

QUID?

FRIBOURG LAW REVIEW

ARTICLES

An Introduction to Constitutional Secession

Fabrizio Emanuele Crameri

Welche Bedeutung kommt im Rahmen von Art. 8 UWG den
Konsumentenschutzorganisationen zu?

Frédéric Lazeyras

Perinçek c. Suisse et la problématique du négationnisme dans la
jurisprudence de la CourEDH

Lucien Hürlimann

Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu einem heterosexuellen Elternpaar,
das von einer Leihmutter in den USA geboren wird

Laura van Tiel

Les problèmes de calcul du dommage dans le contrat de gestion de fortune

Mathieu Singer

La réduction des acquisitions *ab intestat*

Jérémy Stauffacher

CAREER SPOTLIGHT

Interview avec Dominique de Buman, Conseiller national et
deuxième Vice-Président du Conseil National



Editors	Edouard de Weck Chiara Bottaro Guillaume Braid Quentin Cuendet Constance de Planta Marwan Douihou Noémie Gossweiler Simon Mazidi Alexandra Rayroux Alborz Tolou
Faculty Advisors	Prof. Samantha Besson Prof. Ramon Mabillard
Honorary Members	Prof. Benoît Chappuis Nadja Al Kanawati, Krisztina Balogh, Hélène Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti, Matthias Lanzoni, Louis Muskens
Sponsors	Fachschaft Jus/AGEF Institut pour le droit suisse et international de la construction Peter Jäggi Gedächtnisstiftung Fondation pour le droit suisse de la circulation routière Law Faculty of the University of Fribourg
Contact	Quid? Fribourg Law Review www.unifr.ch/ius/quid fribourglawreview@unifr.ch
Printing	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Layouting	Simon Mazidi, Benjamin Bürgi

Proposition de citation pour QUID? FRIBOURG LAW REVIEW: QFLR

Vorgeschlagene Zitierweise für QUID? FRIBOURG LAW REVIEW: QFLR



www.facebook.com/fribourglawreview



[@UniFrLawReview](https://twitter.com/UniFrLawReview)

EDITORIAL 4

ARTICLES

An Introduction to Constitutional Secession 6

Fabrizio Emanuele Crameri

Welche Bedeutung kommt im Rahmen von Art. 8 UWG den Konsumentenschutzorganisationen zu? 11

Frédéric Lazeyras

Perinçek c. Suisse et la problématique du négationnisme dans la jurisprudence de la CourEDH 15

Lucien Hürlimann

Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu einem heterosexuellen Elternpaar, das von einer Leihmutter in den USA geboren wird 19

Laura van Tiel

Les problèmes de calcul du dommage dans le contrat de gestion de fortune 23

Mathieu Singer

La réduction des acquisitions *ab intestat* 27

Jérémy Stauffacher

PhD CANDIDATE

Le critiche all'attuale definizione di morte 31

Benedetta Galetti

STUDYING ABROAD

Parallelleben in zwei Rechtssystemen: Volksrepublik China vs. Schweiz 33

Josephine Rüeggsegger

CAREER SPOTLIGHT

Interview avec Dominique de Buman, Conseiller national et deuxième Vice-Président du Conseil National 39

MISLEADING CASES 47

Chère lectrice, cher lecteur,

Après bientôt trois ans d'existence, QUID? FRIBOURG LAW REVIEW se porte bien ! Nous sommes heureux de vous présenter ce – déjà – cinquième numéro et son lot de nouveautés, quelque part entre continuité et innovation. Désormais bien implantée dans le paysage juridique et étudiantin fribourgeois, la revue a une nouvelle fois drainé de nombreuses contributions des étudiants de l'Université ; vous y trouverez une sélection d'excellents articles, rédigés en quatre langues et portant sur des sujets très variés.

Le premier traite une question éminemment actuelle en Europe : FABRIZIO EMANUELE CRAMERI y analyse le droit de sécession au sein d'un État. FRÉDÉRIC LAZEYRAS aborde ensuite un sujet plus proche de notre quotidien : le rôle des associations de protection des consommateurs en lien avec l'art. 8 LCD. L'affaire *Perinçek c. Suisse*, qui a fait grand bruit dans les médias, est replacée dans le contexte plus général du traitement réservé au négationnisme dans la jurisprudence de la CEDH par LUCIEN HÜRLIMANN. Une autre jurisprudence récemment très médiatisée, relative à la reconnaissance en Suisse du lien de filiation d'un enfant né d'une mère-porteuse aux États-Unis, est analysée dans nos colonnes par LAURA VAN TIEL. Toujours en matière de droit privé, MATHIEU SINGER expose les problèmes affectant le calcul du dommage dans le contrat de gestion de fortune. Enfin, JÉRÉMY STAUFFACHER présente la problématique relative à la réduction des acquisitions *ab intestat*, en lien notamment avec l'avant-projet de modification du droit des successions.

Dans la rubrique *PhD Candidates*, BENEDETTA GALETTI analyse l'actuelle définition juridique de la mort et les critiques qu'elle suscite. Elle nous présente ainsi l'un des aspects de son travail de doctorat auprès de la chaire de droit fiscal et de philosophie du droit du Prof. HENRI TORRIONE, dont le titre est *La mort provoquée : fondements possibles, critiques, réglementation légale et alternatives*.

Pour cette nouvelle édition de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW, nous avons également le plaisir de vous présenter deux nouvelles sections abordant le droit sous un angle plus récréatif. La première section, *Studying Abroad*, ouvrira dorénavant ses colonnes aux étudiants de l'Université de Fribourg partis découvrir de nouveaux horizons. Dans cette édition, JOSEPHINE RÜEGSEGGER illustre dans une histoire douce-amère

Liebe Leserin, lieber Leser

QUID? FRIBOURG LAW REVIEW besteht nun schon seit fast drei Jahren und sie haltet sich gut! Mit Freude präsentieren wir Ihnen bereits die fünfte Ausgabe gespickt mit Überraschungen, die sich wie gewohnt zwischen Kontinuität und Innovation bewegen. Mittlerweile breit in der juristischen Landschaft und bei den Freiburger Studenten abgestützt, hat die Zeitschrift erneut eine Vielzahl von Beiträgen von Studenten der Universität erhalten. Sie werden in dieser Ausgabe erneut eine spannende Auswahl von Artikeln finden, welche in vier Sprachen verfasst wurden und vielfältige Themen zum Gegenstand haben.

Der erste Artikel dieser Ausgabe behandelt eine höchst aktuelle Frage in Europa: FABRIZIO EMANUELE CRAMERI untersucht darin das Sezessionsrecht innerhalb eines Staates. Darauffolgend behandelt FRÉDÉRIC LAZEYRAS ein Thema, welches sich näher an unserem Alltag befindet, nämlich die Bedeutung der Konsumentenschutzorganisationen im Rahmen von Art. 8 UWG. Das Urteil *Perinçek c. Suisse*, welches für grosse Aufruhr in den Medien gesorgt hat, wird im Artikel von LUCIEN HÜRLIMANN näher untersucht. Dabei wird das kürzlich ergangene Urteil zur Leugnung von Völkermorden mit der bisherigen Rechtsprechung des EGMR verglichen. Eine nicht minder diskutierte Thematik, die Anerkennung eines mittels Leihmutterchaft begründeten Kindesverhältnisses zu einem heterosexuellen Elternpaar, wird uns im Artikel von LAURA VAN TIEL präsentiert. Ebenfalls aus dem Bereich des Privatrechts stammt der Artikel von MATHIEU SINGER über die Probleme betreffend die Berechnung des Schadens im Rahmen von Vermögensverwaltungsverträgen. Der Artikel von JÉRÉMY STAUFFACHER über die Gesetzesänderungen im Erbrecht – genauer, über die Herabsetzung der gesetzlichen Erbrechte – rundet das Spektrum ab.

In der Rubrik *PhD Candidate* untersucht BENEDETTA GALETTI die aktuelle juristische Definition des Todeszeitpunktes und die damit verbundene Kritik. Sie präsentiert uns sodann einen der Gesichtspunkte ihrer Forschungsarbeit, die sie am Lehrstuhl für Steuerrecht und Rechtsphilosophie von Prof. HENRI TORRIONE unter dem Titel *La mort provoquée : fondements possibles, critiques, réglementation légale et alternatives* verfasst.

Es freut uns ausserdem sehr, Ihnen im Rahmen dieser Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW zwei

venue d'Extrême-Orient quelques différences entre les droits civils chinois et suisse. La seconde, *Misleading Cases*, évoque quelques cas insolites issus de la jurisprudence récente. Nous remercions ici LawInside.ch, plateforme spécialisée en analyse de jurisprudence de droit suisse lancée par des étudiants de l'Université de Fribourg, pour leur collaboration.

La rubrique *Career Spotlight* offre, comme c'est désormais la tradition, un éclairage sur le parcours d'un alumnus de notre faculté de droit. QUID? FRIBOURG LAW REVIEW a eu le grand privilège de rencontrer DOMINIQUE DE BUMAN, deuxième Vice-Président du Conseil National, qui a bien voulu nous livrer ses souvenirs d'études à l'Université de Fribourg ainsi que partager avec nos lecteurs quelques aspects de son long et brillant parcours politique au service du Canton de Fribourg et de la Confédération. Nous tenons à le remercier chaleureusement d'avoir bien voulu prendre le temps de partager son expérience avec nous.

Nous souhaitons également particulièrement remercier nos *Faculty Advisors*, la prof. Samantha Besson et le prof. Ramon Mabillard, ainsi que nos membres par-rains, pour leur soutien renouvelé à QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

La publication de cette cinquième édition n'aurait pas été possible sans nos sponsors. Nous adressons ainsi nos remerciements à la Fachschaft de droit, la faculté de droit de l'Université de Fribourg, la Fondation Peter Jäggi, la Fondation pour le droit suisse de la construction ainsi que la Fondation pour le droit de la circulation routière 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 cinquième édition de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le comité de rédaction

neue Rubriken präsentieren zu dürfen, die das Recht unter einem etwas anderen Blickwinkel als gewohnt betrachten. *Studying Abroad* soll es Studenten, die ein Auslandsemester absolvieren, ermöglichen, ihre Erfahrungen und Erlebnisse zu teilen und uns einen Einblick in fremde Länder und Sitten zu gewähren. In der aktuellen Ausgabe erzählt uns JOSEPHINE RÜEGSEGGER eine bittersüsse Geschichte aus dem Fernen Osten und zeigt Differenzen zwischen dem schweizerischen und chinesischen Zivilrecht auf. In der zweiten Rubrik, *Misleading Cases*, wird jeweils ein ungewöhnlicher Fall der neusten Rechtsprechung vorgestellt. Wir möchten die Gelegenheit nutzen und hiermit auch LawInside.ch, einer Plattform, welche die aktuelle Schweizer Rechtsprechung analysiert und von Studenten der Universität Freiburg lanciert wurde, für die Zusammenarbeit danken.

In der Rubrik *Career Spotlight* stellen wir Ihnen wie gewohnt die Laufbahn eines Alumnus unserer Rechtsfakultät vor. In dieser Ausgabe erinnert sich DOMINIQUE DE BUMAN, zweiter Vizepräsident des Nationalrates, an seine Studienzeit an der Universität Freiburg zurück und gewährt uns spannende Einblicke in seine lange und erfolgreiche politische Karriere. Hiermit möchten wir uns noch einmal herzlich bei DOMINIQUE DE BUMAN bedanken, dass er seine Erinnerungen und Zeit mit uns geteilt hat.

Für deren geschätzte Unterstützung bei der Herausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW bedanken wir uns ebenfalls herzlich bei unseren *Faculty Advisors*, Prof. Samantha Besson und Prof. Ramon Mabillard, sowie bei unseren aktiven Ehrenmitgliedern für deren wiederholte Unterstützung.

Auch diese fünfte Ausgabe wäre nicht ohne unsere Sponsoren realisierbar gewesen, weshalb wir an dieser Stelle auch der Fachschaft Jus, der juristischen Fakultät der Universität Freiburg, der Peter Jäggi Gedächtnisstiftung, der Stiftung für schweizerisches Baurecht und der Stiftung für Verkehrsrecht herzlich für ihren wertvollen Beitrag zum Erfolg der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW danken.

Uns bleibt nur noch, Ihnen eine spannende und anregende Lektüre zu wünschen. Wir freuen uns auf Ihre Anmerkungen und Rückmeldungen zur fünften Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

An Introduction to Constitutional Secession

Fabrizio Emanuele Crameri (cand. MLaw, Unterassistent von Prof. Eva Maria Belser am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht I, Universität Freiburg)*

The author explores the relevance of secession clauses in a constitution. He argues that providing for secession in their constitution is a way for states to regulate self-determination in a peaceful manner. He concludes that there is however no consensus on the form or the content that such a secession clause should have.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction¹

Should a country's constitution include a secession clause? Since the fall of communism in Eastern Europe in the early 1990s, academics from all over the world have renewed their interest in the principle of self-determination and more specifically, secession. Regional groups, not only in European countries but also in many states worldwide, are increasingly demanding greater autonomy or independence. For most of human history and persisting into the present day, one of the most effective measures of secession has been war. The reaction of the international community to these new movements has been unequal and often dictated more by politics than law. Unfortunately, even though a principle of self-determination exists in international law, it is far from clear if and to what extent such principle can be enforced. Therefore, it is a task for national law (i.e. constitutional law) to regulate self-determination. The purpose of this essay is to introduce the issue of the constitutional right to secede and to examine comprehensively the legal implications of the same. This question finds itself trapped between international law and constitutional law. The right of self-determination within international law will not be thoroughly discussed since a complete and fair treatment of this issue would require a separate essay.

* Special thanks for the careful review of the essay to Prof. em. Dr. Raymond J. Goodman, of the University of New Hampshire (USA), and Dr. Rekha Oleshak, Senior Research Fellow at the Institute of Federalism (University of Fribourg, CH).

¹ This essay merely introduces the complex topic of Constitutional Secession and represents therefore just the tip of the iceberg.

I. Self-determination in International Law

A. Legal Personality and Recognition of Statehood

The meaning of self-determination is to become a subject of international law, and a country or a somehow autonomous or semi-autonomous region within a country to determine its international obligations. This principle incarnates the fundamental right of every people to define liberally its own political status and freely pursue its economic, social and cultural development (e.g. to become an independent state).²

A state can be defined as a *sovereign* and *independent* entity consisting of a permanent *population* that occupies a clearly defined *territory*, over which a *functioning government* operates.³ Recognition as such is not constitutive for a state to exist.⁴ However, international law does not take into consideration the political interests of the international community, which hinder *de facto* the implementation of these international legal rules.⁵

The question arises as what to do with non-recognized entities that fulfil all the abovementioned criteria (e.g. Taiwan, Catalonia, Quebec, Basque Country, Scotland, Flanders, etc.). This conundrum seeks a solution through the principle of self-determination.

B. Limited Applicability of the Principle of Self-determination

By 1970 self-determination was established as a general principle of international law. Its enforcement, however, remained restricted to a right to be free

² BESSON Samantha, *Droit international public*, Abrégé de cours et résumés de jurisprudence, 2nd ed., Bern 2013, pp. 32 sq.; DAES Erica-Irene A., *The Right of Indigenous Peoples to "Self-Determination" in the Contemporary World Order*, in: Clark/Williamson (ed.), *Self-Determination, International Perspectives*, Chippenhams 1996, p. 47.

³ BESSON (Fn. 1), p. 33; CRAWFORD James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford 2012, pp. 128 sq.

⁴ ZIEGLER Andreas R., *Einführung in das Völkerrecht*, 3rd ed., Bern 2015, 428.

⁵ GRANT Thomas D., *Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents*, in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37/1999, p. 414.

from colonial domination. In fact, there is a customary rule for the external self-determination obtainable from the practice of decolonization. In the sense of the establishment of an obligation for the international community of states, the United Nations allow peoples subjected to foreign domination (colonization or foreign occupation by force) or as part of a state that practices apartheid, to determine its own destiny in one of the following ways: to gain independence, to associate or integrate into another already existing state or to be able, at the least, to choose independently its own political system.⁶ Despite being defined as a human right of general nature, it remains unclear as to whether the actual scope of the right to self-determination extends above the narrow context of decolonization.⁷

II. The Constitutional Right of Secession

The absence of a clear solution in international law does not provide the necessary legal certainty of the right of secession. Therefore, the burden to regulate self-determination and secession vests with national law (i.e. constitutional law).

A. The Philosophical Views of Statehood

In order to differentiate between the legitimacy and illegitimacy of the constitutional right of secession, it is important to understand the philosophical context in which the right of secession exists.

The solution to the debate finds its roots in the conflict between two different concepts of political order: the Hobbesian Paradigm and the Althusian Paradigm.⁸

1. The Hobbesian Paradigm

The Hobbesian Paradigm, as depicted by English philosopher Thomas HOBBS in his political work *Leviathan* (1651), implicates a contract among egotistically motivated individuals who unanimously consent to transfer their individual sovereignty and autonomy to a single, third party sovereign. Once the sovereign

is established, his power is considered to be absolute and indissoluble. Consent has the same implication that might be given to modern contract theory: once and for all. This view of the state brings us to the impossibility for a group of people to secede as a consequence of the irrevocable transfer of their sovereign wills in the original contract. Basically, they give up their right to secede.⁹

Even constitutional democratic states can reflect the Hobbesian Paradigm where the people delegate their authority to a democratic legislative body in a permanent and irrevocable manner. The modern incarnation of HOBBS' view of the state, however, can only function if based on certain principles of justice. If the modern version of the Hobbesian Paradigm treats the world's constitutional democratic states as being "just", what might explain the secessionist movements in countries like Canada, Italy, Spain, Belgium, the United Kingdom, and others?¹⁰

2. The Althusian Paradigm

Alternatively, the Althusian Paradigm, as described in the political work *Politica* (1603) by Dutch philosopher Johannes ALTHUSIUS, labels the origins of political order as a creature with social bonds and duties that make it of federative nature. His teachings show that the original political unit lies in the family because it contains the roots of authority and subordination. Families later willingly unite in what could be a village or a town (i.e. a commune or municipality) and delegate their authority to a council. All councils of a specific region can also unite to form a province (i.e. canton) that becomes one of the state's subnational units. The symbiotic relationship of all these independent social players is what ALTHUSIUS means with the term sovereignty. The delegation of authority (i.e. the original consent) is seen as uninterrupted with a possibility to withdraw from it at any time (i.e. social units can legally secede from their upper social unit).¹¹

B. Debate

Depending on the political and philosophical view of the state, one can argue *whether secession should be*

⁶ FOCARELLI Carlo, Schemi delle lezioni di diritto internazionale, Perugia 2003, pp. 28 sq.

⁷ BELSER Eva Maria/FANG-BÄR Alexandra, Self-determination and Secession: Historic and Current Ambiguities of International Law (pp. 47-79), in: Belser/Fang-Bär/Massüger/Oleschak (eds.), States Falling Apart?, Secessionist and Autonomy Movements in Europe, Bern 2015, p. 65.

⁸ LIVINGSTON W. Donald, The Very Idea of Secession, in: Society, Vol. 35/No. 5/July-August 1998, p. 38.

⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰ KREPTUL Andrei, The Constitutional Right of Secession in Political Theory and History, in: Journal of Libertarian Studies, Ludwig von Mises Institute, Vol. 17/No. 4/Fall 2003, pp. 44, 49.

¹¹ LIVINGSTON (Fn. 7), p. 39.

included in constitutional law or not. What speaks for and what against constitutional secession?

1. Arguments Against Constitutional Secession

On the one hand, Cass SUNSTEIN argues that a right to secession would endorse strategic behaviour by the subnational units. For instance, economically rich regions such as Catalonia and Veneto would try not to supply the central state with the essential resources needed to uphold justice in the entire country.¹² SUNSTEIN further posits that “if the right to secede exists, each subunit will be vulnerable to threats of secession by the others”.¹³ Such state of affairs could possibly lead to pernicious effects on the democratic process, which, in a constitutional government, should promote democratic participation based on compromise, cooperation and political stability (i.e. the dissolution of the central state’s authority). For want of a better word, this could lead to political disaster. To deal with such problems, SUNSTEIN would rely on the internal mechanisms provided by constitutional democracy such as federalism and judicial review among others.¹⁴

Allen BUCHANAN follows a similar path. He argues that a right to secede would create an encouragement for the central state’s government to repel efforts to decentralize in the fear that this would lead to its disintegration.¹⁵

2. Arguments for Constitutional Secession

On the other hand, Wayne NORMAN sees the constitutional right to secede as a speculative way of persuasively keeping secessionists within the territory of the democratic state.¹⁶ Furthermore, he argues that the constitutionalization of the right to secede would serve to engrave secession in the rule of law thus reducing the possibility of violence or disorder in the political order of the democratic state.¹⁷ Finally, he states that the existence of a secession clause would be “*evidence that the state is united by consent and not*

by force”.¹⁸

Another interesting argument brought by Daniel WEINSTOCK posits that secession may be treated as a questionable vice such as prostitution or the use and abuse of marijuana, tobacco or alcohol. If it is to be treated as a questionable vice in which people are going to engage regardless of its legal status—legal or illegal, the better solution is to legalize secession since the government can regulate the behaviour.¹⁹

C. Notable Mentions of a Constitutional Allowance to Secede

Having enquired whether a constitutional secession clause could be appropriate or not, is it worth considering what such clause looks like in the world’s modern legal systems.

1. Countries with Explicit Rights of Secession

There are two countries with an entrenched principle of secession: *Ethiopia* and *St. Kitts and Nevis*. In both of these country’s constitutions, secession provisions consist in a detailed procedure that would have to be followed for a secession to take place. In both countries nervous minorities demanded these provisions as a condition for their partaking in the new states.²⁰ Art. 39(1) of the Ethiopian Constitution (1995) states, that “every nation, nationality, and people in Ethiopia has the unconditional right to self-determination, including the right to secession”.²¹ Further explanations are to be found in the five sections and five sub-sections of the same Article.²² In a similar way, eight clauses and three sub-clauses in Section 113 of the Constitution of St. Kitts and Nevis (1983) include the expressed right of secession.²³ In the late 1990s, the people of Nevis chose to exercise their right to secede from St. Kitts without success. Both Ethiopia and St. Kitts and Nevis remain federated.²⁴

¹² SUNSTEIN Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford 2001, pp. 102 sq.

¹³ *Ibid.*, p. 103.

¹⁴ *Ibid.*, p. 112.

¹⁵ BUCHANAN Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford 2004, p. 349.

¹⁶ NORMAN Wayne, *Negotiating Nationalism: Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford 2006, p. 175.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 174 sq.

¹⁸ NORMAN Wayne, *Secession and (Constitutional) Democracy*, in: *Democracy and National Pluralism*, Requejo Ferran (ed.), London 2001, pp. 5 sq.

¹⁹ WEINSTOCK Daniel, *Toward a Proceduralist Theory of Secession*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 13/July 2000, pp. 261 sq.

²⁰ NORMAN (Fn. 15), p. 176.

²¹ *Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia* (1995).

²² KREPTUL (Fn. 9), p. 73.

²³ NORMAN, (Fn. 15), p. 176; *Statutory Instruments* 1983 No. 881, the *Saint Christopher and Nevis Constitution Order* 1983.

²⁴ KREPTUL (Fn. 9), p. 75.

2. Countries with Procedures for Changing Borders

Austria and *Singapore* do not expressly recognize a right to secession but somehow allow the possibility for changes to the territory.

Austria, for instance, states in Article 3 of its constitution (1920) that “a change in the federal territory (...) can, apart from peace treaties, only be effected by corresponding constitutional laws of the Federation and the State whose territory undergoes change”.²⁵

After its secession from Malaysia in 1965, Singapore inserted a provision in its constitution (1965) stating that no part of the Republic of Singapore can be surrendered or transferred in any way whatsoever unless such action has been supported by a national referendum by not less than two-thirds of the entire population of the republic.²⁶

3. A Quasi-constitutional Right of Secession

There are countries with active secessionist movements but without any mention of secession in their constitutions whatsoever. However, it occurs that constitutional judges could interpret other constitutional principles and provisions in a way that one can *read* a right to secede *into* the constitution. The first to do this were the *French* judges, who found in this

a way to give “Overseas Departments” the right to be independent from France.²⁷ Worth mentioning is the *Canadian* case: in 1998, the Canadian Supreme Court released an *Opinion* explaining what steps would be needed for Quebec to secede.²⁸

Conclusion

The necessities of national minorities should be open for free negotiation. The deficiency in free negotiation would enhance the rise of secessionist movements. A constitutional silence on the issue of secession would be counterproductive for both the state and the secessionists. A constitutional clause of secession would help minorities gain more leverage in their negotiating ability with the central state. This is leverage, which these national minorities would not have gotten otherwise because of their small size and less importance. If secessionists lack the conviction to secede, and their will to secede consequently diminishes, the internal political stability of the central state would benefit tremendously.

