tels que le contrat de travail sont apparus. Le régime du « Lidlohn » n'étant plus que peu usité dans son domaine de prédilection, se pose dès lors la question de

sa suppression ou au contraire d'une application alternative de ce dernier.

Cette analyse s'intéresse à l'applicabilité du régime du « Lidlohn » au domaine des prestations de soins et d'accompagnement. D'abord, seront présentées les réalités démographiques et sociologiques relatives à l'aide à la personne ainsi que les possibilités qu'offre le régime du « Lidlohn » en la matière (*infra* I.). Puis, nous nous attarderons sur les modifications nécessaires au régime ainsi que leurs conséquences au sein de la politique familiale (*infra* II.).

I. Le « Lidlohn » face à de nouveaux besoins

A. Une réalité sociale

La structure de la population par âge s'est largement modifiée au cours du XX^e siècle, autrement dit la population suisse vieillit³. Certains voient dans cette évolution démographique non seulement un renversement de la pyramide des âges, mais surtout un report des phases de la vie⁴. En effet, entre 1990 et 2015, le groupe des personnes de 65 ans et plus a triplé⁵. Une nouvelle catégorie de personnes âgées s'est donc dessinée : les 80 ans et plus. Nouvellement appelée « le grand âge »⁶, elle trouve sa raison d'être dans le niveau de dépendance qu'elle exige, puisque plus de la moitié des personnes de plus de 80 ans reçoivent une aide informelle professionnalisée⁷.

En parallèle, force est de remarquer une modification

³ Rapport de l'OFS sur la population de la Suisse en 2015, Neuchâtel 2016, p. 28 ss.

⁴ BAUMANN, *Die Berücksichtigung von privaten Pflegeleistungen im Erbrecht*, in : Successio 1/2011, p. 32 ; FUX, *La politique familiale dans les phases tardives de la vie*, in : COFF (édit.), *Soigner, garder et payer : La famille et les phases de la vie*, Berne 2006, p. 16.

⁵ LEUBA / TRITTEN, *Aperçu de quelques dispositions légales applicables à la prise en charge d'une personne âgée en perte d'autonomie par ses enfants*, in : COFF (édit.), *Soigner, garder, et payer : La famille et les phases de la vie*, Berne 2006, p. 99 ; Rapport population suisse 2015, p. 31.

⁶ Terminologie employée p. ex. par BAUMANN (n. 4), p. 32 (« hohes Alter »).

⁷ Enquête suisse sur la santé de l'OFS : Santé fonctionnelle des personnes âgées vivant en ménage privé en 2012, Neuchâtel 2014, p. 3 s. : Au contraire, seul un quart des personnes entre 65 et 79 ans reçoivent la même aide.

¹ STEINAUER, *Le droit des successions*, 2^e éd., Berne 2016, n° 252 n. 10 ; IMHOF, *Die neuen Bestimmungen zum Lidlohn (art. 334, 334^{bis} und 603 Abs. 2 ZGB)*, thèse, Fribourg 1975, p. 6 ss.

² Message complémentaire du CF à l'AF à l'appui d'un projet révisé de la loi fédérale modifiant le droit civil rural, FF 1971 I 753 ss.

du modèle familial. La famille d'aujourd'hui n'est plus caractérisée par une cohabitation intergénérationnelle, mais elle se veut plutôt « famille multigénérationnelle et multilocale », les enfants n'habitent plus que rarement sous le même toit que leurs parents⁸. Cependant, malgré la distance, les relations familiales perdurent et la solidarité familiale *intramuros* doit aujourd'hui être qualifiée d'intergénérationnelle⁹. En effet, la famille serait l'entité la plus importante dans le domaine des soins prodigués aux aînés¹⁰.

Les proches aidants sont, à l'heure actuelle, essentiellement des femmes entre 50 et 64 ans ne vivant pas dans le ménage du bénéficiaire des soins¹¹. Elles y consacrent, selon leurs dires, en moyenne entre 6 et 8 heures par semaine et sont principalement les épouses, partenaires, concubines ou encore filles de l'aidé¹².

B. Des analogies et un modèle allemand

Sans vouloir faire de raccourci, nous pouvons constater des similitudes entre la position du fils qui aidait son père à la ferme et celle du proche aidant soignant son parent en perte d'autonomie. Tous deux fournissent une aide précieuse dans le cadre familial, allant au-delà des obligations d'assistance et d'entretien prévues par le CC, et ne sont en principe pas rémunérés par leurs proches pour cette activité physiquement ou psychologiquement lourde. Comme les jeunes paysans, les proches aidants ont conscience de l'asymétrie de l'engagement, mais partent de l'idée que l'échange s'équilibre au cours des différentes phases de la vie¹³. Indemniser les aidants par le biais du droit successoral peut donc s'avérer être une solution idéale pour les remercier des sacrifices effectués, sans pour autant dénaturer leur volonté de s'investir, en tout cas partiellement, par solidarité familiale. De plus, le Conseil fédéral admet lui-même que « [l]es soins professionnels et institutionnels peuvent difficilement couvrir

la demande croissante en assistance et en soins. La Suisse ne dispose ni des professionnels ni des moyens financiers nécessaires à cet effet »¹⁴. Ainsi, en sus des intérêts privés des aidants à recevoir une rémunération pour le travail accompli, il relève de l'intérêt public de promouvoir l'entraide intrafamiliale afin de maintenir une politique de soins et d'assistance raisonnable de qualité. Là encore, on peut y voir des parallèles avec les objectifs d'intérêt public de maintien d'une paysannerie forte visés par le législateur lors de l'introduction du « Lidlohn ». En bref, l'application du régime du « Lidlohn » au domaine des soins ne paraît pas être une idée incongrue.

À titre exemplatif, l'Allemagne a décidé de réformer son droit successoral en 2009 aux fins d'une application plus optimale aux prestations de soins¹⁵. Si le régime allemand prévoyait, avant la réforme déjà, explicitement la possibilité de rémunérer au travers du « Lidlohn » les prestations de soins, il exigeait toutefois de la part du créancier de l'indemnité une renonciation de longue durée à son emploi. Ainsi, tout comme à nos art. 334 et 334^{bis} CC, une professionnalisation de l'activité indemnisée était une condition nécessaire à la rémunération. Un changement de paradigme a donc été opéré, estimant que seul importe le fait que la fortune du *de cuius* ne diminue pas du fait des prestations du proche – contrairement à la situation dans laquelle un tiers aurait dû être employé – sans égard aux sacrifices professionnels du proche aidant¹⁶. Le « Lidlohn » n'est, dès lors, plus un outil permettant la rémunération d'un travail – ce pour quoi il existe déjà le contrat de travail – mais plutôt un instrument de rétribution de l'effort fourni en faveur des siens.

II. Une adaptation possible, mais à quel prix ?

A. Modifications nécessaires

Contrairement au droit allemand, les art. 334 et 334^{bis} CC ne prescrivent pas explicitement une application au domaine des soins. Cependant, certains auteurs¹⁷ admettent qu'une interprétation téléologique des dispositions permettrait un élargissement de son champ

⁸ STUTZ / STURB, *Les prestations des familles dans les phases tardives de la vie*, in : COFF (édit.), *Soigner, garder et payer : la famille et les phases de la vie*, Berne 2006, p. 69 s. La notion de « famille multigénérationnelle et multilocale » est une traduction de l'expression « multilokale Mehrgenerationenfamilie » de BETRAM.

⁹ BETRAM, *Die verborgenen familiären Beziehungen in Deutschland: Die multilokale Mehrgenerationenfamilie*, in : Kohlin / Szydlik (édit.), *Generationen in Familie und Gesellschaft*, Opladen 2000, p. 22 : « haushaltgebunden » vs. « generationbezogen ».

¹⁰ STUTZ / STURB (n. 8), p. 77 ; Enquête santé 2012, p. 4.

¹¹ STUTZ / STURB (n. 8), p. 80.

¹² Idem, p. 80 s.

¹³ Idem, p. 72.

¹⁴ Rapport du CF sur le soutien aux proches aidants : analyse de la situation et des mesures requises pour la Suisse, 5 décembre 2014, p. 5.

¹⁵ BAUMANN (n. 4), p. 37.

¹⁶ Idem, p. 38.

¹⁷ STUDER / KOLLER, in : Honsell / Vogt / Geiser (édit.), *BaKomm. ZGB I (art. 1-456)*, 5^e éd., Bâle 2014, art. 334^{bis}, n° 14.

d'application. En effet, bien qu'il ne s'agisse pas d'indemniser un héritier reprenant une activité antérieurement exercée par son ascendant et dont la pratique est professionnalisée, l'objectif est le même : indemniser un héritier pour l'aide ou la prise en charge qu'il offre à un parent. Dès lors, il deviendrait possible d'indemniser un enfant qui soigne ses parents les soirs et le weekend, l'effort fourni étant considérable et si le sacrifice n'est pas professionnel, il est vraisemblablement social. Cette interprétation téléologique va de pair avec une modification de la fonction du « Lidlohn » telle qu'observée en Allemagne.

Une deuxième difficulté se profile puisque les termes de la disposition sont clairs ; il s'agit d'un « travail » consacré aux « parents », or elle se trouve sous le Chapitre II du Titre neuvième du CC intitulé « De l'autorité domestique ». Pour cette raison, la question de l'indemnisation d'un travail qui serait effectué en faveur de la communauté domestique plutôt qu'en faveur du chef de famille se pose¹⁸. À ce sujet, le TF lie, dans des arrêts encore relativement récents, l'identité du chef de famille et celle du débiteur du « Lidlohn »¹⁹. Cette solution mobilisant la notion patriarcale de chef de famille n'est pas très heureuse : elle est premièrement contraire à la doctrine moderne²⁰, selon laquelle le chef de famille n'est plus le père mais bien les deux parents ensemble, solidairement responsables et crée secondement une incertitude quant à l'exigibilité de l'indemnité relative aux soins portés p. ex. à une mère qui précède au père²¹. C'est pourquoi, il se justifierait de ne plus prendre en considération la notion de chef de famille et de lier uniquement l'identité du bénéficiaire des soins et celle du débiteur du « Lidlohn », les soins étant des prestations caractéristiquement personnelles.

Par ailleurs, il est regrettable qu'en l'état actuel du

¹⁸ STUDER / KOLLER (n. 17), art. 334, n° 13.

¹⁹ Arrêt non publié du TF, 5A_682/2014, consid. 7.1 du 16 juin 2015 ; arrêt non publié du TF, 5C.133/2004, consid. 4.2 du 5 janvier 2005.

²⁰ KELLER, in : Breitschmid / Rumo-Jungo (édit.), *Personen- und Familienrecht inkl. Kindes und Erwachsenenschutzrecht (art. 1-456 ZGB)*, 2^e éd., Zurich 2012, art. 331, n° 3 ; TUOR / SCHNYDER / JUNGO, in : Tuor / Schnyder / Jungo (édit.), *ZGB – das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14^e éd., Zurich / Bâle / Genève 2015, § 47, n° 6.

²¹ Sous réserve de l'exigibilité du « Lidlohn » du vivant du débiteur. IMHOF, p. 130, semble admettre l'exigibilité de l'indemnité au décès du père, tandis que CZETTLER / NEUKOMM, *Le droit successoral paysan du Code civil suisse : Guide à l'usage des autorités, des hommes de loi et des agriculteurs*, 5^e éd., Brougg 1983, p. 286, considèrent que l'indemnité peut être réclamée dès le décès de l'aidé.

texte seul l'enfant ou le petit-enfant du bénéficiaire des soins puisse toucher le « Lidlohn », alors que la pratique montre que les conjoints ou partenaires, les beaux-enfants ainsi que les amis proches du bénéficiaire des soins prestent en faveur de l'aidé dans une mesure devant donner lieu à une indemnité²².

De plus, la condition de la communauté de vie entre le débiteur et le créancier des prestations n'est plus adaptée aux structures familiales actuelles.

À ce stade, nous pouvons donc affirmer qu'une application des dispositions du « Lidlohn » est envisageable dans le domaine des prestations de soins et d'accompagnement, si le législateur désancre ce régime d'un modèle familial révolu ainsi que s'il admet un soutien moins professionnalisé des aidants.

B. Quelle place pour le droit civil dans une politique familiale ?

Si une telle modification du régime comprend des avantages tels qu'une implication de l'aidé dans le rapport d'échange avec l'aidant ou encore un soulagement pour l'État social, il y a néanmoins lieu de s'inquiéter de quelques-unes de ses conséquences. En effet, mener une politique familiale sur le plan du droit civil peut certes permettre d'atteindre un intérêt public, mais ne permet pas « d'attaquer le problème à un niveau supérieur »²³, celui de l'intérêt général. Autrement dit, une intervention par le biais du droit civil est ponctuelle et ne s'inscrit pas dans une politique globale d'aménagement des conditions de vie des aidants ou de frein à une aide genrée.

De plus, elle a principalement pour conséquence de perpétuer les inégalités. En effet, les dispositions du CC, et plus particulièrement celles relatives au « Lidlohn », trouvent application de la même manière dans toutes les familles remplissant les conditions posées, puisque le droit des successions n'est aucunement inscrit dans une politique de redistribution des richesses. Ainsi, pour des prestations de soins comparables, les personnes disposant d'un porte-monnaie bien rempli pourront remercier leurs proches plus généreusement que ceux dont la poche est trouée.

Pour finir, agir par le droit des successions comprend le risque d'inscrire le traditionalisme dont est empreint ce dernier dans une réalité sociétale moderne. Longtemps considéré comme permettant une conti-

²² STUTZ / STURB (n. 8), p. 80 s.

²³ FUX (n. 4), p. 12.

nuité de la famille, mais aussi le maintien du patrimoine au sein de celle-ci, il tend à favoriser *un* modèle de famille, lequel correspond à une vision restrictive et traditionnelle de la famille²⁴. On saisit ainsi à quel point il est difficile d'utiliser le droit successoral dans une démarche sociale moderne et évolutive, puisque telle n'est pas sa fonction.

Conclusion

En bref, une politique familiale se fondant essentiellement sur le droit civil est une politique individualiste, peinant à s'inscrire dans la lignée du progrès social. Pour cette raison, ce dernier doit, à mon sens, être

utilisé comme un instrument parmi d'autres, permettant de favoriser une stratégie familialiste, soit une approche mêlant intervention étatique et autorégulation familiale²⁵. De plus, il serait souhaitable de l'adapter *aux formes de familles contemporaines*.

Le « Lidlohn », une fois modernisé, aura sa place au sein de cette politique, puisqu'il présente des avantages indéniables. Il pourrait être complété par un appareil de droit public, lequel permet plus facilement le progrès social et une meilleure répartition des richesses. Cette nouvelle politique familialiste saura faire dignement face aux nouveaux défis sociaux, auxquels nous serons prochainement confrontés.

²⁴ La restriction des créanciers du « Lidlohn » aux seuls (petits-) enfants en est la preuve.

²⁵ Terminologie employée par Fux (n. 4), p. 12 ss.



Publish your legal article in QUID? FRIBOURG LAW REVIEW and become part of Switzerland's first student law review.

