

## Siebente Sitzung – Septième séance

Dienstag, 5. Juni 2012

Mardi, 5 juin 2012

08.15 h

05.445

### Parlamentarische Initiative Studer Heiner. Verfassungsgerichtsbarkeit Initiative parlementaire Studer Heiner. Juridiction constitutionnelle

Zweitrat – Deuxième Conseil

Einreichungsdatum 07.10.05  
Date de dépôt 07.10.05

Bericht RK-NR 16.10.08  
Rapport CAJ-CN 16.10.08

Nationalrat/Conseil national 28.04.09 (Vorprüfung – Examen préalable)

Bericht RK-NR 12.05.11  
Rapport CAJ-CN 12.05.11

Nationalrat/Conseil national 17.06.11 (Frist – Délai)

Bericht RK-NR 12.08.11 (BBI 2011 7271)  
Rapport CAJ-CN 12.08.11 (FF 2011 6707)

Stellungnahme des Bundesrates 30.09.11 (BBI 2011 7595)

Avis du Conseil fédéral 30.09.11 (FF 2011 6995)

Nationalrat/Conseil national 06.12.11 (Erstrat – Premier Conseil)

Ständerat/Conseil des Etats 05.06.12 (Zweitrat – Deuxième Conseil)

07.476

### Parlamentarische Initiative Müller-Hemmi Vreni. Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden Initiative parlementaire Müller-Hemmi Vreni. Faire en sorte que la Constitution soit applicable pour les autorités chargées de mettre en oeuvre le droit

Zweitrat – Deuxième Conseil

Einreichungsdatum 05.10.07  
Date de dépôt 05.10.07

Bericht RK-NR 12.05.11  
Rapport CAJ-CN 12.05.11

Nationalrat/Conseil national 17.06.11 (Frist – Délai)

Bericht RK-NR 12.08.11 (BBI 2011 7271)  
Rapport CAJ-CN 12.08.11 (BBI 2011 6707)

Stellungnahme des Bundesrates 30.09.11 (BBI 2011 7595)

Avis du Conseil fédéral 30.09.11 (FF 2011 6995)

Nationalrat/Conseil national 06.12.11 (Erstrat – Premier Conseil)

Ständerat/Conseil des Etats 05.06.12 (Zweitrat – Deuxième Conseil)

Antrag der Mehrheit  
Eintreten

Antrag der Minderheit

(Comte, Bischof, Engler, Häberli-Koller, Minder, Schmid Martin)  
Nichteintreten

*Proposition de la majorité*  
Entrer en matière

*Proposition de la minorité*  
(Comte, Bischof, Engler, Häberli-Koller, Minder, Schmid Martin)  
Ne pas entrer en matière

**Seydoux-Christe** Anne (CE, JU), pour la commission: Comme le Conseil national, comme le Conseil fédéral, la majorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats – acquise il est vrai avec la voix prépondérante de la présidente – vous propose d'abroger l'article 190 de la Constitution fédérale, en vertu duquel «le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international». Cette abrogation aurait pour conséquence la suppression de l'immunité des lois fédérales. Il faut rappeler ici que la Constitution fédérale, adoptée par le peuple et les cantons, a une légitimité démocratique plus forte que les lois fédérales.

A la base de cette proposition de modification constitutionnelle, il y a deux initiatives parlementaires. Celle du conseiller national Heiner Studer, déposée en 2005, avait pour but de modifier la Constitution en vue d'étendre la juridiction constitutionnelle à l'examen des lois fédérales; son texte s'inspirait d'un volet écarté dans le cadre de la révision totale de la Constitution. Celle de la conseillère nationale Vreni Müller-Hemmi, déposée en 2007, visait à relativiser l'immunité des lois fédérales face à la juridiction constitutionnelle. En 2010, la CAJ-CN a chargé une sous-commission d'examiner les possibilités de mettre en œuvre ces initiatives parlementaires. Cette sous-commission a soumis deux options à la CAJ-CN: premièrement l'abrogation pure et simple de l'article 190 de la Constitution; deuxièmement la modification de cet article 190 en y ajoutant un alinéa selon lequel les autorités ne seraient pas tenues d'appliquer les lois fédérales qui violent les droits fondamentaux garantis par la Constitution ou les droits de l'homme garantis par le droit international.

La grande majorité des membres de la commission s'est prononcée pour l'abrogation de l'article 190 de la Constitution. La CAJ-CN a ensuite procédé à une audition, au cours de laquelle les intervenants se sont exprimés en faveur du principe de l'extension de la juridiction constitutionnelle. Une procédure de consultation a également eu lieu de février à mai 2011. Notre Commission des affaires juridiques a traité ces initiatives parlementaires lors de trois séances, en janvier, février et avril 2012.

Quel est le droit en vigueur? Toutes les autorités d'application du droit, à tous les niveaux, sont évidemment tenues de respecter la Constitution fédérale et le droit international, conformément au principe de la hiérarchie des normes. Cependant, le contrôle de la constitutionnalité des normes est limité par l'article 190 de la Constitution fédérale. En effet, le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales et le droit international, et ce même si elles sont contraires à la Constitution fédérale. En conséquence, s'il constate une incompatibilité entre une loi fédérale ou le droit international et la Constitution fédérale lors d'un cas d'application, le Tribunal fédéral ne peut que la signaler dans les considérants de l'arrêt en cause, mais il ne peut pas refuser d'appliquer la loi fédérale ou le droit international contraire, ce qui, dans un Etat de droit, pose tout de même problème!

Par ailleurs, les normes du droit international qui garantissent les droits de l'homme priment les lois fédérales. C'est le cas de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte II de l'ONU sur les droits civils et politiques.

Il faut relever que le principe de l'égalité, à l'article 8 alinéa 1 de la Constitution fédérale, l'interdiction de l'arbitraire, à l'article 9, la liberté d'établissement, à l'article 24, la garantie de la propriété, à l'article 26, la liberté économique, à l'article 27, et le droit de prendre part aux élections et votations, à l'article 34, sont des droits constitutionnels fondamentaux, qui ne sont pas – ou pas totalement – garantis par le droit in-



ternational et notamment par la Convention européenne des droits de l'homme.