It remains controversial whether it is appropriate for constitutions to deal explicitly with secession. There is no specific consensus as regards the debate about the content of such a clause of secession or even about its existence. Such opinions vary depending on which philosophical theory of the state is supported.

²⁵ Bundes-Verfassungsgesetz (*Gesetz, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird*), StGBI. Nr. 450/1920.

²⁶ Part III, Article 6(1) of the Constitution of the Republic of Singapore (1965).

²⁷ NORMAN (Fn. 15), pp. 176 sq.

²⁸ The full Supreme Court opinion available at <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>>, accessed on the 31st of March 2016; KREPTUL (Fn. 9), p. 78.



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Universität Freiburg Schweiz
Stiftung für Juristische Weiterbildung Zürich

Institut pour le droit suisse et international de la construction
Université de Fribourg, Suisse
Fondation du droit de la construction

VERGABETAGUNG MARCHÉS PUBLICS

FREITAG, 24. JUNI 2016

KONGRESSHAUS GOTTHARDSTRASSE 5, ZÜRICH

Neue Themen, neue Urteile

Prof. Dr. iur. Martin Beyeler, Freiburg; Dr. iur. Stefan Scherler, Rechtsanwalt, Winterthur

Europäische Vergaberichtlinien 2014 (und ihre Umsetzung in Deutschland)

Dr. iur. Fridhelm Marx, ehem. Leiter der Unterabteilung Wettbewerb und Ministerialdirigent im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Deutschland

Podiumsdiskussion: Prävention vor Missbrauch und Korruption im Vergabewesen

Dr. iur. Michael W. Faske, Leiter Fraud Investigation & Dispute Services, EY, Zürich; Urs Matti, Leiter Bau- und Beschaffungsprüfungen, Eidgenössische Finanzkontrolle EFK, Bern; Prof. Dr. iur. Daniel Jositsch, Ständerat, Zürich; Marc Steiner, Bundesverwaltungsrichter, St. Gallen/Bern; Dr. iur. Stefan Scherler, Rechtsanwalt, Winterthur

Referenzen, Labels und Zertifikate

Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin, Zürich

Die Vergabe von IT-Verträgen

Gianni Fröhlich-Bleuler, Rechtsanwalt, Zürich

Gelenkter oder beschränkter Wettbewerb?

Konzession, Bestellverfahren und Ausschreibung im öffentlichen Verkehr heute

Regula Herrmann, Sektionschefin Personenverkehr, BAV, Bern; Peter König, Sektionschef Recht, BAV, Bern

Freie Diskussion

Prof. Dr. iur. Martin Beyeler, Freiburg; Julia Bhend, Rechtsanwältin, Winterthur

Einschreibung unter www.unifr.ch/baurecht

MERCREDI, 22 JUIN 2016

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Les grandes nouveautés, en particulier dans la réglementation

Jean-Baptiste Zufferey, professeur à l'Université de Fribourg

La jurisprudence récente

Jacques Dubey, professeur à l'Université de Fribourg

Le critère du prix

Bertrand Reich, avocat, Genève

Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs

Guerric Riedi, titulaire du brevet d'avocat, CAS en droit de la construction et de l'immobilier, responsable du Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud

L'égalité homme-femme: une nouvelle exigence

Roman Graf, ancien directeur de recherche à l'OUE (Observatoire universitaire de l'emploi, Université de Genève), expert indépendant

Table ronde: les nouveautés de la révision 2016

Modération: Jean-Baptiste Zufferey, professeur à l'Université de Fribourg

Inscription sur www.unifr.ch/droitconstruction

**Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction**

Av. Beauregard 13, CH-1700 Freiburg Tel. 026 300 80 40 Fax 026 300 97 20
www.unifr.ch/baurecht baurecht@unifr.ch droitconstruction@unifr.ch

Welche Bedeutung kommt im Rahmen von Art. 8 UWG den Konsumentenschutzorganisationen zu?

Frédéric Lazeyras (Bachelor-Student, Universität Freiburg)

La loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), révisée partiellement en 2012, permet désormais aux associations de protection des consommateurs de s'attaquer efficacement à des clauses de conditions générales abusives. Dans ce contexte, l'auteur compare l'action des organisations actuellement prévue par la procédure civile suisse à une hypothétique class action sur le modèle américain.

Abstract provided by the Editorial Board

Einleitung

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wurde 2012 teilweise revidiert. Von den Änderungen betroffen, war unter anderem auch Artikel 8.¹ Eine Revision dieses Artikels erschien nötig und wünschenswert, da die Voraussetzung der Irreführung, welche schwer zu beweisen war, die Durchsetzbarkeit des Art. 8 aUWG lähmte.² Die Revision des Art. 8 UWG hat die potenzielle Verwendung der in Art. 9 und 10 UWG vorgesehenen Individualklage und Verbandsklage (einschliesslich der Konsumentenschutzorganisationsklage des Art. 10 Abs. 2 lit. b) erlaubt. Wiederum wurde der Anwendungsbereich des Artikels mit dem Erfordernis des Kriteriums des Konsumenten beschränkt. Die Inhaltskontrolle der AGB nach Art. 8 UWG wird neu nur auf b2c Verträge angewandt, und nicht auf b2b oder c2c-Verträge (*business-to-business; consumer-to-consumer*), was die

nötige Vertragsfreiheit des Handelsverkehrs sichert.³ Allerdings ist eine Verbesserung der materiell-rechtlichen Grundlage in der Praxis nur spürbar, wenn ihre Durchsetzung möglich ist.⁴ Diese Durchsetzung obliegt zum grossen Teil den Konsumentenschutzorganisationen, von deren Bedeutung im Bereich der missbräuchlichen AGB-Klauseln in dieser Arbeit die Rede ist.

I. Die greifbaren Ansprüche der Konsumentenorganisationen (Art. 9 f. UWG)

Die Konsumentenschutzorganisationen sind gemäss Art. 10 Abs. 2 UWG nur legitimiert, negatorische Ansprüche (Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG) geltend zu machen.⁵ Reparatorische Ansprüche sind ausgeschlossen. Hingegen können die Konsumentenschutzvereinigungen, unabhängig davon, ob das Interesse des Verbands betroffen ist und ohne Rücksicht auf die Klageberechtigung ihrer Mitglieder, Klage erheben; es handelt sich also in Art. 10 Abs. 2 UWG um eine altruistische Verbandsklage.⁶ Nachstehend wird jede Klage erwähnt und ihre Relevanz in Bezug auf die missbräuchlichen AGB kurz erklärt.

A. Unterlassungsklage (Art. 9 Abs. 1 lit. a)

Zunächst kann eine drohende Verletzung der Konsumenteninteressen mit der Unterlassungsklage verboten werden. Beispielsweise kann verlangt werden, dass die AGB-Klauseln in Zukunft nicht mehr verwendet werden dürfen, weil sie eine ernsthafte Gefahr für die wirtschaftlichen oder persönlichen Rechte der Kunden darstellen.⁷

¹ Art. 8 UWG lautet folgendermassen: „Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“ Dieser Artikel gibt also Voraussetzungen für eine offene Inhaltskontrolle der verwendeten AGB vor, die von einer Vertragspartei übernommen worden sind; dazu: TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5. Aufl., Genf 2012, N 865.

² MARCHAND, *Droit de la consommation: le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Diss., Genf 2012, S. 150.

³ MARCHAND [Fn. 2], S. 150; SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Bern 2012, N 46.03.

⁴ RUSCH/SCHIRRMACHER, *Konsumentenorganisationen im AGB-Streit*, in: *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, Bd. 149 (2013), Bern 2013, S. 683.

⁵ JUNG/SPITZ, *Kommentar zu Art. 10*, in: Jung/Spitz [Hrsg.], *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (Stämpfli's Handkommentar)*, Bern 2010, Art. 10 UWG N 2.

⁶ JUNG/SPITZ [Fn. 5], Art. 10 N 2.

⁷ BRUNNER, *Mangels Verband keine Klage: zur Problematik der Verbandsklage*, in: Fuhrer/Weber [Hrsg.], *Allgemeine Versicherungsbedingungen*, Zürich 2011, S. 151.

B. Beseitigungsklage (Art. 9 Abs. 1 lit. b)

Dem Kläger steht auch die Beseitigungsklage zur Verfügung: Er kann damit eine gegenwärtige, andauernde Verletzung beseitigen. So kann zum Beispiel die Gegenpartei verpflichtet werden, die unlauteren AGB-Klauseln definitiv vom Vertrag auszulassen.⁸ Die Klage hat somit sowohl einen repressiven als auch einen präventiven Zweck.⁹

C. Feststellungsklage (Art. 9 Abs. 1 lit. c)

Wenn die Widerrechtlichkeit andauernd störend ist, kann diese lediglich festgestellt werden (vor allem bei einer widerrechtlichen Verletzung der Persönlichkeit).¹⁰ Bei missbräuchlichen AGB-Klauseln ist dies namentlich der Fall, wenn diese die wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten beeinträchtigen, oder wenn sie eine bestimmte Personengruppe grundlos diskriminieren, denn AGB sind begrifflich vorformuliert und auf eine ungewisse Zahl von Vertragsschlüssen gerichtet.¹¹ Diese Klage, verbunden mit einer Urteilsveröffentlichung, ist für die Konsumentenorganisationen von Vorteil, weil sie für künftige Individualklagen der Kunden als Beispiel dienen kann.¹²

D. Anspruch auf Berichtigung, Mitteilung des Urteils an Dritte und Urteilspublikation (Art. 9 Abs. 2)

Dieser Anspruch weist mehrere Funktionen auf: Er kann erstens als eine Genugtuung für die betroffene Individualperson dienen, zweitens die entstandene Störung im Wettbewerb beseitigen und drittens weitere Verletzungen von Konsumenten vermeiden oder Unsicherheiten in der Allgemeinheit aufheben.¹³ Diese präventive Funktion ist für die Konsumentenschutzorganisationen sehr interessant. Ihnen steht damit ein Mittel zur Verfügung, um eine grosse Anzahl von Konsumenten zu informieren, insbesondere über die Verwendung missbräuchlicher AGB durch ein Unternehmen, eine Versicherungsgesellschaft, usw.¹⁴ Die Veröffentlichung kann natürlich

nicht die missbräuchliche AGB-Klausel von anderen Kunden aufheben. Aber auf diese Weise werden die Konsumenten, die aus verschiedenen Gründen¹⁵ auf einen Prozess verzichtet haben, über ihre Lage aufgeklärt: sie haben missbräuchliche AGB übernommen.¹⁶ Die Folgen können für den AGB-Verwender sehr ungünstig sein: Einerseits kann eine grosse Anzahl von Prozessen und andererseits eine zurückgehende Kundschaft daraus resultieren.¹⁷

II. Die Verbandsklage der Konsumentenschutzorganisationen

Nachfolgend werden die verschiedenen Zwecke der Verbandsklage dargestellt. Im Bereich der missbräuchlichen AGB sind diese Funktionen um so mehr ins Scheinwerferlicht gerückt, da die Individualklage kaum eine Rolle spielt. Gründe für diese Erfolglosigkeit sind einerseits das Prozessverlustisiko und die zuweilen hohen Verfahrenskosten für den Individualkläger, andererseits die Konkurrenz zwischen den lauterkeitsrechtlichen und den zivilrechtlichen Ansprüchen, die sich als attraktiver und günstiger erweisen.¹⁸ Generell ist die Einrichtung der Verbandsklage in der Schweiz sehr wichtig, da andere Mechanismen, welche den Konsumentenschutz fördern, entweder fehlen oder wenig verbreitet sind.¹⁹ Die wichtigste Alternative zur Verbandsklage, die sog. Sammelklage, wird ebenfalls in diesem Kapitel erläutert. Schliesslich wird die (zukünftige) praktische Bedeutung der Klage der Konsumentenorganisationen im Bereich der missbräuchlichen AGB skizziert.

A. Ziele der Verbandsklage

Die Verbandsklage sichert im Lauterkeitsrecht die kollektive Interessenwahrung mittels Abwehr von Wettbewerbsstörungen.²⁰ Zudem kommt der Verbandsklage eine Regulierungsfunktion zu: Mit der

⁸ BRUNNER [Fn. 7], S. 152.

⁹ GORDON-VRBA, AGB-Kontrolle durch Verbandsklagen der Konsumentenverbände, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014.

¹⁰ KOLLER, Art. 8 UWG: eine Auslegeordnung, in: Das Bankkonto, Basel 2013, S. 68.

¹¹ BRUNNER [Fn. 7], S. 151.

¹² GORDON-VRBA [Fn. 9], N 34.

¹³ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002, N 14.24.

¹⁴ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI [Fn. 13], N 14.24.

¹⁵ Namentlich wegen Informations-, Geld- oder Mutmangel.

¹⁶ DUPONT, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, in: Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012, S. 136.

¹⁷ DUPONT [Fn. 16], S. 136.

¹⁸ MARTIN-ACHARD, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), Lausanne 1988, S. 94.

¹⁹ Neben der Sammelklage können Einrichtungen wie die Prozessfinanzierung (dazu: Verwaltungspraxis des Bundesbehörden (VPB) 2013, Nr. 7, S. 94 ff.) und der Musterprozess (dazu: RUSCH/SCHIRRMACHER, [Fn. 4], S. 699) genannt werden.

²⁰ RÜETSCHI, Kommentar zu Art. 10, in: BaKomm, Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Basler Kommentar), Basel 2013, Art. 10 UWG N 10.

Durchsetzung des materiellen Rechts garantiert sie das ideelle Ziel eines gerechten Standards innerhalb eines Gebietes (jenes der vertraglichen AGB zum Beispiel).²¹ Diese Funktion ist wesentlich, da im Bereich der missbräuchlichen AGB-Klauseln häufig von vielen kleinen Schäden (sog. Streuschäden) die Rede ist, sodass sich eine Klageerhebung durch eine private Person nicht lohnt.²² So kann die Verbandsklage in verschiedenen Branchen serienweise Missbräuche verhindern.

Der Verbandsklage kommt auch eine Präventivfunktion zu. Eine Klageerhebung durch einen der in Art. 10 Abs. 2 UWG genannten Verbände ist dank einfachem Zugang zu den Medien deutlich sichtbar, sodass ein grosser Personenkreis informiert werden kann. Zu diesem Personenkreis gehören sowohl künftige Konsumenten, Betroffene, die keinen Anspruch geltend gemacht haben, als auch Kunden, die unbewusst in ihren wirtschaftlichen Interessen verletzt worden sind.²³ Dazu kommt, dass Verbände, dank kompetenten Angestellten und nötigen Ressourcen, sicherlich besser dazu geeignet sind, die Konsumenteninteressen zu verteidigen, als der Kunde selbst mit einer Individualklage.²⁴

B. Die Sammelklage (Class Action)

Die sogenannte *class action* ist eine US-amerikanische Einrichtung, welche einer Personengruppe die Klageberechtigung gibt, um ihre kollektiven Ansprüche geltend zu machen.²⁵ Die benachteiligte Person ist automatisch in dieser Gruppe integriert, sodass sie nicht in Eigeninitiative die Klage erheben muss. Diese Institution bringt verschiedene Vorteile mit sich, wie die Beherrschung der Prozesskosten und der Abschreckungscharakter gegenüber Unternehmen.²⁶

Die *class action* wurde in der Schweiz mit dem Inkrafttreten der ZPO von dem Gesetzgeber nicht übernommen, weil dieses Verfahren gegen den Grundsatz verstösst, dass nur der Rechtsinhaber vor Gericht sein

Recht in Anspruch nehmen kann.²⁷ Diese Entscheidung wurde in der Lehre stark kritisiert: Durch ihre Eigenschaften würde diese Einrichtung den Konsumentenschutzvorschriften einen echten Vorteil gegenüber den Unternehmen beimessen.²⁸ Trotzdem spricht ein anderer Teil der Lehre gegen die Sammelklage, die auch eine Reihe von Nachteilen aufweist. Die Effizienz ist nicht in allen Fällen bewiesen und es wurden in der USA mehrere Missbräuche begangen. Auch lässt sich die Institution nur schwierig mit der schweizerischen Rechtsordnung in Einklang bringen.²⁹

Nach der Meinung des Verfassers kann das Fehlen der Sammelklage in der Schweiz nur bedauert werden: die Klageberechtigung der Konsumentenorganisationen ersetzt die Sammelklage nicht, weil sie nicht dieselbe Aufgabe erfüllt. Einerseits zielt die *class action* auf den Schadenersatz der Betroffenen ab, andererseits dient die Verbandsklage der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts. Die Verbandsklage entfaltet eher eine Präventivwirkung, während die Sammelklage die anhängigen Streitfälle regelt.³⁰

C. Praktische Bedeutung der Klage der Konsumentenschutzorganisationen

Zuerst einmal ist zu unterstreichen, dass es noch zu früh ist, die echte praktische Bedeutung der Konsumentenschutzorganisationen, im Bereich der missbräuchlichen AGB-Klauseln nach der Revision von Art. 8 UWG von 2012, festzustellen. Tatsächlich hat das Bundesgericht bis jetzt noch nicht über einen solchen Fall entscheiden müssen. Bis anhin würdigte hauptsächlich die Lehre die Neugestaltung des Artikels, vor allem dank der Abschaffung des Irreführungskriteriums.³¹

Obwohl es noch zu keinen Urteilen gekommen ist, sind die Konsumentenschutzorganisationen seit der Revision des Art. 8 UWG aktiver geworden.³² Eine grosse Zahl von AGB aus verschiedenen Unternehmen werden systematisch, in Anbetracht der neuen

²¹ GORDON-VRBA [Fn. 9], N 40 f.

²² GORDON-VRBA [Fn. 9], N 9.

²³ BERNI, Verbandsklage als Mittel privatrechtlicher Abwehr, Diss., Bern 1992, S. 168 f.

²⁴ MARTIN-ACHARD [Fn. 18], S. 95.

²⁵ UMULISA MUSABY, L'accès des consommateurs à la justice: de la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation à la procédure collective: étude de droit suisse et droit comparé, Diss., Lausanne 2008, S. 334.

²⁶ MARCHAND [Fn. 2], S. 287.

²⁷ FORNAGE, La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant, Diss., Bern 2011, N 1988; MARCHAND [Fn. 2], S. 288.

²⁸ FORNAGE [Fn. 27], N 1989.

²⁹ BRUNNER [Fn. 7], S. 147; UMULISA MUSABY [Fn. 31], S. 376 ff.

³⁰ MARCHAND [Fn. 2], S. 291.

³¹ BIERI, Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale?, Jusletter vom 24. Oktober 2011, N 12; BRUNNER [Fn. 7], S. 153; GORDON-VRBA [Fn. 9], N 43.

³² JENNY, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG: Folgerungen für die Ausgestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB), Diss., Zürich 2014, S. 63; MARCHAND [Fn. 2], S. 291.

Formulierung, geprüft. Vorerst wird das Unternehmen gebeten, die missbräuchlichen AGB-Klauseln anzupassen. Falls das Unternehmen auf diese Abmahnung nicht reagiert, werden die schweizerischen Verbände den Gerichtsweg einschlagen.³³ Mithin kann mit einer berechtigten Hoffnung erwartet werden, dass die Konsumenten in AGB-Streiten, dank der Vorteile der Verbandsklage und der seit 2012 möglichen offenen Inhaltskontrolle, zukünftig besser als vorher verteidigt werden.

Schluss

Seit 2012 besitzen Richter und Konsumentenschutzorganisationen ein wirksames Instrument, um allgemeine Geschäftsbedingungen als missbräuchlich zu erklären. Dank den verschiedenen Funktionen dieser Verbandsklage (Abschreckungs-, Regulie-

rungs- und Präventivfunktion) wird wahrscheinlich das Ansehen der Schweiz als „archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB“ abgetan.³⁴ Alles hat sich aber bis anhin nicht geklärt: Für die Konsumentenschutzorganisationen bleiben namentlich die Fragen offen, ob mit ihrem Einfluss konkret die AGB-Verwender abgeschreckt werden und ob die für die Verbände abwesende Kompensationsmöglichkeit den Anreiz zu einem lauterem Handel seitens der AGB-Verwender mildern wird.³⁵ Allerdings werden die Alternativen für die Konsumentenorganisationen (Prozessfinanzierung, Musterprozess, *Class action*) den Anreiz für die Verbandsklage nicht mindern: wegen Einbeziehungsproblemen im schweizerischen Recht werden sie sich nach Einschätzung des Autors in naher Zukunft nicht entwickeln.

³³ Medienmitteilung SKS (Stiftung für Konsumentenschutz) vom 22. Juni 2012.

³⁴ GAUCH, Ein „regelrechter“ Schluss, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), Bd. 1 H. 3 2009, Basel 2009, S. 228.

³⁵ GORDON-VRBA [Fn. 9], N 45.

JURISTISCHE RECHERCHE

WIR SUCHEN RECHT FÜR SIE

LEGAL RESEARCH ON DEMAND FÜR PRAXIS UND WISSENSCHAFT

Omnius sucht für Sie nach juristischer Literatur, Gesetzen, Rechtsprechung und Materialien.

Optimieren Sie Ihre Informationsbeschaffung und setzen Sie Ihre Ressourcen effizienter ein.

Erfahren Sie mehr unter
WWW.OMNIUS.CH

OMNIUS

www.omnius.ch | www.omnius-rechtsberatung.ch
Wir bieten auch spannende Jobs für
Studierende/Assistierende/Doktorierende
www.omnius.ch/jobs

Perinçek c. Suisse et la problématique du négationnisme dans la jurisprudence de la CourEDH

Lucien Hürlimann (étudiant en Bachelor, Université de Fribourg)*

Im vorliegenden Artikel stellt der Autor die allgemeine Rechtsprechung des EGMR in Fällen von Leugnung des Holocausts gegenüber dem Fall Perinçek. Insbesondere untersucht der Autor, inwiefern Einschränkungen zur Freiheit der Meinungsäußerung auf Art. 10 bzw. Art. 17 der EMRK abgestellt werden können. Dieser Argumentation bedient sich der Autor schliesslich, um das Ergebnis des EGMR im Fall Perinçek kritisch zu hinterfragen.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

En octobre 2015, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour) a condamné la Suisse en estimant qu'elle avait violé la liberté d'expression en condamnant Doğu Perinçek en vertu de l'art. 261bis al. 4 du Code pénal suisse car il avait qualifié le génocide arménien de mensonge international.

Cette condamnation, qui a fait grand bruit, peut sembler étonnante au vu de la jurisprudence constante de la Cour consistant à toujours accepter les restrictions à la liberté d'expression des négationnistes de la Shoah.

Le but de cet article sera donc de comprendre comment cet arrêt s'insère dans la jurisprudence de la Cour à propos du négationnisme. Pour ce faire, nous commencerons par énoncer les bases de la jurisprudence de la Cour concernant la liberté d'expression et ses modalités de restrictions selon les art. 10 §2 et 17 CEDH. Nous évoquerons ensuite l'évolution de la jurisprudence de la Cour concernant le discours négationniste de la Shoah et serons alors en mesure de discuter l'arrêt Perinçek c. Suisse.

I. L'importance de liberté d'expression (art. 10 CEDH) et ses conditions de restriction

A. Une liberté au service de la démocratie...

La Cour a précisé dans un arrêt célèbre que la liberté d'expression constitue « un des fondements essentiels de pareille société [démocratique] » et qu'elle vaut « non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population » puisqu'ainsi le veulent « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »¹. La Cour affirme donc l'importance de la protection des opinions minoritaires sans laquelle le débat risquerait de disparaître et l'opinion majoritaire deviendrait un dogme².