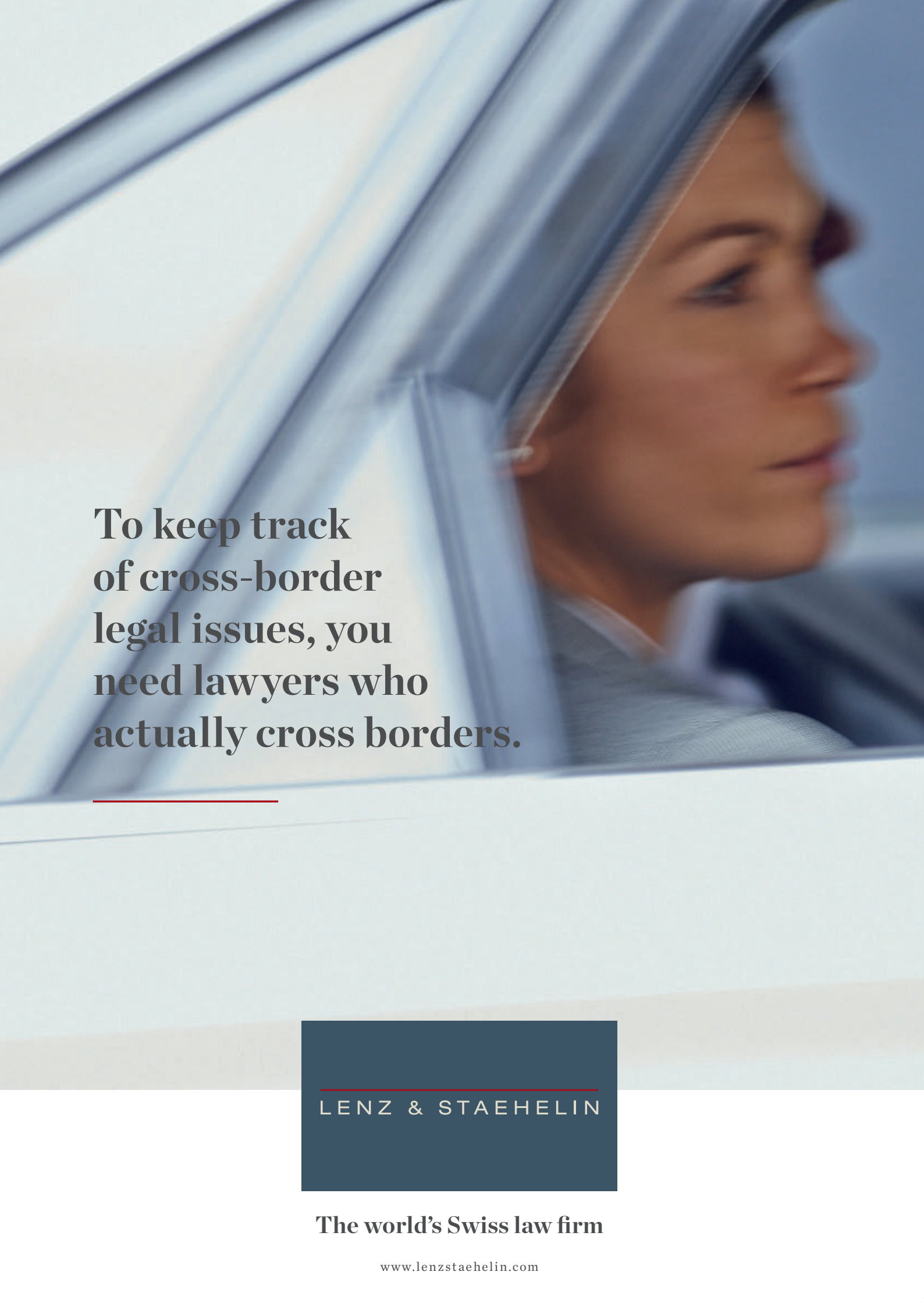
YOU

- are a student at the University of Fribourg (incl. LL.M./Erasmus)
- have written a paper, incl. a (pro)seminar or master thesis, on a legal topic in DE, FR, IT, EN (or you are planning to do so)
- want to publish and show your commitment

WE

- are QUID? FRIBOURG LAW REVIEW
- publish under the auspices of Fribourg Law Professors
- are officially referenced by the Swiss National Library
- cooperate with Zurich law firm Niederer Kraft & Frey

LEARN MORE AT www.unifr.ch/ius/quid
CONTACT US fribourglawreview@unifr.ch



**To keep track
of cross-border
legal issues, you
need lawyers who
actually cross borders.**

LENZ & STAHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaelin.com

Strafbefehl ohne Einsprache: Anerkennung von Tatsachen oder Schuld?

Paul Stübi (Master Student, Universität Freiburg)

Dans cet article, l'auteur constate que le recours aux ordonnances pénales soulève un certain nombre de questions. En effet, l'ordonnance pénale peut impliquer une renonciation aux droits de procédure garantis par la CEDH ainsi qu'une acceptation de la peine proposée. Or, selon l'auteur, le système actuel est susceptible de compromettre la libre formation de la volonté du destinataire de l'ordonnance. Il suggère donc notamment un recours accru aux auditions ainsi qu'une meilleure information.

Abstract provided by the Editorial Board

1. Anerkennung von Tatsachen und Schuld: Wissen und Wollen

Strafbefehlsverfahren sind schnell, kostengünstig und diskret. Sie können mit einer Einsprache einfach angefochten, ja geradezu „abgelehnt“ werden. Dafür gründen Strafbefehle meist nur auf summarischen Sachverhaltsabklärungen und es mangelt im Strafbefehlsverfahren an vielen Verfahrensrechten, die in einem ordentlichen Verfahren gegeben wären. So wirkt der Strafbefehl wie eine Offerte und die scheinbare Akzeptanz dieses „akzeptbedürftigen, staatlichen Strafantrages“ wird leichtfertig als „Anerkennung von Tatsachen und Schuld“ interpretiert. Die Strafbehörden nehmen das gelassen: Wenn der Beschuldigte nicht schuldig wäre, hätte er den freundlich zugeschickten Antrag ja mittels Einsprache ablehnen können. Oder mit anderen Worten:

„Der Staatsanwalt fällt gerade kein Urteil, sondern er macht einen Urteilsvorschlag. Das Besondere ist, dass der Beschuldigte diesen Vorschlag anerkennen kann. Dann ist die Sache erledigt.“ – Votum Bundesrat BLOCHER CHRISTOPH, AS SR 2006 1050.

In diesem Artikel wird „Anerkennung von Tatsachen und Schuld“ definiert als die Handlung (Akzeptierung des Strafbefehls) eines Beschuldigten, die seinen wahren Willen widerspiegeln soll. Um diesen Schluss zuzulassen, muss der Beschuldigte urteilsfähig

sein: Er muss *wissen*, worauf er sich einlässt und sein *Wille* muss sich frei bilden können. Nur eine urteilsfähige Anerkennung von Tatsachen und Schuld kann zu einer gültigen Akzeptierung des Strafbefehls führen.

2. Verzichtsvoraussetzungen nach EGMR

Wird nach erlassenem Strafbefehl keine Einsprache erhoben, so wird in der Praxis der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil nach Art. 354 Abs. 3 StPO¹ und es wird von einem Verzicht auf die Verfahrensgarantien der EMRK ausgegangen.²

Damit ein Verzicht auf eine Einsprache und somit auf die Verfahrensrechte aber nach der Rechtsprechung des EGMR gültig ist, muss der Verzicht freiwillig und eindeutig erfolgen³ und es dürfen nicht gegen öffentliche Interessen verstossen werden.⁴

Die bisher dargelegten Überlegungen werden also

¹ RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHAD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 2589.

² GILLÉRION GWLADYS, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 159, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 57.

Anmerkung: Das Strafbefehlsverfahren ist Bundesrecht und geht somit der Bundesverfassung nach Art. 190 BV vor, weshalb im Rahmen dieser Arbeit der Fokus auf den Grundrechten der EMRK liegen wird. Wäre jedoch die Verfassung massgeblich, wären potenziell die Artikel 29 – 30 BV verletzt.

³ DONATSCH ANDREAS, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, in: ZStrR, Bern 1994, Heft 112, S. 317 – 349, S. 326 f.; LAGLER MARION, Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität? in: DONATSCH A./JOSITSCH D./MEYER F./SCHWARZENEGGER C./TAG B./THOMMEN M. (Hrsg.), Zürcher Studien zum Strafrecht, Band 88, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 67 f.; THOMMEN MARC, Unerhörte Strafbefehle; Strafbefehle ohne Einvernahme – Ein Plädoyer für Kommunikation mit Beschuldigten, in: ZStrR, Bern 2010, Heft 128, S. 373 – 393. (zit. THOMMEN, Strafbefehl), S. 388 ff.; Urteil des EGMR 10802/84 Pfeifer and Plankl gegen Österreich vom 25. Februar 1992, Ziff. 37; Urteil des EGMR 11855/85 Hakansson und Stureson gegen Schweden vom 21. Februar, Ziff. 66; Urteil des EGMR 6903/75 Deweer gegen Belgien vom 27. Februar 1980, Ziff. 49; Urteil des EGMR 36391/02 Salduz gegen die Türkei vom 27. November 2008, Ziff. 59.

⁴ THOMMEN, Strafbefehl (Fn 3), S. 387; Urteil des EGMR 14518/89 Schuler-Zraggen gegen die Schweiz vom 24. Juni 1993.

durch den EGMR bestätigt und die Staatsanwaltschaft trifft insofern eine Fürsorgepflicht, die sich auch aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ableiten lässt.⁵ Will man die Urteilsfähigkeit nicht fingieren, muss die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten also über seine Rechte aufklären.⁶

3. Wollen

Im Strafbefehlsverfahren mangelt es primär an der Wissensbasis, um urteilsfähig über das Erheben einer Einsprache entscheiden zu können. Jedoch kann argumentiert werden, dass Beschuldigte bereits im Rahmen des *Wollens* in ihrer Willensbildung beeinträchtigt sind. Allzu oft wird der Strafbefehl als sogenannter „Urteilstvorschlag“ definiert,⁷ den der Beschuldigte völlig frei hätte ablehnen können. Den Strafbefehl als Urteilsofferte und somit quasi als Antrag zu einem zivilrechtsähnlichen Vertrag zu sehen, ist m. E. (wenigstens in der jetzigen Form) abzulehnen. Die Staatsanwaltschaft tritt nicht als gleichgestelltes Subjekt, sondern in einem Überordnungsverhältnis auf.⁸ Die Beschuldigten empfinden den Strafbefehl so gut wie nie als Handel, sprich als Vorschlag. Der Strafbefehl wird durchwegs als Urteil gesehen, das mittels Einsprache nicht „abgelehnt“, sondern „angefochten“ wird. Zu sagen, dass Beschuldigte einen Vorschlag der Staatsanwaltschaft auf Augenhöhe wie Handelspartner akzeptieren, dürfte also grundlegend falsch sein. Ein Strafbefehl wirkt auf viele Personen einschüchternd und wie ein beschlossenes Urteil, an dem eine Einsprache wohl wenig ändern würde. Beschuldigte verstehen/kennen das Verfahren nicht und sehen sich alleine mit einer anscheinend übermächtigen

Justiz konfrontiert. Eine Einsprache wird nicht mit einer Ablehnung des Urteilstvorschlags, sondern schlicht mit Mehrkosten assoziiert. Von einem völlig frei gebildeten *Wollen* kann also nicht ausgegangen werden.

4. Wissen

Im Folgenden wird auf das mangelhaft kommunizierte *Wissen* eingegangen. Die aufgeführten Problemfelder gründen durchwegs auf potentiellen Wissenslücken des Beschuldigten, die durch den jetzigen Stand der Rechtsmittelbelehrungen der Strafbefehle grundsätzlich nicht gefüllt werden. Oft werden die entsprechenden Rechte nicht einmal erwähnt.

4.1. Die ungenügende Gewährleistung des rechtlichen Gehörs

Die Parteien haben auch im Strafbefehlsverfahren einen Anspruch auf rechtliches Gehör; sie haben namentlich das Recht Akten einzusehen, an Verfahrenshandlungen teilzunehmen, einen Rechtsbeistand beizuziehen, sich zur Sache und zum Verfahren zu äussern oder Beweisanträge zu stellen.

Art. 107 Abs. 2 StPO verpflichtet die Strafbehörden, rechtsunkundige und nicht anwaltlich vertretene Parteien auf ihre Rechte nach Abs. 1 aufmerksam zu machen. Von dieser Pflicht betroffen sind alle Strafbehörden im Sinne von Art. 12 und 13 StPO, woraus folgt, dass die Belehrung auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren und im Rahmen eines Übertretungsstrafverfahrens erfolgen muss.⁹

4.2. Die nichtrichterliche Erlassbehörde und die fehlende Öffentlichkeit

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gibt einen Anspruch darauf von einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht, in einer mündlichen, öffentlichen Verhandlung, beurteilt zu werden.¹⁰ Ergänzt wird diese Bestimmung durch Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II. Strafbefehle kommen in einem schriftlichen, nichtöffentlichen Verfahren zustande und werden von einer nichtrichterlichen Behörde ver-

⁵ THOMMEN MARC, Kommentar zu Art. 3 StPO, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE, WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Art. 1 – 196 StPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 3, N 100.

⁶ SCHUBARTH MARTIN, Zurück zum Grossinquisitor? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/POZO JOSÉ HUTARDO/ QUELOZ NICOLAS (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin; Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 531.

⁷ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI (Fn 1), N 2546; RIKLIN FRANZ, in: NIGGLI et al., BSK StPO, Art. 354, N 4; RIKLIN FRANZ, Urteilseröffnung beim Strafbefehl, in: ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (Hrsg.), *Du monde pénal; Droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale; mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Basel/Genf/München, 2006. (zit: RIKLIN, FS-Bolle), S. 115; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, S. 1291; BGE 92 IV 161 E. 1; BGER 6B 152/2013, E. 3.1.

⁸ GILLÉRIION (Fn 2), S. 33 ff.

⁹ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, S. 1164.

¹⁰ GILLÉRIION (Fn 2), S. 56; MEYER-LADEWIG JENS/HARRENDORF STEFAN/KÖNIG STEFAN; Kommentar zu Art. 6 EMRK, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, Art. 6, N 56, 65, 170.

fügt.¹¹ Die Staatsanwaltschaft führt die Untersuchung und ist gleichzeitig für den Erlass des Strafbefehls zuständig.¹² Die Gewaltentrennung wird also durchbrochen¹³ und das Strafbefehlsverfahren weitgehend der öffentlichen Kontrolle entzogen.

4.3. Die reine Schriftlichkeit

Gerade ein rein schriftlich zugestellter Strafbefehl bringt (auch im Bezug zur Sprache) Probleme mit sich.¹⁴ Bei der reinen Schriftlichkeit gibt es keine Möglichkeit festzustellen, ob der betroffenen Person die Konsequenzen des Strafbefehls klar sind. Dies wäre aber nötig, damit der Verzicht auf die Einsprache gültig ist.¹⁵ Ausserdem würde Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK dem Beschuldigten das Recht gewähren, die gegen ihn erhobene Beschuldigung in eine ihm verständlichen Sprache übersetzen zu lassen.¹⁶ Strafbefehle werden jedoch nach kantonalen Praktiken i.d.R. auch fremdsprachigen Beschuldigten in der ihnen nicht verständlichen Gerichtssprache zugestellt.¹⁷

Speziell mit dem Illettrismus gilt es sich auseinanderzusetzen, da 10-20% der Bevölkerung komplizierte Texte nicht versteht und selbst durchschnittlich gebildete/begabte Leute Mühe haben.¹⁸

Die Leseleistung verbessert sich aber. So konnte in der Auswertung der Pisa Studie 2012 festgestellt werden, dass in der Schweiz der Anteil leistungsschwacher Schüler und Schülerinnen im Lesen zwischen Pisa 2000 und Pisa 2012 von 17.8% auf 12.8% signifikant zurückgegangen ist.¹⁹

Geht man nun vom optimistischen Durchschnitt aus, dass 12.8%²⁰ der Schweizer eine Leseschwäche haben

(sei es aufgrund von Illettrismus oder Sprachproblemen), wären schon deswegen mindestens²¹ 12.8% der akzeptierten Strafbefehle ungültig. Auf Anfrage bestätigte mir die Stiftung SAGS, dass eine Person mit Leseschwäche einen Strafbefehl nicht verstehen würde.

5. Ein Lösungsansatz

5.1. Die Einvernahme als Lösung

Im Rahmen von Einvernahmen kann konkret auf die beschuldigte Person eingegangen und umfassend über ihre Rechte aufgeklärt werden.²² Illettrismus spielt bei einer Einvernahme keine Rolle, Fremdsprachigkeit und intellektuelle Defizite können erkannt und darauf reagiert werden. Eine Einvernahme ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, wird von der Lehre bei Zweifelsfällen oder Freiheitsstrafen aber einhellig gefordert.²³

Die Abklärung der persönlichen Verhältnisse ist ausserdem bei Freiheitsstrafen und Geldstrafen unumgänglich und eine Einvernahme in einem solchen Fall praktisch vorausgesetzt.²⁴

5.2. Die verbesserte schriftliche Aufklärung

Einvernahmen wäre demnach die optimale Lösung um den Beschuldigten über seine Rechte zu informieren und gleichzeitig anzuhören. Jedoch ist das Strafbefehlsverfahren auf Effizienz und eine schnelle Erledigung des Verfahrens getrimmt. Einvernahmen mit jedem Beschuldigten würden die Ressourcen der Staatsanwaltschaft übersteigen und diese vielleicht sogar lahmlegen. Dass also in nächster Zeit mehr Einvernahmen durchgeführt werden, ist höchst unwahrscheinlich.