Dès lors, pourquoi étendre la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales? Du point de vue historique, lorsque l'Etat fédéral a été créé au XIXe siècle, la plupart des compétences étaient cantonales, la Confédération ayant essentiellement des compétences dans le domaine des relations étrangères. Les domaines qui pouvaient menacer les droits fondamentaux des citoyens relevaient donc de la compétence des cantons. Depuis lors, il y a eu un transfert massif des compétences des cantons vers la Confédération, et c'est désormais au niveau fédéral que l'on trouve les domaines susceptibles de menacer les droits fondamentaux des citoyens. Par exemple, la procédure pénale qui était cantonale est devenue fédérale.

Sur le plan international, depuis que la Suisse a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral ne peut pas examiner la conformité des lois fédérales avec la Constitution, alors que la Cour européenne des droits de l'homme a, elle, cette possibilité. En effet, les catalogues des droits fondamentaux contenus dans la Constitution fédérale et dans la Convention européenne des droits de l'homme sont très semblables. Donc, la Cour européenne de Strasbourg peut faire en première instance ce que le Tribunal fédéral ne peut pas faire lui-même.

L'expérience a démontré que lors de l'examen de la constitutionnalité des lois cantonales, le Tribunal fédéral a fait preuve de retenue et a évité de s'immiscer sur le terrain politique. Résultat: la démocratie directe dans les cantons est bien vivante malgré le contrôle de constitutionnalité des lois cantonales, ou peut-être grâce à lui. Un certain nombre de droits constitutionnels fondamentaux – par exemple parmi les plus importants d'entre eux peut-être le droit de la propriété, la liberté économique – qui ne sont pas garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent donc pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. L'abrogation de l'article 190 de la Constitution renforcerait ainsi la protection des droits fondamentaux du citoyen.

Quelle est la réglementation proposée? Le Conseil national et votre Commission des affaires juridiques proposent d'abroger l'article 190 de la Constitution, ce qui entraînerait – je l'ai déjà dit – la suppression de l'immunité des lois fédérales. Désormais, celles-ci pourraient voir leur conformité à la Constitution et au droit international contrôlée par toutes les autorités en rapport avec un acte d'application. Il s'agit d'un système diffus ou dispersé, puisque toutes les autorités d'application du droit exercent le contrôle concret des normes, à l'inverse d'un système concentré où, dans un Etat donné, un seul tribunal est habilité à contrôler la constitutionnalité des normes juridiques. Il s'agit par ailleurs d'un contrôle concret en relation avec un cas d'application. On mettrait ainsi un terme à l'anomalie selon laquelle, alors que la Constitution fédérale doit primer les lois fédérales, une loi fédérale peut à l'heure actuelle l'emporter sur la Constitution fédérale, ce qui, en tant que juriste, me choque tout particulièrement.

L'extension du contrôle de la constitutionnalité aux lois fédérales revaloriserait ainsi la Constitution fédérale, dans la mesure où les droits fondamentaux contenus dans cette Constitution se verraiient offrir la même protection que ceux garantis dans les traités internationaux relatifs aux droits humains, notamment la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit donc d'éviter que l'importance de la Constitution fédérale diminue par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans son avis du 30 septembre 2011, le Conseil fédéral s'est d'ailleurs rallié à la majorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil national.

Au nom de la majorité de la commission, je vous propose d'entrer en matière et d'accepter l'abrogation de l'article 190 de la Constitution en insistant sur les points suivants. Il s'agit d'abord d'une modification constitutionnelle, qui devra encore être acceptée par le peuple et les cantons, ce qui promet un débat public passionnant. Si elle passait le cap des Chambres fédérales et le double vote du peuple et des can-

tons, le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales serait ainsi légitimé par le constituant lui-même.

Ensuite, la juridiction constitutionnelle permettra de renforcer l'autonomie des cantons, car les autorités d'application pourront enfin refuser d'appliquer des lois fédérales lorsque celles-ci empêtent sans base constitutionnelle sur les compétences des cantons, ce dont les cantons se plaignent de plus en plus souvent.

Enfin, je préfère pour ma part confier le contrôle de la constitutionnalité de nos lois fédérales aux différents niveaux de juridiction de mon pays plutôt que d'encourir le risque d'une condamnation émanant d'un juge international.

C'est pour cela que je vous prie de suivre les conclusions de la majorité de la Commission des affaires juridiques.

**Comte Raphaël (RL, NE):** Les lois fédérales doivent être conformes à la Constitution fédérale. Ce principe n'est pas contesté. Aujourd'hui déjà, les autorités s'assurent que les projets de loi et les lois votées soient conformes à la Constitution. Lorsque le Conseil fédéral soumet un projet de loi, il doit indiquer dans son message si son projet est conforme à la Constitution. S'il ne l'est pas, il proposera éventuellement une modification de la Constitution, afin que son projet puisse s'appuyer sur une base constitutionnelle ou alors il renoncera à son projet faute de bases constitutionnelles.

En réalité, la question n'est donc pas de savoir s'il faut que les lois fédérales soient conformes à la Constitution fédérale. La question est de savoir quel organe, quelle entité a la responsabilité de s'assurer de la conformité des lois fédérales à la Constitution. Cette responsabilité est d'autant plus lourde que nous vivons dans un système de démocratie directe et qu'il convient d'éviter que par une loi on en vienne à contourner la volonté populaire qui se serait exprimée par le biais d'une votation constitutionnelle.

En tant que charte fondamentale, la Constitution contient des valeurs, des libertés et des droits auxquels nous sommes tous attachés. Mais ces droits, ces libertés peuvent parfois entrer en conflit. Prenons l'exemple de l'avortement. L'avortement relève de la liberté personnelle de la mère de disposer de son corps, mais également du droit à la vie de l'enfant à naître. Comment légiférer en matière d'avortement en respectant à la fois la liberté personnelle de la mère et le droit à la vie de l'embryon? C'est une question éminemment politique que le constituant ne tranche pas et qu'il revient au législateur de régler.

Parfois, la Constitution peut être sujette à interprétation. La Constitution fédérale garantit le droit au mariage, mais ce droit est-il exclusivement réservé aux couples hétérosexuels ou doit-il être étendu aux couples homosexuels? Faut-il se limiter à une définition traditionnelle du mariage ou au contraire se contenter d'une réflexion purement juridique et appliquer de manière stricte le principe d'égalité de traitement? Là aussi, la question est avant tout politique et la Constitution ne donne pas de réponse claire. Le législateur suisse donne sa réponse en réservant le mariage aux couples hétérosexuels et en instituant un partenariat enregistré pour les couples de même sexe.