Bien que fondamentale, la liberté d'expression est toutefois susceptible d'être restreinte. La Cour utilise deux moyens pour traiter le discours négationniste, auxquels nous allons maintenant nous intéresser : l'art. 10 §2 CEDH, le cas de restriction classique à la liberté d'expression et l'art. 17 (interdiction de l'abus de droit).

B. ...limitée par les valeurs de la démocratie

1. Les conditions de restriction de l'art. 10 §2 CEDH

Le texte de l'art. 10 §2 CEDH prévoit trois conditions que doit remplir toute restriction à la liberté d'expres-

* Cet article est une version partielle et abrégée d'un travail de proséminaire rédigé sous la direction de la Prof. Besson intitulé « L'interdiction de l'abus de droit (art. 17 CEDH) et sa relation à la liberté d'expression (art. 10 CEDH) dans la jurisprudence de la CourEDH » disponible sur Academia (<https://institut-mehrsprachigkeit.academia.edu/LucienHürlimann>).

¹ CourEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, requête no 5493/72, §49.

² AFROUKH, M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse Montpellier, Bruxelles 2011, p. 216.

sion. La première est la légalité. La deuxième est que la restriction doit avoir pour but un des motifs énoncés dans l'art. 10 §2. Cette liste de buts est exhaustive mais large. La dernière condition est celle de savoir si la mesure est « nécessaire dans une société démocratique ». La Cour, en comparant les mots utilisés dans les différents articles de la Convention, arrive à la conclusion que même si le mot « nécessaire » n'est pas autant exigeant que le mot « indispensable », il n'a en tout cas pas la souplesse de mots tels que « utile », « admissible », « raisonnable » ou « opportun ». Elle le définit comme un « besoin social impérieux »³.

Il revient en premier lieu aux États de déterminer si besoin social impérieux il y a. C'est dû à ce qu'on appelle la marge d'appréciation. Elle se justifie par la meilleure appréhension de l'application concrète et particulière de la CEDH par les États membres et par le principe de subsidiarité⁴. Ce pouvoir d'appréciation des États membres n'est pas illimité et va de pair avec un contrôle européen qui est avant tout un contrôle de proportionnalité de la restriction et de mise en balance des intérêts en jeu⁵.

2. L'art. 17 CEDH, l'arme de la démocratie militante

La clause d'abus de la CEDH se fonde sur l'idée qu'il n'est pas possible d'utiliser un droit dans le but de détruire le système démocratique puisque c'est ce dernier qui permet l'existence dudit droit⁶. Ce concept découle de celui de la « démocratie militante », l'idée que les démocraties doivent être capables de faire face à des personnes ou groupes voulant utiliser l'appareil démocratique pour le détruire et qu'elles doivent donc prendre des mesures défensives⁷.

L'art. 17 CEDH ne s'applique qu'en présence d'actes ou activités « visant à la destruction des droits ou des li-

bertés reconnus par la Convention ». Seul un acte extrêmement grave saurait rentrer dans cette catégorie⁸. La Cour l'utilise pour restreindre la liberté d'expression dans trois cas : le discours politique anti-démocratique, le discours de haine et le discours négationniste qui nous intéresse ici.

La Cour a deux manières différentes d'utiliser l'art. 17 pour rejeter une requête abusive. Soit « directement », en déclarant la requête irrecevable sans rentrer au fond et donc sans contrôler la proportionnalité de la mesure étatique et ce en raison du contenu du discours jugé incompatible *ratione materiae* avec la Convention. Soit « indirectement », c'est-à-dire en examinant la compatibilité de la restriction étatique avec les conditions de l'art. 10 §2 mais en reconnaissant, en raison de l'art. 17, une marge d'appréciation plus grande aux États en ce qui concerne le critère de la nécessité dans une société démocratique.

II. Le discours négationniste dans la jurisprudence de la Cour

Précisons d'abord que lorsque le discours négationniste est accompagné d'une justification ou apologie du nazisme, on se retrouve dans un cas de figure plus proche du discours anti-démocratique qui n'est pas protégé par l'article 10 comme la Cour l'a dit à plusieurs reprises⁹. Nous nous contenterons donc d'examiner les cas où le discours négationniste n'a pas (*prima facie*) pour but de justifier une politique nazie en regardant comment la jurisprudence a évolué.

La première approche choisie par la Commission¹⁰, dans les années 1980, a été de traiter de tels propos uniquement au regard de l'art. 10 §2 de la Convention¹¹.

Dès le milieu des années 1990, la Commission utilise l'article 17 indirectement et le justifie en utilisant une

³ CourEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, requête no 5493/72, §48.

⁴ LOGEMANN, A., *Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften – Die « demokratische Gesellschaft » als Determinante der Grundrechtsschranken in der EMRK*, thèse Groningen, Baden-Baden 2004, p. 204.

⁵ CourEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, requête no 5493/72, §49.

⁶ SAJO, A., 'Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness', in: SAJO, A. (édit.), *Abuse: the Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht 2006, p. 52.

⁷ HAARSCHER, G., 'Conclusions – Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?', in: Dumont, H., et al. (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupement liberticides et droit*, Bruxelles 2000, p. 458.

⁸ OESCHGER, M., 'Missbrauch von Grundrechten nach Art. 17 EMRK', in: Gredig, M. et al. (édit.), *Peters Dreiblatt: Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung – Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag*, Berne 2010, p. 157.

⁹ P.ex. ComEDH, *H., W., P. et K. c. Autriche*, décision sur la recevabilité du 12 octobre 1989, requête no 12774/87, p. 225 ; il en va de même pour la justification ou l'apologie de crimes de guerres ou d'autres crimes contre l'humanité voir p.ex. CourEDH, arrêt du 15 janvier 2009, *Orban et autres c. France*, requête no 20985/05, §35.

¹⁰ Ancien organe qui jugeait de la recevabilité des requêtes avant que la Cour devienne permanente avec l'entrée en vigueur du 11ème Protocole additionnel le 1er novembre 1998.

¹¹ P.ex. ComEDH, décision sur la recevabilité du 16 juillet 1982, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête no 9235/81, §4.

formule qu'elle répète dans les affaires suivantes, à savoir que les déclarations négationnistes sont « incompatibles avec les valeurs fondamentales de justice et de paix exprimées dans le préambule de la Convention » et qu'il existe donc bien un besoin social impérieux de les restreindre¹².

Un changement d'approche est entamé dans l'affaire *Lehideux et Isorni c. France*. La Cour affirme pour la première fois que des propos négationnistes légitiment une application directe de l'art. 17 en raison de leur négation de faits « historiquement établis »¹³. Depuis cette affaire, la Cour utilise l'art. 17 directement et explique son lien avec la notion de « faits historiques clairement établis » en affirmant que la contestation de la Shoah a forcément pour but de réhabiliter le régime national-socialiste et qu'il s'agit par conséquent d'une forme aigüe de diffamation raciale et d'incitation à la haine¹⁴.

III. Un raisonnement transposable à d'autres crimes contre l'humanité?

A. L'affaire *Perinçek c. Suisse*

Il est intéressant de noter que, depuis que la notion de faits historiquement établis était apparue dans la jurisprudence de la Cour, elle avait toujours laissé entendre que le même raisonnement pouvait s'appliquer à la négation d'autres crimes contre l'humanité. Or, ce cas de figure n'était jamais remonté jusqu'à Strasbourg. Dans un arrêt de la Grande Chambre d'octobre 2015, la Cour a traité de la négation du génocide arménien.

Dans cet arrêt, la Cour réaffirme clairement sa jurisprudence concernant le négationnisme de l'Holocauste, à savoir qu'il existe une présomption (irréfragable?) entre les propos négationnistes et une idéologie antidémocratique et antisémite. Ce qui est important n'est donc pas directement le caractère historiquement établi de certains faits mais la relation qu'il existe entre la négation de ces faits et une idéologie. La Cour ajoute toutefois qu'elle a établi cette présomption uniquement dans des pays directement concernés par la deuxième Guerre mondiale¹⁵. Le rai-

sonnement de la Cour est donc le suivant : il n'existe pas de lien direct entre la Suisse et les événements de 1915, il n'y a donc pas de présomption d'idéologie discriminatoire, les circonstances de l'espèce ne permettent pas de qualifier les propos de Perinçek de discours de haine, il bénéficie donc de la protection de l'art. 10 CEDH, et la mesure litigieuse doit être regardée uniquement sous les conditions de 10 §2.

B. Un raisonnement problématique

Ce raisonnement implique donc que les pays non directement concernés par un crime contre l'humanité n'auraient pas le droit de criminaliser la négation de ce dernier, comme le relève la Juge NUSSBERGER dans son opinion séparée¹⁶. L'opinion dissidente commune, proteste elle contre l'approche de la Cour. Pour eux, le caractère génocidaire des événements de 1915 est évident et les propos de Perinçek doivent être vus comme du discours de haine (certains envisagent même une application directe de l'art. 17)¹⁷.

Comme ces Juges, nous sommes d'avis que l'arrêt donne l'impression d'une inégalité entre les différents crimes contre l'humanité, certains justifiant l'application de l'art. 17 et d'autres non. Nous pensons par contre que le problème n'est pas tant l'attitude qu'a eu la Cour dans *Perinçek c. Suisse* mais plutôt celle qu'elle a dans les affaires concernant la Shoah.

On le voit, la Cour s'est nettement durcie dans son approche du discours négationniste. Elle a abandonné tout examen du contexte et de la proportionnalité de la mesure étatique pour déclarer les requêtes irrecevables sur la base du contenu du discours unique-

ment. La raison qui pousse à réprimer le discours négationniste est la protection des droits d'autrui. Dès lors, il faut examiner les propos en question pour voir si les droits d'autrui sont touchés. Une présomption selon laquelle tout discours remettant en cause un certain fait historique a manifestement pour but et pour résultat de nuire à ce point aux droits d'autrui qu'il est nécessaire d'exclure ce discours du champ de protection de la liberté d'expression n'est pas tenable. Ce d'autant plus que la Cour insiste sur le recul à prendre après un certain laps de temps pour pouvoir débattre

¹² P.ex. ComEDH, décision sur la recevabilité du 6 septembre 1995, *Remer c. Allemagne*, requête no 25096/94, §1.

¹³ CourEDH, arrêt du 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, requête no 24662/94, §47.

¹⁴ P.ex. CourEDH, décision sur la recevabilité du 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, requête no 65831/01, §1 de la partie en droit.

¹⁵ CourEDH, arrêt du 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, requête no 27510/08, §243.

¹⁶ Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la Juge NUSSBERGER, CourEDH, arrêt du 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, requête no 27510/08.

¹⁷ Opinion dissidente commune, CourEDH, arrêt du 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, requête no 27510/08.

de l'Histoire dans un pays¹⁸.

Conclusion

Il est essentiel que l'importance de la tolérance, du pluralisme et de l'esprit d'ouverture sans cesse répétée par la Cour ne devienne pas une rengaine vide de substance. L'opinion minoritaire, même contraire à nos valeurs, mérite une protection. Comme le résume le Juge SAJO, dans une opinion dissidente « la possibilité de réglementer un discours du fait de son seul contenu et les restrictions ainsi apportées à ce discours reposent sur l'idée que certains propos vont à l'encontre de l'esprit de la Convention. Mais un « esprit » ne propose pas des standards clairs et ouvre la porte aux abus [...] c'est justement lorsque nous sommes confrontés à des idées qui provoquent notre haine ou notre dégoût que notre jugement doit être le plus réfléchi. [...] [U]n impact potentiel sur les droits d'autrui ne suffit pas pour restreindre un droit

de l'homme »¹⁹.

On peut considérer que les négationnistes ne posent plus de réelle menace à l'ordre démocratique ou en tout cas plus autant qu'au lendemain de la deuxième Guerre mondiale, leur discours devrait donc être traité de la même manière qu'un autre²⁰. Une utilisation directe de l'article 17 n'est pas une solution appropriée pour restreindre le discours négationniste puisque l'examen du contexte du discours est primordial pour estimer s'il porte atteinte aux droits d'autrui. Les conditions de restriction à la liberté d'expression de l'art. 10 §2 CEDH sont cependant calibrées pour le faire. Il faudrait donc selon nous que les restrictions au discours négationniste soient à chaque fois examinées selon l'art. 10 §2 CEDH.

¹⁸ P.ex. CourEDH, arrêt du 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, requête no 24662/94, §55.

¹⁹ Opinion dissidente du Juge SAJO, CourEDH, arrêt du 16 juillet 2009, *Féret c. Belgique*, requête no 15615/07.

²⁰ KUCS, A., 'Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies', (2014) 40/2 *Journal of Ethnic and Migration Studies* p. 315.

Our strength lies in our people

Wir suchen

Substituten/-innen sowie Praktikanten/-innen

Niederer Kraft & Frey bietet engagierten und sehr gut qualifizierten Substituten/-innen (mit Masterabschluss) sowie Praktikanten/-innen (für eine Dauer von 4 bis 8 Wochen) an, Teil unseres Teams zu werden.

Gewinnen Sie einen interessanten Einblick in die Praxis einer grossen, international ausgerichteten Wirtschaftskanzlei, arbeiten Sie an spannenden Fällen in einem motivierenden Umfeld und lernen Sie eine der erfolgreichsten Schweizer Kanzleien von innen kennen. Ein erster Schritt zu Your NKF.



YOUR
NKF

your-nkf.ch

be part of it



Besuchen Sie uns auf www.your-nkf.ch

THE LAWYER
European Awards 2016

Law firm of the
year - Switzerland

★★★★★

Winner

Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu einem heterosexuellen Elternpaar, das von einer Leihmutter in den USA geboren wird

Laura van Tiel (Bachelor-Studentin, Universität Freiburg)

Le Tribunal fédéral a récemment rendu deux arrêts importants en matière de reconnaissance en Suisse du lien de filiation d'enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger. L'auteur analyse de manière critique la jurisprudence du TF, en questionnant notamment la pertinence de l'un des critères retenus pour distinguer l'adoption de la reconnaissance du lien de filiation, à savoir le lien de parenté génétique

Abstract provided by the Editorial Board

Ausgangslage

In der Schweiz ist die Leihmutterschaft¹ bereits auf Verfassungsebene verboten.² Einige Wunscheltern fahren deshalb aus der Schweiz ins Ausland, um dort ein Kind auf dieser Art zu bekommen. Wenn sie mit dem Kind zurückkehren, müssen die schweizerischen Behörden entscheiden, ob sie den ausländischen Entscheid oder die Urkunde bezüglich des Kindesverhältnisses der Wunscheltern anerkennen.

Es ist vom Grundsatz auszugehen, dass alle Rechtsordnungen gleichwertig sind.³ Die Anerkennung eines ausländischen Rechtsaktes sollte somit die Regel bilden.⁴ Dennoch steht jedem Staat die Freiheit zu, zu bestimmen, inwieweit er die Wirkungen von fremden Entscheiden oder Urkunden auf seinem Territorium zulässt.⁵

In diesem Artikel wird inbs. der Fall untersucht, bei welchem die Behörden die Anerkennung der Elternschaft eines heterosexuellen Paar zu einem Kind, das von einer Leihmutter in den USA geboren wurde, entscheiden müssen. Es handelt sich bei weitem um

den am häufigsten auftretenden Fall.⁶

Letzten September traf das BGer einen Entscheid bezüglich eines ähnlichen Sachverhalts mit der Präzisierung, dass keine genetische Verwandtschaft zwischen den Wunscheltern und dem Kind bestand.⁷ Das genetische Unterscheidungskriterium ist aber von Bedeutung wie das BGer in einem früheren Entscheid Mai 2015 ausfuhr.⁸

I. Voraussetzungen der Anerkennung

Die USA und die Schweiz haben keinen spezifischen Staatsvertrag zur Anerkennung von Kindesverhältnissen getroffen. Somit kommt das IPRG zur Anwendung.⁹ Die Voraussetzungen der Anerkennung eines ausländischen *Entscheids oder einer Urkunde*¹⁰ ergeben sich aus Art. 25 ff. IPRG und aus den spezifischen Regelungen des besonderen Teils des IPRG.¹¹ Des Weiteren muss die *Zuständigkeit* des amerikanischen Gerichts begründet werden.¹² Die ausländische Entscheidung muss endgültig sein (Art. 25 lit. b IPRG)¹³ und es darf *keinen* formellen oder materiellen *Ordre public*-Verstoss im Sinne von Art. 27 IPRG vorliegen.¹⁴ Bei der Leihmutterschaft tauchen die Probleme i.d.R. aufgrund des Inhalts des Entscheides auf.

¹ Definition der Leihmutter: Art. 2 lit. k FMedG.

² Art. 119 Abs. 2 BV, Art. 4 FMedG.

³ BÜCHLER ANDREA, Kommentar zu Nr. 58 Verwaltungsgericht Kanton St. Gallen, Entscheid vom 19. August 2014 i.S. Schweizerische Eidgenossenschaft v.d. BA für Justiz Bern gegen Amt für Bürgerrecht und Zivilstand St. Gallen A.Z., B.Z. - 19.8.2014, FamPra.ch 2014, S. 1054 ff.; S. 1069.

⁴ KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé suisse, 3. Aufl., Bern 2004, Rz. 352.

⁵ BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, Droit international privé, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 240.

⁶ BERTSCHI NORA, Leihmutterschaft Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea/Cottier Michelle (Hrsg.), FamPra.ch Schriftreihe zum Familienrecht Band 19, S. 90 und 97.

⁷ BGE 141 III 328.

⁸ BGE 141 III 312; Hingegen ist die sexuelle Orientierung irrelevant bei der Beurteilung des Ordre public, BGE 141 III 312, S. 321 E. 5.2.

⁹ BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? - Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, FamPra.ch 2013, S. 33 ff, S. 42.

¹⁰ Art. 32 IPRG.

¹¹ BERTSCHI (Fn. 6), S. 73.

¹² Art. 26 lit. a, Art. 70 IPRG und Art. 66 ff. IPRG analog; BGE 141 III 328, S.335 f. E. 4.3, KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, Zürich 2015, Art. 70, Rz. 1.

¹³ BUCHER/BONOMI (Fn. 5), Rz. 246 f.

¹⁴ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (Fn. 4), Rz. 727.

II. Materieller Ordre public-Verstoss als kippende Voraussetzung

A. Inhalt des materiellen Ordre public

Die inhaltliche Umschreibung des materiellen Ordre public ist beim Lesen des Art. 27 Abs. 1 IPRG nicht ersichtlich. Es wird einzig auf den Massstab der offensichtlichen Unvereinbarkeit hingewiesen. Das BGer hat die Vorbehaltsklausel in seiner Rechtsprechung inhaltlich konkretisiert. Sie kommt dann zur Anwendung, wenn kumulativ eine Verletzung fundamentaler Grundsätze der schweizerischen Rechts- und Werteordnung,¹⁵ ein krass unhaltbares Ergebnis im Einzelfall¹⁶ und einen Inlandsbezug¹⁷ vorliegen. Sodann sind drei weitere Punkte zu beobachten.

Erstens ist der Ordre public-Vorbehalt *zurückhaltend anzuwenden*.¹⁸ Ein ausländisches Gericht hat bereits in der Sache entschieden und die Rechtslage besteht schon laut diesem. Bei der Anerkennung geht es darum, hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden.

Zweitens darf die Beurteilung zur Anerkennung nicht auf eine *Nachprüfung in der Sache selbst* hinauslaufen.¹⁹ Die Sachverhaltsfeststellung und die Anwendung des Rechts durch das ausländische Gericht werden nicht mehr überprüft. Jedoch kann der Inhalt des ausländischen Entscheids und seine Auswirkungen analysiert werden, so dass das schweizerische Gericht sich über dessen Anerkennung äussern kann.²⁰

Drittens sind die Vorbehaltsklausel²¹ und die *Gesetzesumgehung*²² voneinander abzugrenzen. Während sich die Ordre public-Vorbehaltsklausel mit der im Ausland geschaffenen Rechtslage und ihrer Anerkennung in der Schweiz beschäftigt, bezieht sich die Gesetzesumgehung auf die Absicht, das schweizerische Gesetz zu umgehen. Allerdings kann auch eine Gesetzesumgehung Ordre public-widrig sein, wenn ihre Anerkennung gegen die schweizerischen Grundauffassungen verstösst.²³ Im Privatrecht, auch bei in-

ternationalen Verhältnissen, haben die Parteien eine grosse Gestaltungsfreiheit und nur wenig rechtsgestaltende Handlungen stellen relevante Gesetzesumgehungen dar.²⁴

B. Prüfung des Ordre public-Vorbehalts im Spezialfall

Die Ordre public-Klausel ist ergebnisorientiert und so muss das Ergebnis der Elternschaft im konkreten Fall, auf dem dieser Artikel sich bezieht,²⁵ gegen die fundamentalen Grundsätze der schweizerischen Rechts- und Werteordnung verstossen, damit sie dann zum Zug kommt.

Bei der Anwendung des Ordre public-Vorbehalts im Kindesrecht ist vor allem das Kindeswohl zu beachten. Deshalb soll die Nichtanerkennung eine Ausnahme bleiben, die nur bei sehr schwerwiegenden Gründen zur Anwendung kommt. Es ist zu prüfen, ob die konkrete Anerkennung das Kindeswohl gemäss Ordre public kompromittieren würde.²⁶

1. Prüfungsmassstab

Der Prüfungsmassstab des Ordre public für die Anerkennung eines Kindesverhältnisses, das durch Adoption entstand, unterscheidet sich von jenem für die Anerkennung eines bereits bestehenden Kindesverhältnisses.²⁷ Beim Ersten muss eine positive Auswirkung auf das Kindeswohl gegeben sein.²⁸ Beim Zweiten muss hingegen nur keine Gefährdung der Interessen des Kindes vorliegen.²⁹

Die Leihmutterschaft in den USA begründet gemäss UPA³⁰ das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern originär im Zeitpunkt der Geburt. Da der Entscheid, der das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern einräumt, nicht nochmals von den schweizerischen Behörden überprüft werden darf,³¹ sollte es sich um die Anerkennung eines originären Kindesverhältnisses handeln, und nicht um ein abgeleitetes Kindesverhältnis.

¹⁵ Urteil des BGer 5P.435/2006 vom 23.03.07, E. 6.3.2.

¹⁶ BGE 119 II 264, S. 266 E. 3b.

¹⁷ BGE 129 III 250, S. 255 f. E. 3.4.2.

¹⁸ BGE 131 III 182; SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 384.

¹⁹ Art. 27 Abs. 3 IPRG.

²⁰ BUCHER ANDREAS, Kommentar zum Art. 27 IPRG, in: Bucher Andreas (Hrsg.), Commentaire romand, Droit international privé, Basel 2011, Art. 27, Rz. 10 f.

²¹ Art. 27 Abs. 1 IPRG.

²² Art. 2 Abs. 2 ZGB.

²³ Siehe II B. 3.

²⁴ KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012, Rz. 976-983.

²⁵ Siehe dazu die Ausführungen unter Ausgangslage.

²⁶ BÜCHLER/BERTSCHI (Fn. 9), S. 46.

²⁷ BÜCHLER ANDREA/MARANTA LUCA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 2015, S. 365.

²⁸ BGE 129 III 250, S. 255 f. E. 3.4.1 f.

²⁹ BGE 141 III 328, S. 330 ff. E. 2.

³⁰ Uniform Parentage Act vom 4.08.00, am 10.02.03 vom American Bar Association genehmigt, <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf>, zuletzt am 23.03.16 besucht.

³¹ Art. 27 Abs. 3 IPRG.