Eine einfache, effiziente Lösung ist also die Verbesserung und Ergänzung der ungenügenden Rechtsmittelbelehrung. Dieses Zusatzdokument muss einfacher und verständlich sein und wenn möglich auch für fremdsprachige, an einer Leseschwäche oder intellektuellen Defiziten leidende Beschuldigte die Möglich-

¹¹ THOMMEN MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, S. 135 ff.

¹² SCHUBARTH (Fn 6), S. 528.

¹³ ALBRECHT PETER, Brauchen wir „Schnellrichter“ in der Strafjustiz?, in: AJP, Bern 2004, S. 899 – 903, S. 193; RIKLIN (Fn 7), Vor Art. 352, N 4; THOMMEN, Strafbefehl (Fn 3), S. 376 f; 378 f.

¹⁴ GILLIÉRON GWLADYS/KILLIAS MARTIN, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht! in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/POZO JOSÉ HUTARDO/QUELOZ NICOLAS (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin; Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 390 f.

¹⁵ LAGLER (Fn 3), S. 73.

¹⁶ MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG (Fn 10), Art. 6, N 223.

¹⁷ RIKLIN, FS-Bolle (Fn 7), S. 117 ff., 123 f.; RIKLIN (Fn 7), Vor Art. 352, N 5.

¹⁸ RIKLIN, FS-Bolle (Fn 7), S. 122 f.

¹⁹ PISA 2012, Vertiefende Analysen; Bildungsmonitoring Schweiz, OECD, S. 11.

²⁰ PISA 2012, Vertiefende Analysen; Bildungsmonitoring Schweiz, OECD, S. 11.

²¹ Tendenziell sind es sogar noch mehr, da der Ausländeranteil (Problem Fremdsprachigkeit) von Beschuldigten hoch ist und Leute mit tiefem Bildungsniveau eher straffällig werden.

²² LAGLER (Fn 3), S. 75.

²³ LAGLER (Fn 3), S. 53; THOMMEN, Strafbefehl (Fn 3), S. 383.

²⁴ THOMMEN, Strafbefehl (Fn 3), S. 384 ff.

keit zur Information bieten.²⁵

6. Schlusswort

Mit dem Nichteinreichen einer Einsprache verzichtet der Betroffene automatisch auf alle ihm zustehenden Verfahrensrechte und akzeptiert gleichzeitig die ihm angedrohte Strafe. Für eine tatsächliche Anerkennung von Tatsachen und Schuld muss sich der Beschuldigte aber vollumfänglich der Konsequenzen seines Handelns bewusst sein und es darf kein Druck auf ihn ausgeübt werden. Das Strafbefehlsverfahren in seiner heutigen Handhabung wird diesen Voraussetzungen nicht gerecht: Ein Strafbefehl ohne Einsprache kann grundsätzlich nicht als Anerkennung von Tatsachen oder Schuld gesehen werden.

Zusammenfassend „verzichten“ die Beschuldigten mit dem Verstreichenlassen der Einsprachefrist, ohne es möglicherweise zu wissen, auf das Recht einer richterlichen Beurteilung, das Recht auf Anhörung und Mitwirkung, das Recht auf Übersetzung des Strafbefehls, das Recht auf Akteneinsicht, möglicherweise auf das Recht einer Verteidigung und das Recht zur Überprüfung des Urteils durch eine höhere Instanz. Darüber hinaus sehen sie sich grundsätzlich mit einem nicht begründeten Urteil light konfrontiert, das oft die persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten nicht berücksichtigt. (Im Rahmen dieses Artikels konnten nicht alle Problemfelder behandelt werden.)

Dass eine Anerkennung von Tatsachen oder Schuld mit einer so gravierenden Wissenslücke über die Konsequenzen dieser Anerkennung nicht zustande kommen kann, liegt auf der Hand. Die Urteilsfähigkeit ist nicht gegeben, weil es am *Wissen* fehlt. Die Lösung ist offensichtlich: Die Staatsanwaltschaften müssen aufgrund ihrer Fürsorgepflicht die Beschuldigten umfassender über ihre Rechte informieren, das Verfahren besser erklären und gewährleisten, dass überforderten Beschuldigten Hilfe angeboten wird. Das Vorverfahren und insbesondere die Abklärung über die persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten müssen verbessert werden und die Strafbefehle sind zu begründen.

Das Strafbefehlsverfahren hat sich trotz seiner offensichtlichen, rechtlichen Mängel jedoch derart etabliert, dass man eine Verbesserung auf Gesetzesstufe nicht erwarten darf. Vielmehr sind die Staatsanwaltschaften selbst gefragt, möglichst kosteneffiziente Lösungen für die aufgezeigten Probleme zu finden. Ein Lösungsansatz wären vermehrte Einvernahmen oder eine bessere schriftliche Aufklärung, die die Rechtsmittelbelehrung ergänzt.

*„I'll make him an offer he can't refuse“
Don Corleone, The Godfather*

²⁵ Im Rahmen der Seminararbeit, auf welcher dieser der Artikel gründet, wurde ein solches Informationsdokument erstellt. Vielen Dank an dieser Stelle an die toloom GmbH und Stefanie Maurer. Bei Interesse an diesem Dokument schreiben Sie mir bitte unter paul.stuebi@unifr.ch.

Les derniers développements en droit de la RC

La responsabilité civile

Franz Werro

Novembre 2017, CHF 124.–

Précis de droit Stämpfli, 3^e édition, 587 pages, broché, 978-3-7272-2066-1

Le droit de la responsabilité civile précise à quelles conditions et selon quelles modalités une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui. Il occupe ainsi une place centrale en droit des obligations, aussi bien dans la sanction du délit que dans celle de l'inexécution du contrat. Le droit de la responsabilité civile joue par ailleurs un rôle charnière en droit des accidents : c'est lui qui détermine la solution du conflit entre l'assurance de la victime et celle du responsable.

Enrichi par de nouvelles illustrations, la troisième édition de ce précis entend offrir aux étudiant(e)s et aux praticien(ne)s une présentation aussi simple et complète que possible de la matière. Il met l'accent sur les responsabilités prévues dans le Code des obligations (art. 41 ss CO), mais contient également une analyse détaillée de certaines responsabilités du Code civil (art. 333 et 679 CC). L'ouvrage traite aussi de la responsabilité du détenteur d'un véhicule automobile (art. 58 ss LCR) et de celle du fabricant d'un produit défectueux (art. 1 ss LRFP). Les liens avec le droit des assurances font en outre l'objet d'une présentation ponctuelle.

La présente édition prend en compte la jurisprudence fédérale et la doctrine jusqu'au 31 juillet 2017.

Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

Précis de droit Stämpfli

Franz Werro

La responsabilité civile

3^e édition

Avec la collaboration de
Vincent Perritaz
Alborz Tokou

 Stämpfli Editions

1511-32/17 | Sous réserve de modifications de prix et d'erreur

Commandez directement en ligne :
www.staempflishop.com/pds



Une accélération du rapprochement entre la CJUE et la CEDH par le biais de l'arrêt *Aranyosi-Caldararu* ?

Lucas Nanchen (étudiant en Bachelor, Université de Fribourg)

Der Autor stellt in seinem Artikel den Fall Aranyosi-Caldararu und seine Bedeutung für die Beziehung zwischen EuGH und EGMR vor. In diesem Fall entschied der EuGH, dass ein Mitgliedsstaat die Durchsetzung eines Europäischen Haftbefehls und die damit verbundene Ausweisung eines Straftäters verweigern darf, wenn ein konkretes Risiko besteht, dass die zu erwartenden Haftbedingungen unmenschlich oder erniedrigend i.S.v. Art. 3 EMRK und Art. 4 EU-Menschenrechtscharta sind. Er zieht daraus die Schlussfolgerung, dass sich der EuGH – auch ohne formelle Adhäsion der EU zur EMRK – der Rechtsprechung des EGMR annähert.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Afin de répondre à la menace terroriste qui s'est accrue à partir du 11 septembre 2001, l'Union européenne a adopté plusieurs mesures. La création du mandat d'arrêt européen, par la décision-cadre du 3 juin 2002, en est une. Elle vise principalement l'amélioration de l'effectivité de la remise d'une personne concernée par un mandat d'arrêt européen, tout en accroissant la protection des droits fondamentaux. Malgré cette volonté, des critiques portant sur une éventuelle lacune concernant la garantie des droits fondamentaux ont été émises¹.

En date du 5 avril 2016, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a été appelée, dans l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*², à traiter de la question préjudicielle suivante : un Etat membre peut-il refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen au motif que les conditions de détention de la personne visée dans l'Etat membre d'émission sont contraires aux art. 3 CEDH et 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte)³ ? En d'autres termes, la Cour a dû

se prononcer sur l'existence d'une exception relative aux droits de l'homme, autre que celles des art. 3, 4 et 4bis de la décision-cadre permettant de suspendre l'exécution d'un mandat d'arrêt européen.

I. Le contexte

A. Le mandat d'arrêt européen et ses fondements

Le mandat d'arrêt européen prévoit, dans un but de promotion de l'espace judiciaire, une reconnaissance accélérée des demandes de remise de personnes. Cette procédure constitue une évolution du mécanisme d'extradition. Le système se fonde sur deux principes : la confiance mutuelle, sur laquelle repose la reconnaissance mutuelle des décisions⁴.

La confiance mutuelle correspond à une confiance inébranlable que les Etats membres sont réputés avoir développé entre eux à l'intérieur de l'espace judiciaire européen⁵. Elle a été rappelée par la CJUE dans son *Avis 2/13*⁶. Son but est la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ce principe introduit la présomption selon laquelle tous les Etats membres respectent les droits fondamentaux de l'Union⁷. Toutefois, une exception est laissée en suspens par la Cour. En effet, en présence de circonstances exceptionnelles, la présomption de respect des droits fondamentaux dans les autres Etats membres est renversée⁸. Avant le présent arrêt, la notion et la portée de ces circonstances n'avaient jamais été précisées.

La reconnaissance mutuelle des décisions, de son côté, implique des Etats membres l'obligation de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus par d'autres Etats membres. Celle-ci trouve son fondement dans

¹ BOT, S., *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, Bruxelles 2009, par. 178.

² Arrêt CJUE du 5 avril 2016, *Aranyosi-Caldararu*, C404/15 et C659/15 PPU, publié au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2016:198.

³ Arrêt *Aranyosi-Caldararu*, pt 63.

⁴ MOREILLON, L./WILLI-JAYET, A., *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, Schulthess, Bâle 2005, p. 279 ; VON BUBNOFF, E., *Der Europäische Haftbefehl*, C.F. Müller, Heidelberg 2005, p. 55.

⁵ JEGOUZO, I., 'Le mandat d'arrêt européen, acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale', in : Cartier, M. (édit.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruylant, Bruxelles 2005, p. 44.

⁶ Avis de la CJUE du 18 décembre 2014, *Avis 2/13*, publié au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:2014:2454.

⁷ *Avis 2/13*, pt 191.

⁸ *Ibidem*.

le principe de confiance mutuelle précité. Elle a pour conséquence, sauf circonstances exceptionnelles, une absence de contrôle des garanties de protection des droits fondamentaux de décisions d'autres ordres juridiques, notamment pour le mandat d'arrêt européen.

Les principes de confiance mutuelle et de reconnaissance mutuelle des jugements sont intimement liés. Une amélioration de la confiance mutuelle entraîne automatiquement un renforcement de la reconnaissance mutuelle des jugements. En effet, une amélioration de la confiance entre les Etats membres a pour conséquence que ces derniers ne tendent pas à remettre en question les jugements des autres. Toutefois, les Etats membres doivent veiller à ne pas profiter de ces principes pour ne plus respecter les garanties de protection des droits fondamentaux⁹.

B. L'automatisme de la remise et la présomption d'équivalence

La CJUE, a, avant l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*, toujours considéré qu'une violation potentielle des droits de l'homme ne constituait pas une exception au principe de l'automatisme de la remise de la personne concernée par un mandat d'arrêt européen. Les seules exceptions invocables se trouvaient aux art. 3, 4 et 4bis de la décision-cadre, lesquelles introduisaient une énumération exhaustive. Cette automatisme a été instaurée dans les arrêts *Wolzenburg*¹⁰ et *Melloni*¹¹ et se fonde sur une interprétation stricte des principes de confiance mutuelle et de reconnaissance des jugements.

Cette sévérité ne respecte néanmoins pas la présomption de protection équivalente du droit de l'Union, reconnue par la CourEDH¹². Découlant de l'arrêt *Bosphorus*¹³, cette présomption implique que la CourEDH considère que la protection des droits fonamen-

taux des individus offerte par le droit de l'Union est *a priori* équivalente à celle offerte par la CEDH. Dès lors, un Etat membre qui ne fait qu'exécuter le droit de l'Union sans marge de manœuvre est présumé remplir ses obligations découlant de la CEDH. Cette présomption peut néanmoins être renversée en cas d'insuffisance manifeste.

Cette impossibilité de contrôle par l'Etat d'exécution représente une des divergences invoquées pour justifier l'impossibilité juridique de l'adhésion de l'Union à la CEDH¹⁴. La CourEDH l'a également souligné dans son arrêt *Avotins*¹⁵. Elle y a rappelé que la remise automatique de la personne et la présomption d'équivalence sont contradictoires, du fait que la présomption de *Bosphorus* présuppose la capacité des cours nationales de contrôler que la protection des droits fondamentaux ne soit pas manifestement inadéquate¹⁶.

Dans le cadre du mandat d'arrêt européen, la présomption d'équivalence s'applique. Toutefois, l'automatisme de la remise de la personne concernée implique une absence, en principe, de contrôle des garanties de protection des droits fondamentaux. Des violations des droits de l'homme peuvent par conséquent être constatées, sans pour autant justifier la suspension de l'exécution. La Cour, dans l'*Avis 2/13*, avait déjà relevé ce point sensible. Elle avait alors expliqué que la confiance mutuelle interdisait toute vérification par un Etat membre du niveau de protection des droits fondamentaux d'un autre.

II. L'arrêt Aranyosi-Caldararu

Dans l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*, la CJUE a jugé que l'autorité judiciaire d'exécution pouvait se résoudre à différer l'exécution du mandat d'arrêt européen en présence d'un risque concret pour la personne remise d'être soumise à un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'art. 4 de la Charte et ce en se basant sur l'art. 1 par. 3 de la décision-cadre¹⁷. Cependant, une procédure spéciale et complexe doit être suivie afin de s'assurer de l'existence d'un risque effectif de violation. Le mécanisme prévu permet une analyse des conditions de détention pour s'assurer du risque de la soumission à des traitements contraires à l'art.

⁹ JEGOUZO, I., 'Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne', (2006) 77/1 *Revue internationale de droit pénal* 97-111, par. 34.

¹⁰ Arrêt CJUE du 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, C-123/08, Rec. 2009 I-09621, ECLI:EU:C:2009:616.

¹¹ Arrêt CJUE du 26 février 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11, publié au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2013:107.

¹² ANAGNOSTARAS, G., 'Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant : Aranyosi and Caldararu', (2016) 53/6 *Common Market Law Review* 1675-1704, p. 1677.

¹³ Arrêt CourEDH dans la cause *Bosphorus contre Irlande* du 30 juin 2005, Recueil 2005-VI, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698.

¹⁴ *Avis 2/13*, pt. 191 ss.

¹⁵ Arrêt CourEDH dans la cause *Avotins contre Lettonie* du 23 mai 2016, Recueil 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207.

¹⁶ Arrêt *Avotins contre Lettonie*, par. 114 ss.

¹⁷ Arrêt *Aranyosi-Caldararu*, pt 98.

4 de la Charte¹⁸. Elle est prévue en deux temps. Premièrement, l'autorité d'exécution doit analyser si les conditions générales de détention sont susceptibles de violer l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Deuxièmement, si un tel risque général est admis, l'autorité d'exécution doit contrôler s'il existe un risque réel pour la personne concernée d'être soumise à ce genre de traitements¹⁹. Si cette procédure aboutit à la reconnaissance d'un risque effectif, l'exécution du mandat d'arrêt européen peut être suspendue²⁰.