Les deux exemples que je viens de prendre occupent régulièrement les cours constitutionnelles de pays qui connaissent une juridiction constitutionnelle. Et d'ailleurs, il est intéressant de voir que les réponses données à ces questions peuvent être différentes, alors que les textes constitutionnels sont identiques. Ainsi, en matière d'avortement, les cours constitutionnelles allemandes et américaines arrivent à des solutions différentes, l'une étant plus libérale que l'autre, alors que les textes constitutionnels ne sont pas différents. Le problème n'est en effet pas de nature purement juridique. La manière d'interpréter la Constitution et de faire une pesée des intérêts entre les différentes libertés inscrites dans la Constitution dépendent de la conception que l'on a de la société. Selon que l'on est plutôt libéral ou plutôt conservateur, on pourra justifier une interprétation différente de la Constitution. Ceci montre clairement que le contrôle de constitutionnalité contient une dimension extrêmement politique dans un sens large de vision de la société, et chacun effec-



tue cette analyse sur la base d'une échelle de valeurs qui lui est propre.

Aujourd'hui, cette pesée des intérêts est faite par le législateur. Le Parlement et le peuple – en cas de référendum – essaient de trouver un compromis permettant de concilier les différentes libertés constitutionnelles. En matière d'avortement toujours, cette réflexion aboutit à la solution des délais où l'on considère que, pendant une certaine période, la liberté personnelle de la mère prime le droit à la vie de l'embryon. Ensuite, à partir d'un certain délai, le droit à la vie de l'enfant à naître l'emporte. Cette solution a été approuvée par le peuple, qui a ainsi estimé que c'était une manière acceptable de mettre en oeuvre la Constitution, en respectant à la fois la liberté personnelle de la mère et la vie de l'enfant. Pourrions-nous imaginer que ce travail de pesée des intérêts soit effectué par un juge? Pourrions-nous imaginer qu'un juge refuse d'appliquer cette loi sous prétexte qu'il aurait une autre conception en la matière, soit plus libérale, soit plus conservatrice?

Introduire la juridiction constitutionnelle, c'est donc renoncer au débat politique, ou pire, demander au juge de faire ce choix politique à la place du peuple ou du Parlement.

Actuellement, notre système ne connaît pas une juridiction constitutionnelle, c'est le législateur qui est chargé de mettre en oeuvre la Constitution en en respectant le cadre. Ce système a largement fait ses preuves. Il n'est est en effet guère facile de citer des exemples de lois fédérales qui devraient être déclarées contraires à la Constitution. Certes, les hommes de ce pays pourraient sans doute, à juste titre, se plaindre du fait qu'ils doivent attendre une année de plus que les femmes avant d'atteindre l'âge de la retraite mais cette petite injustice est l'un des rares exemples de loi fédérale qui viole la Constitution, en l'occurrence le principe de l'égalité entre hommes et femmes.

Il y a donc très peu de cas où une loi fédérale ne respecte pas la Constitution fédérale. Cela démontre que l'introduction d'une juridiction constitutionnelle n'est pas indispensable, car le législateur a assumé jusqu'à présent ses responsabilités avec sérieux. La plupart des autres pays connaissent une juridiction constitutionnelle, mais le contrôle de la constitutionnalité des lois est le seul moyen dans ces pays pour permettre à la population de défendre ses lois face à un Parlement qui violerait les libertés inscrites dans la Constitution. En Suisse, la population peut défendre ses droits par le biais du référendum ou de l'initiative populaire. Nul besoin d'une autorité judiciaire pour corriger les éventuelles erreurs du Parlement. Si j'étais Français, je serais favorable à la juridiction constitutionnelle, car le conseil constitutionnel est le seul rempart pour protéger le citoyen de lois constitutionnelles votées par le Parlement. Mais en Suisse, notre système de démocratie directe offre une protection suffisante. Enfin, si on veut introduire une juridiction constitutionnelle, il convient aussi de se poser la question des risques d'un tel système. J'en citerai trois:

1. Il y a le risque de politisation de l'élection des juges. Si les juges peuvent être amenés à vérifier la constitutionnalité des lois fédérales, le Parlement aura sans doute envie de vérifier avec plus d'attention qui il nomme aux postes de juges. On s'intéressera plus volontiers aux positions des candidats sur des questions de société, dans le but de savoir comment ils jugeront dans un certain nombre de cas. La pression mise sur les juges augmenterait et leur indépendance s'en trouverait diminuée.

2. Il y a le risque d'affaiblissement de la démocratie directe. Dans notre système de démocratie directe, le peuple lui-même peut être appelé à se prononcer sur une loi, et notamment sur une loi dont certaines dispositions pourraient être contestées sur le plan de la constitutionnalité. Lorsque le peuple a refusé une révision de l'AVS qui aurait permis de mettre les hommes et les femmes sur un pied d'égalité en termes d'âge de la retraite, il a sciemment maintenu une différence qui pose clairement problème. Mais si un juge désavoue le peuple, les réactions au sein de la population risquent d'être fortes et le sentiment que la volonté populaire n'est pas respectée serait une conséquence tout à fait dom-

mageable. Voulons-nous réellement qu'un juge puisse remettre en cause un vote de l'ensemble du peuple suisse?

3. Il y a un risque d'insécurité juridique. Si une loi fédérale est déclarée constitutionnelle et qu'un tribunal refuse de l'appliquer dans un cas concret, d'autres personnes pourront faire la même demande et on se trouvera dans une situation d'insécurité juridique importante.

Notre système n'est peut-être pas celui dont rêveraient certains professeurs de droit. Il est différent de celui d'autres pays, mais il correspond pleinement à notre système politique et à notre tradition juridique. Il tient compte de l'importance de la démocratie directe et confie au peuple et à ses représentants la responsabilité de mettre en oeuvre la Constitution et de la respecter. Le peuple et le Parlement sont les seuls juges de la constitutionnalité des lois et ils s'acquittent de cette mission avec sérieux et honnêteté. Je vous encourage donc à ne pas abandonner un système qui fonctionne pour un système dont les inconvénients pourraient se révéler plus importants que les avantages.

Je vous invite à soutenir la proposition de non-entrée en matière de la minorité de la commission.