Somit müsste für die Verweigerung der Anerkennung eine konkrete Kindeswohlgefährdung vorliegen. In diesem Sinne begründet die Tatsache der Leihmutter-schaft, für sich allein genommen, keinen Verdacht auf eine solche Gefährdung.³²

Das BGer entschied, dass bei einem Elternpaar, das weder einen genetischen noch einen biologischen Bezug zum Kind aufweist, eine „funktionale Nähe zum Adoptionsrecht“ gegeben ist.³³ So wendet das BGer seine Adoptionsrechtsprechung analog auf einen bestimmten Leihmutter-schaftsfall an³⁴ und der strikere Prüfungs-massstab des Ordre public kommt zur Anwendung.³⁵ Es ist fragwürdig, ob solch eine Rechts-sprechung zu stützen ist. Jedoch hält sich das BGer an Art. 27 Abs. 3 IPRG, indem es nur das Ergebnis der Anerkennung der Geburtsurkunde beurteilt.³⁶

2. Gefährdungen des Kindeswohls im konkreten Fall

Gefährdungen des Kindeswohls können sich aus Gründen wie dem fortgeschrittenen Alter der Wunsch-elter-n oder der Unmöglichkeit für das Kind, seine eigene Abstammung zu kennen, ergeben.³⁷ Selbst wenn diese Kriterien das Ergebnis der Elternschaft betreffen, und nicht nur die Art und Weise der Durchführung der Leihmutter-schaft, muss eine An-erkennung-sverweigerung wegen der tatsächlichen Gefährdung des Kindeswohls mit den konkreten Konsequenzen abgewogen werden. Wenn das Gericht die Anerkennung ablehnt, hat das Kind unterschied-liche Eltern in der Schweiz und in den USA.³⁸ Zudem besteht die Gefahr, dass das Kind niemanden hat, der die elterliche Verantwortung übernehmen kann.³⁹ Darüber hinaus muss gemäss BGer die bereits gelebte Beziehung zwischen dem Kind und den Wunsch-elter-n berücksichtigt werden.⁴⁰

3. Gesetzesumgehungsabsicht

Die Anerkennung des Kindesverhältnisses aufgrund der Verneinung der Ordre public-Widrigkeit wür-de die Behörden allerdings zwingen, „ein durch Rechts-umgehung erreichtes Kindesverhältnis als *fait accompli* zu akzeptieren, womit der Fortpflan-zungstourismus gefördert würde und das inländische Leihmutter-schafts-verbot weitgehend wirkungslos wäre“.⁴¹ Das Verhalten von Paaren, welche ins Ausland reisen, um sich den Wunsch eines eigenen Kindes durch eine in der Schweiz verbotene Leihmutter-schaft zu erfüllen, wird je nach den konkreten Um-ständen als Ordre public-widrige Gesetzesumgehung gewertet. Obwohl der Ordre public-Vorbehalt ergeb-nisorientiert ist, soll die Art und Weise der Entste-hung des Kindesverhältnisses im konkreten Einzelfall nicht ausser Acht gelassen werden.⁴² Die Gesetzes-umgehungsabsicht definiert sich nach der örtlichen und zeitlichen Relativierung zwischen dem Entscheid zur Entstehung des Kindesverhältnisses in den USA und der Einreichung von deren Anerkennung durch Ein-schreibung in das Zivilstandsregister.⁴³ Beispielsweise besteht keine Gesetzesumgehungsabsicht, wenn eine amerikanische Familie wegen beruflichen Pflichten in die Schweiz zieht und zufällig ein Kind hat, das durch eine dort rechtskonforme Leihmutter-schaft geboren wurde.

4. Genetisches Unterscheidungskriterium des BGer

Gemäss jüngster Rechtsprechung des BGer ist die Gesetzesumgehung Ordre public-konform, wenn das Kindesverhältnis zu einem genetisch verwandten El-ternteil anerkannt wird.⁴⁴ Hingegen ist sie Ordre pu-blic-widrig, wenn das Kindesverhältnis zu einem ge-netisch unverwandten Elternteil anerkannt wird. Ob sich daraus eine bundesgerichtliche Praxis entwickeln wird, ist noch offen. Auf internationaler Ebene ist die schweizerische Lösung zulässig.⁴⁵

Das genetische Kriterium scheint aber mindestens in zwei Punkten ungeeignet zu sein. Erstens stellt das BGer im Ergebnis die Anerkennung eines Kindes-verhältnisses ohne genetischen Bezug einer Adoption

³² BÜCHLER/BERTSCHI (Fn. 9), S. 48-50.

³³ BGE 141 III 328, S. 344 f. E. 6.6.

³⁴ Urteil des BGer 5A_443/2014 vom 14.09.15, E. 6.6.

³⁵ Das ist ironisch, weil der Prüfungs-massstab des Ordre Public beim Adoptionsrecht mutmasslich zur Verweigerung der Anerkennung führt und deshalb danach zu einer inländischen Adoption führt.

³⁶ BGE 141 III 328, S. 344 f. E. 6.6.

³⁷ BÜCHLER (Fn. 3), S. 1070.

³⁸ BÜCHLER/MARANTA (Fn. 27), S. 366.

³⁹ RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 2014, S. 838 ff., S. 849.

⁴⁰ BGE 135 I 143, S. 149 f. E. 3.3.

⁴¹ BGE 141 III 312, S. 523 E. 5.3.3; BÜCHLER/MARANTA (Fn. 27), S. 367.

⁴² BGE 141 III 312, S. 322 f. E. 5.3.

⁴³ BUCHER/BONOMI (Fn. 5), Rz. 272.

⁴⁴ BGE 141 III 312; BGE 141 III 328.

⁴⁵ BGE 141 III 312, S. 323 ff. E. 6; BGE 141 III 328, S. 347 E. 7.

gleich.⁴⁶ Jedoch umfasst die Adoption nicht nur das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und den Adoptiveltern, sondern erstreckt sich auch auf die vorbestehende Elternschaft, da das bisherige Kindesverhältnis mit der Adoption erlischt.⁴⁷ Im Gegensatz dazu werden die Wunscheltern bei der Leihmutterschaft bereits vor der Zeugung des Kindes involviert. Zudem ist nach der Meinung einer Spezialkommission des HAÜ⁴⁸ ihre Anwendung auf Fälle der Leihmutter-schaft mit internationalem Charakter generell ungeeignet.⁴⁹ Das ständige Büro der Haager Konferenz für internationales Privatrecht beschäftigt sich seit 2010 mit der Vorbereitung eines multilateralen Rechtsinstruments bezüglich der Leihmutterschaft.⁵⁰

Zweitens, während bei der Adoption das Alter der Eltern streng geregelt ist, schützt das genetische Kriterium das Kindesinteresse im Bezug auf diese Frage

nicht. Frauen haben von nun an die Möglichkeit, ihre Eizellen einzufrieren. Dann könnten sie ein genetisch verwandtes Kind in einem fortgestrittenen Alter durch ein Leihmutterschaftsverfahren bekommen. Gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre dieser Vorgang Ordre public-konform.⁵¹ Dies scheint unvernünftig, da nicht nur das Gesetz sondern auch die Natur umgegangen wird.

Schluss

Die ausländischen Entscheidungen zur Anerkennung eines Kindesverhältnisses im Falle einer Leihmutter-schaft sollen grundsätzlich anerkannt werden, da das Ergebnis der Elternschaft der Wunscheltern nicht an sich gegen den Ordre public verstösst.⁵² Eine Beurteilung soll aber im Einzelfall erfolgen. Dabei scheint das genetische Unterscheidungskriterium ungeeignet. Die Wunscheltern können zwar untaugliche Eltern sein, allerdings aus anderen Gründen als der Leihmutterschaft. Wenn eine Anerkennung jedoch im konkreten Fall unmöglich erscheint, können die Wunscheltern den Weg der Adoption in Erwägung ziehen.⁵³

⁴⁶ Siehe dazu III. B. 1.; BGE 141 III 328, S. 344 f. E. 6.6.

⁴⁷ Vgl. dazu Art. 267 II ZGB; BUCHER/BONOMI (Fn. 5), Rz. 762-764.

⁴⁸ Haager Adoptionsübereinkommen vom 29.05.93 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption, Ratifikationsurkunde von der Schweiz am. 24.09.02 hinterlegt, SR 0.211.221.311.

⁴⁹ Siehe N. 25: <http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_en.pdf>, zuletzt am 23.03.16 besucht.

⁵⁰ <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf>, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf>, zuletzt am 23.03.16 besucht.

⁵¹ BGE 141 III 312; BGE 141 III 328.

⁵² BÜCHLER/MARANTA (Fn. 27), S. 366.

⁵³ BÜCHLER/BERTSCHI (Fn. 9), S. 53.

Les problèmes de calcul du dommage dans le contrat de gestion de fortune

Mathieu Singer (étudiant en Master, Université de Fribourg)

In diesem Beitrag behandelt der Autor anhand zweier Fälle aus der jüngeren Rechtsprechung den Vermögensverwaltungsvertrag. Insbesondere werden einige Probleme erläutert, die bei der nach einer Vertragsverletzung durchzuführende Schadensrechnung auftreten können.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

La mauvaise exécution d'un contrat de gestion de fortune peut engager la responsabilité du gérant aux conditions de l'art. 97 CO. Il faut donc que le client ait notamment subi un dommage, lequel peut s'avérer particulièrement difficile à évaluer dans ce contexte. On relèvera d'emblée qu'une baisse de la valeur du portefeuille ne suffit pas en tant que telle pour retenir une responsabilité du gérant. En effet, même un gérant exemplaire ne peut pas toujours faire face à l'effondrement des cours¹.

Depuis une dizaine d'années, plusieurs arrêts ont été rendus sur cette question, sans qu'aucun n'ait été publié aux ATF. Après un rappel de quelques principes de base sur le calcul du dommage et le contrat de gestion de fortune, la présente contribution propose un aperçu de cette jurisprudence par le biais de deux arrêts sélectionnés.

I. Le contexte

A. La théorie de la différence

En droit suisse, la loi ne définissant pas la notion de dommage, cette tâche est revenue à la doctrine et à la jurisprudence. Depuis près d'un siècle, le dommage est décrit comme la différence entre le patrimoine actuel du lésé et l'état que ce patrimoine aurait si l'événement dommageable n'était pas survenu². Par patrimoine, on

entend l'ensemble des biens d'une personne qui ont une valeur économique ou peuvent en avoir une³. La doctrine définit également le dommage comme la diminution involontaire de la fortune nette⁴. Ce dommage peut être de deux natures différentes : soit une perte éprouvée, qui prend la forme d'une diminution de l'actif ou d'une augmentation du passif, soit un gain manqué, qui consiste en la non-augmentation de l'actif ou la non-diminution du passif⁵. Par ailleurs, la jurisprudence a confirmé depuis longtemps que la notion juridique de dommage est commune aux responsabilités délictuelle et contractuelle⁶.

Cette définition traditionnelle du dommage est appelée théorie de la différence⁷. En fait, la définition même du dommage se recoupe avec la manière de le calculer, à savoir par une comparaison mathématique entre deux états du patrimoine⁸. Les avantages de cette méthode sont notamment qu'elle englobe à la fois la perte éprouvée et le gain manqué⁹ et qu'elle assure, par la comparaison globale, une réparation intégrale du dommage¹⁰.

B. Le contrat de gestion de fortune

Le contrat de gestion de fortune est à qualifier de mandat (art. 394 ss CO)¹¹. Sur la base d'un tel contrat, le mandataire s'engage à gérer les actifs confiés par le client selon les désirs et les exigences de ce dernier¹². Cela suppose donc des discussions préliminaires durant lesquelles le gérant évalue le profil de son client et

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

⁴ Ibidem.

⁵ WERRO (n. 3), n° 12 ad art. 41 CO.

⁶ ATF 87 II 290 consid. 4a.

⁷ ROBERTO Vito, Schadensrecht, thèse, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1997, p. 9.

⁸ ROBERTO (n. 7), p. 10.

⁹ DUPONT Anne-Sylvie, Dommage : vers une nouvelle définition ?, SJ 2003 II p. 471 ss, p. 473.

¹⁰ SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6^e éd., Berne 2012, n° 15.07.

¹¹ BIZZOZERO Alessandro, Le contrat de gérance de fortune, thèse, Fribourg 1992, p. 55 ; GUGGENHEIM Daniel A. / GUGGENHEIM Anath, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e éd., Berne 2014, n° 813 ; GUTZWILLER P. Christoph, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zurich / Bâle / Genève 2008, p. 26.

¹² LOMBARDINI Carlo, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3^e éd., Bâle 2003, p. 154 n° 2.

¹ WALTER Hans Peter, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, RDS 2008 I p. 99 ss, p. 115.

² VON TUHR Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, Tübingen 1924, p. 69 ; pour comparer avec la définition quasi-identique de la jurisprudence actuelle, voir par ex. ATF 139 V 176 consid. 8.1.1.

décide avec lui d'une politique d'investissement¹³. Le contrat de gestion de fortune se distingue du contrat de conseil en placement en ce que dans le premier cas, le mandataire décide des opérations à effectuer dans les limites fixées par le client tandis que dans le second cas, le client prend lui-même les décisions après avoir reçu des recommandations du mandataire¹⁴.

À teneur de l'art. 397 al. 1 CO, les instructions que le mandant donne au mandataire sont en principe contraignantes pour ce dernier. Ainsi, le gérant de fortune qui ne respecte pas la stratégie d'investissement décidée par son client viole le contrat et peut être tenu de réparer le dommage causé¹⁵. Comme tout mandataire, le gérant est en outre soumis à une obligation générale de diligence et de fidélité (art. 398 CO)¹⁶.

II. Un aperçu de jurisprudence

A. Une stratégie pas très « pondérée » (TF, 4A_351/2007)

Une cliente confie 500'000 francs à un gérant de fortune. Son profil est qualifié de « pondéré », ce qui signifie qu'elle ne souhaite prendre que des risques limités et adopter une attitude plutôt défensive. Deux ans plus tard, ses avoirs ont perdu la moitié de leur valeur. La cliente résilie le contrat et intente une action en dommages-intérêts, que le Tribunal cantonal admet à hauteur de 124'000 francs.

La violation du contrat est facilement admise : le gérant a placé une part importante du portefeuille dans des actions à risque, alors que la cliente voulait une gestion prudente¹⁷. Sur le calcul du dommage, le TF rappelle la jurisprudence qu'il a établie en la matière depuis quelques années : le dommage se calcule « en confrontant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions du contrat »¹⁸. On retrouve dans cette méthode de comparaison patrimoniale les principes de la théorie de la différence. Comme dans une affaire antérieure¹⁹, le TF concède

cependant que cette méthode s'avère très difficile à appliquer et que l'autorité inférieure pouvait dès lors procéder à une estimation du dommage sur la base de l'équité (art. 42 al. 2 CO)²⁰. En l'espèce, le Tribunal cantonal a analysé un échantillonnage de fonds de placement d'autres banques et retenu le résultat du moins bon d'entre eux. Cette manière de faire est discutable dans la mesure où elle est plutôt conciliante avec le gérant de fortune. En effet, la doctrine considère plutôt que c'est le gérant « moyen » qui devrait servir de référence²¹, tout comme d'ailleurs le TF dans d'autres arrêts²².

Pour se défendre, le gérant a essayé d'invoquer le fait que le résultat d'une gestion de fortune ne peut être correctement apprécié qu'après une certaine durée, de trois à cinq ans selon lui. Le TF balaie l'argument car l'art. 404 al. 1 CO, de droit impératif, garantit au mandant la possibilité de révoquer le mandat en tout temps ; on ne peut par conséquent pas lui opposer une durée hypothétique du contrat pour le calcul du dommage²³. Cela permet toutefois de mettre en évidence un autre élément problématique du calcul du dommage en matière de gestion de fortune. La valeur des produits boursiers fluctue sans cesse et le résultat de la gestion dépend effectivement de la durée pendant laquelle le mandataire peut exécuter ses tâches²⁴. À long terme, une stratégie de placement peut se révéler plus profitable. La réponse du TF est cohérente avec l'interprétation donnée à l'art. 404 al. 1 CO, mais il faut rappeler que cette interprétation fait justement l'objet de débats importants en doctrine²⁵. Cet arrêt a également permis de fixer le moment déterminant pour le calcul du dommage : il s'agit de la résiliation du contrat²⁶. Par conséquent, l'évolution du cours des titres litigieux entre la fin du contrat et le jugement ne sera pas prise en compte.

²⁰ TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 3.3.2.

²¹ BIZZOZERO (n. 11), p. 175 ; GUTZWILLER (n. 11), p. 252 ; WALTER (n. 1), p. 115.

²² TF 4A_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 7.1 ; 4C.158/2006 du 10 novembre 2006 consid. 4.4.3 ; 4C.18/2004 du 3 décembre 2004 consid. 2.1.

²³ TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 3.4.

²⁴ CHAPPUIS Benoît, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune, in : Thévenoz Luc / Bovet Christian (édit.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Genève 2009, p. 83 ss, p. 85.

²⁵ CHAPPUIS (n. 24), p. 88.

²⁶ TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 3.2.3 ; CHAPPUIS (n. 24), p. 86.

¹³ GUGGENHEIM D. / GUGGENHEIM A. (n. 11), n° 807.

¹⁴ TF 4A_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1 ; BIZZOZERO (n. 11), p. 18.

¹⁵ TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 2.3.1.

¹⁶ GUTZWILLER (n. 11), p. 26 s. ; pour une analyse détaillée, voir BIZZOZERO (n. 11), p. 100 ss et p. 129 ss.

¹⁷ TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 2.3.3.

¹⁸ TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 3.2.2.

¹⁹ TF 4C.295/2006 du 30 novembre 2006 consid. 5.2.2.

B. L'hôtesse de l'air devenue millionnaire (TF, 4A_364/2013)

Une riche dame a désigné comme héritière unique sa nièce, une ex-infirmière travaillant désormais pour une compagnie aérienne. Après prélèvement de l'impôt successoral, cette dernière hérite de 2.8 millions de francs. Le gérant de fortune auquel elle a confié cet argent l'investit intégralement dans des actions. Après deux ans et demi, la valeur du portefeuille a diminué d'un million. L'Obergericht accorde 640'000 francs de dommages-intérêts, ce qui ne satisfait aucune des parties.

Dans cette affaire, la cour cantonale a poussé plus loin le raisonnement sur le calcul du dommage. Se basant sur les recommandations d'un expert, elle a pris comme référence un portefeuille hypothétique constitué de 45% d'actions, 45% d'obligations et 10% de valeurs monétaires. Le portefeuille du cas d'espèce comportait donc un excès d'actions de 55% par rapport à ce qu'un gérant diligent aurait choisi. À partir de cela, le dommage subi par la cliente se décompose en deux postes. D'une part, une perte éprouvée se montant à 55% de la différence patrimoniale brute entre le début et la fin du contrat ; d'autre part, un gain manqué pour le rendement qui aurait été obtenu en plaçant cette part de 55% dans des obligations et des valeurs monétaires. Ce calcul²⁷, contesté par toutes les parties, est approuvé par le TF²⁸. Il a le mérite d'être plus détaillé que dans les autres arrêts en la matière.

Surtout, les tribunaux ne semblent pas toujours porter une pleine attention au gain manqué, à savoir aux profits que le client aurait tiré d'un placement dans des titres sûrs²⁹. Or, dans le cas d'un contrat de gestion de fortune mal exécuté, la perte éprouvée et le gain manqué vont souvent de pair : les placements déraisonnables provoquent des pertes comptables et privent le client des gains qu'il aurait pu obtenir avec de meilleurs investissements³⁰.

Conclusion

En théorie, le dommage consécutif à une mauvaise gestion de fortune doit donc se calculer en comparant le résultat du portefeuille fautivement administré avec le résultat d'un portefeuille hypothétique géré de manière diligente et conforme aux souhaits du client. Il s'agit là d'une concrétisation de la théorie de la différence appliquée de manière générale en droit suisse. Toutefois, de l'aveu même du TF, en pratique « un calcul précis du dommage n'est pas possible »³¹ ou comme l'écrit LOMBARDINI, il est une affaire de « pure spéculation intellectuelle »³². Le recours à une estimation équitable par le tribunal (art. 42 al. 2 CO) risque d'être souvent inévitable. Dans ce contexte, nous pouvons saluer la méthode appliquée par l'Obergericht zurichois dans l'arrêt présenté ci-dessus, car elle tient compte de façon complète des pertes subies et du gain manqué.

²⁹ Voir notamment TF 4C.295/2006 du 30 novembre 2006.

³⁰ BIZZOZERO (n. 11), p. 174.

³¹ TF 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 3.4.

³² LOMBARDINI (n. 12), p. 170 n° 56.

²⁷ TF 4A_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 7.2.

²⁸ TF 4A_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 8 à 10.

STRASSENVERKEHRS- RECHTSTAGUNG

21.– 22. Juni 2016

UNIVERSITÄT FREIBURG

Schwerpunktthema: Die zunehmende Benutzung
von (teil-)autonomen Fahrzeugen und deren Auswirkungen

Auskünfte und Anmeldung online

Tel. 026 300 73 38 und www.unifr.ch/formcont

JOURNÉES DU DROIT DE LA CIRCULATION ROUTIÈRE

23 – 24 juin 2016

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Thème principal: L'utilisation croissante
de véhicules équipés de systèmes d'assistance et leurs effets

Renseignements et inscription online

Tél. 026 300 73 38 ou www.unifr.ch/formcont

La réduction des acquisitions *ab intestat**

Jérémy Stauffacher (greffier-stagiaire au Tribunal cantonal de Fribourg et ancien étudiant de l'Université de Fribourg)

Der folgende Artikel hat den Intestaterwerb zum Gegenstand. Im Beitrag wird zunächst präzisiert, was genau unter Intestaterwerb verstanden wird. Danach wird bestimmt, wann und warum jene der Herabsetzung unterliegen. Schlussendlich werden drei alternative Vorschläge vorgestellt, die im Erbrecht Anwendung finden könnten, um die Problematik rund um den Intestaterwerb zu beseitigen.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

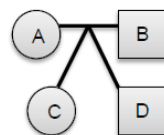
Domaine actuel et relativement peu évoqué dans les revues, le droit des successions est en mouvement : un avant-projet et un rapport quant à sa modification viennent d'être publiés, avec pour objectif premier la réduction des réserves¹. Dans cet article, nous avons choisi d'analyser la réduction des acquisitions *ab intestat*. Pour ce faire, nous procéderons en trois axes. Nous nous pencherons d'abord sur le principe même de la réduction (A) avant d'en étudier le rang (B). Parallèlement à la révision en cours, nous examinerons enfin trois solutions alternatives qui permettraient de simplifier le système de la réduction des acquisitions *ab intestat* (C).

I. Le principe de la réduction des acquisitions *ab intestat*

Les acquisitions *ab intestat* sont des libéralités cachées, opérées en quelque sorte par la loi lorsque l'on se trouve en présence de plusieurs types d'héritiers réservataires (art. 481 al. 2 CC). Il s'agit ainsi d'acquisitions en faveur de certains héritiers, découlant de l'application des règles de la vocation légale à la fraction de la succession dont le *de cuius* n'a pas voulu disposer². On ne peut donc pas parler de libéralités,

puisque de tels actes juridiques supposent une manifestation de volonté de la part de leur auteur ; or, les acquisitions *ab intestat* sont involontaires³. Leur réduction, controversée⁴, semble aujourd'hui admise par la doctrine majoritaire⁵.

Si l'on s'en tient à la lettre et à l'esprit (art. 1 al. 1 CC) des art. 522 ss CC, on constate que le législateur a prévu que seules les dispositions pour cause de mort et les libéralités entre vifs seraient réductibles. On est donc en présence d'une lacune proprement dite (art. 1 al. 2 CC) puisque la loi ne règle pas du tout cette situation, qui peut pourtant aboutir à des lésions de réserve⁶. Pour combler cette lacune, la doctrine majoritaire admet la possibilité de réduire l'acquisition *ab intestat*⁷. Il s'agit ainsi de corriger la lésion de réserve résultant de l'application de l'art. 481 al. 2 CC. Illustrons cela par un exemple : le *de cuius* décide d'attribuer la quotité disponible à un tiers. Ses héritiers légaux sont son conjoint et ses deux enfants :



A. *De cuius*.

B. Conjoint survivant : sa part légale est de 1/2, sa réserve est donc de 1/4 (1/2 de la part légale, art. 471 ch. 3 CC).

C et D. Enfants : chacun a une part légale de 1/4, leur réserve est de 3/16 (3/4 de la part légale, art. 471 ch. 1 CC).

³ P. PIOTET, *Droit successoral*, in *Traité de droit privé suisse*, T. IV, Fribourg 1975, p. 463. Sur la notion générale de libéralité, voir également P. PIOTET, *Traité*, p. 277 ss.