III. Les implications de l'arrêt

A. Le rapprochement entre la CJUE et la CEDH

Par le biais de l'arrêt *Aranyosi-Caldararu* la CJUE fait un pas en direction de la CourEDH. En effet, en modifiant son interprétation stricte du principe de la confiance mutuelle, elle résout un des motifs de non-adhésion de l'Union européenne à la CEDH mis en évidence dans son *Avis 2/13*²¹. Ce motif se caractérise par le fait que l'interprétation stricte des principes de confiance et de reconnaissance mutuelles ne sont pas conciliables avec les circonstances prévoyant un renversement de la présomption créée dans *Bosphorus*. Dans le cas de l'automatisme de la remise de la personne²², étant donné qu'aucun contrôle n'est possible au niveau des droits fondamentaux, la présomption de *Bosphorus* se retrouve mise en danger puisque son renversement par un examen concret n'est pas possible²³. Dans ce cadre, l'arrêt *Aranyosi-Caldararu* représente une évolution importante vis-à-vis de l'arrêt *Melloni* et des autres jugements prônant l'automatisme de la remise de la personne concernée par un mandat d'arrêt européen.

D'un point de vue plus général, le rapprochement entre la CJUE et la CourEDH se laisse également per-

cevoir sur la base de leurs jurisprudences respectives. Dans le domaine du droit d'asile, la CourEDH avait développé, dans son arrêt *Tarakhel*²⁴, une interprétation différente des principes de confiance mutuelle et de reconnaissance des jugements. Dans cet arrêt, elle a jugé que, malgré l'absence de défaillances systémiques, la famille en question ne devait pas être renvoyée sur la base d'indices indiquant qu'elle allait être soumise à des conditions insalubres de détention²⁵. La CourEDH instaure dans ce cadre un test en deux phases, dont la première permet une analyse des défaillances systémiques. La deuxième permet un examen des conditions de détention concrètes dans laquelle se retrouvera la personne devant être expulsée. Bien que ce jugement concerne uniquement le droit d'asile, il subsiste de fortes chances que la CourEDH applique ce test en deux phases au mandat d'arrêt européen. En effet, ces deux régimes trouvent leurs fondements dans le principe de confiance mutuelle. La CJUE, dans l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*, instaure un examen similaire qui a sûrement été inspiré de la CourEDH. Ce faisant, l'arrêt *Aranyosi-Caldararu* conduit à une réduction de la probabilité pour les Etats membres d'être sanctionnés pour violation de la CEDH dans le contexte du mandat d'arrêt européen²⁶.

Par le biais de l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*, la présomption de *Bosphorus* se voit renforcée, ce qui impliquera moins de discordes entre les deux cours. Elles ont tout intérêt à continuer leur coopération, entre elles et envers les autorités nationales, si elles veulent conserver leur crédibilité et leur effectivité. Cependant, l'adhésion semble encore bien loin, les motifs de discorde demeurant nombreux²⁷.

B. Les autres perspectives

L'autre question à relever, en plus de la relation entre l'Union et la CEDH, est celle de l'avenir du mandat d'arrêt européen. En effet, en créant une nouvelle exception pour protéger les droits fondamentaux, la Cour ouvre une brèche dans le mécanisme du mandat d'arrêt européen. Cela correspond à l'importance donnée aux droits fondamentaux dans l'ordre juri-

¹⁸ Arrêt *Aranyosi-Caldararu*, pt 92.

¹⁹ *Idem*, pt 88 ss.

²⁰ *Idem*, pt 98.

²¹ *Avis 2/13*, pt 191.

²² À ce sujet : Arrêt *Melloni* ; Arrêt *Radu* ; Arrêt *Wolzenburg*.

²³ ANAGOSTARAS (n 12), p. 1677 ; GÁSPÁR-SZILÁGYI, S., 'Joined Cases *Aranyosi and Căldăraru*: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant', (2016) 24/2 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 197-219, p. 217 s ; HONG, M., 'Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts : *Solange-III* and *Aranyosi*', (2016) 12/3 *European Constitutional Law Review* 549-563, p. 562.

²⁴ Arrêt CourEDH dans la cause *Tarakhel contre Suisse* du 4 novembre 2016, non publié, ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712.

²⁵ Arrêt *Tarakhel contre Suisse*, par. 115.

²⁶ MITSILEGAS, V., 'The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice', (2015) 4 *New Journal of European Criminal Law* 457-481, p. 274.

²⁷ ANAGOSTARAS (n 12), p. 1704.

dique de l'Union à partir de l'*Avis 2/13*²⁸. Toutefois, il est nécessaire de se demander si la brèche ouverte par la Cour n'est pas trop importante. En effet, les conditions de détention demeurent critiquées dans beaucoup d'Etats membres de l'Union et des défaillances sont régulièrement mises en exergue dans plusieurs d'entre eux, notamment en Hongrie ou en Roumanie²⁹. Les conséquences pourraient être une utilisation récurrente et abusive de cette exception. Il convient d'ajouter le risque d'une Europe à deux vitesses puisque ces Etats risquent une mise à l'écart du système du mandat d'arrêt européen³⁰.

La création d'une exception systématique aurait des répercussions négatives car elle annoncerait la fin de l'application de la présomption d'équivalence en ce sens qu'elle serait renversée d'office. Une telle évolution impliquerait, dans ce domaine précis, la non-applicabilité de cette présomption. Pour le moment, la Cour considère que le test en deux temps permet un contrôle en adéquation avec la présomption de la CourEDH étant donné qu'elle l'a réitéré dans l'arrêt *Petruhhin*³¹. Elle y a à nouveau jugé, en citant direc-

tement l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*, qu'un test en deux temps s'imposait en présence de risques de traitements inhumains ou dégradants³².

Conclusion

Sur la base de l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*, il est possible de constater que la CJUE désire, en s'inspirant de la jurisprudence de la CourEDH et en supprimant un des motifs empêchant l'adhésion de la CJUE à la CourEDH, se rapprocher de la CourEDH. Malgré ce fait, l'*Avis 2/13* relève d'autres motifs de discordance entre ces deux instances supranationales. Il convient néanmoins de considérer l'arrêt *Aranyosi-Caldararu* comme un pas de la CJUE en direction de la CEDH.

Cependant, l'Union dans son ensemble doit veiller à améliorer les conditions de détention dans plusieurs pays dans le but d'éviter la création d'une exception systématique et une Europe à deux vitesses³³. Dans ce contexte, le problème persistant demeure celui de la base légale sur laquelle fonder cette action au niveau de l'Union.

²⁸ *Avis 2/13*, pt 169 s.

²⁹ Arrêt *Aranyosi-Caldararu*, pts 43 et 60.

³⁰ ANAGNOSTARAS (n 12), p. 1696.

³¹ Arrêt CJUE du 6 septembre 2016, *Aleksei Petruhhin*, C-182/15, publié au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2016:630.

³² Arrêt *Petruhhin*, pts 57-59.

³³ GÁSPÁR-SZILÁGYI (n 23), p. 219.



Publish your legal article in QUID? FRIBOURG LAW REVIEW and become part of Switzerland's first student law review.

YOU

- are a student at the University of Fribourg (incl. LL.M./Erasmus)
- have written a paper, incl. a (pro)seminar or master thesis, on a legal topic in DE, FR, IT, EN (or you are planning to do so)
- want to publish and show your commitment

LEARN MORE AT www.unifr.ch/ius/quid
CONTACT US fribourglawreview@unifr.ch



www.facebook.com/fribourglawreview

What does explain the Authority of Law? A Confrontation of Legal Positivism with Dworkin's Law as Integrity

Louis Steullet (*étudiant en Master, Université de Fribourg*)

In this article, the author examines two possible explanations for the authority of law. On the one hand, legal positivism distinguishes between two possible sources of this authority – i.e. acceptance or conformity with a secondary rule – and supports the separability of law and morals. On the other hand, Dworkin criticizes this way of seeing. He denies that there can be any general theory of the existence and content of law and distinguishes between principles and rules.

Abstract provided by the Editorial Board

The purpose of this article is to examine whether the authority of law is better explained by legal positivism or by Dworkin's thesis of law as integrity. I lead a discussion which confronts crucial tenets of each theory in order to suggest that both are bound by a complementary relationship.

Legal Positivism and the Pedigree Thesis

Legal positivism considers law as a corpus of existing rules. These rules can be identified by tests having to do with the manner in which they were adopted or developed rather than with their content¹. According to H. L. A. Hart, there are two possible sources of the authority of rules. First, a rule may be binding because it is accepted as such by a group of people, i.e. the group not only shows its acceptance of the rule through its practice, but also recognizes it as binding. Secondly, a rule may become binding because it has been created in conformity with another, secondary rule². At the basis of the system of legal rules stands a fundamental secondary rule named "rule of recognition". This rule cannot go through a validity test, since there is by hypothesis no previous rule stipulating how it has to be enacted. The recognition rule is thus the sole rule whose binding force depends upon its acceptance³.

At this stage we can notice that H.L.A Hart's theory of law focuses on rules. The authority of a rule relies on the fact that it has been promulgated in accordance with the criteria set in secondary rules. Let us use Dworkin's terminology and call this the "pedigree thesis"⁴.

The pedigree thesis supports one of the most crucial claims of legal positivism: the **separability of law and morals**. According to the latter, law is a social construct and the existence of a rule does not depend upon its conformity to the moral requirements of a society. Let us consider the two following "rules":

Rule A "Buildings in street X must not exceed 10 meters height"

Rule B "One should not hit the table with one's fist while discussing"

What does explain that rule A has legal authority while rule B has not? The positivist would point that rule A has been established – by hypothesis – in accordance with a due process set in secondary rules, whereas rule B has not and is consequently a mere social practice. The consequence is that rule A is legally binding, which in turn means that state coercion could be exercised against someone willing to build a 20 meters-tower in that particular street ; on the contrary, rule B could not be enforced, in the sense that state coercion could not be used against violators to stop them or avoid them to break it. However, rule B may well be granted legal authority if it were promulgated in accordance with the due process set in the secondary rules. This example aims at demonstrating that it is more convincing to seek the authority of a rule by looking at its *pedigree* than at its content. The contrary view would amount to say that it is each rule's *intrinsic value* which gives legal validity to one while denying it to the other: this would be rejected by positivists. A moral judgment made upon a legal rule, argue positivists, is always a claim about *what the law ought to be*, it cannot question the very ex-

¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1st edn, Duckworth 1977) 17.

² *Ibid.*, 20.

³ *Ibid.*, 21.

⁴ Dworkin (n 1) 17.

istence of the legal rule⁵. Hence, the pedigree thesis seems *a priori* accurate to explain the authority of law.

The Insufficiency of the Pedigree Thesis

Ronald Dworkin denies in his *Law's Empire* that there can be any general theory of the existence and content of law. For him, a theory of law is a theory of how cases ought to be decided⁶. Taking on his point of view, we should identify the law of a society by engaging in a moral and political argument, for the law is “whatever requirements are consistent with an interpretation of its legal practices that shows them to be best justified in light of the animating ideal”⁷. This – admittedly sibylline, convoluted – definition matches the conception of “Law as integrity”. I will examine here two of its many features.

Firstly, the distinction between principles and rules is a central point of Dworkin's contribution. In his conception, *principles*, not rules, are playing the crucial role. Rules, explains Dworkin, are applicable in an all-or-nothing fashion. Moreover, a rule is accurately stated when added with all its exceptions. Unlike rules, principles cannot be said to be incomplete or needing qualifying exceptions. They are considerations that officials must take into account and that incline in one direction or another, for instance “No man may profit from his own wrong”. Countless examples of situations where this principle is not enforced would easily be found, but they would not be considered by anyone as “exceptions” to the principle. Moreover, a principle continues belonging to our legal system, no matter how many situations of its non-enforcement occur⁸. In *Henningsen v. Bloomfield Motors*, where the court was asked to hold an automobile maker liable for injuries sustained as the result of defective manufacturing despite the fact that the injured plaintiff had

signed a waiver of liability⁹, *no explicit rule could be found* that would allow to ignore such a waiver - the Court nevertheless held for the plaintiff and justified its decision providing several *principles* such as the freedom of contract, which was outweighed by a “special obligation” of the automobile manufacturer in that case. Retrospectively, it appears that the authority of the principles wielded by the Court in *Henningsen* is determined by their *intrinsic moral value*. The pedigree thesis cannot account for the existence of those principles¹⁰, and thus seems insufficient to explain the authority of law.

Secondly, we must pay close attention to the argument based on *theoretical disagreements*. According to Dworkin, they are disagreements about the grounds of law, in opposition to empirical disagreements about propositions of law. Lawyers often agree on the facts underlying the creation of a rule, but disagree on whether those facts are sufficient to endow the rule with legal authority¹¹. The legal positivists assume that the grounds of law in a certain legal system are fixed by consensus among legal officials. This is inconsistent with the possibility of *controversies about the grounds of law* because the law, in the view of the positivists, only depends upon plain facts. Yet Dworkin convincingly demonstrated the existence of these controversies. In the *Snail Darter Case* for example¹², the controversy that opposed the judges can be summarised as follows : in the presence of a clear legal text which, taken literally, should apply to the given circumstances, but where the outcome would be absurd (i.e. a great waste of public funds for a negligible gain), should the Court blindly apply the text or not? This, argues Dworkin, is a *theoretical disagreement* in nature¹³. Both parties agreed on the validity of the legal text *in casu*, on the fact that its enforcement would lead to an absurd outcome and that Congress never considered this type of case during the enactment process¹⁴. The judges use disagreements to justify their position about what the grounds of law are.

⁵ See John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), London: John Murray 278: “The existence of law is one thing ; its merit and demerit another”.

⁶ This certainly evokes Wendell Holmes' pragmatist claim “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (*The Path of Law* (1897) 4), although Dworkin rejects legal pragmatism explicitly in his *Law's Empire* (151 ff). It seems that Dworkin is nevertheless committed to some features of philosophical pragmatism; for a detailed analysis on this matter see Thiago Lopes Decat, *Inferentialist Pragmatism And Dworkin's 'Law As Integrity'* (2015) 1 Erasmus Law Review 14 ff.

⁷ Leslie Green, ‘Legal Positivism’ (*Plato.stanford.edu*, 2003) <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>> accessed 8 November 2017.

⁸ Dworkin (n 1) 24 ff.

⁹ *Henningsen v. Bloomfield Motors* 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960), discussed in Ronald Dworkin (n 1) 25 f.

¹⁰ Scott J. Shapiro, *«The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide For The Perplexed»* (2007) SSRN Electronic Journal 10 ff.

¹¹ Kenneth Einar Himma, ‘Legal Positivism - Internet Encyclopedia Of Philosophy’ (*Iep.utm.edu*) <<http://www.iep.utm.edu/legalpos/#H3>> accessed 8 November 2017.

¹² *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 US 153 (1978).

¹³ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Hart 1998) 23; Shapiro (n 5) 32.

¹⁴ Shapiro (n 10) 32 f.

In the *Elmer's Case*¹⁵, the Court was asked to decide if the murderer Elmer was entitled to the inheritance of his victim (his grandfather). The statute of wills in force at that time said nothing explicit about whether someone named in a will could inherit according to its terms if he had murdered the testator. The judges in this case disagreed not on the meaning to give to the statute's words, but on the impact of these words on the legal rights of the parties because "they disagreed about how to construct the real statute in the special circumstances of that case"¹⁶. Those who would defend Elmer's position would argue that the words in the statute should be given their contextual meaning. The others would say that Elmer should not inherit and would rely on a theory of legislation which gives an important influence to the legislator's intentions over the real statute. They would, as well, rely on a theory of consistency with general principles of justice to be found assumedly elsewhere in law (notably, *the principle that no one should profit from his own wrong*)¹⁷. Again, Dworkin outlines, the dispute was about what the law was¹⁸. It opposed competing theories about the grounds of law.

Thus, theoretical disagreements let appear that lawyers disagree indeed about the criteria of legal validity. Yet the pedigree thesis doesn't work where these criteria are not shared (ultimately the positivists' thesis claims that there is a common point of reference, the rule or recognition, for checking the validity of the law). Moreover, these criteria are fundamentally moral. Each judge is taking a moral point of view by embracing certain principles that will present the law in its morally "best light"¹⁹. Disagreements among judges in hard cases are disagreements about such moral principles – so argues Dworkin²⁰. Thus, he manages to "reconnect" the task of law-validation with the task of moral justification, a marriage which seemed to have been buried by legal positivism.

Therefore, it seems that legal positivism – in particular the pedigree thesis on which I focused – may be a necessary if not sufficient explanation for the authority of law. In a shortcut, it is insufficient because sometimes the authority of law comes from the jus-

tification of law by moral principles and not only by reference to other, "validating" legal rules.