**Savary Géraldine (S, VD):** La question qui nous est posée aujourd'hui est importante. La proposition a été déposée il y a presque dix ans par des membres du Conseil national. C'est une proposition qui manifestement a besoin de beaucoup de temps pour mûrir. J'espère que vous évitez qu'elle ne meure aujourd'hui au Conseil des Etats; elle a besoin de mûrir et non pas de mourir, car je crois que ce sujet est important pour notre pays qui a une exigence démocratique extrêmement élevée.

Je dois reconnaître, Monsieur Comte, et vous tous qui vous opposez à ce projet, que j'avais un certain nombre de doutes et d'interrogations sur son utilité, des doutes qui sont assez simples à comprendre: est-ce que cette juridiction constitutionnelle signifie que nous, parlementaires, ferions mal notre travail? Est-ce que cela veut dire qu'une loi pourrait désormais être remise en cause par n'importe qui et à n'importe quel moment? Et puis, des questions légitimes se posent par rapport à la souveraineté populaire: est-ce que le peuple, qui est souverain, verrait sa souveraineté affaiblie si le projet était accepté?

Après réflexion – parce que je crois que c'est un sujet qui mérite réflexion –, après un certain nombre de lectures, après des auditions de haute qualité qui nous ont aidés à réfléchir lors des séances de commission, je pense que ce projet va dans la bonne direction. Cela a été évoqué par la présidente de notre commission, les cantons, depuis le XIXe siècle, ont une juridiction constitutionnelle, et, à ma connaissance – peut-être que vous me détrompez –, on n'a pas rencontré de problèmes réels dans les cantons depuis ce moment-là, pas d'arrêté du Tribunal fédéral qui aurait véritablement créé un scandale parce qu'il remettait en cause les juridictions cantonales. Et je pense, Monsieur Comte, que là vous peignez le diable sur la muraille avec des exemples qui montrent que la pesée des intérêts faite par un juge et un tribunal est l'élément principal de la réflexion d'un juge quand il a à se prononcer sur une législation dans le cadre des cantons. L'absence d'exemple qui aurait montré les craintes que vous avez évoquées est la démonstration que cet instrument est juste, légitime et que les juges travaillent dans le sens d'une pesée des intérêts, y compris politique.

De plus, on sait aujourd'hui, cela a aussi été évoqué, que c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui contrôle notre arsenal législatif et vérifie que les droits fondamentaux européens et internationaux sont respectés. Cela signifie que les juges de Strasbourg ont plus de compétences que nos juges fédéraux. Pour un pays comme la Suisse, c'est quelque chose que nous ne pouvons pas accepter à terme. Enfin, je dirai que nos lois ne sont pas évaluées à l'aune de notre Constitution et que nous avons besoin d'un instrument pour que notre Constitution soit autant respectée que des traités ou des conventions internationales.

Finalement, le système n'aboutit pas au contrôle abstrait de nos lois. Ce point est très important, car cela signifie qu'il n'y



a pas un contrôle systématique, mais qu'il peut intervenir à un moment ou à un autre de l'entrée en vigueur de la loi. Il y a aussi eu une réflexion assez intense pour savoir quel type de système nous voudrions introduire. Là, nous avons privilégié un système souple qui permet quand même d'avancer et de légitérer sans qu'il y ait un contrôle systématique.

Nous avons à discuter d'un certain nombre d'exemples et en particulier à prendre en compte le fait que notre démocratie directe évolue.

Tout à l'heure, on a cité les cantons en rappelant que, s'ils étaient soumis à une juridiction constitutionnelle, c'est parce qu'au départ les législations les plus importantes étaient établies dans les cantons. Aujourd'hui, on sait que la Confédération, le Parlement jouent un rôle de plus en plus important dans la mise en oeuvre de la Constitution fédérale et que les lois fédérales prennent de plus en plus de place.

Un autre élément est en train de changer dans notre démocratie: de plus en plus d'initiatives populaires sont déposées et acceptées: sept ces dernières années. Quels instruments avons-nous pour que la volonté populaire exprimée lors des scrutins sur ces initiatives populaires soit respectée? Nous devons, vous le savez tout autant que moi, souvent nous demander comment faire en sorte de pouvoir légitérer à la suite de l'acceptation ces initiatives populaires. Et une juridiction constitutionnelle conduirait non pas, comme l'a dit Monsieur Comte, à un affaiblissement de la démocratie directe et de la volonté populaire, mais plutôt à un renforcement de cette démocratie, puisque nous aurions un instrument pour vérifier que les initiatives populaires acceptées sont véritablement et correctement appliquées, mises en oeuvre dans une législation.

Je citerai un exemple très ancien, pour ne pas créer de débat sur des initiatives populaires qui sont en cours de procédure législative, l'exemple d'une des premières initiatives qui a été acceptée en Suisse, celui de l'initiative populaire «pour la protection des marais – Initiative de Rothenturm». On se rend bien compte, aujourd'hui encore, qu'entre la volonté populaire exprimée lors de cette votation et l'application de l'article constitutionnel qui lui correspond, il y a eu un immense hiatus: dans la législation un grand nombre d'exceptions permettent de construire dans les environs des marais, ce qui affaiblit en définitive la volonté exprimée lors de cette votation.

C'est un risque qui réapparaîtra ces prochaines années. Et pour éviter que des initiatives populaires acceptées par le peuple ne soient pas respectées dans la législation, je pense que la juridiction constitutionnelle pourra être un instrument utile au Parlement, qu'il aura un effet préventif sur nos travaux, sur les travaux du Conseil fédéral et qu'il y aura ensuite une corrélation entre la volonté populaire, l'inscription de nouveaux articles dans la Constitution et l'application dans la loi de ces nouveaux articles constitutionnels.

Pour ces raisons-là, pour renforcer la démocratie dans ce pays et aussi le rôle du politique et des scrutins populaires, je vous invite à entrer en matière et à adhérer à ce projet, qui ne correspond pas aux craintes – à mon avis en tout cas – exprimées par la minorité Comte.

**Cramer Robert (G, GE):** Beaucoup de choses ont déjà été dites; je crois que les principaux arguments ont été évoqués. Je vais me permettre de revenir brièvement sur certains points.

Cette modification constitutionnelle qui vous est proposée par la majorité de la commission – majorité obtenue avec la voix prépondérante de la présidente – est totalement soucieuse de la séparation des pouvoirs. Sur ce point, il faut revenir sur un certain nombre d'arguments évoqués par Monsieur Comte.