⁴ BaK-FORNI / PIATTI, Vorb. Art. 522-533, no 10 ; BK-WEIMAR, Vorb. Art. 470, no 13. Voir F. KOBEL / R. FANKHAUSER, *Zur Herabsetzbarkeit erbrechtlichen Intestaterwerbs – ein Diskussionsbeitrag*, Successio 2007 p. 168 ss, qui étudient la question sans se prononcer.

⁵ P. PIOTET, *Traité*, p. 465 s. ; SPAHR, p. 327 ss ; STEINAUER, no 811 ss.

⁶ P. PIOTET, *Traité*, p. 465 ; STEINAUER, no 811.

⁷ CS-EIGENMANN, no 5 ad art. 532 ; D. PIOTET, *Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice*, Successio 2014 p. 57 ss, p. 84 ; P. PIOTET, *Les libéralités par contrat de mariage ou autres donations au sens large et le droit successoral*, Berne 1997, no 180 ; P. PIOTET, *Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial*, RSJ 1990 p. 37 ss (réimprimé in P. PIOTET, *Contributions choisies*, Lausanne 2004, p. 281 ss), p. 283 ; P. PIOTET, *Précis de droit successoral*, 2ème éd., Berne 1988, p. 96 ; P. PIOTET, *Traité*, p. 465 ; SPAHR, p. 328 ; STEINAUER, no 811 ; P.-H. STEINAUER, *Le calcul des réserves héréditaires et de la quotité disponible en cas de répartition conventionnelle du bénéfice dans la participation aux acquêts* (art. 216 al. 2), in F. Dessemontet / P. Piotet (édit.), *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne 1989, p. 403 ss, p. 415.

* Cette publication constitue l'un des chapitres d'un travail de Master rendu en novembre 2015.

¹ <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-f.pdf>.

² S. SPAHR, *Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales*, thèse, Fribourg 1994, p. 328 ; P.-H. STEINAUER, *Le droit des successions*, 2ème éd., Fribourg 2015, no 809.

Si l'on admet à présent que le *de cuius* dispose par testament de la quotité disponible, soit $\frac{3}{8}$ (total de la succession, 1, duquel on déduit la somme des réserves, $\frac{5}{8}$, soit $\frac{3}{8}$), nous devons partager les $\frac{5}{8}$ restants entre les héritiers légaux (art. 481 al. 2 CC). Le conjoint survivant reçoit dès lors $\frac{5}{16}$ et les deux enfants obtiennent chacun $\frac{5}{32}$. Or, chaque enfant a une réserve de $\frac{3}{16}$, soit $\frac{6}{32}$, mais n'obtient pourtant que $\frac{5}{32}$. Au contraire, le conjoint, dont la réserve est de $\frac{1}{4}$, ou $\frac{4}{16}$, reçoit au final $\frac{5}{16}$. Par les mécanismes de répartition légale applicables à la part dont le *de cuius* n'a pas disposé (art. 481 al. 2 CC), les réserves des descendants sont lésées : il y a acquisition *ab intestat*⁸. On constate que le respect de la quotité disponible ne signifie pas forcément que les réserves héréditaires sont elles-mêmes respectées.

Il semble évident que la réduction doit porter sur l'acquisition *ab intestat* et non sur la libéralité voulue par le *de cuius*. En effet, le *de cuius* a disposé dans les limites de la quotité disponible. De plus, cette disposition en faveur d'un tiers est l'expression même de la volonté du *de cuius*. Au contraire, l'acquisition *ab intestat* n'est ni prévue, ni voulue : elle résulte de l'application des règles de la vocation légale à la part dont le *de cuius* n'a pas voulu disposer. Ainsi, pour respecter le principe *in favor testamenti*⁹, nous devons exclure la possibilité de réduire la libéralité par laquelle le *de cuius* a disposé de la quotité disponible¹⁰.

Ce point de vue n'est pas partagé par l'ensemble des auteurs. En effet, certains estiment que l'action en réduction ne peut porter que sur des dispositions que le *de cuius* a volontairement prises, excluant donc les acquisitions *ab intestat*¹¹. Au final, si l'on autorise la réduction de telles acquisitions, nous devons préciser à quel moment elles doivent être réduites par rapport aux autres libéralités.

II. Le rang de la réduction des acquisitions *ab intestat*

Comme précisé, la doctrine majoritaire admet le caractère réductible des acquisitions *ab intestat*. Par contre, elle est divisée lorsqu'il s'agit de déterminer à quel moment elles doivent être réduites. Certains auteurs ont estimé que les acquisitions *ab intestat* doivent être réduites en priorité, et ce avant les dispositions pour cause de mort (art. 532 CC)¹² alors que d'autres proposent une solution plus nuancée, dépendant des circonstances ainsi que de la volonté exprimée par le *de cuius*¹³. Or, à notre avis, c'est précisément en réduisant de manière prioritaire l'acquisition *ab intestat* que l'on peut respecter au mieux la volonté du *de cuius*.

Concrètement, on peut sans aucun doute affirmer que le *de cuius* qui a disposé de sa quotité disponible n'avait pas envisagé que cela aurait pour conséquence de léser la réserve de ses enfants en favorisant son conjoint. Il paraît donc justifié de combler cette faille avant même d'appliquer la loi. En effet, si la quotité disponible n'est pas dépassée, la réduction de l'acquisition *ab intestat* suffit à reconstituer les différentes réserves lésées. La réduction prioritaire de l'acquisition *ab intestat* permet dès lors de corriger ce que l'on pourrait finalement appeler un défaut légal.

Les acquisitions *ab intestat* provenant de la liquidation selon la loi de la part dont le *de cuius* n'a pas voulu disposer¹⁴, on peut considérer que celui-ci n'a pas, *a fortiori*, manifesté sa volonté de proposer un ordre de réduction différent. En conséquence, puisqu'il n'a ni souhaité disposer de cette part, ni envisagé que la liquidation selon les mécanismes légaux puisse causer une atteinte des réserves, la réduction prioritaire des acquisitions *ab intestat* semble s'imposer¹⁵.

III. Alternatives envisageables

Nous l'avons constaté, la réduction des acquisitions *ab intestat*, et plus encore le rang de leur réduction, posent problème. On pourrait donc se demander s'il existe d'autres alternatives satisfaisantes. Autrement

⁸ P. PIOTET, *Traité*, p. 462 ss ; SPAHR, p. 327 s. ; STEINAUER, no 809 ss. Ce phénomène est dû à l'existence de fractions différentes pour les héritiers réservataires : alors que le conjoint n'a qu'une réserve de la moitié de sa part légale, la loi protège les trois-quarts de la part légale des descendants. Dès lors, la répartition, selon les règles légales, du solde dont le *de cuius* n'a pas disposé a pour conséquence de léser la réserve des descendants.

⁹ STEINAUER, no 811 : ce principe a pour but de sauvegarder au mieux la volonté du *de cuius*.

¹⁰ CS-EIGENMANN, no 5 ad art. 532 ; P. PIOTET, *Les libéralités* 1997, no 192 ; P. PIOTET, *Précis*, p. 96 ; P. PIOTET, *Traité*, p. 464 ; SPAHR, p. 328 ; STEINAUER, no 811.

¹¹ Contre la réduction, voir : BAK-FORNI / PIATTI, *Vorb. Art. 522-533*, no 10 ; BK-TUOR, no 3 ad art. 525.

¹² CS-EIGENMANN, no 5 ad art. 532 ; STEINAUER, no 811 ; STEINAUER, *Le calcul*, p. 415.

¹³ D. PIOTET, *Rapport*, p. 84 ; P. PIOTET, *Les libéralités* 1997, no 191 ; P. PIOTET, *Réserves*, p. 284 ; P. PIOTET, *Traité*, p. 465 ; P. PIOTET, *Le calcul*, p. 156.

¹⁴ CS-EIGENMANN, no 5 ad art. 532 ; SPAHR, p. 328 ; STEINAUER, no 811.

¹⁵ P. PIOTET propose des situations où, selon lui, la réduction prioritaire aboutit à des résultats non-satisfaisants (voir P. PIOTET, *Les libéralités* 1997, no 201 s. notamment).

dit, peut-on envisager des solutions qui permettraient d'éviter de se poser ces questions épineuses liées au caractère réductible et à la hiérarchie de réduction des acquisitions *ab intestat* ? Les idées que nous allons proposer peuvent être réparties en deux catégories, correspondant aux deux causes qui sont à l'origine des acquisitions *ab intestat*. La première cause est la liquidation selon les mécanismes légaux de la fraction dont le *de cuius* n'a pas disposé¹⁶. La seconde est l'existence de différentes fractions de réserves (art. 471 CC)¹⁷. En supprimant l'une ou l'autre de ces deux causes, il paraît possible d'écarter les difficultés liées aux acquisitions *ab intestat*.

Pour intervenir sur la première cause, nous suggérons deux méthodes. La première consiste à agir au moment de la rédaction des dispositions pour cause de mort. Les acquisitions *ab intestat* supposent en effet que le *de cuius* dispose d'une partie de ses biens, souvent en respectant la quotité disponible. Il y a forcément coexistence entre la vocation volontaire et la vocation légale. Dans l'exemple que nous avons utilisé ci-dessus, le *de cuius* attribuait la quotité disponible à un tiers et, donc, le reste à ses héritiers légaux. S'il précise que l'attribution de ce solde se fera en fonction des parts réservées de chacun, ce qui devrait revenir, au final, à confirmer l'application d'un système légal sans défaut, l'acquisition *ab intestat* est supprimée. Le conjoint reçoit sa réserve, les enfants également. Ainsi, une simple précision dans la rédaction du testament a un impact direct sur les acquisitions *ab intestat*. Naturellement, cette première proposition, bien que simple à mettre en œuvre, dépend uniquement du *de cuius* : cela exige qu'il soit rendu attentif au problème des acquisitions *ab intestat* afin qu'il prenne les mesures nécessaires à leur prévention.

Deuxièmement, il nous semblerait possible d'influer sur la méthode utilisée pour répartir la part dont le *de cuius* ne dispose pas. La doctrine se fonde sur l'art. 481 al. 2 CC pour appliquer les dispositions de la vocation légale à la fraction de la succession dont le *de cuius* n'a pas disposé¹⁸. Or, selon nous¹⁹, une autre répartition est possible. L'art. 481 al. 2 CC précise uniquement que « *les biens dont le défunt n'a point disposé*

passent à ses héritiers légaux »²⁰. Ainsi, la règle indique à *qui* reviennent les biens, mais pas comment. Nous soutenons donc la possibilité d'anticiper l'acquisition *ab intestat* en répartissant le solde, dont le *de cuius* n'a pas voulu disposer, selon les réserves des héritiers en présence.

Le droit réservataire étant impératif²¹, une telle répartition nous paraît tout à fait défendable. Cela ne semble pas non plus heurter la volonté (ou tout du moins la liberté) du *de cuius* puisque celui-ci n'a pas voulu disposer de la fraction en cause. Ainsi, favoriser une solution qui prévoit la prise en compte des réserves permet concrètement d'éviter aux héritiers réservataires lésés de devoir agir en réduction contre leurs proches, bénéficiant fortuitement d'un défaut de la loi²². Dans l'exemple que nous avons utilisé, les enfants auraient en effet dû agir en réduction contre leur mère afin de reconstituer leur réserve²³. L'adaptation de la clé de répartition nous semble être une solution qui, appliquée à des situations exceptionnelles, permettrait d'anticiper les acquisitions *ab intestat*.

Ces deux idées visent à écarter la première cause des acquisitions *ab intestat*. Nous allons proposer une troisième méthode, visant cette fois à supprimer la seconde cause. Comme P.-H. STEINAUER l'a souligné, « *les réserves ne portent pas toujours sur la même fraction de la part légale* »²⁴, ce qui parfois engendre des lésions de réserves. Dès lors, pour agir sur la seconde cause, pourquoi ne pas envisager une modification des réserves ? Fixer la réserve des descendants (art. 471 ch. 1 CC) à la moitié de leur droit de succession²⁵ aurait pour effet de balayer les cas d'acquisitions *ab intestat*. Les parts protégées seraient ainsi les mêmes pour tous les héritiers réservataires. Illustrons cela en appliquant cette modification des réserves à l'exemple précédemment utilisé²⁶ :

²⁰ Art. 481 al. 2 CC.

²¹ P. PIOTET, *Traité*, p. 5 et 464 ; SPAHR, p. 329 ; STEINAUER, no 354 ss.

²² SPAHR, p. 329. Il paraît relativement illogique de faire supporter aux héritiers réservataires la lacune de la loi quant à la réduction des acquisitions *ab intestat*.

²³ Sauf évidemment si celle-ci consent à réduire, de sa propre initiative, sa part.

²⁴ STEINAUER, no 809. Voir également l'art. 471 CC et STEINAUER, no 395 ss sur les réserves.

²⁵ Au lieu des trois quarts de leur droit, comme le prévoit le droit actuel (art. 471 ch. 1 CC).

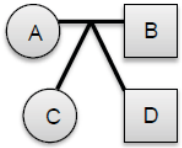
²⁶ Le *de cuius* laisse son conjoint et deux enfants. Il dispose de la quotité disponible.

¹⁶ CS-EIGENMANN, no 5 ad art. 532 ; P. PIOTET, *Traité*, p. 464 ; STEINAUER, no 809.

¹⁷ STEINAUER, no 809.

¹⁸ ZK-ESCHER, no 6 ss ad art. 481 ; P. PIOTET, *Traité*, p. 84 s. ; STEINAUER, no 300 et 809 ss.

¹⁹ Ainsi que SPAHR, p. 329, qui propose également une méthode de répartition alternative.



A. *De cuius*.

B. Conjoint survivant : sa part légale est de 1/2, sa réserve est donc de 1/4 (1/2 de la part légale, art. 471 ch. 3 CC).

C et D. Enfants : chacun a une part légale de 1/4, leur réserve est de 1/8 (1/2 de la part, proposition de modification).

La somme des réserves étant inférieure, la quotité disponible augmente à 1/2 (au lieu de 3/8). On doit alors répartir le solde, soit 1/2, selon les règles légales. Conjoint et enfants reçoivent exactement le montant de leur réserve. On le constate, aucun problème d'acquisition *ab intestat* ne se pose. Evidemment, une telle modification suppose une réelle refonte du système des réserves, qui ne pourrait se faire à la hâte. De plus, elle péjorerait la protection accordée aux

descendants²⁷. Par contre, cela aurait l'avantage de simplifier le système et de le rendre plus clair. Ainsi, toutes les questions de réductibilité et de hiérarchie de réduction des acquisitions *ab intestat* seraient définitivement écartées. L'ordre des réductions serait plus simple à appréhender et ne dépendrait, au fond, que des art. 522 ss CC. A notre sens, cette troisième solution, la plus ambitieuse, semble pourtant être la meilleure. En effet, l'idée de réduire les fractions de réserves est actuellement sérieusement envisagée²⁸. Dès lors, pourquoi ne pas choisir une fraction unique (plutôt que maintenir des différences entre les descendants et le conjoint survivant) afin de balayer les problèmes causés par les acquisitions *ab intestat* ?

²⁷ Dans notre exemple, ceux-ci perdraient au final chacun 1/16 (1/8 au lieu de 3/16).

²⁸ <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-f.pdf>.

As a leading law firm
in Switzerland,
we have to be present
everywhere else.

LENZ & STAHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehelin.com

Le critiche all'attuale definizione di morte

Benedetta Galetti (MLaw, Assistante diplômée du Prof. Henri Torrione, Chaire de droit fiscal et de philosophie du droit)

Dopo decenni di silenzio, il legislatore svizzero ha riconosciuto, nel 2004, l'urgenza di occuparsi della definizione della morte e dei criteri necessari alla sua diagnosi. Conformemente alla pratica medica raccomandata dall'ASSM e alla legislazione della maggioranza degli Stati (ad eccezione, per esempio, dell'Inghilterra), il legislatore indica che « [u]na persona è morta quando le funzioni del cervello, incluso il tronco cerebrale, sono cessate irreversibilmente » (art. 9 cpv. 1 Ltr). L'art. 9 cpv. 2 Ltr prevede che « [i]l Consiglio federale emana prescrizioni sull'accertamento della morte. ». Facendo uso di tale delegazione di competenza, il Consiglio federale, all'art. 7 dell'Ordinanza sui trapianti, rinvia alle direttive dall'ASSM.

L'attuale definizione della morte e i conseguenti criteri atti a determinarla risalgono al 1969, quando l'ASSM riprende lo studio della Commissione *ad hoc* della Harvard Medical School, pubblicato l'anno precedente. Il Rapporto era stato reso necessario da un nuovo e scottante problema etico e giuridico, causato dalle nuove tecniche rianimatorie che permettevano di vicariare le funzionalità circolatorie e respiratorie, in assenza d'attività cerebrale¹. In altri termini, benché la persona respiri e il suo cuore batta, sulla base della morte dell'encefalo, il paziente è dichiarato deceduto.

Sebbene il Rapporto della Commissione di Harvard sia generalmente accettato dall'insieme della dottrina, non è stato e non è tuttora esente da critiche, formulate da una minoranza di medici e di filosofi che chiedono di ritornare a fondare la morte sull'arresto della respirazione e della circolazione sanguigna².

Dal punto di vista medico, le critiche si fondano su studi e ricerche che mettono in luce che, in caso di

morte celebrale, il paziente presenta funzionalità encefaliche residue³, un certo livello d'integrazione tra gli organi⁴, l'incertezza quanto a una residua coscienza⁵ oltre che l'impossibilità di constatare l'irreversibilità della situazione medica⁶.

Dal punto di vista filosofico, il più importante oppositore dell'attuale definizione di morte è senza dubbio Hans JONAS che, subito dopo la presentazione delle conclusioni della Commissione di Harvard, aveva criticato una nozione che, a suo giudizio, era irrimediabilmente viziata dal suo carattere strumentale, poiché la purezza del risultato scientifico era stata contaminata dal palese interesse di reperire più facilmente organi da trapiantare⁷. In altre parole, la nuova definizione di morte non si fonda su una base scientifica solida, ma su un mero fondamento utilitarista che riduce l'uomo a semplice mezzo, a un banca di organi, violando così la sua dignità. Il reale scopo della nuova definizione di morte è quello di « allowing organ transplantations without committing active euthanasia or murder by killing persons who are still alive »⁸.

³ SINGER Peter, *Ripensare la vita – La vecchia morale non serve più*, traduzione dall'inglese (*Rethinking Life and Death*, Melbourne 1994) di RINI Stefano, Milano 1996, p. 51 ; SHEWMON Alan D., *You only die once : why brain death is not the death of a human being – A reply to Nicholas Tonti-Filippini*, *Communio : International Catholic Review* 39, autunno 2012, pp. 422-494, pp. 450 e 458 s. ; TRUOG Robert D. / MILLER Franklin G., *The Meaning of Brain Death – A different View*, *JAMA Internal Medicine*, agosto 2014 vol. 174 n° 8, pp. 1215-1216, p. 1215.

⁴ LINKE Detlev B., *Hirnverpflanzung – Die erste Unsterblichkeit auf Erden*, Hambourg 1993, p. 117 ; VEATCH Robert M., *The Impending Collapse of the Whole-Brain Definition of Death*, *The Hastings Center Report*, vol. 23, n° 4, luglio-agosto 1993, pp. 18-24, p. 18 ; TRUOG / MILLER (n. 3), p. 1215 ; SHEWMON (n. 3), p. 422.

⁵ SZELINGA Helmut, *Il ruolo del concetto di persona nel contesto della discussione sulla morte cerebrale*, tesi, Città del Vaticano, 2000, p. 123.

⁶ TRUOG / MILLER (n. 3), p. 1215 ; SEIFERT (n. 2), p. 220 ; *contra* : CICCONE Lino, "Celestial death" : is this sufficient to establish human death ?, in : WHITE Robert J. / Angstwurm Heinz / Carrasco de Paula Ignacio (edit.), *Working group on the determination of brain death and its relationship to human death – 10-14 December 1989*, Città del Vaticano 1992, pp.187-196, p. 194 s.

⁷ JONAS Hans, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, Bologna 1991, p. 210 s. ; GREWEL Hans, *Gesellschaftliche und ethische Implikationen der Hirntotkonzeption*, in : HOFF Johannes / in der Schmitt Jürgen (edit.), *Wann ist der Mensch tot ? – Organverpflanzung und « Hirntod »-Kriterium*, Reinbeck 1994, pp. 332-349, p. 334.

⁸ SEIFERT (n. 2), p. 203 s.

¹ AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH, *A definition of Irreversible Coma*, *The Journal of the American Medical Association*, vol. 205 n° 6 1968, pp. 337-340.

² SEIFERT Josef, *Brain death and euthanasia*, in : POTTS Michael / BYRNE Paul A. / NILGES Richard G. (edit.), *Beyond Brain Death – The Case against Brain based Criteria for human death*, Dordrecht / Boston / Londra 2000, pp. 199-224, p. 213 ; vedere anche : CARRASCO DE PAULA Ignacio, *The ethical relevance of brain death*, in : WHITE Robert J. / Angstwurm Heinz / Carrasco de Paula Ignacio (edit.), *Working group on the determination of brain death and its relationship to human death – 10-14 December 1989*, Città del Vaticano 1992, pp.197-204, p. 202.

Il filosofo tedesco si oppone alla posizione secondo la quale la definizione della morte può essere modulata secondo le necessità. In altre parole egli si oppone a una posizione, quale quella sostenuta da HOTTOIS, secondo la quale l'uomo è libero di determinare la definizione della morte secondo i vantaggi che si prefigge di ottenere⁹. Se dunque lo scopo è quello di aumentare i potenziali donatori di organi, la definizione della morte come morte celebrale è giustificata.

Indipendentemente dalla genesi della formulazione della morte celebrale, i detrattori sostengono l'infondatezza concettuale della definizione, che ridurrebbe l'uomo alle sue mere funzioni encefaliche. A loro avviso, fintanto che il cuore batte e l'uomo respira, rimane una vita, anche se parziale e di qualità gravemente ridotta, da vivere e dunque da proteggere legalmente¹⁰. La persona sta morendo e ciò che s'impone è di non ritardarne la morte, interrompendo dunque il supporto tecnico e lasciando che la natura faccia il suo corso¹¹. Questa soluzione si fonda sul principio di precauzione e quello *in dubio pro vita* poiché le ridotte conoscenze scientifiche non rendono possibile d'individuare l'attimo incontestabile in cui la morte avviene¹².

Gli oppositori della morte celebrale paventano le ulteriori conseguenze alle quali il criterio potrebbe condurre. Secondo loro, se gli interessi sono sufficientemente elevati, sarà sempre più difficile delimitare nettamente l'uso lecito dall'uso illecito della persona morta a livello celebrale. Se, come è il caso oggi, il paziente è considerato morto quando le attività encefaliche cessano, egli non è altro che un cadavere e, in quanto tale, potrà essere usato in molteplici modi, nei limiti, eventualmente, del testamento, delle direttive anticipate e della legge. Perché allora spegnere gli apparecchi atti a vicariare le funzionalità respiratorie e cardiache quando è possibile beneficiare di un corpo vivo, senza gli svantaggi imposti dal rispetto dei suoi interessi e della sua dignità? Risulterebbe dunque

logicamente possibile utilizzarlo come banca vivente di organi, fabbrica di ormoni o di sangue, oggetto sul quale sperimentare nuove terapie, nuove droghe, nuovi medicinali, oggetto sul quale insegnare agli studenti di medicina a operare *in vivo*¹³. A prima vista, le preoccupazioni espresse da JONAS potrebbero sembrare vaghe e infondate. Analizzando più approfonditamente la situazione, in particolare la filosofia soggiacente all'attuale definizione della morte, queste preoccupazioni appaiono più concrete. Se si accetta che l'uomo è libero di definire la morte secondo le conseguenze alle quali tende, sarà inevitabilmente spinto, un giorno o l'altro, ad anticipare ulteriormente la diagnosi di morte o ad ampliare i criteri empirici. In altri termini, una posizione positivista-radical, al pari di una posizione utilitarista, non si oppongono alla strumentalizzazione del paziente (vivo) morto cerebralmente. L'analisi delle potenziali conseguenze a cui una tale posizione filosofica condurrebbe è completa solo se affrontata alla luce dei recenti sviluppi. Se da un lato i criteri atti a diagnosticare la morte celebrale sono stati progressivamente ampliati, dall'altro lato sempre più medici e filosofi auspicano una nuova definizione di morte celebrale, intesa come morte della sola corteccia celebrale¹⁴. In questo quadro, le preoccupazioni di JONAS appaiono fondate e affrontarle in un discorso pubblico e costruttivo appare quanto mai urgente.