The Limits of Dworkin's Criticism

Yet the situation of "criterial discord" I have just depicted does not foil completely legal positivism as a theory explaining the authority of law. It is argued that, in a multitude of cases, moral principles do not play any role. As Kramer puts it, "having apprehended the open theoretical disagreements in hard cases, we cannot straightaway infer that they are paralleled by latent theoretical disagreements in *routine cases*"²¹. Let us assume that an "imaginative" judge would refuse the blind enforcement of a legal text and the consequently absurd outcome in the Snail Darter Case, calling for a broader understanding of the law and referring thus to "external" criteria. This "imaginative" judge would probably not construct his complex reasoning in a *routine case* where the enforcement of a statute does not raise any existential inconsistencies²².

The Perfectibility of Law

One could argue that there is room for Dworkin's thesis only insofar as a given system of rules is not perfect; in other words, that hard cases do arise only because the existing rules are badly conceived. This is postulating that the system of rules is perfectible. Yet I think that the contrary is true. It seems illusory that a given corpus of rules could capture all social facts and all potential inconsistencies so well that no room would be left for theoretical disagreements, because the "potential social happenings" are infinite and continuously in metamorphosis. In short, there will always be hard cases. It amounts to celebrate the *interpretation* of the existing rules as the warrant for the consistency and viability of a corpus of rules. Well, here it is: Dworkin's illuminating theory on *creative interpretation*.

Dworkin argues that the interpretation of social practices, just as the interpretation of works of art, is essentially concerned with *purpose* and not with *cause*. Moreover, the purposes in play are those of the interpreter, not those of some author. "Constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible

¹⁵ *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

¹⁶ Dworkin (n 13) 17.

¹⁷ *Ibid.*, 18 ff.

¹⁸ *Ibid.*, 20.

¹⁹ See Dworkin (13) 52.

²⁰ Matthew H Kramer, *In Defense Of Legal Positivism: Law Without Trimmings* (1st edn, Oxford University Press 2003) 129 ff.

²¹ Kramer (n 20) 136.

²² *Ibid.*, 198.

example of the form or genre to which it is taken to belong”²³. Dworkin distinguishes three stages of interpretation. At the *preinterpretive* stage, a practice is identified as a social norm. It is at the next, *interpretive* stage that the interpreter should ascribe a point to the identified practice. There will be here a search for a justification of the continuation of the practice, if it is at all to be continued. At the third, *postinterpretive* or reforming stage, the interpreter will refer to the justification he found at the precedent stage and adjust his sense of what the practice “really” requires so as to better serve this justification²⁴. Dworkin’s conception of interpretation reflects that the essence of law cannot be found by focusing on the rules, because words alone are helpless. The word contained in a law statement does not mean anything as long as the community has not ascribed a meaning to it – and the actor of this process is not the one who has set the words but the interpreter of the rule, the one who gives flesh to the words, being enveloped in the matrix of his interests, goals, and principles. Dworkin believes that our pursuit of the most sensible or normal interpretation is itself the pursuit of a *moral interpretation*²⁵.

This view on interpretation gives prominence to the conviction that a certain corpus of law has not a static purpose carved in stone. We as interpreters adapt this purpose depending on the developments through which our community goes, and we as interpreters describe this purpose not by enumerating the

rules but by giving them meanings that show them in their “best light”. Rules must be understood, applied, modified, limited depending on the collective understanding we get of their purpose. What is attractive in such a picture is that it lets the individuals appear to be mastering their fate – able to understand and adapt the rules so as to make them more likely to meet the goal they are supposed to serve – and not trapped in – by hypothesis – inefficient rules.

Conclusion

These developments suggest that legal positivism and Dworkin’s law as integrity are complementary theses regarding the question of the authority of law. I have outlined that legal positivism explains the authority of law to a certain extent: it is notably sufficient to explain it in routine cases, but it is not entirely satisfactory because it does not account for the theoretical disagreements among judicial officials in difficult cases. The law in its broad sense has not run out when the law as a system of given rules – even including general clauses – has. In such circumstances, the authority of the criteria that judges will use to give an answer to the question at stake is ultimately to be found in moral principles. Dworkin’s thesis of the law as integrity delivers a more convincing view when we stand in such a field. His doctrine of “creative interpretation” seems to accurately capture the essence of law by recognising the crucial role of the interpreter.

²³ Dworkin (n 13) 52.

²⁴ *Ibid.*, 66.

²⁵ ‘Why Do We Obey The Law? Hart & Dworkin’ (*YouTube*, 2013) <<https://www.youtube.com/watch?v=S1frSMIzlyA>> accessed 8 November 2017.

Le droit de réponse en ligne au secours de la personnalité connectée

Arnaud Constantin (Assistant du Prof. Walter Stoffel à la Chaire de droit commercial et économique, rédigeant une thèse sous la direction de la Prof. Christiana Fountoulakis depuis janvier 2016)

Chacun utilise Internet. Peut-être même la consultation de nos profils Facebook et Twitter est-elle devenue le premier geste du matin. La dépendance au web 2.0 est entrée dans nos quotidiens jusqu'à devenir une chose acquise, un état de fait sacro-saint, indéboulonnable.

L'utilisateur d'un réseau social publie, commente, like et recommence le lendemain. Quid s'il est mis en cause dans sa personnalité par d'autres utilisateurs ? Personne ne se pose réellement la question. Les internautes assument dès lors le risque d'une déconvenue numérique, à l'instar du boxeur qui monte sur le ring, et semblent s'en accommoder !

Les auteurs les plus pessimistes affirment par conséquent que les art. 28 ss CC sont aujourd'hui dépassés et maintenus en vie par des remèdes de bric et de broc mis en place par la jurisprudence (cf. COTTIER, *Le droit de la personnalité à la dure épreuve du numérique*, in : *Medialex* 2014 p. 4 ss).

Il faut certes compter désormais avec la fréquence d'utilisation, l'intensité de frappe, la permanence et la liberté de ton qui prévalent sur les réseaux sociaux. Ces spécificités enfantées par le progrès technique constituent des menaces accrues pour la protection de la personnalité en ligne. En revanche, la pire menace sur le réseau n'a selon moi pas encore été nommée. Il s'agit de l'écoulement du temps, de la durée de réaction au sens strict.

Sur le principe, il est possible de remédier aux menaces qui planent sur les droits de la personnalité en intentant une action judiciaire (art. 28 ss CC). La décision du juge arrive hélas bien trop tard. Rien ne sert de réagir sur Internet si la réaction n'est pas instantanée. L'intérêt collectif est éphémère. Il se déplace en quelques jours.

Dès que le buzz s'est essoufflé, le simple fait que le juge soit saisi (fût-ce pour statuer par voie de mesures provisionnelles) comporte un risque incompressible pour la personne touchée. L'action en protection de la personnalité se retournera en effet contre celle-ci en rappelant une controverse oubliée de tous au moment de la décision (effet boomerang).

Une réaction spontanée de l'utilisateur pourrait

court-circuiter le problème. Elle n'entre cependant pas en ligne de compte, car un contrôle (extra-)judiciaire s'impose pour prévenir les débordements. La personne touchée ne saurait se faire justice elle-même en portant atteinte à son tour à la personnalité du fauteur de trouble. C'est tout l'intérêt de dépoussiérer l'ancien système des art. 28g ss CC pour utiliser le droit de réponse comme un moyen de réagir efficacement en ligne.

Le droit de réponse n'est plus réellement utilisé en pratique depuis le passage à l'an 2000. Cette constellation isolée dans le système de la protection de la personnalité offre toutefois à la personne mise en cause par le truchement d'un média périodique la possibilité de faire diffuser sa contre-version gratuitement par le même canal. L'entreprise de média dispose de la compétence prétorienne de trancher le bien-fondé de la demande et d'examiner le respect des exigences légales. La procédure prévue ne nécessite donc pas l'intervention du juge (sauf en cas de refus de la part du média) et permet de réagir très rapidement.

L'utilisation de notions générales, comme celle de « média », par le législateur de 1985 permet d'ancrer durablement le droit de réponse dans l'environnement en ligne. L'une des questions centrales de ma thèse est sans grande surprise de savoir si les comptes d'utilisateurs sur les réseaux sociaux sont des produits médiatiques. C'est le cas selon moi, car chaque publication Facebook ou Twitter intervenue sur un tel compte a une vie propre dès sa mise en ligne. Le Tribunal fédéral a récemment rendu une importante décision de principe allant dans ce sens en consacrant le caractère viral des tweets, lesquels s'adressent par essence à un nombre indéterminé et incontrôlable de destinataires (TF 5A_195/2016, arrêt du 4 juillet 2016, consid. 5.3 i.i.).

Au moment d'entamer la dernière ligne droite de ma thèse, j'en suis convaincu : le droit de réponse est le moyen de secourir la personnalité connectée. L'ironie de la situation réside dans le fait qu'un enfant considéré comme bâtard dans la protection de la personnalité et oublié pour cette raison depuis des décennies permet une action de rééquilibrage efficace sur le réseau.

5^e édition

Les principales bases légales applicables en droit de l'environnement en un seul volume



Droit suisse de l'environnement

Code annoté

Contributions de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction

5^e édition revue et complétée

Ariane Ayer | Benoît Revaz

juin 2017
978-3-7255-8643-1
644 pages, broché
69.00 CHF

Auteurs :

Ariane Ayer, docteur en droit, avocate

Benoît Revaz, MLaw

Cette cinquième édition met à disposition en un seul volume les principales bases légales applicables en droit de l'environnement. L'accent a été mis sur les dispositions les plus utilisées en matière de droit de la construction à l'exclusion des législations de protection de l'environnement au sens large. Comme pour les précédentes éditions, le texte légal a été complété par des renvois internes et des annotations réac-

tualisées de jurisprudence fédérale et cantonale. En matière de droit des déchets, la nouvelle et l'ancienne ordonnance se côtoient. Deux index, l'un général et l'autre relatif aux installations citées, renvoient aux dispositions de la loi ou des ordonnances; les notions auxquelles ils se réfèrent figurent soit dans la disposition législative soit dans les annotations y relatives.

DÉBAT

Le droit suisse face au terrorisme

Présentation du débat

La question de la lutte contre le terrorisme est un sujet toujours plus débattu de nos jours. Elle est présente depuis de nombreuses années à l'échelle mondiale, mais s'est récemment posée avec une acuité particulière, y compris en Suisse, où les moyens légaux à mettre en œuvre pour prévenir et sanctionner d'éventuelles attaques font l'objet d'un vif débat. La controverse porte notamment sur l'utilité d'une collecte et d'un échange accrus d'information et sur le degré de cet accroissement. Elle concerne également les moyens à mettre en œuvre pour réprimer les auteurs d'actes terroristes. Dans les cas, c'est l'opportunité d'une restriction de certaines libertés individuelles qui constitue le nœud du problème.

La Fachschaft Jus de l'Université de Fribourg a organisé un grand débat sur ce sujet, le 30 novembre dernier, en faisant intervenir cinq personnalités issues du monde politique, juridique et de la sécurité Suisse. Dans ce cadre, CAROLA GOEHLICH (doctorante en droit) et NICOLAS PENSEYRES (étudiant de Master en histoire contemporaine), se sont livrés à une joute écrite pour QUID ? – FRIBOURG LAW REVIEW. Dans les pages qui suivent, ils se sont exprimés sur les réponses législatives à apporter à la menace terroriste.

Carola Goehlich

1. Verhindert das Sammeln und Austauschen von Informationen Terroranschläge?

Diese Frage impliziert nicht nur logisch die Möglichkeit, durch das Sammeln von Informationen Anschläge verhindern zu können, sondern unterstellt Zwischenschritte, die hier unterschlagen werden. Ob sich diese Frage überhaupt beantworten lässt, hängt jedoch von genau diesen Zwischenschritten ab.

Die Frage, ob Anschläge durch das Sammeln von Informationen verhindert werden, impliziert einen Kausalzusammenhang für das Nichteintreten eines Ereignisses: Aufgrund des Sammelns von Daten finden keine Anschläge mehr statt. Nicht einmal eine Korrelation, dass bei einem Mehr an Daten gleichzeitig ein Weniger an Anschlägen stattfindet, ist jedoch zu beobachten. Anschläge passieren; in Paris im November 2015, in Nizza im Juli 2016, in Berlin im Dezember 2016. Eine Diskussion über einen Ursachen-

zusammenhang scheint daher müssig. Soviel vorweg.

Wenn es um den Schutz vor dem Eintritt eines Ereignisses geht, steht das Recht vor einem Problem. Das Recht ist abstrakt, das Ereignis jedoch sehr konkret. Von dem Recht zu verlangen etwas zu verhindern, ist unmöglich, die Erwartung daran muss enttäuscht werden. Wollte man absolute Sicherheit erreichen, so wäre dies nur möglich, indem man alle Menschen voneinander isolieren würde. Tut man dies nicht, bleibt immer ein Risiko.

Doch dieses Risiko liesse sich minimieren, so die Forderung und Vorstellung. Daher wird auch die Bedeutung des Austausches von Informationen betont.¹ Hingegen reicht allein das Sammeln der Daten nicht aus. Es bedarf weiterer Schritte. Durch das Sammeln und Austauschen an sich geschieht erst einmal noch nicht mehr als dass Informationen in Datenbanken wie etwa das Europol-Informationssystem (EIS) gespeist werden. Diese Daten müssen ausgewertet werden, es muss eine Person als „gefährlich“ identifiziert

¹ So auch von Bundesrätin Sommaruga im Zuge des Treffens des Justiz- und Innenministerrates der Europäischen Union am 14. September 2017; <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2017/2017-09-14.html>.

werden und erst dann kann diese überhaupt konkret an etwas gehindert werden. Dies funktioniert am effektivsten, indem die Person buchstäblich von der Strasse geholt, also eingesperrt, wird. Nur mithilfe des Strafrechts können Personen längerfristig eingesperrt werden. Es ist das Strafrecht, das gedanklich am Ende der Kausalkette – die mit dem Sammeln von Daten beginnt – steht. Für eine Strafbarkeit bedarf es jedoch einer konkreten in der Vergangenheit liegenden Handlung. Eine solche Handlung ist etwa die Unterstützung von Al-Qaida oder dem Islamischen Staat.² Es ist jedoch schwierig eine Handlung als Unterstützung zu qualifizieren. Vielen erscheint eine solche Regelung daher als unzureichend. Daher wird etwa eine Präventivhaft gefordert, die greift, ehe überhaupt eine konkrete Handlung erfolgt ist.³

Das Strafrecht aber ist repressiv. Es schützt nicht vor zukünftigen Ereignissen, sondern sanktioniert vergangene Handlungen. Es schützt Wertvorstellungen. Habe ich Angst davor, dass jemand in meine Wohnung einbricht, um etwas zu stehlen, so würde ich Sicherheitsschlösser anbringen, eine Alarmanlage installieren etc. Einen höheren Strafraum für den Tatbestand des Diebstahls zu fordern, käme mir als effektive Schutzmassnahme nicht in den Sinn. Der Einbruch oder Diebstahl liesse sich gerade nicht verhindern, die Strafnorm bietet lediglich eine Möglichkeit, den Täter im Anschluss zu bestrafen.

In der Terrorismusbekämpfung wird das aber gern vergessen. Ziel ist es nicht, die Täter von Anschlägen im Anschluss zu bestrafen. Ziel ist es, den Anschlag zu verhindern. Daher müssen Strafbestimmungen her, die im Vorfeld der Tat greifen. Bestraft wird dann etwa die Förderung und Unterstützung einer terroristischen Organisation.⁴ Problematisch hieran ist: Je weiter die Strafbarkeit nach vorn verlagert wird, desto eher sind Alltagshandlungen umfasst. Es müssen neue Kriterien geschaffen werden, wie etwa das Motiv oder die Gesinnung. Ist das Malen einer Flagge zu Hause ausreichend für eine Bestrafung, die ja notwendiger-

weise – um effektiv zu bleiben – eine freiheitsentziehende Massnahme sein muss? Soweit das Bestimmtheitsgebot eingehalten wird, ist die Schaffung von Straftatbeständen für vergangenes Verhalten noch eine gangbare Möglichkeit. Geht es aber um die Frage, wie sich jemand zukünftig verhalten wird, so sind dem Strafrecht die Hände gebunden. Es ist eine Reaktionsmöglichkeit und keine Präventivmassnahme. Für einen Rechtsstaat ist diese Unterscheidung ausgesprochen bedeutsam.