A mon avis, il est totalement inexact, techniquement inexact, d'indiquer que ce que l'on propose, c'est un contrôle de la constitutionnalité des lois. C'est simplement faux. C'est simplement faux, parce que, s'il est vrai que ce qui est proposé, c'est l'abrogation de l'article 190 de la Constitution fédérale, qui prévoit que «le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit internatio-

nal», l'article 189 alinéa 4 de la Constitution, qui stipule que «les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral», subsiste intégralement. Il est hors de question de toucher à cette disposition de la Constitution.

En d'autres termes, jamais – en tout cas avec la modification constitutionnelle qui vous est proposée – le Tribunal fédéral ne pourra modifier une législation fédérale. Il ne pourra jamais opérer ce que les juristes appellent «un contrôle abstrait des normes». La seule chose qui pourrait être contrôlée, c'est l'application de la loi. Ce n'est pas la même chose que de contrôler les lois. Et dire que le Tribunal fédéral pourrait dorénavant censurer nos lois, c'est faire un pas de trop. Ce que le Tribunal fédéral pourrait faire, c'est constater que l'application des lois que nous avons votées est contraire, dans certains cas, à des droits fondamentaux.

Dans le même sens, en tout cas dans le cadre de cette argumentation portant sur la séparation des pouvoirs, j'aimerais également rappeler ce qu'a été la jurisprudence du Tribunal fédéral, parce que cela fait déjà 150 ans que le Tribunal fédéral, dans le cas d'application de lois, examine ce qu'il en est et examine si les lois cantonales sont conformes à la Constitution. Donc, tous les exemples qui ont été donnés par Monsieur Comte, on aurait pu les imaginer réalisés à l'occasion du contrôle par le Tribunal fédéral de l'application de lois cantonales, voire même de lois cantonales puisque dans ce cas il a la possibilité de procéder à un contrôle abstrait des normes.

Qu'en a-t-il été? On peut constater que toute la jurisprudence du Tribunal fédéral est extrêmement prudente. Le cas de jurisprudence, à mes yeux, que l'on doit citer, c'est évidemment l'arrêt Quinche. Les juristes le connaissent bien, c'est vraiment l'arrêt de base qui est enseigné lorsque l'on entame des études de droit constitutionnel. C'est le cas d'une citoyenne vaudoise qui, dans les années 1950, s'est plainte devant le Tribunal fédéral de ce qu'elle n'avait pas le droit de vote. Elle a dit: «Il existe une disposition dans notre Constitution fédérale qui garantit l'égalité. Je considère, moi, Madame Quinche, que je suis l'égale des hommes et qu'à ce titre je dois pouvoir voter comme les hommes peuvent le faire.» Et le Tribunal fédéral lui a répondu: «Non, Madame, quand bien même il s'agit de votations cantonales, donc que moi, Tribunal fédéral, j'aurais la compétence d'examiner ce qu'il en est de la constitutionnalité de ces lois cantonales, je vous dis qu'il s'agit d'une question politique et moi, Tribunal fédéral, je ne vais pas faire la loi et vous donner le droit de vote si le législateur vaudois ne vous l'a pas donné.»

Au fond, aujourd'hui, cet arrêt Quinche, on peut le trouver assez choquant, mais il montre à quel point le Tribunal fédéral est dans sa pratique soucieux des prérogatives du législateur, et certainement beaucoup plus soucieux qu'il ne le serait dans un autre pays parce que, précisément, le Tribunal fédéral admet qu'en Suisse nous vivons dans un système de démocratie semi-directe.

Un autre élément sur lequel j'aimerais revenir, qui a déjà été évoqué avec beaucoup de précision par Madame Seydoux, c'est le fait que dans notre chambre, qui est la Chambre des cantons, nous devrions être extrêmement soucieux de préserver les prérogatives des cantons. Alors, qu'en est-il?

En ce qui concerne les prérogatives des cantons, on voit que la compétence de contrôler les lois cantonales et leur application a été octroyée par le Constituant des années 1850 au Tribunal fédéral dans la perspective d'unifier le droit. Le but véritable était que l'Etat radical et centralisateur ait le même genre d'application des lois dans tout le pays. Aujourd'hui, la protection des cantons implique – parce que 150 ans ont passé – de les protéger contre l'Etat central qui a une tendance à s'arroger de plus en plus de prérogatives. Les lois sont de plus en plus des lois fédérales et, plus que cela, on constate que notre assemblée, à l'occasion de chacune de ses décisions, a la tentation d'aller même au-delà de ce que prévoit le cadre fédéral et d'empêter sur les compétences des cantons.

Réfléchissez aux décisions que nous avons prises depuis le début de cette session! Si nous faisons chacun notre exa-



men de conscience, vous verrez qu'à travers les motions que nous avons votées, hier par exemple, qu'à travers les lois que nous avons adoptées, par exemple en matière d'aménagement du territoire, de décision en décision nous avons régulièrement empiété sur les prérogatives des cantons. Que peuvent faire les cantons pour se défendre contre cet empiètement systématique dont nous sommes les auteurs? Strictement rien, parce qu'ils ne peuvent pas aller devant une juridiction pour se plaindre de ce que les lois fédérales ne respectent pas les règles en matière de séparation des pouvoirs inscrites dans la Constitution fédérale. Le moment est venu pour qu'une juridiction soit à la disposition des cantons, qu'ils puissent s'y référer afin de faire reconnaître les violations de leurs droits dont nous sommes constamment les auteurs.

Enfin, reste évidemment la question de la souveraineté de notre pays, cela a été largement relevé, aussi bien par Madame Savary que par Madame Seydoux. Pour ma part, je préfère dépendre d'un juge suisse que d'un juge étranger. Il en va de la souveraineté de notre pays. Ici aussi, en adoptant cette modification constitutionnelle, c'est véritablement un pas que nous faisons pour préserver notre souveraineté. Voilà je crois de bonnes raisons pour accepter cette modification constitutionnelle.

**Janiak Claude (S, BL):** Es ist zweifellos ein staatspolitisch bedeutsames Geschäft, das wir heute behandeln: Es geht nicht nur um das Verhältnis zwischen den Gewalten, sondern auch um die Stellung von Bürgerinnen und Bürgern in ihrem Verhältnis zum Bundesstaat.