¹³ JONAS (n. 10), p. 178.

¹⁴ SINGER (n. 3), p. 208 s ; VEATCH Robert M., *Death, Dying, and the Biological Revolution – Our Last Quest for Responsibility*, New York 1989, p. 55.

⁹ HOTTOIS Gilbert, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Parigi 1999, pp. 23 e 55.

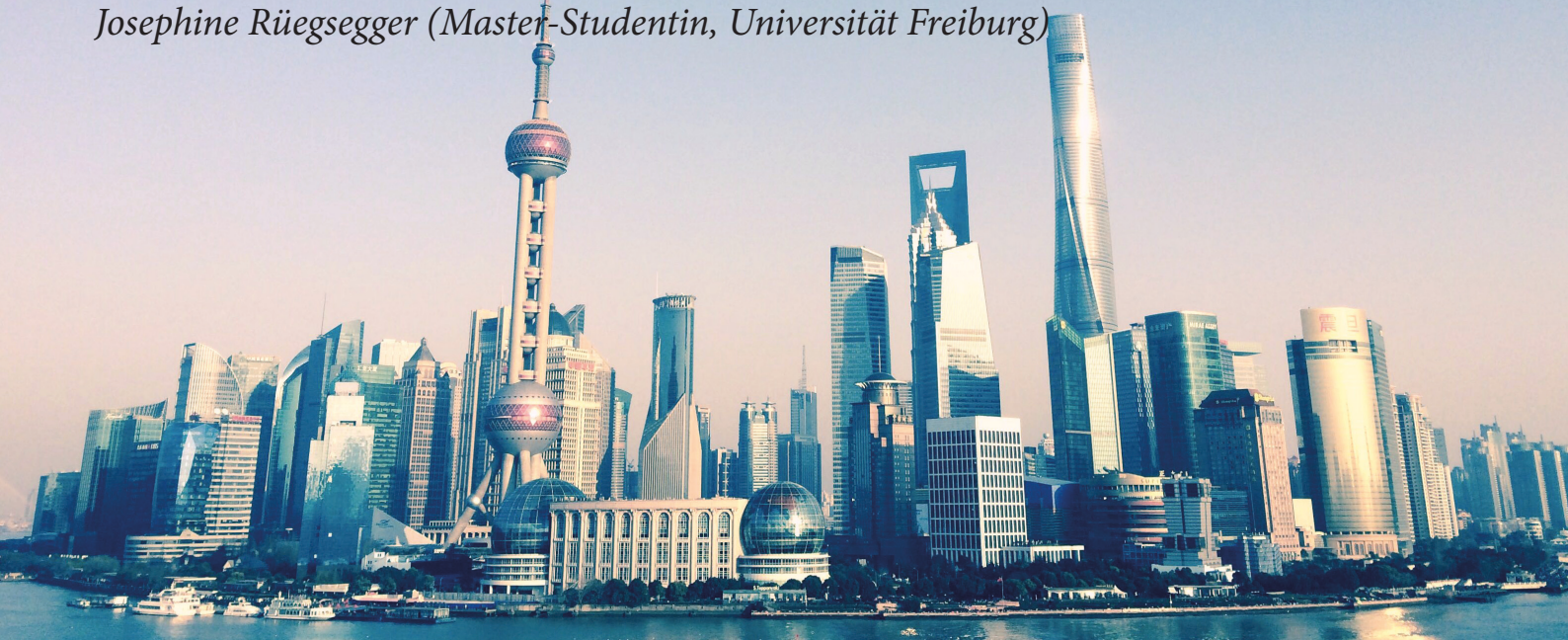
¹⁰ JONAS Hans, *Tecnica, medicina ed etica – Prassi del principio di responsabilità*, traduzione dal tedesco (*Technik, Medizin und Ethik, Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Francoforte sul Meno 1985) di BECCHI Paolo e BENUSSI Anna, Torino 1997, pp. 170 e 180 ; SPAEMANN Robert, *La morte celebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, in : De Mattei Roberto (edit.), *Finis Vitae, La morte celebrale è ancora viva?*, Roma 2007, pp. 333-349, pp. 333 ss.

¹¹ JONAS (n. 10), p. 170.

¹² RICOT Jacques, *Philosophie et fin de vie*, Rennes 2003, p. 87.

Parallellen in zwei Rechtssystemen: Volksrepublik China vs. Schweiz

Josephine Rüeggsegger (Master-Studentin, Universität Freiburg)



Die Autorin dieses Beitrags verbringt gegenwärtig ein Austauschjahr an der ECUPL in Shanghai. In ihrem Bericht zieht sie einen Vergleich zwischen dem Rechtssystem der Schweiz und dem der Volksrepublik China, indem sie anhand ausgewählter sozialer Ereignissen die unterschiedlichen Rechtslagen aufzeigt. Sie bedient sich dabei einer kurzen Erzählung, in die zahlreiche persönliche Erfahrungen aus dem aktuellen Aufenthalt einfließen. Dies erlaubt ihr, elementare Handlungen, die den Lauf eines Menschen in der Gesellschaft prägen (Geburt und Tod, Heirat und Scheidung, Kauf und Verkauf), auf originelle Art zu beleuchten und rechtlich differenziert darzustellen.

Abstract provided by the Editorial Board

Rahmenhandlung

Ein entzücktes Erstaunen erhellt jenen Blick, in dem Sekunden zuvor noch bange Verzweiflung lag. „Schnee? Jetzt im Mai? Hier, in Shanghai?“ Und leicht ironisch: „Na wunderbar, jetzt werde ich auch noch verrückt! Verrückt, wie sein Flug in die drittgrösste Metropole der Welt.“

Auf dem harten Steinhocker, auf dem er im Gartencafé eines alten Universitätscampus gerade sitzt – der

Huádōngzhèngfǎdàxué 华东政法大学¹, soweit man dem schwarz-goldenen Schild am mächtigen Toreingang trauen durfte – befragt er sich selbst, was genau das Ziel seiner überstürzten Reise nach Shanghai war.

Davonlaufen? Den Scherbenhaufen daheim vergessen? Sein verzweifelter Seufzer geht im Scharren des Nachbarhockers unter. Darauf lässt sich umständlich und nicht gerade geräuschlos ein etwa gleichaltriger Chinese nieder, der lauthals nichts als ein Glas heisses Wasser bestellt und dann den Rauch seiner billigen Zigarette in Daniels Richtung bläst. Daniel will sich entsetzt und verwirrt abwenden, doch das einfache, herzliche Lachen auf dem Gesicht des Fremden lässt ihn innehalten. Woher er denn sei? Höflich und distanziert: „Aus der Schweiz“. „*Piàoliang* (漂亮), *hěn piàoliang* (很漂亮)“, was soviel bedeutet wie: „Welch schönes, sehr schönes Land!“ Und – auf sein Handgelenk tippend – „Uhren!“ und – mit blinkenden Augen – „Geld!“ Vor Begeisterung stösst der Chinese aufgeregt an die Tischkante. Golden blitzen schlittert Daniels abgenommener Ehering über die Glasplatte, schwebt eine Schreckenssekunde in der Luft und verschwindet dann auf Nimmerwiedersehen im Abflussschacht. Das fröhliche Gesicht des Chinesen wankt,

¹ Neben der Übersetzung der Begriffe in chinesische Schriftzeichen auch deren phonetische Umschrift auf Basis der lateinischen Alphabets (Pinyin).

er versucht Fassung zu bewahren um nicht sein Gesicht zu verlieren und bestellt mit einem gezwungenen Lächeln eine Flasche besten Reisschnaps (*báijiǔ* 白酒). „Ich bin Gāo Qián (高強)² sagt er sich leicht vorbeugend, und setzt abrupt hinzu, „wo ist ihre Ehefrau?“. „Daniel“ entgegnet Müller versteinert. Ja, wo ist sie? Nicht mal seine besten Freunde haben die ganze Geschichte erfahren. Na, vielleicht ist in dieser verrückten Stadt, und mit diesem ungeschickten, aber nicht unsympathischen Gāo (oder war Qián sein Vorname?) der Augenblick gekommen um zu erzählen...

Die Vorgeschichte und Heirat

Sie sei wunderschön gewesen. Jedenfalls fand er das damals, als er sie bei einem Hockeymatch in Fribourg am Bierstand stehen sah. Den Match verloren die Fribourger, er aber gewann an diesem Abend. Auch das glaubte er jedenfalls lange. Nun, aus standfester Überzeugung, sie seien füreinander bestimmt, fassten sie zwei Jahre später den Beschluss zu heiraten. Daniels Ton wird nüchterner und als langjährig praktizierender Anwalt holt er mit einer leicht selbstzufriedenen Miene zur Erklärung über die materiellen Eheveraussetzungen³ nach schweizerischem Zivilrecht aus. Obwohl er nachträglich bezweifle, dass insbesondere seine Frau damals die nötige Urteilsfähigkeit⁴ besessen hätten, um „das Wesen der Ehe und die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten zu erkennen und sich entsprechend (...) zu verhalten“⁵, erfüllten beide das bedingte Ehemündigkeitsalter von 18. Jahren⁶. Bei diesen Worten zieht sein Gegenüber überrascht eine Augenbraue nach oben. Soweit sein Wissen als Rechtsprofessor nicht fehlging, unterlag die Gültigkeit der Heirat nach chinesischem Ehegesetz⁷ dem Mindestalter für Mann und Frau von 22 und 20 Jahren⁸. Hoherfreut, sein chinesisches Pendant getroffen zu haben, schliesst Daniel mit den Worten: „Ach und Gāo, sie heisst übrigens Isabel, Isabel Müller na-

türlich“. „Die meine Liú Xiǎohuā (刘小花)⁹ stand am Popcornstand im KTV¹⁰ über dem MacDonalds in der Dingxi Road. Ach und Daniel, mein Vorname ist Qián, natürlich...“.

Der Hauskauf

Sie stammt aus sehr einfachen Verhältnissen. Deshalb wohl hatten Xiǎohuās Eltern ihre einzige Tochter nur unter der Bedingung hergeben wollen, dass Qián ihr vor der Heirat ein Haus kaufe¹¹. Daniel ruft eifrig dazwischen, ebender Hauskauf sei ihm bei Isabels Familie zugutegekommen. Als ihr 90-jähriger Onkel sein seit jeher bewohntes Grundstück mit Haus dem Paar zum Verkauf bot, prüfte er als sorgfältiger Interessent und Anwalt die Rechtslage. In der Kaffeepause das Grundbuch konsultierend, sei er erblasst: bei besagter Liegenschaft war in entsprechender Kolone kein Eigentümer eingetragen gewesen. Auch weitergehende Recherchen in altrechtlichen kantonalen Einrichtungen haben keinen Eigentümer ermitteln lassen. „Dabei wisse doch jeder“ wendet sich Daniel vertraulich an Qián, „dass der Onkel ohne Grundbucheintrag nicht rechtmässig über das Grundstück verfügen, es so gar nicht verkaufen kann. Die einzige Möglichkeit ist tatsächlich die ausserordentliche Ersetzung, die Extratabularersatzung nach Art. 662 Abs. 2 ZGB!“¹². Unterschwellig belehrend setzt Daniel eifrig zur Erklärung über die aussergewöhnliche Rechtslage an. „Ein Institut des Liegenschaftsrechts, welches vom römischen *Usucapio* stammt. Es beinhaltet das Prinzip des privaten Besitzes, der sich nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne in Eigentum wandelt. Das dient dem Schutz des Besitzers, der sich Eigentümer glaubt sowie der Rechtssicherheit, indem verhindert wird, dass Besitz und Eigentum zu lange auseinanderfallen¹². Nach geltendem schweizerischem Recht ist der Erwerb von Grundeigentum möglich, wenn

² Übers.: Gross, stark.

³ EVA DUARTE-SCHAUFELBERGER, Kommentar zu Art. 94 ZGB, in: OFK Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011, S. 201 – 202.

⁴ Art. 94 Abs. 1 ZGB.

⁵ BGE 109 II 273 E. 4a., S. 277.

⁶ Art. 94 Abs. 1 ZGB.

⁷ Art. 6 Marriage Law of the People's Republic of China (ML; *hūnyīnfǎ* 婚姻法). Alle Gesetze und Verordnungen der Volksrepublik unter <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Frameset-index.html>.

⁸ Das Mindestalter für die Eheschliessung sowie die Ein-Kind-Politik sollen der Verwirklichung der in Verfassung und im ML verankerten Familienplanungspolitik der Regierung dienen.

⁹ Übers.: Kaiserlicher Nachname, kleine Blume, Farbe.

¹⁰ Nicht nur die Unterhaltung selbst, sondern insbesondere in China wird das Unternehmen zur Karaoke Unterhaltung „KTV“ genannt. Für Chinesen der mittleren und der jüngeren Generation ist es die Freizeitbeschäftigung und nicht selten schmettern Arbeitskollegen zusammen Lieder.

¹¹ Jeden Sonntag um 9 Uhr findet im People's Park der Heiratsmarkt statt, wo besorgte Eltern ihre unverheirateten, aber nicht mehr ganz jungen Kinder unter die Haube zu bringen versuchen. Dabei gilt als begehrter Heiratskandidat, wer eine Eigentumswohnung in Shanghai besitzt.

¹² GIUSEPPA OTTIMOFIORE, Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion, AISUF Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 321, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 78 – 90.

die tatsächliche Gewalt persönlichen sowie während 30 Jahren ununterbrochenen und unangefochtenen über das Grundstück ausgeübt wurde¹³. Erst wenn anlässlich des öffentlichen Auskündigungsverfahrens kein Einspruch erhoben, und das Grundbuchamt auf gerichtliche Anordnung hin seinen Namen als Eigentümer eingetragen hat¹⁴, darf der Onkel rechtmäßig über das Grundstück verfügen. Und: Wird Isabels' Onkel Eigentümer des Bodens, so nach dem Akzessionsprinzip¹⁵ auch des Hauses. Die dinglichen Rechte an der Liegenschaft erstrecken sich nämlich bis auf die sich darauf befindlichen Gebäuden.“ Geschickt schliesst Daniel beiläufig bemerkend, dass es ebenjene Erwägungen war, die Isabels Eltern von der Unabkömmlichkeit eines Rechtsanwalts in der Familie überzeugten.

Qián seufzt. Rufe er seine Freunde bei der Gebäudeverwaltungsbehörde an, nehmen die bei Vorlegen der nötigen Dokumente ohne Weiteres die konstitutive Eintragung des berechtigten Onkels als Eigentümer des Hauses vor¹⁶. „Erstens ist das Eigentum am Gebäude von dem der Liegenschaft unabhängig“ holt er dann trocken aus. „Des Weiteren ist das Institut des *Usucapio* in der chinesischen Doktrin heftigst umstritten. Zwar im gescheiterten Entwurf des chinesischen Zivilgesetzbuches eingeführt, nahm es der Gesetzgeber aus Angst vor Verlusten des Staatseigentums und entgegenstehendem, tief verwurzelter konfuzianischer Wert, wonach der Finder einer verlorenen Sache diese unentgeltlich dem Eigentümer zurückzugeben hat, nicht in das UREAL auf¹⁷. Schliesslich kann kein Individuum Grundeigentum erwerben. Verfassung¹⁸ und Gesetz¹⁹ anerkennen dem privaten Grundeigentum zwar den gleichen Schutz wie den Grundeigentumsrechten des Staates und Kollektivgemeinschaften. Nichtsdestotrotz ist der Staat tatsächlich der einzige Grundeigentümer“²⁰. Auflebend fügt

Qián hinzu: „Um Land in China privat zu nutzen, ist als chinesische Besonderheit unter anderem ein Nutzungsrecht der Oberfläche von staatlich-besessenem Land zum Zweck der Bebauung (*guó yǒutǔdìshǐyòngquán* 国有土地使用权) vorgesehen²¹. In der Regel entsteht es durch Vertrag mit der lokalen Regierung²², es ist entgeltlich, im Fall der Wohnnutzung zeitlich auf 70 Jahre beschränkt und durch bestimmte Investitionspflichten des Berechtigten bedingt. Das Recht ist verlänger- und auf Dritte übertragbar.“ Aufgeregt erzählt Qián von seinem Schrecken, als er vom anstehenden Ablauf seines Landnutzungsrechts über den Boden, auf dem das damalige Haus seiner damaligen in der Guizhou Provinz stand, erfahren habe. Glücklicherweise hatte er einen guten Freund bei der Regierung...

Einmal erworben, so erinnern sich Daniel und Qián, waren die Rechtstitel für beide Quellen des Glücks: Beweis erfüllter Heiratsbedingung beim einen, beim anderen Zertifizierung nützlichen Rechtswissens, brachten die unscheinbaren Papiere beiden die Zustimmung der Schwiegereltern zur Hochzeit ein. Die Erinnerungen daran ist bei den Schicksalsgenossen unterschiedlich gefärbt; während der eine an seine bildschöne, ganz in weiss gekleidet Braut denkt, strahlte bei dem andere eine noch Reizendere in purpurrotem Stoff.

Die Erbschaft

„Sie mag eine komplizierte Familiengeschichte haben“, führt Qián die Ehefrau-Erörterung fort, nun bequem im Schneidersitz unter den schattigen Ästen einer alten Trauerweide im Zhongshan Park sitzend. „Aber bereichernd ist sie auch“. Kurz nach der Heirat von Xiǎohuā und mir, verliess ihr Vater, ein armer Bauer, das Haus in westchinesischen Guiyang (Guizhou Provinz) um in seiner zweiten Lebenshälfte das wirtschaftlichen Aufblühen Chinas zu nutzen und in der weitentfernten Hauptstadt an der chinesischen Ostküste der Shandong Provinz ein Unternehmen zu gründen. Seit jeher mehr Geschäftsmann denn Landwirt, häufte er durch seinen abgefeimten Geschäftsinstinkt in kurzer Zeit ein beträchtliches Vermögen an. Der Bruch mit seiner ehemaligen Familie vollzog sich endgültig, als Gerücht über seine Liebhaberinnen bis ins die Stadt drangen, in der Xiǎohuā, Qián, Xiǎohuās ar-

¹³ Art. 662 Abs. 2 ZGB.

¹⁴ Art. 656 Abs. 2 ZGB.

¹⁵ Art. 642 ZGB.

¹⁶ Art. 14 Real Right Law of the People's Republic of China (UREAL; *wùquánfǎ* 物权法), 2007.

¹⁷ ZHANG LIHONG, The Latest Developments in the Codification of Chinese Civil Law, *Tulane Law Review*, Vol. 83, S. 999 – 1039, New Orleans 2009, S. 1022; Art. 79 General Principles of Civil Law (GPCL), 1986.

¹⁸ Art. 13 Verfassung der Volksrepublik China, 2004. Interessanterweise erscheint die Bestimmung in der offiziellen Version auf der Seite der Regierung nicht, vgl. http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm.

¹⁹ Art. 4 UREAL.

²⁰ *E contrario*, Art. 75 GPCL.

²¹ Art. 135 - 154 UREAL.

²² Art. 12 UREAL.

beitsloser Bruder und deren Mutter gemeinsam lebten. Als die Familie bereits mehr als fünf Jahre nichts mehr vom Vater gehört hatte, erreichte sie eines Tages die Nachricht von dessen Tod. Im einzigen Testament vermachte der Erblasser sein gesamtes Vermögen seiner neuen Lebensgefährtin.

In Daniels Kopf beginnt es zu arbeiten. Die Ehefrau des Verstorbenen²³ und seine Kinder²⁴ können ihren Pflichtteilsanspruch am gesamten Nachlass mit der Herabsetzungsklage²⁵ durchsetzen. Die Nachkommen erben nach dem Gleichheitsprinzip zu gleichen Teilen²⁶. Eine Ungültigkeitsklage gestützt auf Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB hielte hingegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht stand; die letztwilligen Verfügung eines verheirateten Mannes zu Gunsten einer Liebhaberin für ihre Unterstützung während seiner alten Tage ist nicht rechtswidrig und bildet ebenso wenig einen Verstoss gegen die guten Sitten²⁷. „Alles klar“, meint Daniel und lehnt sich zufrieden zurück.

Dozierend fährt Qián fort: „Entsprechend dem kürzlich entschiedenen Fall des Obersten Gerichts der Volksrepublik, verstösst das Testaments eines Ehemannes zu Gunsten einer langjährigen Liebhaberin gegen den in Art. 7 GPCL²⁸ gebotenen Respekt für die soziale Ethik, der letztwillige Akt ist rechtswidrig und daher ungültig.“ In Wahrheit hatte Qián damals ein nicht unbedeutendes Interesse an der Ungültigkeit des Testaments seines Schwiegervaters: Er besitzt nämlich unter bestimmten Bedingungen ein gesetzliches Erbrecht (*nǚxùdejìchéngquán* 女婿的继承权)²⁹. Daniel fährt auf: „Der Schwiegersohn *erbberechtigt*?“. Geduldig setzt Qián zur Erklärung an, wonach das chinesische Erbgesetz neben Nachkommen, Eltern, Grosseltern, überlebenden Ehegatten und Gemeinwesen auch Geschwister und Schwiegerkinder als erbberechtigt erklärt³⁰. Letztere erben unter der Bedingung, dass sie mit erheblichen Beiträgen zum Un-

terhalt ihrer Schwiegereltern beigetragen haben³¹. Wie jeder anständige Chinese es tun würde habe er, Qián, Xiǎohuās Eltern natürlich mit entscheidendem Beitrag an den Familienunterhalt unterstützt. „Dann soll ich einem bescheidenen, den schwerreichen Schwiegervater beerbten Rechtsgelehrten gegenüber sitzen?“, denkt sich Daniel und will gerade ganz beeindruckt das Glas heben, als der bittere Ausdruck auf dem guten Gesicht Qiáns und dessen leises „*gānbēi*“ (干杯) ihn innehalten lässt. Gleichsam den Prinzipien in der Schweiz, beschränkt das chinesische Erbrecht für die gesetzliche Erbfolge die Verfügungsfreiheit des Testators. Das Kriterium für den Pflichtteilsschutz bildet jedoch nicht die besondere Beziehung zwischen dem Erben und dem Erblasser. Art. 19 LS gewährt gesetzliche Erben, die arbeitsunfähig sind oder kein Einkommen haben, einen vorrangigen Pflichtteilsanspruch. „Ich wünsche nur, der vermaledeiter Nichtsnutz“ – womit Qián traurig Xiǎohuās arbeitslosen und schuldenanhäufenden Bruder bezeichnet – „hätte das ganze Geld genommen!“.

Gefasster hebt er an zu erklären, um den etwas durcheinander geratenen Daniel zu beruhigen. „Der Gesetzgeber Chinas hat durch jene Verankerung der gesetzlichen Pflichtteile eine Privilegierung von Personen in finanziellen Schwierigkeiten vorgesehen. In China tritt damit die ursprüngliche Funktion des Verwandtenerbrechts noch deutlich hervor: Das Erb- und Pflichtteilsrecht dient dazu, die Zukunft der Hinterbliebenen abzusichern. Angesichts der prekären Sozial- und Fürsorgesysteme erscheint dieses Institut in der in der Volksrepublik durchaus sinnvoll“ schliesst Qián mit Nachdruck. „In der Schweiz“ fügt Daniel mit unnötigem Stolz hinzu, „haben diese Vorsorgefunktion längst staatliche Sozialleistungen, bzw. Sozialversicherungen übernommen“. Qián entgegnet schlicht, dass das chinesische Zivilrecht bis heute, und im Vergleich zu westlichen Kodifikationen, viel stärker Ausdruck der sozialen und moralischen Verpflichtungen sei, die einer Person in der Gesellschaft zukommen. „Daniel, hast Du zum Beispiel gewusst, dass ich meinen Eltern und Grosseltern gegenüber gesetzlich zu Unterstützung verpflichtet bin³²?“. Daniel hat diesen letzten Teil von Qiáns Erläuterungen gar nicht mehr gehört. „Vor dem Hintergrund des

²³ Art. 462 Ziff. 1 i.V.m. Art. 471 Ziff. 3 ZGB.