2. Ist die Einschränkung der individuellen Freiheit ein notwendiges Opfer zur Verhinderung von Terroranschlägen?

Die Zukunft lässt sich durch das Recht nicht vorherbestimmen. Die einzige Möglichkeit der absoluten Verhinderung von Anschlägen ist das Wegsperrn aller. So viel wurde bereits festgestellt. Doch sollte nicht nur davon die Rede sein, sondern auch von der Minimierung eines Risikos. Dies ist selbstverständlich möglich. Um es stark vereinfacht und etwas plakativ darzustellen: Alleine das Wegsperrn der männlichen Bevölkerung würde, laut Statistik, zu einem erheblichen Rückgang der Straftaten und somit zu einer Reduktion des Risikos eines Anschlages führen, sind Männer als Gesamtgruppe insgesamt deutlich krimineller als Frauen.

Doch was können wir also gewinnen und welchen Preis zahlen wir dafür?

Der Diskurs wird zumeist anhand der Dichotomie Sicherheit vs. Freiheit geführt. Hierdurch entsteht der Eindruck, dass für einen gewissen Preis an Freiheit Sicherheit gewonnen werden kann.

Der Diskurs rührt daher, dass etwa die Massnahmen der Überwachung in individuelle Rechte eingreifen. Die gewählte Dichotomie ist allerdings eine falsche: Der Preis, den wir zahlen ist derjenige der Gerechtigkeit.

Wieder müssen wir für die Erklärung hierfür auf die Kausalkette von oben zu sprechen kommen. Das Sammeln von Daten greift in individuelle Rechte ein. An dieser Stelle findet der Diskurs um die Freiheitsrechte statt. Aber erst wenn die Kette fortgeführt wird, zeigt sich der Preis. Das Sammeln der Daten allein hat noch keinen Nutzen. Die Daten bedürfen der Auswertung. Ein präventives Vorgehen bedarf dabei des Erstellens von Gruppierungen, Klassierungen etc. wie es etwa aus der Polizeiarbeit bekannt ist. Dies führt jedoch

² Art. 2 Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaida“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen, SR 122.

³ Tagesanzeiger, Gefährder sollen frühzeitig in U-Haft kommen, 23.12.2016, abrufbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Gefahrder-sollen-fruehzeitig-in-UHaft-kommen-/story/18155871>. Alle Internetquellen wurden am 31.10.2017 zuletzt abgerufen.

⁴ Art. 2 Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaida“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen, SR 122.

dazu, dass – am Ende der vermeintlichen Kausalkette – immer mehr Massnahmen mit Zwangscharakter auf Personen angewendet werden, die lediglich in ein bestimmtes Raster fallen. Ohne strafbare Handlung werden Menschen aufgrund bestimmter Eigenschaften Zwangsmassnahmen auferlegt.⁵ Die Menschen können sich hiergegen nicht wehren, denn es geht um eine Eigenschaft und das Risiko des Begehens einer Handlung in der Zukunft. Werden alle Männer eingesperrt, so nützt es keinem darauf zu beharren, dass er aber keinen Anschlag plant oder verüben möchte. Allein das Mann-sein genügt als Kriterium.

Im Ergebnis führt die Diskrepanz zwischen Unmöglichkeit und gleichzeitigem Regelungsbemühen zu einer Auflösung juristischer Kategorien. Vergangenes Handeln wird mit in der Zukunft möglichem Handeln vermengt, Tathandlungen werden aufgelöst in ihre blossen Möglichkeit und werden zu Attributen. Gesprochen wird nun von „Gefährdern“,⁶ „potentiell gefährlichen Menschen“ und einer „Risikoabwägung“. Aktuell ist diese Kategorie noch nicht rechtlich erfasst, aber die Anstrengungen gehen in diese Richtung. Dies wohl vor allem, da die aktuellen Gesetze als unzulänglich empfunden werden.⁷ Diese Begriffe sind jedoch schwammig und es gibt keine klare Definition dazu, wann ein Mensch „potentiell“ gefährlich ist. Das Potential zur Gefährlichkeit aber, ist wohl in jedem Menschen angelegt, ebenso wie das Potential freundlich, nett und zuvorkommend zu sein. Erst das konkrete Handeln zeigt jedoch, welches der Potentiale wir in unserem Leben konkretisieren.

Kommen wir zum Abschluss noch einmal zurück auf die Einschränkung der individuellen Freiheit und das

Sammeln von Daten. All dies dient dem Zweck, Kriterien zu finden, die zeigen, wer ein Gefährder ist. Es sind Statistik und Stochastik, die als Grundlage der Auswertung der Daten auch die Grundlage dafür darstellen, wer als Gefährder gilt.

Eine Wahrscheinlichkeitsaussage ist nicht grundsätzlich falsch. Sie enthält eine Wahrheit für die Gruppe über die sie eine Aussage trifft. Allerdings lässt sich hieraus keine Wahrheit für den Einzelfall ableiten. Unterstellt man etwa, dass Frauen statistisch gesehen leichter Fremdsprachen lernen, so lässt sich hieraus noch nicht ableiten, ob ich – konkret und individuell – schnell eine Sprache lerne. Ebenso ist es in der Terrorismusbekämpfung. Es werden Gruppen erstellt, von denen eine höhere Gefahr ausgeht, dass diese Anschläge ausüben. Hängt diese Gruppe etwa an dem Kriterium Glauben oder Rückkehrer aus Syrien, so lässt sich hieraus nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass eine individuelle Person einen Anschlag ausüben wird.

Recht ist abstrakt. Eine Tathandlung in der Vergangenheit ist konkret. Damit Gerechtigkeit gewahrt werden kann, bedarf es eines individuellen Entscheidungsprozesses, ob die Handlung gegen das Recht versties. Statistik und Stochastik sind abstrakt. Die Zukunft ist abstrakt. Ob jemand eine Tat begehen wird, kann niemand entscheiden. Stützt man als Konsequenz die Verurteilung auf Stochastik, dann wird Gerechtigkeit aufgegeben.

Gerechtigkeit ist dann der Preis, den wir als Gesellschaft zahlen für die Hoffnung auf Sicherheit.

⁵ So wird etwa Vermögen auf der Grundlage von Sanktionslisten eingefroren, ohne, dass ein strafrechtlicher Anfangsverdacht vorliegen muss: Nr. 6. (d), Guidelines of the Committee for the conduct of its work, Stand 23 Dezember 2016; https://www.un.org/sc/suborg/sites/www.un.org.sc.suborg/files/guidelines_of_the_committee_for_the_conduct_of_its_work.pdf.

⁶ EJPD, Medienrohstoff: Terrorismusbekämpfung: - Strategie und laufende Vorhaben in der Schweiz, abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/rohstoff-d.pdf>.

⁷ Gerny, Der Bund will härter gegen „Gefährder“ vorgehen, NZZ vom 24.08.2017, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/schweiz/bund-zieht-bei-gefaehrdern-die-schraube-an-ld.1312339>.

Nicolas Penseyres

Lorsque l'on parle de terrorisme, il est important de se poser la question de ce qu'est le terrorisme. Il s'agit avant tout d'un mode d'action, d'un mode opératoire, censé semer la terreur au sein de la population et qui peut être motivé par des raisons aussi nombreuses que diverses. Il se traduit par des assassinats, des attentats avec explosifs, des prises d'otages, des assauts meurtriers contre des cibles identifiées ou simplement menés au hasard, afin de maximiser le nombre de victimes et/ou l'impact médiatique et politique de l'action en question.

Depuis quelques années en Europe, la majorité des actes terroristes sont commis par des cellules organisées ou des individus « radicalisés », suivant des idéologies islamistes. Les événements terroristes ont en outre pratiquement tous pris une dimension « suicidaire », c'est-à-dire que les terroristes adoptent une attitude « jusqu'au-boutiste ». Ces personnes ne pourront donc pas répondre de leurs actes devant la justice, une grande partie d'entre elles étant abattue dans la confrontation avec les forces de l'ordre. Certaines pourront néanmoins être stoppées en amont d'un attentat, dans la phase de préparation, et être jugées à ce moment-là. Mais pour comprendre s'il est possible d'empêcher des attentats, il est nécessaire de connaître la menace.

Le rythme des attentats s'est accéléré sur tout le continent européen en 2017 et la menace est toujours considérée comme importante, voire « imminente » à certains endroits. L'ampleur et la globalité du phénomène s'expliquent par la mobilité renforcée au sein de nos sociétés, l'existence de réseaux criminels transnationaux se mêlant souvent de manière complexe aux réseaux terroristes, par la propagande islamiste qui infiltre nos sociétés et qui permet le recrutement de nouveaux adeptes, par l'infiltration de l'Europe par des organisations islamistes depuis des territoires extra-européens, ainsi que par la rupture technologique dans le domaine numérique (aussi appelée « révolution numérique »), donnant de nouvelles possibilités d'organisation, de communication, de planification et d'accès à l'information aux groupes terroristes. Il est important de noter une militarisation accrue des groupements terroristes, ces derniers profitant notamment des expériences de guerre qu'ils ont pu faire

en Syrie et en Irak, ainsi qu'une évolution constante de leurs modes d'action.

Tous les rapports actuels insistent sur la pérennité de la menace terroriste et de son accroissement potentiel dans le cas où les terroristes présents actuellement en Syrie et en Irak devaient revenir en Europe¹, ou ne sont pas déjà de retour en Suisse². Les activités terroristes sont aujourd'hui internationales, c'est-à-dire que la menace est globale, transfrontalière et fondamentalement évolutive. La Suisse, en tant que pays au centre de l'Europe, ne peut s'y soustraire.

L'énorme quantité d'informations en circulation et le nombre de personnes « potentiellement dangereuses » ou d'anciens combattants à surveiller nécessite la création de puissantes institutions centrales, capables de trier, d'évaluer et d'analyser efficacement toutes ces informations. Certains modèles étatiques s'y prêtent pourtant mieux que d'autres : la France comptabilise par exemple un réseau de six services de renseignement, représentant une communauté du renseignement de pratiquement 10'000 personnes pouvant disposer d'un budget total estimé à plus d'un milliard d'euros. Malgré la pression et la charge de travail, les services français sont parvenus à identifier et à contrecarrer 9 attentats depuis le début de l'année 2017, selon le Ministre de l'Intérieur, Gérard Collomb³. Il n'est pas anodin non plus de voir le risque terroriste figurer dans les analyses de situation faites par les armées européennes. La *Revue stratégique de défense et de sécurité nationale* française⁴ publiée récemment part même du principe que la menace terroriste va nous accompagner tout au long de la pro-

¹ SRC : *La Sécurité de la Suisse, Rapport de situation 2017 du Service de renseignement de la Confédération SRC*. <http://www.vbs.admin.ch/fr/ddps/organisation/unites-administratives/service-renseignement.html>, (25.10.2017) et voir Conseil fédéral : *La politique de sécurité de la Suisse*. 2016. <http://www.vbs.admin.ch/fr/themes/politique-securite.html>, (25.10.17).

² SRC : *Chiffres des voyageurs du djihad – Août 2017*. <http://www.vbs.admin.ch/fr/themes/recherche-renseignements/voyageurs-djihad.detail.document.html/vbs-internet/fr/documents/servicederenseignement/djihad/2017/Zahlen-Dschihadreisende-August-2017-f.pdf.html>, (25.10.2017).

³ De Sèze, Cécile : « Terrorisme : 9 attentats déjoués en France depuis le début 2017 selon Collomb », in : *RTL*. 22.08.2017. Site internet, <http://www.rtl.fr/actu/societe-faits-divers/terrorisme-9-attentats-dejoues-en-france-depuis-le-debut-2017-selon-collomb-7789788755>, (19.10.2017).

⁴ Ministère de Armées, *Revue stratégique : une analyse lucide et volontariste pour préparer la prochaine loi de programmation militaire*, site internet, <http://www.defense.gouv.fr/dgris/la-dgris/evenements/revue-strategique-de-defense-et-de-securite-nationale-2017> (26.10.2017).

chaîne décennie⁵. Ceci en dit long sur la persistance de la menace, mais aussi sur la nécessaire efficacité du renseignement et de l'échange d'informations.

En Suisse, la structure de renseignement est adaptée à notre modèle décentralisé. Au niveau fédéral, nous disposons du Service de renseignement de la Confédération (SRC), qui est sous administration civile, et du Renseignement militaire (RM), qui est conduit par un officier général et subordonné aux organes de conduite de l'Armée suisse. Le premier, compte pratiquement 300 personnes et dispose d'un budget annuel d'un peu plus de 70 millions de francs suisses⁶, tandis que le deuxième apporte avant tout un soutien dans la doctrine et l'évaluation des informations. Ces deux services sont amenés à travailler ensemble avec les services étrangers et peuvent être utilisés de manière combinée en cas de service d'appui en Suisse.

Outre l'architecture complexe et la grande diversité des acteurs qui peuvent parfois ralentir les processus, le fédéralisme comporte néanmoins des avantages en matière de lutte contre le terrorisme. Les institutions centralisées tendent à perdre le contact avec le « terrain », alors que les polices cantonales gardent un accès privilégié aux populations à risque, au travers de différents programmes de prévention, de lignes téléphoniques d'urgence et de patrouilles de proximité. En Suisse, le compromis est que le SRC coordonne la recherche d'informations avec les cantons et qu'il les mandate pour effectuer des recherches spécifiques, au plus près de la population.

Jusqu'à présent le plus gros désavantage pour les services de renseignement était toutefois le manque de moyens d'action faute de base légale suffisante. En effet, nous faisons office de « ventre mou » du renseignement en Europe, favorisant ainsi la mobilité des groupes terroristes et des services de renseignement étrangers sur notre territoire. D'ailleurs, dans plusieurs des derniers attentats perpétrés en Europe, la Suisse est citée à un moment ou à un autre comme point de passage des principaux suspects. La nouvelle Loi fédérale sur le renseignement (LRens ; RS 121)⁷, acceptée par le peuple suisse en votation populaire le 25 septembre 2016, est entrée en vigueur le 1^{er} sep-

tembre 2017. Cette loi met de nouveaux outils à la disposition des services de renseignement, qui n'étaient jusqu'à ce jour autorisés à surveiller ni internet, ni le réseau de téléphonie mobile et devaient se fier exclusivement à des informations de sources ouvertes ou fournies par des services étrangers. Ceci nous permettra à terme de renforcer notre souveraineté dans la collecte de l'information⁸.

Outre les besoins purement nationaux, ces informations permettront également une meilleure coopération avec l'étranger, domaine qui ne cesse de croître. « L'Europe du renseignement » existe aujourd'hui grâce au Groupe antiterroriste, créé après le 11 septembre 2001 et incluant les 28 États-membres, la Norvège et la Suisse. Le volume d'informations échangé est impressionnant : les noms de 5'000 européens partis en Syrie ou en Irak sont enregistrés chez Europol, auxquels s'ajoutent 25'000 noms de suspects fournis par les Américains⁹.

Lorsqu'on traite ces questions on s'aperçoit que les dangers cybernétiques sont intimement liés aux questions de criminalité organisée, de terrorisme, de propagande, d'espionnage et de sécurité de l'information¹⁰. Les grands groupes privés nés de la révolution numérique (comme Facebook ou Google) sont aujourd'hui de véritables acteurs géopolitiques qui se nourrissent déjà des informations que nous leur donnons volontairement ! Aussi, il faut insister sur la souveraineté numérique de notre pays et la renforcer dans un cadre légal construit par nos soins et soumis à la volonté du peuple suisse. Ceci est le meilleur moyen de lutter contre la prolifération de l'information et la « surveillance globale », issues d'acteurs commerciaux, privés ou étatiques mal intentionnés¹¹.

Au sein de ce débat, la question des libertés individuelles est très intéressante. D'une part, la liberté individuelle est fortement liée à notre comportement. Cela se constate par exemple dans l'utilisation quotidienne de l'informatique, notamment sur internet ;

⁸ Mermoud, Alain ; Percia David, Dimitri : « La LRens, pour réduire le vide stratégique numérique », in : *Le Temps*. 21.09.2016. Site internet, <https://www.letemps.ch/opinions/2016/09/21/lrens-reduire-vide-strategique-numerique> (26.10.2017).

⁹ Chichizola, Jean : « Terrorisme : en matière de renseignement, les échanges d'informations progressent en Europe », in : *Le Figaro*. 18.10.2017, p. 10.

¹⁰ *Revue stratégique de défense et de sécurité nationale 2017*. pp. 46-47.a

¹¹ Voir Keupp, Marcus ; Mermoud, Alain ; Percia David, Dimitri : « Pour une approche économique de la cybersécurité », in : *Military Power Review*. N° 1, 2017, pp. 36-49.

⁵ *Revue stratégique de défense et de sécurité nationale 2017*. p. 37.

⁶ DDPS, Le service de renseignement de la Confédération en chiffres, site internet, <http://www.vbs.admin.ch/fr/ddps/faits-chiffres/service-renseignement.html>, (19.10.2017).