Auf kantonaler Ebene ist längst unbestritten, dass Gerichte kantonale Erlasse auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfen dürfen; auch das Bundesgericht kann dies. In meinem Kanton beispielsweise verfügt das Kantonsgericht über die Kompetenz zur abstrakten Normenkontrolle.

Wir haben in der Kommission nochmals verschiedene Experten angehört. Unbestritten ist, dass sich die Auslegung der jetzt infrage stehenden Bestimmung, Artikel 190 der Bundesverfassung, grundlegend gewandelt hat. Die Professoren Auer und Griffel sprechen von einem Schulbeispiel für einen Verfassungswandel unter dem Einfluss von Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung. Vor über vierzig Jahren hat das Bundesgericht einmal festgehalten, dass Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen sind. An sich ist es erstaunlich, dass diese Feststellung überhaupt nötig war; offensichtlich hatte das Bundesgericht Anlass, das in einem Entscheid so klar festzuhalten. Um das aber auch umzusetzen, muss das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit im Einzelfall prüfen können. Als Folge dieses Entscheides hat das Bundesgericht zwanzig Jahre später festgehalten: «Dem Bundesgericht ist es nicht verwehrt, eine Norm daraufhin zu prüfen, ob sie der Verfassung oder der Konvention widerspricht, wie es auch den Gesetzgeber einladen kann, eine verfassungs- oder konventionswidrige Norm zu ändern.» (BGE 117 I 367 und 373)

Für eine das Gericht anrufende Bürgerin oder einen das Gericht anrufenden Bürger heisst das, dass in einem sie bzw. ihn betreffenden Einzelfall Verfassungsverletzungen zwar – gemäss Auer und Griffel – festgestellt, hervorgehoben, ja bemängelt werden dürfen; anzuwenden aber sind auch die für verfassungswidrig gehaltenen Bundesgesetze.

Stellen Sie sich vor, Sie wären in einem solchen Fall betroffen. Ich kann mir nicht vorstellen, dass Sie viel Verständnis dafür aufbringen würden. Aber die Rechtslage ist so, dass die Bürgerin und der Bürger über sehr viel Frustrationstoleranz verfügen müssen, wenn sie verfassungswidrig behandelt werden. Ich frage Sie: Ist das die Bürgernähe, die bei jeder Gelegenheit heraufbeschworen wird?

Es gibt bekanntlich viele Gesetzesvorlagen, die verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen. Wir lassen dann in der Regel Gutachter die offenen Fragen beantworten. Nicht selten gibt es dann unterschiedliche Meinungen. Wir legiferieren dann gleichwohl oft, indem wir Verfassungswidrigkeiten in Kauf nehmen. Kollege Bürgi hat ja in letzter Zeit – beim Sportgesetz oder in anderen Fällen – immer wieder daran

erinnert, dass wir uns dann selber sagen müssen, wir würden da die Bundesverfassung verletzen. Wenn wir hier aber nichts ändern, kann man sich eigentlich nicht mehr beklagen.

Eine weitere Entwicklung scheint auch mir von grosser Bedeutung und kann nicht ausser Acht gelassen werden: Kantonale Gesetze – ich habe das bereits gesagt – können bekanntlich auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden. Es waren denn auch kantonale Gesetze bzw. deren verfassungskonforme Auslegung, welche die Rechtsprechung zu den Grund- und Freiheitsrechten geprägt haben. Die entsprechende Praxis wurde vor allem anhand der kantonalen Prozessordnungen entwickelt. Heute sind diese das Individuum stark betreffenden Verfahrensbestimmungen auf Bundesebene geregelt. Eine Überprüfung von einschneidenden Eingriffen in die persönliche Freiheit ist daher nicht mehr möglich.

Ich ziehe aus dieser Situation folgende Schlussfolgerungen: Das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden sollten nicht daran gehindert werden, der Bundesverfassung zum Durchbruch zu verhelfen. Es kann nicht sein, dass die Justiz gezwungen wird, ein Bundesgesetz in verfassungswidriger Weise anzuwenden. Das führt – davon bin ich überzeugt – über kurz oder lang zu rechtsstaatlich unhaltbaren Zuständen. Es hat ja in der Vergangenheit verschiedene Beispiele gegeben; Herr Cramer hat das offensichtlichste mit der Geschichte des Frauenstimmrechts erwähnt. Es gab auch Verletzungen beim Namensrecht, bei der Weitergabe des Bürgerrechts, bei der ungleichen Behandlung von Schweizern beim Familiennachzug, je nachdem, ob dieser aus der EU oder aus einem Efta-Land erfolgte, oder bei der tariflichen Gleichbehandlung von Ein- und Zweielternfamilien – all das sind Beispiele von Verfassungswidrigkeiten, die festgestellt worden sind.

Der ehemalige Bundesgerichtspräsident Giusep Nay hat einen aktuellen Volksentscheid zum Anlass genommen, um aufzuzeigen, was betroffenen Bürgerinnen und Bürgern in Tourismusgebieten bzw. Tourismusbetrieben nach der Annahme der Zweitwohnungs-Initiative blüht: Sie können sich nicht auf die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit berufen.

Es wird behauptet, dass die nationalrätsliche Lösung zu vermehrten Beschwerden an das Bundesgericht führen werde. Ich bin der Meinung, dass das nicht zutrifft, denn eine Beschwerde ist nicht schon beim Erlass eines Gesetzes, sondern allein in einem Anwendungsfall und erst nach Durchlaufen des ganzen Instanzenzuges möglich. Es ist eine rein konkrete Normenkontrolle vorgesehen. Schon heute kann Beschwerde geführt werden, um die blosse Feststellung einer Verfassungswidrigkeit zu erreichen – aber es ist wie gesagt für den, den es betrifft, auch nicht gerade erfreulich, wenn die Verfassungswidrigkeit zwar festgestellt wird, aber sich nichts daran ändert. Im Rechtsstaat kann die Gewährung des Rechtsschutzes auch nicht davon abhängen, ob nun die Justiz mehr oder weniger belastet wird. Auch wenn ein Bundesgesetz via Referendum in einer Volksabstimmung angenommen wird, steht die Verfassung materiell und formell darüber, weil diese im Gegensatz zu einem Bundesgesetz durch Volk und Stände angenommen worden ist. Es geht um das sensible Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie. Nach meiner Beurteilung laufen wir Gefahr, dass zunehmend – und vor allem im Zweifel – zulasten des Rechtsstaates verfahren wird. Die demokratische Kultur wird bisweilen überhöht, was vor allem im Satz zum Ausdruck kommt, das Volk habe immer Recht. Dem möchte ich widersprechen: Es hat genauso wenig immer Recht wie wir als Volksvertreter. Mir bereitet Sorge, dass auch die Politik zunehmend bereit ist, Verfassungswidrigkeiten in Kauf zu nehmen – ich erinnere an den Umgang mit diversen Initiativen in der Vergangenheit, wo wir uns nicht immer eindeutig für die Grundwerte einer freiheitlich-demokratischen Verfassung eingesetzt haben. Es ist deshalb wichtig, dass Gesetze, die von einem Betroffenen als verfassungswidrig empfunden werden, überprüft werden können. Ist es nicht Ausdruck der Respektierung des Individuums und seiner Freiheit, wenn