²⁴ Art. 462 Ziff. 1 i.V.m. Art. 471 Ziff. 3 ZGB.

²⁵ Art. 522 ZGB.

²⁶ Art. 457 Abs. 2 ZGB.

²⁷ ANTOINE EIGENMANN, Commentaire de l'art. 519 CC, Commentaire du droit des successions Art. 519 ZGB, in: Stämpfli Handkommentar, Bern 2012; BGE 85 II 378, E. 2., S. 381-382.

²⁸ Civil activities shall have respect for social ethics and shall not harm the public interest, undermine State economic plans or disrupt social economic order.

²⁹ Art. 12 Law of Succession of the People's Republic of China (LS; *jìchéngfǎ* 继承法), 1985.

³⁰ Art. 10 IL. Als Erben zweiter Sequenz erben Geschwister und Grosseltern nur, falls kein überlebender Ehegatte, Nachkommen oder die Eltern mehr vorhanden sind.

³¹ Art. 19 IL.

³² Zur *gegenseitigen* Unterstützungspflicht zwischen Kindern, Eltern und Grosseltern, vgl. Art. 21, 24 und Art. 28 Marriage Law of the People's Republic of China (ML), 1980, mit letzter Änderung in 2001.

Sozialsystems“, führt Daniel seine Gedanken weiter, „ist es erstaunlich, dass in der Schweiz bei jedem dritten Erbrechtsprozess um die Durchsetzung von Pflichtteilsrechten gestritten wird³³. Auch mir läge es nicht fern, im gegebenen Fall dem schweizerischen Ehepaar zu raten versuchsweise eine Ungültigkeits-, auf jeden Fall aber eine Herabsetzungsklage einzureichen.“ „Tatsächlich?“ fragt Qián ungläubig nach. „Fürchteten sie sich nicht zu prozessieren? Es stimmt, dass in China das eben erwähnte Urteil des Obersten Gerichts im selben Fall zur Klage ermutigte. In der Praxis aber ist der Gang zum Gericht paradoxerweise eher unwahrscheinlich. Das fehlende Vertrauen in die Gerichtsbarkeit und den sozialen An- und Gesichtsverlust (*diūliǎn* 丢脸) einer Familie anlässlich eines Prozesses lässt viele Chinesen an ihrer Rechtstradition festhalten und in Streitfällen der Gerichtsbarkeit eine außergerichtliche Einigung vorziehen“ erklärt Qián rechtfertigend.

Die Scheidung

Sie habe sich begann zu langweilen begonnen. Da er und seine Frau trotz des beträchtlichen Erbanteils von Xiǎohuās Bruder durch die Erbschaft vom Vater finanziell abgesichert waren, seien sie von Guizhou nach Shanghai, in eine teure Wohnung in Pudong gezogen und seine Frau hätte ihre Arbeit gekündigt. „Ich habe stets von ihrem wankelmütigen Charakter gewusst“ gesteht Qián betrübt. Mit einem traurigen Blick fügt er erklärend hinzu: „Ihr Name deutet bereits auf ein *huāxīn* (花心), ein farbenfrohes Herz und schau, in unserer Ehe war sie dann tatsächlich auch untreu“. Gebrochen gesteht Qián Daniel, sie habe ihm die grösste Schande bereitet, die einem Chinesen bereitet werden könne: Ungefähr ein Jahr nach der Erbschaft entdeckte er, dass sie ihn in Jiangsu, im malerischen Provinzstädtchen Suzhou auf ihren sehr häufigen Kurreisen des längeren mit einem Liebhaber betrogen hat. Ungläubig fährt Daniel auf. „Das kann nicht wahr sein, Isabel hat dasselbe getan!“.

Direkt oder indirekt findet in beiden Rechtsordnungen unter den Bestimmungen zur Ehe das Prinzip der Monogamie seinen Ausdruck. In China ist die Einehe als Grundprinzip des Familienrechts explizit

in Art. 2 ML verankert³⁴. Im ZGB stellt die zur Zeit der Eheschliessung bestehende Vorehe eines Ehegatten ein Ungültigkeitsgrund der Ehe dar³⁵. Sowohl das schweizerische als auch das chinesische Scheidungsrecht sehen beides, die Scheidung auf gemeinsames Begehren³⁶ und das einseitige Scheidungsersuchen³⁷ vor.

„Also, was sind denn deine Möglichkeiten, Daniel?“ fragt Qián endlich. „Die Scheidung auf Klage eines Ehegatten gründen entweder auf zweijährigem Getrenntleben³⁸ oder der Unzumutbarkeit³⁹. Bei einem Ehebruch als solchen liegt allerdings noch keine Unzumutbarkeit vor⁴⁰, das habe ich geprüft“ entgegen dieser resigniert. „Für mich ist es hier demnach einfacher“, stellt Qián mit einer Stimme fest, in der nicht die geringste Spur von Erleichterung mitschwingt. „Das einseitige Scheidungsbegehren nach chinesischem Recht bedingt, dass die gegenseitige Zuneigung nicht mehr existiert“⁴¹. Das werde beim Vorliegen von einem der sechs gesetzlich festgelegten Gründen, wie bspw. zweijähriger Trennung, Spielsucht und Ehebruch (*tōngjiān* 通奸) bejaht. „Das klingt streng, zugegeben“ gesteht Qián mit einem knappen Nicken ein, „systematisch stützt sich der Scheidungsgrund des Ehebruchs aber darauf, dass Monogamie als Grundprinzip des Familienrechts explizit in Art. 2 ML verankert ist“. Und in einem Anflug von mutwilliger Schadenfreude murmelt er mehr zu sich selbst: „Ich habe Beweise... falls sie sich sogar erneut verheiratet hat, könnte ich Xiǎohuā für ihre Taten gestützt auf Art. 46 ML sogar zu Schadenersatz verklagen“. Kraftlos die Schultern sinken lassend flüstert er jedoch beinahe zärtlich: „Den sozialen Schaden, den sie davon hätte, möchte ich ihr dennoch nie antun“. „Das zeugt von Grossherzigkeit“ denkt Daniel, während er erfolglos versucht, sich mit der zweijährigen Trennungszeit nach schweizerischem Recht

³⁴ Beispiel für wie weit der Gesetzgeber in das Privatleben eingreift ist bspw. auch der (erst kürzlich abgeschaffte), zuvor aber obligatorische Gesundheitstest vor der Eheschliessung um Personen mit bestimmten Krankheiten davon auszuschließen und damit die „biologische Qualität des Menschen zu verbessern“.

³⁵ Art. 105 Ziff. 1 ZGB.

³⁶ Art. 111 ZGB; Art. 31 ML.

³⁷ Art. 114, 115 ZGB; Art. 32 ML.

³⁸ Art. 114 ZGB.

³⁹ Art. 115 ZGB.

⁴⁰ ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Kommentar zu Art. 111 ZGB, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1 – 456 ZGB, Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 369 – 371.

⁴¹ Art. 32 ML.

³³ RONA SEROZAN, Wohin steuert das Erbrecht, in: MARGARETA BADDELEY et al. (Hrsg.), *Successio*, Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Juristische Medien Zürich 2014, S. 4-23, S. 8.

abzufinden. Gerade will er seinem Unmut Luft machen, als Qián mit brüchiger Stimme noch hinzufügt: „Zur Zeit dürfte ich nach Art. 34 ML aber ohnehin keine entsprechende Klage einreichen. Frauen stehen bis ein Jahr nach der Schwangerschaft unter besonderem gesetzlichen Schutz. Und Xiǎohuā hat mir gestern Abend eröffnet, dass sie schwanger sei.“

Abgang

Das minutenlange Schweigen, welches auf die Worte Qiáns folgte, wog schwerer als der kunstvoll behauene Steinblock an den Daniel gedankenversunken lehnte. Erst ein zitterndes Aufglimmen von Qiáns Zigarette lässt Daniels Blick in die Gegenwart zurückkehren. Durch das vertraute Gespräch zu Offenheit ermutigt, wagt er sich weiter vor. Eine ehrliche Antwort von seinem Freund wünschend, sucht er Qiáns Augen und man vernimmt schlicht folgende Worte: „Mir scheint, was Du mir erzählst seien alles in allem gar weitgehende Eingriff in die persönliche Freiheit.“ Die Miene seines Gegenübers wandelt sekunden-schnell. Erst gequält und vielleicht eine Spur enttäuscht, dann entschuldigend, bevor sie endlich zur glatten Unergründlichkeit wird, als er blechern her-unterleiert: „China ist ein großes Land, Daniel. Das Zusammenleben so vieler Leute erfordert, dass jeder

ein Teil seiner Freiheit opfert“⁴². Damit erhebt sich Qián geschmeidig und geht, nach der kleinen Verbeugung mit vor der Brust gegeneinander gelegten Handflächen, langsam davon. Innehaltend wendet er sich plötzlich mit einem umso herzlicheren und sanfteren Lächeln zu seinem Freund zurück. Indem er auf die eigenartig wärmeresistenten Schneeflockchen auf dem Steinweg am Boden deutet, fügt er antwortend noch hinzu: „Ach und, Daniel... die Kirschblüten, es sind übrigens Kirschblüten“ (*yīnghuā* 櫻花). Möge dieses zarte Symbol des Frühlings ein neuer Frühling unser beider Leben bedeuten.“ Und bei sich fühlte er, dass, so gegensätzlich der Rechtsvergleich, die kulturellen Unterschiede auch erscheinen mögen, so seien es am Ende doch die gemeinsame Erfahrung, die Menschlichkeit schlichtweg, die Menschen zu einen vermochte.

⁴² Neben dem Rechtsbegriff nach westlichem Verständnis, d.h. als staatlich gesetztes Recht (*fǎlǜ* 法律), werden in China unter dem Begriff auch soziale und familiäre Verpflichtungen (*lǐ* 礼) verstanden. Sie regelten ehemals, vorwiegend ungeschrieben, die zivile Angelegenheiten. Der die chinesische Rechtstradition massgeblich prägende Konfuzianismus lehnt nämlich den Erlass von Gesetzen ab und hebt stattdessen die moralische Erziehung des Individuums hervor. Zusammen mit deren Umsetzung als soziale Verpflichtungen soll ein jeder ein Gerechtigkeitsgefühl verinnerlichen und die Gesellschaft soziale Harmonie erreichen. Erst kürzlich, durch den Einfluss der kontinentalen Kodifikationstradition des Westens fanden diese strengen sozialen und moralischen Verhaltensregeln Eingang in das heute staatlich erlassene Zivilrecht. Ausdruck solcher konfuzianistischer Werte sind bis heute die Rückgabepflicht einer gefundenen Sache (welche zur Ablehnung des *Usucapio* im Real Right Law von 2008 führte), die Kompromisstradition (Ablehnung formaler Streitigkeiten) sowie die gegenseitige Unterstützungspflicht zwischen Eltern-Kindern. Vgl.: K. L. ALEX LAU; ANGUS YOUNG, In Search of Chinese Jurisprudence: Does Chinese Legal Tradition have a place in China's Future, in: Australian and New Zealand Critical Criminology Conference by the Crime and Justice Research Network at the University of New South Wales, 2008 zugänglich unter: https://www.researchgate.net/publication/228473689_In_search_of_Chinese_jurisprudence_Does_Chinese_legal_tradition_have_a_place_in_China's_future.

Interview avec Dominique de Buman

Conseiller national et deuxième Vice-Président du Conseil National

Dominique de Buman, * 1956, originaire de Fribourg (FR)

1975 - 1980	Études de droit à l'Université de Fribourg
1986 - 1993	Conseiller communal de la Ville de Fribourg
1986 - 2003	Député au Grand Conseil du Canton de Fribourg
1988 - 1993	Secrétaire politique du PDC/FR
1994 - 2004	Syndic de la Ville de Fribourg
2001	Président du Grand Conseil du Canton de Fribourg
2004 - 2016	Vice-président du PDC Suisse
dès 2003	Conseiller national
dès 2015	Deuxième Vice-Président du Conseil National



ÉTUDES ET CARRIÈRE

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

C'est un choix qui s'est imposé de manière relativement évidente, parce qu'au fond le droit concerne l'organisation de la société ainsi que la mise en œuvre des relations des gens entre eux. C'était pour moi presque un choix inné, qui correspondait exactement à mes aspirations.

Q: Quelle carrière envisagiez-vous de suivre après vos études de droit ?

Pendant que j'étudiais, j'envisageais deux axes professionnels : la diplomatie et l'économie, plus précisément dans l'industrie. Tout s'est précipité après la fin de ma licence en 1980. J'écrivais alors une thèse en histoire du droit, dans laquelle il fallait étudier six régimes juridiques différents pour les communes, y compris à des époques pour lesquelles il ne subsistait aucune pièce ... Bref, ça s'est enlisé. C'était un peu « langweilig », et pendant ce temps la politique devenait toujours plus intéressante.

Après ma licence, je me suis engagé en janvier 1982 chez les jeunes démocrates-chrétiens, et la politique a commencé à m'intéresser après que je sois devenu candidat au Conseil général à contrecœur, à l'époque comme « bouche-trou » : j'ai fini 47e sur 80, mais depuis ce jour-là l'envie m'a pris et ne m'a plus quitté. Puis j'ai été élu en 1986 à l'exécutif de la Ville de Fri-

bourg, tant et si bien que j'ai été pris par la politique en cours de route.

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

Absolument, je suis heureux d'avoir fait ce que j'ai fait, et n'en changerais rien.

Q: Étiez-vous déjà engagé en politique durant vos études ?

D'une certaine façon oui, puisque j'étais dans le conseil de faculté dès 1976, ce qui était déjà une forme de politique. Et j'étais par ailleurs membre de la Sarinia depuis 1975, qui était une organisation très politique, un nid de juristes et de politiciens. J'aimais bien ça.

« Le droit [...] c'était pour moi presque un choix inné, qui correspondait exactement à mes aspirations. »

Q: Comment est né votre intérêt pour la politique ?

J'aime la politique depuis l'âge de dix ans, et même avant. À l'époque de l'Exposition nationale de 1964 à Lausanne, à l'âge de huit ans, j'avais demandé comme cadeau d'anniversaire l'histoire de la Suisse de Dürrenmatt en édition spéciale. Et il y avait à l'Expo 64 un grand chapiteau formé des drapeaux de toutes les communes suisses, sous lequel se promenaient les

Conseillers fédéraux, tout ça m'intéressait déjà. En 1966, j'allais voir les résultats des élections communales et cantonales, les résultats partiels, quartier par quartier. Enfin, la télévision diffusait à l'époque une émission sur la politique, « Table ouverte », que je regardais tous les dimanches matins.

« La loi doit être très synthétique et surtout la plus claire possible. Moins il y a d'interprétations possibles, moins il y a de jurisprudence possible, moins il y aura d'arbitraire. »

SITUATION ACTUELLE

Q: En quoi consiste votre activité en tant que Conseiller national ?

L'activité du Parlement se fait essentiellement par le travail en commissions, appelées commissions thématiques. En l'occurrence, j'ai la chance d'être depuis plus de dix ans dans la commission de l'économie et des redevances. C'est dans les commissions que se font les majorités, c'est là que l'on discute avec les collègues, que l'on dépose des amendements sur un projet de loi présenté par le Conseil fédéral, ou que l'on développe une motion de commission.

Il y a ensuite le travail de groupe parlementaire, dans lequel le point de vue de chaque commission est défendu, mais en entendant les préavis des autres commissions. Les travaux du groupe influencent les projets de loi : un préavis positif ou négatif du groupe sera pris en compte en plénum.

Le plénum, précisément, est paradoxalement moins important, puisque les commissions et les groupes ont façonné les préavis en interne. Et au Conseil national, le plénum n'est heureusement pas trop imprévisible. Il peut y avoir tout à coup un amendement, une intervention ou d'autres surprises, mais ça arrive rarement.

À côté de tout cela je suis, en tant que Vice-Président, membre du bureau du Conseil National, qui correspond à l'exécutif du Conseil National, ainsi que de ce qu'on appelle la délégation administrative, qui est un bureau restreint comprenant trois représentants de chacune des deux Chambres. Le bureau a la tâche de gérer les agendas des Chambres, de régler les ques-

tions financières relatives au fonctionnement du Conseil National, l'organisation des commissions et des sous-commissions : en bref, le fonctionnement administratif du Parlement.

Viennent enfin les groupes d'intérêts. Il peut y avoir des intergroupes sur tout : sur les relations avec l'étranger, sur les médias, sur les consommateurs, sur les relations Suisse-Arménie, etc. Il y a une nuée d'intergroupes parlementaires, beaucoup trop d'ailleurs, à tel point qu'il y a des conflits d'agenda permanents entre les groupes. Tout cela fait partie du travail de réseau du Conseiller national.

En résumé, être Conseiller national, c'est contribuer à faire les lois. En Suisse, le Parlement se distingue en cela qu'il est très puissant : il vote les lois et le budget.

Q: Précisément, l'université nous enseigne essentiellement à lire et à interpréter la loi. Vous avez aussi bien mis en œuvre la loi lors de mandats exécutifs qu'écrit le droit dans vos mandats législatifs. Quelle est la différence entre lire et écrire le droit ?

Lire ou interpréter le droit consiste à essayer de comprendre quelle était la volonté de ceux qui ont édicté la loi. Il faut se demander ce qu'a voulu atteindre celui qui a écrit la loi, et en quoi suis-je concerné ?

Au contraire, écrire le droit, c'est tout autre chose : faire passer une vision de société dans des mots qui doivent être compris de manière claire par tout le monde. Écrire la loi part d'abord d'une analyse des besoins de la société ; on en tire des paradigmes et on se demande quels sont les objectifs à atteindre. La loi doit être très synthétique et surtout la plus claire possible. Moins il y a d'interprétations possibles, moins il y a de jurisprudence possible, moins il y aura d'arbitraire.

Q: Un juriste est-il mieux préparé à concevoir une loi de la manière la plus claire possible ?

Il ne doit pas y avoir de monopole des juristes en politique. Il y en a beaucoup aujourd'hui à Berne ; en revanche il ne reste plus qu'un ou deux avocats sur les 110 membres du Grand Conseil fribourgeois. Mais le droit est tout de même une formation naturellement adéquate, dans la mesure où ce seront ensuite des juristes qui interpréteront, critiqueront et mettront en œuvre la loi. Dans un exécutif, cela joue un moins grand rôle : vous êtes entouré d'un état-major comprenant éventuellement des juristes, ou pouvez octroyer

des mandats à des juristes externes. En revanche, dans le législatif – cantonal ou fédéral – le bagage juridique s'utilise chaque jour.

Q: Le droit suisse s'est longtemps distingué en cela qu'il était très accessible au citoyen, tant à la lecture que quant aux moyens d'action législative. La forte croissance du nombre de lois et de leur complexité ne rend-elle pas impraticable le principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi » ?

L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » n'est plus applicable aujourd'hui à la lettre, bien sûr que non ! Les temps ont changé : il y a aujourd'hui beaucoup trop de lois et d'ordonnances, ça devient une forêt tellement dense qu'il n'y a plus de lumière et qu'on n'y voit plus rien. D'un autre côté, nous disposons aujourd'hui d'instruments qui permettent de consulter facilement l'arsenal législatif en vigueur, en la forme d'internet et de tous les outils informatiques qui n'existaient pas il y a encore quelques années. Il y a ainsi moins de risques que l'appareil législatif ne devienne désuet. Le commun des mortels trouve aujourd'hui très rapidement, en quelques clics, la loi à laquelle il pourrait être assujéti.

Il y a par ailleurs un problème normatif : les lois deviennent elles-mêmes toujours plus complexes. Il s'agit en fin de compte d'un problème de civilisation : nous vivons dans un monde dans lequel la confiance existe de moins en moins, malheureusement. Du coup, on veut tout préciser, tout mettre noir sur blanc de peur de perdre quelque chose ou de ne pas être honoré de quelque chose, ce qui se traduit par une augmentation de la forêt juridique. Le meilleur droit est le contrat conclu en se regardant dans les yeux : on se serre la main, et on l'applique. Et d'ailleurs, cela se traduit dans nos principes généraux de droit, en premier lieu le principe de la bonne foi. Seulement après interviennent les instruments du droit, visant à garantir l'équité, comme la proportionnalité, etc. Aujourd'hui, le commun des mortels ne peut plus se défendre seul dans une situation juridique complexe. Ceci explique le développement des assurances juridiques, ainsi que des permanences d'avocats et de notaires. De tout ce droit, on espère peut-être moins d'arbitraire, mais cela mène paradoxalement à des injustices, selon l'adage : *summum ius, summa iniuria*.

Q: Au Parlement, y a-t-il trop ou trop peu de juristes ?

Juste ce qu'il faut. Le Parlement suisse est représenté par plusieurs métiers importants. Ce qui manque aujourd'hui, c'est la représentation des professions indépendantes, des vrais indépendants : le boucher, le serrurier, le boulanger, etc. La raison en est que l'artisan ne peut plus se permettre d'être parlementaire, ça lui coûte trop cher : le travail n'est pas excessivement payé – nous avons l'avant-dernier parlement d'Europe sur le plan de la rémunération – et celle-ci ne couvre pas les frais nécessaires à engager quelqu'un dans son commerce pour pouvoir exécuter ses tâches parlementaires. Un indépendant ne vient plus à Berne.

« Les temps ont changé : il y a aujourd'hui beaucoup trop de lois et d'ordonnances, ça devient une forêt tellement dense qu'il n'y a plus de lumière et qu'on n'y voit plus rien. »

Q: Cela remet-il en question le Parlement de milice ?

Ma position est très claire : il faut garder un parlement de milice. Plus exactement, il faut admettre que l'on n'est pas parlementaire à 100%, avec toutes les difficultés que cela peut impliquer par rapport à son activité économique.

Mais le système actuel est hypocrite : nous avons un système de milice, mais sans avoir les moyens de l'exercer correctement. Le parlementaire reçoit une petite indemnité pour se faire aider d'un secrétariat administratif, alors qu'il lui faudrait aussi du personnel scientifique pour mener une recherche documentaire, approfondir un sujet, pour être dans la cible lorsqu'on dépose une intervention, etc. Or, tout cela n'existe quasiment pas aujourd'hui.

Q: Vous étiez jusqu'à aujourd'hui Vice-Président du PDC Suisse. Quel rôle revient aux partis politiques dans l'élaboration du droit ?

C'est une très bonne question. Les partis ont deux rôles essentiels.

D'abord, celui d'être des courroies de transmission,

des « *Schnittstellen* », entre la population et les autorités. Ce sont des laboratoires de pensée, ils émettent des prises de position publiques, leurs représentants doivent être dans la population, rendre compte de ce qu'il s'y passe, remarquer là où existent des lacunes législatives, des besoins sociaux, etc. Les partis sont des éponges à idées, et doivent les malaxer avant de les transmettre aux autorités pour action législative.

Le second rôle, très important mais aussi un peu ingrat, est de remplir les procédures de consultation. Chaque fois qu'une telle procédure est ouverte par un gouvernement, les partis sont consultés, et leurs collaborateurs scientifiques planchent dessus, répondent aux questionnaires, rappellent la ligne générale du parti, examinent si le projet du Conseil fédéral est à peu près conforme aux besoins de la société. Ces consultations sont ensuite dépouillées et analysées, et forgent l'opinion du Conseil fédéral pour le projet de loi définitif. Le rôle du parti dans la formation de l'opinion, et en fin de compte de la loi, est important.

À côté du parti, il y a les groupes parlementaires, qui disposent de leurs propres structures, indépendamment du parti. La différence est que les groupes s'occupent des objets en délibération au Parlement, tandis que les partis s'occupent d'idées plus générales, des programmes politiques, des orientations du pays, comme par exemple lors des échanges avec le Conseil fédéral aux entretiens de Watteville.

« La vraie égalité doit se révéler dans les faits, dans la rémunération salariale, dans l'attribution des rentes, dans le droit du divorce, par un partage plus équitable des tâches pour permettre aux femmes d'avoir un vrai accès au marché du travail et aux pères de se consacrer aux tâches éducatives de leurs enfants. »

Q: L'institution de la famille, l'un des thèmes phares de votre action politique, a connu de fréquentes modifications législatives ces dernières décennies.