⁷ DDPS, Loi sur le renseignement, site internet, <http://www.vbs.admin.ch/fr/themes/recherche-renseignements/loi-renseignement.html> (25.10.2017).

nous ne sommes pas assez prudents. Sensibiliser la population aux risques et aux enjeux de la sécurité de l'information paraît donc essentiel, pour ne pas mettre en danger sa propre liberté individuelle. D'autre part, la liberté individuelle est garantie par des lois, un cadre national, sociétal, politique et de sécurité. Elle ne saurait précéder la « liberté de l'État » (c'est-à-dire sa liberté d'action, ou sa capacité à rechercher, analyser, anticiper, voire agir en cas de crise), sans quoi les libertés individuelles n'existeraient pas.

La pratique démontre donc qu'il est possible de déjouer des attentats grâce à un renseignement au rapport coût/prestations optimisé. En Suisse, il est aujourd'hui aussi possible pour l'État fédéral de prendre des mesures beaucoup plus en phase avec notre

monde contemporain, qui même si elles peuvent paraître « liberticides », visent à renforcer la souveraineté de l'État et sa capacité à faire respecter les lois. Il ne sera très probablement jamais possible ni d'empêcher tous les attentats, ni de tout surveiller, même pour les plus grands de ce monde. Mais ne rien faire serait une erreur, car les enjeux dépassent de loin la seule question du terrorisme et des libertés individuelles. Le droit de notre peuple à disposer de lui-même, son autodétermination, cette « communauté de destin » - la chose que nous appelons communément « la liberté » n'a en effet jamais été un acquis et se doit d'être défendue contre les menaces extérieures et intérieures qui pèsent sur la Suisse et l'Europe.

Interview avec Pierre Maudet

Conseiller d'Etat en charge du département de la sécurité et de l'économie (DSE) du canton de Genève

Date de naissance : 06.03.1978
Originaire du canton de Genève

1993-1995 : Président du parlement des jeunes de la Ville de Genève
1999-2007 : Conseiller municipal de la Ville de Genève
2001-2006 : Université de Fribourg, Master en droit
2005-2007 : Président du Parti radical genevois
2007-2012 : Conseiller administratif de la Ville de Genève (maire de 2011 à 2012)
Dès 2012 : Conseiller d'Etat (en charge du Département de la Sécurité et de l'Economie) du canton de Genève
2017 : Candidat à la succession de Didier Burkhalter au Conseil fédéral



(©Niels Ackermann, Lundi 13)

ETUDES ET PARCOURS PROFESSIONNEL

Q : Pourquoi avez-vous choisi d'étudier le droit ?

R : Je n'ai pas tout de suite entrepris des études universitaires lorsque j'ai obtenu ma maturité. J'ai d'abord accompli mon service militaire jusqu'au grade de capitaine puis je me suis lancé d'une part en politique et d'autre part comme indépendant dans l'événementiel. Quatre ans après avoir quitté les bancs du collège, j'ai ressenti l'envie d'entreprendre des études supérieures et j'ai opté pour le droit, considérant que cette formation me serait non seulement utile sur le plan professionnel ou politique, mais qu'elle m'offrirait aussi une méthode et une approche des problèmes qui me structureraient solidement. Je n'ai pas été déçu.

« Partant de l'idée que le droit était une nouvelle langue, je me suis mis en tête de l'apprendre en français et en allemand. »

Q : Pourquoi Fribourg ?

R : Déjà actif en politique à Genève, je ne voulais pas rester dans le biotope local pour me former. Je cherchais un contact plus fort avec la Suisse, dans le prolongement de mon engagement militaire. Partant de l'idée que le droit était une nouvelle langue, je me suis mis en tête de l'apprendre en français et en allemand. Et le choix de Fribourg s'est naturellement imposé, par

le bilinguisme de ses facultés, par sa proximité géographique avec Genève mais aussi par son ancrage très helvétique. Là non plus, je n'ai pas été déçu.

Q : Feriez-vous le même choix d'études aujourd'hui ?

R : Assurément ! J'ai découvert une faculté très ouverte sur le monde, avec un réel brassage des étudiants, dans une ville où l'accueil fut généreux et sans chichis. J'ai profité d'une liberté académique sans pareille (en d'autres termes, j'ai pu me montrer peu assidu durant les années de bachelor et me rattraper à fond durant le master) dans un environnement très favorable aux étudiants venus des quatre coins de la Suisse. Une expérience inoubliable pour un Genevois qui d'ordinaire se risque peu au-delà de la Versoix, considérant qu'il a déjà accès à la terre entière à proximité du jet d'eau.

Q : Votre engagement politique a commencé très jeune. D'où vous est venue cette vocation ?

R : J'ai reçu une éducation protestante, teintée du sens des responsabilités, aussi bien individuelle que collective. Dans ce contexte, j'ai vite senti que le civisme agissait chez moi comme un sixième sens et je me suis passionné pour la chose publique, sous l'impulsion non seulement de mes parents (qui n'ont cependant jamais été engagés politiquement) mais aussi de plusieurs enseignants qui m'ont encouragé et porté dans l'expérience du Parlement des jeunes, une aventure passionnante qui m'a définitivement convaincu qu'il valait mieux participer que subir.

Q : Comment concilie-t-on un poste de conseiller municipal puis, parallèlement, de président de parti, avec des études de droit ?

R : Comme je l'évoquais plus haut, je n'ai sans doute pas été l'étudiant le plus assidu, notamment pendant mes trois premières années en faculté de droit ; il faut dire que je pendulais depuis Genève tous les jours, en train. J'ai compensé cela par une découverte accélérée des outils de recherche informatique mais aussi et surtout par de solides amitiés de camarades de volée qui m'ont généreusement transmis leurs notes. En parallèle, cela m'a obligé à développer un sens aigu de l'organisation et de la répartition du travail qui ne m'a plus quitté depuis.

« En parallèle, cela m'a obligé à développer un sens aigu de l'organisation et de la répartition du travail qui ne m'a plus quitté depuis. »

Q : La carrière politique se présentait-elle à vous comme une évidence après vos études ?

R : En fait, elle s'est présentée assez vite, avant même mes études de droit, non pas comme une évidence mais comme une option sérieuse et souhaitée. Les études de droit ont ensuite confirmé la forte convergence entre mon goût pour la réflexion et l'envie de réaliser des choses concrètes à travers la politique. Par chance, les citoyens genevois m'ont porté à l'Exécutif de la deuxième ville de Suisse un an seulement après la fin de mes études de droit. J'ai donc pu très vite me livrer aux travaux pratiques.

Q : Comment avez-vous vécu, en 2009, la fusion du parti radical-démocratique auquel vous apparteniez et du parti libéral ?

R : Je l'ai vécue comme une évidence pour ma génération, mais comme un effort considérable pour la précédente. De mon point de vue, les différences idéologiques entre libéraux et radicaux, bien que réelles, devaient s'estomper pour renforcer le mouvement en gestation d'une droite populaire, ouverte, sensible aux défis politiques et économiques de notre temps. L'histoire récente a ainsi donné raison à cette thèse, avec un parti en progression dans tous les cantons romands aux dernières élections fédérales et cantonales.

Q : A votre poste actuel, quel profit tirez-vous de vos études de droit ?

R : C'est d'abord pour moi un accès facilité au monde des juristes. Quand on pilote un « département de justice et police », il est important de comprendre vite de quoi l'on parle. Mais c'est aussi une grille de lecture de la société qui permet d'analyser celle-ci à travers un prisme rationnel et cadrant ; il ne faut toutefois pas se laisser enfermer dans des raisonnements préétablis et manichéens. C'est enfin une série d'outils extrêmement précieux, pour ne pas dire parfois des repères d'ordre éthique, lorsqu'on est appelé à prendre des décisions difficiles, voire lourdes de conséquences en matière de droits fondamentaux, de privation de liberté, d'asile, de naturalisation, de permis de travail, de marchés publics, etc.

Q : Comment se déroule la journée type d'un Conseiller d'Etat ?

R : Elle commence tôt, par une mise à jour des informations « urbi et orbi ». Elle se poursuit par une indispensable phase de réflexion et de recul, avant le démarrage « officiel » de la journée. Celle-ci est ponctuée de séances, de visites, d'échanges avec ses collègues. Puis vient en soirée le temps de la représentation politique, avec son lot de mondanités mais aussi de séances de commission et de séances plénières du Parlement, qui oblige à de nombreuses entorses à la vie privée et en particulier à la vie familiale. Mais tout cela serait simple s'il n'y avait pas les innombrables événements imprévus qui vous fichent en l'air toute l'organisation initialement planifiée, telle l'arrivée d'un chef d'Etat qu'il faut accueillir à l'aéroport, la décision du TF qui remet en cause toute une pratique policière ou pénitentiaire, ou encore le dossier de promotion économique urgent qui requiert un déplacement en Chine dans les trois jours. Mais c'est aussi cela qui fait le sel de la fonction.

« [...] la vocation de l'avocat, auxiliaire de la justice, est de constituer le rempart des libertés. »

Q : Quelle place une carrière comme la vôtre laisse-t-elle à une vie de famille et à des loisirs ?

R : A vrai dire, c'est la portion congrue. Mais c'est aussi un point d'équilibre indispensable, et l'on se rend vite compte qu'il ne faut pas là réduire à une simple variable d'ajustement de l'agenda. C'est ainsi un des aspects les plus difficiles à gérer également sur le plan émotionnel car on est vite conscient qu'on ne rattrapera pas les minutes que l'on ne passe pas avec ses enfants quand ils grandissent. Et parfois, on se dit qu'on perd beaucoup de temps en politique, notamment dans des séances interminables où les mêmes arguments sont ressassés pour la énième fois, sans aucun espoir concret de sortir de la stérilité et de faire enfin avancer les choses.

Q : Vous présidez les cérémonies de prestation de serment des avocats stagiaires genevois. Que représentent ces cérémonies pour vous ?

R : Pour moi, c'est un moment dont la durée est inversement proportionnelle à l'importance. Ces cérémonies matinales durent en effet quelques minutes seulement puisqu'elles consistent à lire un serment – que je trouve fort au demeurant – et à entendre de jeunes avocats-stagiaires frais émoulus me répondre par « je le jure » ou « je le promets ». Néanmoins, elles représentent pour moi l'occasion d'insister sur quelques termes du serment, notamment la notion d'indépendance ou celle d'humanité, et de rappeler que la vocation de l'avocat, auxiliaire de la justice, est de constituer le rempart des libertés. De toutes les libertés, publiques et privées.

Q : Vous êtes à l'origine de l'utilisation, par le Registre du commerce genevois, de la technologie Blockchain. Pourriez-vous nous expliquer brièvement cette technologie et les améliorations qu'elle apporte ?

R : Le projet d'implémentation de la Blockchain au registre du commerce (RC) est un Proof of Concept (POC) encore en cours qui nous permet d'expérimenter d'une part avec la technologie et d'autre part avec les enjeux organisationnels posés par la Blockchain dans le contexte de l'ordonnance fédérale sur les actes authentiques électroniques. Cette ordonnance pose de manière très concrète la problématique de la gestion de l'identité et de la signature électroniques. Le but est de voir quelle simplification, quelle transformation la Blockchain peut apporter dans la gestion des registres dans lesquels l'administration joue le

rôle de tiers de confiance. Une réutilisation des résultats du POC Blockchain du RC est envisagée dans le cadre d'une initiative plus ambitieuse d'un challenge de Digital Switzerland : créer son entreprise en 24h.

Q : En tant que responsable du Département de la Sécurité et de l'Economie (DSE), vous êtes notamment chargé des questions de sécurité publique. A votre sens, les citoyens ne sont-ils pas trop prompts à consentir à une restriction importante de leurs libertés au nom d'un idéal de sécurité souvent illusoire ?

R : C'est difficile à dire dans l'absolu, même s'il est vrai que l'époque pousse plus aux restrictions de libertés qu'à l'émancipation des règles. De là à dire que l'idéal de sécurité est illusoire, il y a un pas que je ne franchirai pas car les menaces sont réelles et la capacité d'y répondre aussi, quand bien même nos sociétés donneraient parfois le sentiment d'avoir une guerre de retard dans l'appréhension des problèmes et dans les moyens opposés à ceux-ci. En tout état de cause, cette tension entre liberté et sécurité doit faire l'objet d'un débat public ; et je suis convaincu que celui-ci, intelligemment mené, peut se révéler fécond et porteur de l'antidote à la quête aveugle d'une sécurité qui oublierait qu'elle est d'abord et surtout la première garante de nos libertés.

« Pour ma part, ce fut une aventure incroyable et paradoxale, car même si j'ai perdu à la fin, j'ai gagné dix ans d'expérience politique en six semaines. »

Q : Vous siégez à un exécutif depuis maintenant plusieurs années. Vous verriez-vous rejoindre le Parlement fédéral ?

R : En l'état actuel des choses, je me sens véritablement un tempérament d'Exécutif, et je mets toutes mes forces dans les multiples réformes que j'ai engagées, aussi bien dans le domaine de la sécurité (loi sur la Police, sur les établissements pénitentiaires, sur la naturalisation) que sur le volet économique (loi sur les taxis, développement des mesures d'accompagnement aux accords bilatéraux, gouvernance de l'aéroport international de Genève). Toutefois, cela n'est possible que grâce à un important travail législatif que j'ai mené au préalable comme membre d'un Gouvernement, en bonne intelligence avec le Parlement. Qui sait si je ne

serai pas tenté un jour de reprendre pleinement une activité législative, avec comme bagage la préoccupation constante de réaliser des lois utiles et praticables ?

Q : Vous avez récemment été candidat au Conseil fédéral. Dans quel état d'esprit se trouve-t-on après une telle expérience ?

R : Tout dépend de la façon dont les choses se sont passées dans ce qui représente, à mes yeux, le stade suprême de la campagne politique. En effet, une telle campagne vous oblige à tout donner et à faire ainsi la démonstration que vous êtes capables de résister, de rebondir, de renvoyer les balles. Vous devez vous mettre à nu sans pouvoir vraiment vous y préparer, compter d'abord sur vous-même et ensuite éventuellement sur vos amis, vous montrer réceptif, humble et curieux en toutes circonstances. Pour ma part, ce fut une aventure incroyable et paradoxale, car même si j'ai perdu à la fin, j'ai gagné dix ans d'expérience politique en six semaines. Donc je suis dans un état d'esprit hyperpositif.

Q : Le Conseil fédéral est actuellement intégralement composé d'anciens parlementaires. Pouvez-vous réellement affirmer, comme vous l'avez fait, que le fait de siéger à un exécutif cantonal n'est pas rédhibitoire pour accéder à ce poste ?

R : Le fait de ne pas siéger au Parlement fédéral, soit au sein du collège électoral concerné par cette élection est assurément un handicap. Et donc le fait de siéger dans un l'Exécutif d'un canton qui par ailleurs interdit constitutionnellement un double mandat est assurément aussi un handicap. Or comme tous les handicaps, celui-ci se comble. De là à dire que c'est rédhibitoire, il y a donc un pas que je ne franchirai pas.

« Mais pour construire des ponts – ce qui est le propre de la politique suisse – il faut savoir de quelle rive on part. »

Q : Une carrière dans laquelle s'alternent des fonctions au sein d'un législatif et d'un exécutif porte-t-elle atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ?

R : Je ne pense pas, du moment que les niveaux - communal, cantonal et fédéral - auxquels on exerce sont différents. Il faut juste suffisamment d'agilité et

de respect des institutions pour pouvoir passer sans dommage de l'une à l'autre.

SITUATION ACTUELLE

Q : Le parti libéral est-il, à votre sens, encore assez « libéral » ?

R : Pour moi, le parti libéral-radical est libéral au sens du terme alémanique « freisinnig ». Il doit s'inscrire dans un courant de pensée vraiment libre et détaché, focalisé sur la responsabilité individuelle. En ce sens, il est quotidiennement mis sous pression dans ses prises de position car nous vivons dans une société paradoxale, où chacun attend plus de l'Etat mais veut en même temps pouvoir se sentir indépendant du reste du monde.

Q : Sous l'égide des préoccupations sécuritaires se développe peu à peu une forme de justice préventive. Juger et condamner en raison du risque ou du caractère dangereux plutôt qu'en raison d'une infraction déjà commise, qu'en pensez-vous ?