wir diese Möglichkeit einräumen? Es war ja ein Anliegen unserer Staatsgründer und ein Anliegen der Partei, die sich als Gründerin bezeichnen kann, die Freiheit des Individuums zu stärken und zu schützen. Dabei geht es nicht zuletzt auch um den Schutz der Wirtschafts- und der Eigentumsfreiheit. Die Menschenrechte sind ja dank der EMRK bereits hinreichend geschützt. Allerdings: Ist es wirklich gut, dass das nur durch die Richter in Strassburg geschehen kann, während das in Lausanne nicht möglich ist?

Gerade wir Politiker sind oft die Ersten, welche die Verfassungswidrigkeit einer Regelung beklagen; ich erinnere mich beispielsweise an die letzte Legislatur, als unser Kollege Amstutz behauptet hat, die Erhöhung der Schwerverkehrsabgabe sei verfassungswidrig. Er hätte sich dagegen zur Wehr setzen können, wenn eine entsprechende Regelung bestünde und er im konkreten Fall eben betroffen wäre. Das ist aber nicht möglich.

Unser politisches System gerät nicht aus den Fugen, wenn wir dem Nationalrat folgen. Das Bundesgericht würde nicht Recht setzen, das heisst, es würde nicht eine Bestimmung ausser Kraft setzen, sondern lediglich prüfen, ob ein demokratisch legitimiertes Gesetz mit der demokratisch legitimierten Verfassung, die darüber steht, im Einklang steht. Es würde lediglich in einem konkreten Fall einer betroffenen Bürgerin bzw. einem Bürger Recht geben. Es geht um eine Klärung der Demokratie – übrigens durch ein Gremium, das seinerseits demokratisch legitimiert ist.

Aus diesen Überlegungen bitte ich Sie, der Mehrheit zu folgen.

**Abate Fabio (RL, TI):** Wir haben es gehört: Mit dem heutigen Artikel 190 der Bundesverfassung ist jede rechtsanwendende Behörde an bundesgesetzliche Inhalte, unabhängig von ihrer Verfassungskonformität, gebunden. Zwar dürfen die rechtsanwendenden Behörden Verstöße gegen die Bundesverfassung feststellen, es gibt kein Prüfungsverbot; aber die Anwendung der relativen Normen ist obligatorisch. Dieses Prinzip existiert seit der Inkraftsetzung der Bundesverfassung von 1874. Man wollte ein Kontrollmittel vorsehen, besonders gegenüber der kantonalen Staatstätigkeit, und klar die Macht und die Kompetenzen der Bundesversammlung vor richterlichen Eingriffen schützen.

Das Prinzip ist heute nicht absolut. Eine Verletzung verfassungsmässiger Individualgrundrechte kann vom Bundesgericht gerügt werden, wenn es um Menschenrechte geht, die in der EMRK verankert sind. Aber nicht jedes Grundrecht unserer Bundesverfassung ist in die EMRK aufgenommen worden. Die Eigentumsgarantie – wir haben das schon gehört –, die Wirtschaftsfreiheit, die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot sind nur in der Bundesverfassung kodifiziert worden. Deshalb haben wir heute einen zweistufigen Grundrechtsschutz, und das ist ein Fehler angesichts der Erwartungen unserer Bürgerinnen und Bürger.

Immer noch, nach fast 140 Jahren, ist die Furcht des Gesetzgebers, sich vor einem richterlichen Eingriff schützen zu müssen, das Hauptargument gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit – Rechtsstaat gegen Demokratie, Richter gegen Politiker. Man glaubt, dass die Abschaffung von Artikel 190 zuerst eine Art Strafe für eine politische Entscheidung des Gesetzgebers erlauben könnte. Ich frage mich als Gesetzgeber ehrlich und in aller Transparenz, ob ich immer das Problem einer allfälligen verfassungswidrigen Lösung im Vordergrund hatte; das ist zuzugeben. Die Antwort ist nicht kompliziert. Für uns Kantonsvertreter, die vom Volk gewählt sind, ist der Pragmatismus unserer Tätigkeit, auch hier in der «camera di riflessione», ein prägendes Element.

Ich habe auch oft gehört, dass die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit eine Attacke gegen die direkte Demokratie, und zwar gegen die Volkssouveränität, sei. Aber es ist natürlich unmöglich, das Volk mit der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit zu belasten. Die Volksentscheide sind ohne Wenn und Aber anzunehmen. Gleichzeitig muss zugegeben werden, dass in einer Volksabstimmung ganz verschiedene Gründe die Stimmbürger zu einem Ja oder zu einem Nein bewegen können; es ist sicher nicht die Verfas-

sungskonformität der Vorlage. Deswegen scheint es mir unfair, sich durch den Souverän schützen zu lassen, einfach um nach der Arbeit im Rahmen der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit unserer Beschlüsse eine Lücke zu verdecken.

In unserer Debatte ist es wichtig, daran zu erinnern, dass die Aufhebung von Artikel 190 der Bundesverfassung nicht nur das Problem der Verstöße eines Gesetzes gegen die Grundrechte angeht. 1874 hatte der Bundesgesetzgeber eine eingeschränkte Kompetenz. Heute erleben wir eine ganz andere Situation: Der Prozess der ständigen Übertragung von Kompetenzen auf den Bund ist immer noch im Gange; es geht nicht nur um verfahrensrechtliche Normen im Zivilrecht und im Strafrecht. Den Kantonen bleibt so eine residuale Kompetenz und gar keine Möglichkeit, sich gegen verfassungswidrige Bundesgesetze, die ein Kompetenzproblem geschaffen haben, zu wehren. Das föderalistische Gleichgewicht muss ein unverzichtbares Ziel bleiben. Ich bitte Sie, einzutreten und der Mehrheit zu folgen.