La Suisse et son Parlement ne mettent-ils pas en jeu une certaine stabilité que doit offrir le droit ?

La politique familiale se compose de deux éléments : d'une part, une politique sociale qui s'appuie sur du droit administratif ; et d'autre part, toute la politique relevant du droit privé – droit du mariage, droit des successions, droit de l'adoption, droit de la tutelle, etc. La partie publique du droit de la famille, qui concerne le statut et le fonctionnement de la famille dans la société, n'a pas connu tellement d'évolution à part en matière d'accueil en crèche de la petite enfance et de politique fiscale pour les familles.

Q: La dernière initiative du PDC s'inscrivait aussi dans ce contexte...

Le but de cette initiative était fiscal, pour l'imposition du couple, et social, pour établir une égalité de traitement en matière de rentes AVS et AI. Précisément, les deux initiatives du PDC sur les allocations familiales et sur l'abolition de la discrimination du couple marié par rapport aux concubins n'ont pas passé ; l'UDC a elle aussi lancé une initiative il y a deux ans, qui n'a – heureusement ! – pas passé non plus ; c'est tout cela qui me fait dire que le droit public de la famille n'a pas beaucoup changé.

En revanche, on touche beaucoup à tout l'arsenal législatif du nom de famille, du mariage pour tous, etc. En toute franchise, je pense qu'on est en train d'aller beaucoup trop loin. Par exemple, sur le nom de famille : on réintroduit aujourd'hui une forme d'arbitraire en laissant le choix du nom de famille, je trouve que ça n'apporte rien, et je suis sans doute minoritaire avec cette opinion même au sein de mon propre parti. La vraie égalité doit se révéler à mes yeux dans les faits, dans la rémunération salariale, dans l'attribution des rentes, dans le droit du divorce, par un partage plus équitable des tâches pour permettre aux femmes d'avoir un vrai accès au marché du travail et aux pères de se consacrer aux tâches éducatives de leurs enfants.

Q: L'activité législative suisse est de plus en plus influencée par le droit international ou national étranger. En quoi cette nouvelle réalité influence-t-elle votre activité de parlementaire et juriste ?

C'est un point très important. Je prends un exemple concret : la commission de l'économie s'occupe entre autres de toute la voie bilatérale et de toute la relation de la Suisse avec l'étranger, non seulement avec

l'Europe. Cela implique de prendre en considération le droit international. On peut être d'accord ou non avec cette évolution, mais c'est à mon sens un combat d'arrière-garde que de nier qu'il y a un droit international. Nous sommes notamment confrontés au droit onusien, ainsi qu'au droit naturellement édicté par des organes qui se sont créés au fil des besoins. S'imaginer, comme le font certains politiciens, que l'on peut vivre sans ce droit, relève du délire.

Bien sûr, comme nous l'avons appris dans un passionnant séminaire sur les juges étrangers organisé dernièrement par la faculté de droit, il subsiste encore des zones grises au sujet des domaines dans lesquels le droit international est prééminent ou non. Le droit international n'est pas un droit absolu, et ne domine pas toujours le droit suisse, mais doit être admis sur le principe. Un peu de la même manière qu'en 1874, les Suisses ont admis le Tribunal fédéral. Les cantons étaient souverains, et auraient aussi pu dire : « nous ne voulons pas de juges étrangers à Lausanne ». En matière de traités internationaux par exemple, il reste des points sur lesquels la Suisse émet des réserves. Mais ce n'est rien de nouveau, ces réserves datent de dizaines d'années, et ne sont rien d'autre que de se garder le droit de ne pas appliquer entièrement le droit international. Reste enfin la question des juges qui appliqueront tout ce droit. Par exemple, quelle instance judiciaire doit être admise pour les litiges opposant la Suisse à des instances étrangères ? Faut-il un système de juges analogue à celui de l'AELE, ou une cour arbitrale ? C'est à l'étude actuellement, mais il faudra bien trouver une solution. On ne peut pas continuer à dire : « on est dans le village d'Astérix et on fait ce qu'on veut ».

« Un peu de la même manière qu'en 1874, les Suisses ont admis le Tribunal fédéral. Les cantons étaient souverains, et auraient aussi pu dire : ' nous ne voulons pas de juges étrangers à Lausanne '. »

Q: À l'inverse, pensez-vous que le droit suisse pourrait offrir des perspectives à nos voisins, par exemple en matière de droits politiques ou en ma-

tière de protection des minorités ?

Je vais vous étonner : cette question n'est malheureusement pas du tout traitée aujourd'hui. Il y a bien à Berne ce qu'on appelle le bureau de l'intégration, qui s'occupe de la relation de la Suisse avec l'Europe et travaille sur ces thèmes depuis longtemps. Mais on se concentre aujourd'hui sur une priorité : ne pas rompre complètement nos relations avec nos voisins. L'obsession anti-européenne ayant cours aujourd'hui fait que votre question n'est hélas pas à l'ordre du jour. Une initiative visant à rompre les bilatérales vient d'être lancée, avec l'idée que des accords de libre-échange suffiraient. Mais ça signifierait qu'Erasmus, Horizon 2020 seraient terminés. Il ne faut pas minimiser ce qui est en train de se passer, nous sommes dans une situation périlleuse.

« On ne peut pas continuer à dire : ' on est dans le village d'Astérix et on fait ce qu'on veut '. »

Q: Quels domaines du droit constitueront selon vous, en Suisse, les grands chantiers législatifs de demain ?

Il y en a un certain nombre. Le droit privé de la famille est un gros dossier juridique. Par ailleurs, toute la problématique liée au développement cybernétique est centrale, et l'ampleur du débat sur la protection des données croît à une vitesse énorme. Voyez le référendum contre la loi sur le renseignement : finalement, il s'agit de savoir si l'on accepte ou non les banques de données personnelles. Il y a aussi l'idée des cartes d'assurés contenant des informations relatives à tous nos traitements médicaux. Ce système permettrait certes d'éviter des traitements inutiles. Mais d'un autre côté, où est la vie privée ? Quelles informations seraient contenues dans ces cartes ? Qui pourrait les lire ? Pour moi, cela pose la question de la place de l'être humain par rapport à la technologie, et cela va nécessiter des développements juridiques énormes.

Q: Croyez-vous à l'introduction en Suisse d'une class action ?

Dans ce domaine, les États-Unis sont en avance sur nous. En Suisse, la question a déjà été effleurée, sans être étudiée à fond, à l'occasion du projet de révision de la loi sur les cartels il y a deux ans. Le consom-

mateur avait demandé que l'on introduise un droit de plainte collectif, mais la révision a été enterrée. On a pu constater lors de la crise des subprimes ou avec le scandale VW qu'il est difficilement envisageable que chaque propriétaire dépose sa propre plainte. Dès lors, je pense que l'on va devoir se diriger vers certaines actions collectives. On ne pourra pas y échapper, pour des raisons d'efficacité.

« Il faut dire aussi que la politique fédérale, celle des principes, des grandes orientations, a repris du poil de la bête en vingt ou vingt-cinq ans. »

Q : Et que pouvez-vous nous dire des évolutions dans le monde du livre, que vous connaissez bien pour être président de Bibliomedia Suisse ?

J'ai toujours énormément lu, je pense qu'il s'agit d'un vecteur d'idées irremplaçable. Il y a actuellement une évolution vers le livre numérique, qui est partielle mais pas totale. Le livre numérique est didactique, utilitaire, et important à ce titre. Par exemple, il peut être utilisé dans les classes et permet de gagner du papier. Le livre numérique est donc un bien, à tel point que même les organisations du livre le soutiennent et demandent qu'il bénéficie des mêmes conditions fiscales que les livres traditionnels. Par contre, ces derniers ne perdent pas leur place : il n'y a jamais eu autant de livres vendus, ni de publications en Suisse romande que ces dernières années. Il ne faut pas opposer le livre numérique au livre papier, qui a une dimension ludique et sensuelle. Il a un papier plus ou moins épais, une police, une reliure... Le contenant aussi est important ! Et inversement, un livre de poche pour lequel on n'a pas besoin d'avoir d'égards peut être un compagnon de voyage génial, plus pratique à emmener à la plage qu'une tablette ou un livre de La Pléiade en papier-bible.

Q: Quelles fonctions non politiques le jeune juriste qui finit ses études peut-il endosser au Parlement ?

Des collaborateurs scientifiques travaillent dans les commissions du Parlement. Il s'agit de postes que je ne peux que recommander. En suivant ce cursus, vous pouvez ensuite devenir secrétaire scientifique d'une commission, ce qui veut dire que vous avez une

connaissance poussée de la matière qui est traitée et que vous êtes en contact direct avec la commission et avec l'administration. Après, du Parlement, on peut passer dans l'administration, dont les employés sont généralement très compétents. Il est également possible d'être collaborateur scientifique d'un parti, ce qui demande également des connaissances pointues, notamment pour les procédures de consultation.

Q : Vous avez eu ce que l'on pourrait appeler une carrière politique « classique », en assumant d'abord des mandats législatifs et exécutifs au niveau communal et cantonal. Pensez-vous que la carrière politique-type a aujourd'hui changé ?

Il y a eu un renversement dans la pyramide des carrières politiques : beaucoup de parlementaires arrivent à Berne très jeunes, trop jeunes à mon avis. La médiatisation de certaines fonctions politiques a changé ces vingt dernières années : dans les cantons, lorsqu'un élu fédéral est candidat, il éclipse d'autres candidats, grâce à sa présence préalable à la radio et à la télévision. En même temps, beaucoup de parlementaires cherchent à intégrer des exécutifs cantonaux ou communaux, pour s'assurer une sécurité et une prévoyance professionnelles. On perd ainsi des énergies et des talents à Berne ! À l'époque, la mode n'était pas d'arriver tout de suite au Parlement fédéral : c'était plutôt considéré comme un aboutissement.

Il faut dire aussi que la politique fédérale, celle des principes, des grandes orientations, a repris du poil de la bête en vingt ou vingt-cinq ans. Cela nous vaut entre autres un fait très réjouissant : ces dernières années, le taux de participation aux scrutins a augmenté. Alors que les débats sont devenus beaucoup plus techniques, j'ai le sentiment que la population les maîtrise mieux aujourd'hui. C'est à mon avis le mérite des médias : radio, télévision, réseaux sociaux... La multiplication des canaux a rendu service à la politique.

« Il ne faut pas pour autant lâcher les langues nationales, c'est un problème d'identité et de culture. »

Q : Vous avez été actif à plusieurs échelons politiques de la ville et du canton de Fribourg. Comment s'y porte le bilinguisme ?

D'une manière générale, je pense que l'apprentissage des langues est aujourd'hui beaucoup mieux admis et promu, cela fait partie de la globalisation. Un jeune enfant apprend les langues sans effort, il faut l'encourager à parler trois langues – deux langues nationales et l'anglais – avant l'âge de dix ans ! Ce n'était pas le cas de notre génération, mais aujourd'hui, avec de plus en plus de couples biculturels en Suisse, les enfants apprennent naturellement les langues, c'est une grande chance pour notre pays. Il ne faut pas pour autant lâcher les langues nationales, c'est un problème d'identité et de culture. Je ne les opposerais surtout pas à l'anglais comme le font certains cantons suisse-allemands, ce qui est à mon avis affligeant. Et si les cantons ne font pas leur travail, Berne devra intervenir, que cela plaise ou non. Sur ce point, je suis absolument d'accord avec Alain Berset, même si le fédéralisme en prendra un coup.

Q : Et comment se porte le bilinguisme au Parlement ?

Pas si bien. Peu de parlementaires sont vraiment bilingues. En plénum, il y a une traduction simultanée, mais pas en commission : on ne se comprend dès lors pas toujours. Et quand les gens ne comprennent pas, il n'écoutent plus, puis votent contre. Le problème des langues est réel, la Suisse n'est pas sur le bon chemin actuellement.

Q: Quels conseils donneriez-vous aux étudiants souhaitant s'engager en politique ou poursuivre une telle carrière ?

Le droit est une très bonne boîte à outils. La deuxième chose qui est importante, c'est de savoir si l'on aime les gens. C'est peut-être basique, mais important pour ce métier. Il faut pouvoir s'intéresser aux gens de manière très concrète et incarnée. Si je devais donner un conseil à quelqu'un qui veut faire de la politique, je lui recommanderais d'aller « coller des timbres », à notre pas grand-chose, à gagner la confiance des autres pour gentiment faire son chemin.

Ensuite, il faut avoir des convictions, des idées. Elles peuvent évoluer : on change, on admet parfois que l'autre a raison, on prend de l'expérience, on se module. Mais il faut rester honnête, ce qui n'est pas évident : il faut constamment se poser la question de savoir si ce qu'on a fait était correct, si l'on a écouté l'autre ou non, si une décision sert l'ensemble de la

communauté. Il y a des dilemmes, des balances d'intérêts. Parfois, même avec la plus grande honnêteté et la plus grande compétence, vous vous demandez ce que vous devez faire. Actuellement, voyez ce qui se passe avec la loi sur le tabac : est-ce que vous voulez renforcer la prévention ou non ? D'un côté, si vous interdisez la fumée, cela fait encore une interdiction de plus, et vous ne remplissez plus les caisses AVS. D'un autre côté, ne ferait-on pas mieux d'avoir l'honnêteté d'interdire la cigarette ?

DIVERS

Q: À côté du droit, quelles autres expériences complémentaires s'avèrent aujourd'hui utiles pour votre travail quotidien ?

D'abord une connaissance accrue des institutions internationales. Vous, étudiants d'aujourd'hui, êtes naturellement coutumiers des organisations internationales. Mais ma génération a dû apprivoiser tout cela. Ainsi d'ailleurs qu'une meilleure connaissance de l'informatique, pour avoir accès à tout un nouveau savoir et gagner du temps. À part ça, il faut toujours continuer de voyager, avoir des échanges, rester curieux, et surtout toujours garder l'esprit ouvert : « quels sont les nouveaux problèmes ? Que dois-je apprendre ? ». Et accepter de temps en temps que l'on ne sait pas, rester humble.

« Il faut avoir des convictions, des idées. Elles peuvent évoluer : on change, on admet parfois que l'autre a raison, on prend de l'expérience, on se module. Mais il faut rester honnête, ce qui n'est pas évident : il faut constamment se poser la question de savoir si ce qu'on a fait était correct, si l'on a écouté l'autre ou non, si une décision sert l'ensemble de la communauté. »

Q: Aviez-vous des matières ou des professeurs préférés lorsque vous étiez en droit à Fribourg ?

J'adore le droit public, c'est dans mes gènes : le droit administratif, le droit international public, le droit constitutionnel... Et aussi certains domaines à la frontière entre droit privé et droit public, par exemple le droit des cartels. Par contre, je trouve le droit purement privé un peu ennuyeux.

Au niveau des professeurs, j'ai beaucoup aimé Augustin Macheret, Pierre Tercier, Paul-Henri Steinuer, Henri Deschenaux... Oui, certains sont des privatistes, mais ils sont brillants ! On peut aimer un professeur pour la matière qu'il enseigne, ou pour la manière qu'il a de l'enseigner, de la rendre comestible. Nous aimions aussi Jean-Jacques Darbellay, qui était professeur d'histoire et de philosophie du droit et faisait preuve d'un grand humanisme. Il y a aussi d'autres professeurs qui sont arrivés après mon départ mais que je connais par Berne, par exemple Walter Stoffel. Et certains copains de collège, comme Franz Werro, sont devenus professeurs.

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

C'est une vaste question, ça dépend ! Là, je vous réponds comme un bon PDC (rires). Il y a trois aspects que j'aimais particulièrement. Premièrement, le

conseil de faculté m'a permis de faire de la politique, alors que je ne pensais pas du tout m'orienter vers ce domaine. Deuxièmement, la période d'études en elle-même est un très bon souvenir : la vie d'étudiant, la Sarinia... Troisièmement, j'ai eu beaucoup de plaisir à rédiger mon mémoire de licence en droit public avec le professeur Macheret. Il s'agissait de travailler sur la reconnaissance des écoles dans le canton du Jura. C'était déjà de la politique, et j'étais sensible à la cause du Jura, qui avait tout juste acquis son indépendance.

« le conseil de faculté m'a permis de faire de la politique, alors que je ne pensais pas du tout m'orienter vers ce domaine. »

Q : Avez-vous un rêve ?

Celui de ne pas avoir déçu dans la mission qu'on m'a confié.

MISLEADING CASES *in collaboration with LawInside.ch*

Misleading Cases is a new section compiled in collaboration with LawInside.ch, and updates you with the latest quirky Leading Cases from recent Swiss jurisprudence.

Abstract provided by the Editorial Board

Un statut Facebook peut-il être une menace alarmant la population ?

Le Tribunal fédéral considère qu'une personne qui publie un statut Facebook dans lequel elle écrit « Je vous anéantis tous (...) PAN !!! PAN !!! PAN !!! » (traduction libre du suisse-allemand) n'est pas une menace alarmant la population (art. 258 CP). En effet, le mot « population » se définit comme un ensemble de personnes qui se trouvent à un endroit déterminé. Or, le critère de l'endroit déterminé fait manifestement défaut aux amis ou connaissances dans le monde réel ou virtuel qui ont accès au statut Facebook du jeune. Son statut Facebook ne peut donc pas atteindre la population au sens de l'art. 258 CP (ATF 141 IV 215).

www.lawinside.ch/38

Le *Dirt-Bike*, une entreprise téméraire ?

Une personne assurée à la SUVA se fracture le poignet à cause d'un accident de *Dirt-Bike*. La SUVA réduit son indemnité journalière de 50% en considérant que l'accident était dû à une entreprise téméraire selon l'art. 50 OLAA. En se référant à Wikipédia, le Tribunal fédéral retient que le but du *Dirt-Bike* est de faire des acrobaties les plus spectaculaires lors d'un saut avec son vélo. Il retient donc que, même pratiqué en tant que hobby, le *Dirt-Bike* présente un risque important de blessures et de chutes qui ne peut être réduit dans une mesure proportionnée avec une protection adéquate, puisque le but même de ce sport est la réalisation des *tricks* les plus spectaculaires possible. Le *Dirt-Bike* constitue donc une entreprise téméraire absolue, de sorte que la SUVA peut refuser de verser toute prestation à l'assuré (art. 50 al. 1 2^{ème} phr. OLAA) (ATF 141 V 37).

www.lawinside.ch/27

Se casser une dent en mordant un croûton dans une salade César

Celui qui se casse une dent en mordant dans un croûton de pain aux noix dans une salade César ne subit pas un accident. On ne peut pas qualifier les noix qu'on retrouve dans le pain ou dans une salade de facteur extérieur inhabituel. La personne qui s'estime lésée ne peut donc pas obtenir une indemnité de son assurance-accidents (TF, 18.01.2016, 8C_750/2015)

Le dépassement par la droite sur l'autoroute n'est pas toujours interdit

Un automobiliste a le droit de dépasser par la droite de manière passive, c'est-à-dire sans accélérer et en maintenant sa vitesse, lorsqu'un conducteur circule lentement sur la file de dépassement et de ce fait ralentit toute la circulation (effet accordéon), alors que les véhicules de la file de droite peuvent continuer de circuler normalement. Ainsi, un dépassement par la droite passif est admis lorsque les voitures sur la voie de dépassement ne peuvent pas rouler aussi vite que les véhicules circulant sur la voie de droite, à cause d'une surcharge de trafic (TF, 03.03.2016, 6B_374/2015).

www.lawinside.ch/207

Dévaler de nuit un tremplin de saut à ski

On ne peut pas reprocher à un exploitant d'un tremplin de saut à ski de ne pas avoir mis un panneau de danger devant le tremplin, dès lors que l'exploitant ne doit pas s'attendre à ce que quelqu'un soit déraisonnable au point de pénétrer, la nuit et alors qu'il est alcoolisé, près du point de départ du tremplin, après avoir mis en service la télécabine sans en avoir l'autorisation. Dans le cas d'espèce, un jeune homme alcoolisé a glissé sur la toile de protection en plastique recouvrant le départ du tremplin et a dévalé de manière incontrôlée les 123 mètres de distance, avant de s'envoler au bout du saut et de s'écraser au sol, sans garder aucun souvenir de l'accident (TF, 23.12.2015, 6B_360/2015).



POLITIQUE UNIVERSITAIRE

Liebe Leserin, lieber Leser,

Wir freuen uns, erneut mit dir durch QUID? FRIBOURG LAW REVIEW in Kontakt treten zu können. In der letzten Ausgabe haben wir das politische System der Fachschaft beschrieben. Dieses Mal wollen wir dir unsere politischen Handlungen anhand einiger Beispiele vorstellen.

Viel Spass beim Lesen,

Le comité de la Fachschaft Jus

Stage pratique pour des crédits spéciaux

Dès la rentrée du semestre d'automne, les étudiants auront la possibilité de travailler un jour par semaine dans une structure juridique (étude, tribunal, service juridique) et de faire valoir leur engagement comme crédits spéciaux. Il leur faudra simplement trouver un professeur auprès duquel ils rédigeront leur rapport de stage.

Verkürzte Öffnungszeiten der rechtswissenschaftlichen Bibliothek

Nach einem wohlverdienten Osterwochenende wollten viele von euch in der Bibliothek der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (BFD) lernen. Leider war während dieser «Ferienwoche» um 17 Uhr 45 Schluss. Auch nach Beginn der Vorlesungen war es nicht möglich nach 17 Uhr 45 weiter zu lernen, was die Fleissigsten unter uns zwang, andere Studierorte aufzusuchen.

Die Fachschaft vertritt die Interessen der Studenten in der Bibliothekskommission. Wir haben deshalb dieses Problem dort angesprochen. Im Bewusstsein, dass die Budgetrestriktionen die ganze Universität betrifft, haben wir vorgeschlagen, die langen Perioden verkürzter Öffnungszeiten gegen eine frühzeitigere Schliessung am Freitag zu tauschen.

Schlussendlich wurde aber eine noch bessere Lösung gefunden: Herr Vladimir Colella, Verantwortlicher der Bibliothek, konnte die notwendigen finanziellen Mittel aufbringen und somit unverkürzte Öffnungszeiten organisieren.

Die BFD bleibt damit die freiburgische Bibliothek mit den längsten Öffnungszeiten: 07 Uhr 45 - 21 Uhr 45 unter der Woche und 07 Uhr 45 - 19 Uhr 45 am Wochenende.

Distributeur de nourriture - Miséricorde

Vous l'avez sûrement remarqué, le Selecta de Miséricorde a disparu peu avant Noël. Souhaitant le voir réinstallé, nous avons lancé une pétition qui, grâce au soutien de plus de 600 étudiants, nous a permis d'être entendu auprès du rectorat. Un groupe de travail composé de membres de l'AGEF, de la NEUF et de la Fachschaft Jus présentera prochainement un projet à la direction administrative pour qu'un nouveau distributeur soit installé au courant du semestre d'automne.

Sortie de l'UNES

C'est notamment sous l'impulsion du précédent président de la Fachschaft que l'AGEF est sortie de l'Union des étudiant-e-s de suisse (UNES). Convaincu que l'AGEF doit garder un pied dans la politique universitaire nationale et afin que les étudiants de l'Université de Fribourg ne soient pas marginalisés, le Conseil des étudiant-e-s (CE) a créé un groupe de travail (GT) pour évaluer les différentes voies nous étant désormais ouvertes. Au vu des critiques soulevées envers l'UNES, le GT se concentre sur trois pistes : une réforme de l'UNES, la mise en place d'une structure de politique cantonale et la mise en place d'une nouvelle structure de politique nationale plus légère et moins coûteuse.

Nous nous trouvons dans un moment charnière de l'histoire de l'AGEF et le GT sera renouvelé lors du premier CE d'automne.

Tu es intéressé par la politique universitaire et tu souhaites relever le défi de taille qu'est la mise en place d'une nouvelle forme de politique universitaire nationale ? Alors participe au débat du prochain CE et portes toi candidat pour intégrer le GT !

Pour plus d'informations n'oublie pas de liker notre page facebook et n'hésite pas à nous contacter si tu as des questions sur ta faculté !