R : Là aussi, notre société développe des velléités contradictoires avec, d'un côté, une appétence au risque qui tend vers zéro et, de l'autre côté, une vision idéale des droits fondamentaux. Comme toujours, je privilégie une approche pragmatique de la question, qui doit permettre à l'autorité d'agir préventivement mais dans un cadre juridique permettant le réexamen par une autorité judiciaire indépendante.

Q : Dans notre édition spéciale 2017, plusieurs professeurs de droit ont dénoncé une surabondance de textes législatifs. Pensez-vous que la surréglementation nuit au développement économique ?

R : Clairement oui. Je rencontre trop souvent des entrepreneurs qui me disent avoir l'impression de travailler davantage pour l'administration que pour leurs clients, et ce n'est pas normal. En même temps, les entreprises elles-mêmes requièrent souvent aujourd'hui plus de protection, plus de normes, plus de réglementations, ne serait-ce que pour opérer dans un marché où la concurrence déloyale les désavantagerait s'il n'y avait pas de cadre.

« [...] ceux qui soi-disant défendaient la souveraineté de la Suisse ont en réalité accéléré sa dépendance passive. »

Q : Avec l'accession de Petra Gössi à la présidence de votre parti, puis d'Ignazio Cassis au Conseil fédéral, l'aile droite du PLR semble avoir le vent en poupe. Comment vous positionnez-vous par rapport à cette évolution ?

R : Mon parti se situe clairement à droite de l'échiquier politique. C'est du reste aussi pour cela que je l'ai choisi et je m'y trouve bien, avec des positions qui parfois me placent dans « l'aile droite » si je pense à des questions sécuritaires et parfois plus à gauche si je prends des aspects économiques et sociaux. En l'état, j'ai le sentiment que mon parti se positionne de façon tranchée sur de nombreux sujets et c'est tant mieux. Toute autre est la question de savoir où se fait finalement la politique en Suisse. La réponse est simple et nécessairement plus à gauche que la position de mon parti : au centre. Mais pour construire des ponts – ce qui est le propre de la politique suisse – il faut savoir de quelle rive on part.

Q : Vous êtes un membre du Nouveau Mouvement européen Suisse (Nomes). Pensez-vous qu'un débat sérieux sur l'accession de la Suisse à l'Union européenne est nécessaire ?

R : Non. Ce débat aurait dû avoir lieu voilà vingt ans. Le train est maintenant passé et l'enjeu consiste bien davantage à se poser la question de la normalisation de nos relations économiques avec notre grand voisin. De fait, nous sommes de facto membres de l'UE, tant notre quotidien est impacté par les décisions prises à Bruxelles, mais un membre passif, sans droit de vote. Et c'est cela qui me navre ; ceux qui soi-disant défendaient la souveraineté de la Suisse ont en réalité accéléré sa dépendance passive envers l'étranger.

AUTRES

Q : Qu'est-ce que vous conseilleriez à un-e jeune juriste souhaitant parfaire sa formation juridique ?

R : Je lui conseillerais précisément de sortir du domaine juridique pur et de toucher à tout ce qui fait l'activité économique courante, ne serait-ce que pour constater l'ampleur de l'influence pratique du droit dans la vie de tous les jours et la nécessité d'en maîtriser les effets concrets.

Q : Quel conseil donneriez-vous aux étudiant-e-s qui souhaitent se lancer dans une carrière politique ?

R : Osez ! Ne vous demandez pas si vous êtes légitime, assez bien armé, ou suffisamment au clair avec vos

idées. Tout cela vient en faisant son chemin. Faire de la politique, pour un étudiant en droit puis pour un juriste, a ceci de passionnant qu'on est amené à réfléchir très en amont dans le processus législatif. Le fait d'avoir étudié le droit donne un sacré avantage pour comprendre le système de pensée législatif.

Q : Aviez-vous des matières et des professeur-e-s préféré-e-s à Fribourg ?

R : J'ai beaucoup aimé aimé l'enseignement des professeurs « classiques » tels le Prof. Tercier et le Prof. Steinauer. Ce dernier a même réussi à éveiller mon intérêt pour les droits réels, mais ce fut de courte durée. En master, je me suis passionné pour le droit européen avec la Prof. Epiney. Dans l'ensemble, je garde le souvenir de personnalités éclairantes.

« Osez ! Ne vous demandez pas si vous êtes légitime, assez bien armé, ou suffisamment au clair avec vos idées. Tout cela vient en faisant son chemin. »

Q : Quel est le meilleur souvenir de votre période d'études à Fribourg ?

R : Mon meilleur souvenir reste la semaine de séminaire hors cadre de droit européen que nous avons faite à Strasbourg, Luxembourg et Bruxelles, pour découvrir les institutions européennes, leurs prérogatives et leurs limites. C'était aussi passionnant qu'intensif et le programme collatéral aux visites officielles n'était pas en reste...

Q : Auriez-vous un rêve ?

R : J'en ai des tonnes. Et c'est vital en politique, sinon on se borne à gérer l'existant et à devenir le notaire du fait accompli. Mon rêve principal, en ce moment, c'est de trouver la bonne formule pour créer les nouvelles « Conventions de Genève » dans le domaine numérique. Ou comment se donner des règles pour faire de ce champ immense, voire infini, qu'est le digital, un espace dans lequel on respecte les droits fondamentaux, la sphère privée et l'exigence de sécurité. Un défi plus actuel que jamais et dont ma Cité est toute indiquée pour en devenir le creuset juridique.

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.

Abstract provided by the Editorial Board

Un arrêt détaillé: La coactivité par négligence est-elle admissible?

TF, 01.06.2017, 6B_360/2016 et 6B_361/2016

Faits

Deux jeunes hommes sont reconnus coupables, **en tant que coauteurs, d'incendie par négligence (art. 222 CP)** et d'infraction à la loi cantonale argovienne sur la protection contre l'incendie, pour avoir provoqué un important incendie (ayant entraîné à peu près CHF 900'000.- de dommage) en faisant partir chacun deux fusées depuis la terrasse d'un appartement au rez-de-chaussée. **L'enquête n'a pas permis de déterminer laquelle des fusées a effectivement causé l'incident.**

Sur opposition, le Tribunal de district acquitte les prévenus. Ce jugement est renversé en appel. Les deux jeunes hommes recourent au Tribunal fédéral qui doit déterminer **si la condamnation en tant que coauteurs d'un délit commis par négligence était fondée.**

Droit

Aux termes de l'art. 222 al. 1 CP, celui qui, par négligence, aura causé un incendie et aura ainsi porté préjudice à autrui ou fait naître un danger collectif, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Les **recourants** ne contestent pas que leur comportement remplit, en tant que tel, les éléments constitutifs de l'infraction de l'art. 222 al. 1 CP. Ils soutiennent néanmoins que la jurisprudence « rolling stones »

(ATF 113 IV 58) sur laquelle se fonde leur condamnation n'est pas applicable dans le cas d'espèce.

Dans l'ATF 113 IV 58 (**arrêt « rolling stones »**) le Tribunal fédéral a admis la coactivité de deux hommes condamnés pour homicide par négligence après qu'ils avaient fait rouler chacun une pierre en bas d'un ravin. L'une des deux pierres, sans que l'on sache laquelle, avait blessé mortellement un pêcheur se trouvant en contrebas. Les deux hommes connaissaient parfaitement les lieux et savaient que des pêcheurs se trouvaient fréquemment plus bas. Par ailleurs, l'un des deux hommes, sur conseil de l'autre, avait demandé à haute voix si quelqu'un se trouvait sur le bord de la rivière. N'ayant pas reçu de réponse, les deux avaient décidé de rouler les pierres.

Le Tribunal fédéral constate que cette jurisprudence a fait l'objet de nombreuses **critiques de la doctrine**, essentiellement en ce qui concerne la condamnation pour coactivité d'une infraction commise par négligence (*fahrlässige Mittäterschaft*). L'opinion de Hurtado Pozo retient tout particulièrement l'attention du Tribunal fédéral. Selon celle-ci, dans ce genre de cas il en va de la réalisation d'un **projet commun de comportement**, laquelle est la cause du résultat préjudiciable. Les auteurs peuvent et doivent reconnaître la dangerosité de leurs actions et violent ainsi collectivement leurs devoirs d'attention et de diligence (*Un-sorgfaltgemeinschaft*).

Le Tribunal fédéral passe ensuite en revue la **jurisprudence** rendue en lien avec cette question, et observe que dans ses derniers arrêts la notion de coactivité par négligence a été rejetée (cf. ATF 126 IV 84 en particulier).

En l'espèce, l'état de fait se distingue nettement de celui de l'arrêt rolling stones. Les deux jeunes hommes ne se sont en effet nullement concertés en ce qui concerne la façon d'agir et l'analyse des risques en présence. D'après les constatations de l'instance cantonale, ils ont tout simplement décidé d'allumer chacun deux fusées, et chacun était libre de choisir la manière dont il souhaitait le faire. Seul l'un d'eux a fait partir la fusée qui a provoqué l'incident, en raison d'un allumage inadéquat, avec une aggravation des

risques liée au fait que la fusée avait été plantée dans le terrain. **La preuve d'une action décidée en commun en violation des règles de diligence fait ainsi défaut.**

L'instance cantonale ne pouvait par conséquent se référer à l'ATF 113 IV 58 pour fonder son jugement de culpabilité. La coactivité d'un délit commis intentionnellement suppose une **décision commune**, qui peut être prise par actes concluants. **Cette décision commune doit être prouvée et ne saurait être supposée.** De manière analogue, la **coactivité en cas de délit commis par négligence est admissible** pour autant qu'un **projet commun de comportement** (négligent/en violation des règles de prudence) **soit établi**. Ce n'est que pour certaines infractions que la loi renonce à exiger un tel projet commun de comportement, notamment dans le cas d'une rixe (art. 133 CP), où le seul fait de participer suffit pour fonder la condamnation.

Dans le cas particulier, il n'est pas possible de déterminer lequel des auteurs a allumé la fusée à l'origine du dommage. **Ni le comportement exact de chacun d'eux ni leur volonté n'ont pu être établis.** Vu l'impossibilité de clarifier ces aspects, le Tribunal fédéral admet le recours et renvoie l'affaire à l'instance cantonale pour qu'elle acquitte les deux jeunes hommes.

SIMONE SCHÜRCH, La coactivité par négligence est-elle admissible?, in: www.lawinside.ch/490/

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

Contrats, TF, 13.06.2017, 4A_240/2016

MARIE-HÉLÈNE SPIESS, **La licéité du pactum de palmario**

La conclusion d'un pactum de palmario, en vertu duquel les honoraires d'un avocat sont augmentés d'une prime en cas de succès, est licite à trois conditions : (i) l'avocat doit, indépendamment de l'issue de la procédure, obtenir une rémunération ne couvrant pas uniquement ses frais de base, mais lui assurant également un bénéfice raisonnable ; (ii) la prime de résultat ne saurait atteindre un montant tel qu'elle nuirait à l'indépendance de l'avocat et constituerait un avantage excessif, cette dernière ne pouvant excéder la rémunération liée au taux horaire ; (iii) le pactum de palmario peut être conclu au

début de la relation contractuelle, de même qu'après la fin du litige, mais non en cours de mandat.

Contrats, TF, 16.06.2017, 4A_508/2016

CÉLIAN HIRSCH, **La prescription de l'obligation de restituer les rétrocessions**

Les obligations de restituer les rétrocessions sont soumises à la prescription ordinaire de 10 ans. L'obligation du mandataire d'informer le mandant et de lui restituer les rétrocessions naît dès la réception de celles-ci. Partant, la réception de chaque montant rétrocedé fait naître une créance en restitution en faveur du mandant et, par la même occasion, l'exigibilité de cette dernière. C'est donc au moment où le mandataire reçoit la rétrocession que la prescription décennale commence à courir

Pénal, TF, 19.07.2017, 6B_184/2017

ARNAUD NUSSBAUMER, **La légèreté de la dupe dans l'escroquerie**

En principe, une annonce à un assureur d'un faux cas de sinistre constitue une tromperie astucieuse. En matière d'assurance casco, le fait que l'assureur ne vérifie pas l'état du véhicule avant la conclusion du contrat d'assurance ne constitue pas une légèreté suffisante pour lever le caractère astucieux à la tromperie.

Procédure, TF, 20.09.2017, 6B_986/2016

TOBIAS SIEVERT, **La qualification des informations accessibles sur Internet comme faits notoires**

En ce qui concerne les informations librement accessibles sur Internet, seuls les renseignements bénéficiant d'une empreinte officielle peuvent être qualifiés comme étant des faits notoires.

Procédure pénale, TF, 07.09.17, 6B_942/2016

JULIEN FRANCEY, **Une prise de sang doit être ordonnée par le Ministère public (55 LCR)**

Une prise de sang est une mesure de contrainte même si le prévenu s'y soumet volontairement. Dès lors, elle doit être ordonnée par le ministère public et non par la police.



POLITIQUE UNIVERSITAIRE

Chères étudiantes, chers étudiants,

Le comité tient à vous rappeler que nous nous tenons toujours à votre disposition, concernant vos questions sur les travaux rédactionnels (propédeutiques et de pro-séminaire) ainsi que sur les examens.

Bonne lecture,

Le Comité de la Fachschaft Jus

Erhöhung der Studiengebühren

Wie wir bereits in unserer Stellungnahme, publiziert auf unserer Facebook-Seite, erklärt haben, hat Frau Rektorin Astrid Epiney beim Staatsrat eine Erhöhung der Studiengebühren beantragt. Wir sind weiterhin nicht einverstanden mit einem solchen Vorschlag, weil wir besorgt sind, dass der Zugang zu einem Studium nicht mehr für alle gewährleistet wäre. Daher unterstützen wir auch das Vorgehen der AGEF.

Die vorgeschlagene Gebührenerhöhung führt zu wirtschaftlichen und sozialen Problemen einerseits für die Studierenden wie aber auch für die Universität ganz allgemein. Die Wettbewerbsfähigkeit und schlussendlich somit auch die Zweisprachigkeit der Uni Fribourg wird gefährdet, denn die Studiengebühren wären nach der Erhöhung teurer als an den Universitäten in der Deutschschweiz. Dadurch würden weniger deutschsprachige Studenten nach Fribourg kommen. Schon heute bedeutet das Studieren an der Uni Fribourg für viele Studierende eine beträchtliche finanzielle Investition (80% der Studenten kommen aus anderen Kantonen).

Mit der vorgeschlagenen Erhöhung der Gebühren müsste ein Teil der aktiven Studenten das Studium aus finanziellen Gründen abbrechen und künftige Studenten werden weniger kommen. Dies auch deswegen, weil das System der Ausbildungshilfe, welches von der Uni installiert wurde, nicht für Studenten aus der Mittelklasse gedacht ist. Schlussendlich möchten wir auch hervorheben, dass die Gebührenerhöhung nicht in Einklang ist mit art. 13 al. 2 let. c des UNO-Paktes I. Somit widerspricht sie auch dem art. 5 al. 4 und 190 der Bundesverfassung, welcher verlangt, dass die Schweizer Behör-

den das internationale Recht befolgen und anwenden. Die Fachschaft wird sich weiterhin im Interesse der Studierenden gegen eine Gebührenerhöhung einsetzen.

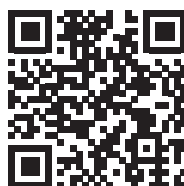
Point sur la politique universitaire

Au niveau facultaire, le Professeur P.-H. Steinauer (Chaire de droit civil II) part à la retraite à la fin de l'année académique 2018. Il s'agit donc de lui trouver un successeur : à la suite des leçons probatoires du 5 octobre 2017, le dossier passe maintenant au Conseil de Faculté. Le choix de la Faculté sera ensuite porté au Rectorat.

Sur le plan informatique, la Faculté a instauré un nouveau Campus Management afin de remplacer Gestens. Cette nouvelle plateforme permet à présent aux étudiants d'accéder à leurs résultats en lignes et de s'inscrire aux cours.

Au niveau universitaire, nous vous rappelons que le Conseil des Étudiants, qui est l'organe législatif de l'AGEF, regroupant des représentants de toutes les facultés de l'Université, a lieu environ une fois par mois et est ouvert au public. Y sont traités tous les sujets de la vie universitaire et notamment la hausse des taxes d'études – nous ne pouvons que vous recommander d'y participer !

La FS représente les étudiants de la Faculté de droit dans toute les prises de décisions qui les concernent de près ou de loin. Dans cette optique, il nous tient à cœur de refléter au mieux vos divers avis, n'hésitez donc pas à nous les transmettre.



www.facebook.com/fribourglawreview

@UniFrLawReview