**Schmid Martin (RL, GR):** Die Frage, die wir uns aus meiner Sicht stellen müssen, ist, ob wir eine Verfassungsgerichtsbarkeit brauchen, ob sie notwendig ist, und welche Vor- und Nachteile sie mit sich bringt. Letztlich geht es für mich um die Frage: Wer soll Verfassungsbestimmungen konkretisieren? Die entscheidende Frage ist also nicht, ob verfassungswidrige Gesetze anwendbar sein sollen, und schon gar nicht, ob man für oder gegen den Rechtsstaat ist. Die entscheidende Frage ist: Wer soll letztverbindlich zuständig sein für die Konkretisierung offener Verfassungsnormen? Und da gibt es – ich lehne ich mich da auch an die in der Kommission angehörten Professoren Richli und Seiler an – zwei zentrale Grundpositionen. Die eine Seite sagt, die Konkretisierung der Verfassung sei eine juristische und rechtliche Frage. Ob ein Gesetz verfassungsmässig sei oder nicht, könne nach juristischen Methoden mit Ja oder Nein beantwortet werden. Die andere Seite, der ich angehöre, sagt: Das Ausnutzen des in der Verfassung offengelassenen Konkretisierungsspielraums kann nicht einfach nach juristischen Kriterien erfolgen, sondern es bedingt eine Wertung, in die politische Aspekte einfließen. Folglich ist es Sache der politischen Instanzen, diese Wertung vorzunehmen.

Die Frage der Wünschbarkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit hängt entscheidend davon ab, welcher dieser Konzeptionen man folgt. In der juristischen Methodenlehre ist heute unbestritten, dass es bei vielen Rechtsfragen nicht eine einzige juristisch richtige Antwort gibt. Das gilt sogar für Rechtsgebiete, die rechtssatzmässig sehr detailliert geregelt sind; und das gilt noch viel mehr für die Konkretisierung der Verfassung, weil die Verfassungsbestimmungen ja – auch das sage ich in Anlehnung an die genannten Professoren – hochgradig unbestimmt sind, gerade die Grundrechte.

Ich möchte nochmals das Beispiel des Sprechers der Minderheit, Ständerat Comtes, aufnehmen, nämlich den Schwangerschaftsabbruch. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat gesagt, ein Gesetz, das den Schwangerschaftsabbruch erlaube, sei verfassungswidrig, weil es das Recht auf Leben des ungeborenen Kindes verletze. Der amerikanische Supreme Court hat umgekehrt entschieden, dass ein Gesetz, das den Schwangerschaftsabbruch verbiete, verfassungswidrig sei, weil es die Freiheit der Mutter verletze. Weder die amerikanische noch die deutsche Verfassung äussert sich zum Schwangerschaftsabbruch. Beide enthalten das Recht auf Leben und das Recht auf persönliche Freiheit. Aber man kann nicht sagen, die Verfassung habe die eine oder die andere Lösung vorgegeben. Wenn also andere Verfassungsgerichte hier über den gleichen Sachverhalt gerade gegensätzlich entschieden haben, so hat das mit der Verfassung nichts zu tun, sondern einzig und allein mit der politischen Haltung der Mehrheit dieser Verfassungsrichter. Das kann man auch belegen, indem ja gerade auch die Wahl in den Supreme Court in den USA immer eine politische Frage darstellt.

Die Zuständigkeit bei der Konkretisierung offener Verfassungsbestimmungen, namentlich im Bereich der Grund-

rechte, soll nach meiner Auffassung beim Parlament liegen. Dass gerade auch in der Schweiz politische Wertungen von Richtern vorgenommen werden, erkennen wir bei Bundesgerichtsurteilen, die in Lausanne mit drei zu zwei Stimmen gefällt werden. Es gibt auch in unserer Rechtsordnung durchaus Urteile, die mit drei zu zwei Stimmen gefällt werden. Sie zeigen eben gerade auf, dass es auch im Bereich der Justiz nicht nur die eine Lösung gibt.

In Bezug auf meine Voredner, die auch auf die Funktion des Ständerates hingewiesen haben, muss ich natürlich zugeben, dass mir eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die Kompetenzverletzungen zwischen Bund und Kantonen beurteilt hätte, durchaus sympathisch gewesen wäre. Ich habe mich aber dann davon überzeugen lassen, dass eben eine solch partielle Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit sachlich nicht richtig und politisch auch nicht opportun und nicht mehrheitsfähig wäre; wir erinnern uns an die Diskussionen, welche wir bei der Einführung des neuen Finanzausgleichs geführt haben. Ich bin der Auffassung, dass die Aufhebung von Artikel 190 nicht zielführend ist, wir aber trotzdem Verbesserungen in unserem System vornehmen können, ohne jetzt gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen.

Ich sehe da insbesondere zwei Elemente:

Auf das erste Element wurde auch in der Kommission vom Vertreter des Bundesamtes für Justiz hingewiesen; es wurde gesagt, dass die präventive Rechtskontrolle in der Bundesverwaltung eine wichtige Funktion habe. Ich glaube, dass man diese präventive Rechtskontrolle noch verstärken könnte, auch wenn sie in gewissen Teilbereichen sicher einen hohen Stand erreicht hat. Die Qualitätssicherung der Gesetzgebung muss spielen. Ich finde aber auch Beispiele, wo sich eben gerade das Bundesamt für Justiz nicht vernehmen liess.

Ich komme aus dem Bereich des Steuerrechts; ich habe die Botschaften einmal angesehen und geprüft, wie viele Hinweise auf die Verfassungsmässigkeit es im Bereich der Regelungen im Steuerharmonisierungsgesetz gibt. Artikel 129 der Bundesverfassung sieht vor, dass der Bund nur eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Bereich des Steuerrechts hat. Wenn wir dann aber die konkreten Bestimmungen anschauen, die wir in den letzten Jahren erlassen haben, dann sehen wir, dass diese weit über eine Grundsatzgesetzgebung hinausgehen. Sie regeln vielmehr auch ganz spezielle, detaillierte Normenbereiche. Hier könnte man aus meiner Sicht durchaus auch von der Verwaltungsseite, vom Bundesamt für Justiz her noch zulegen und in der Botschaft diese Normen noch etwas schärfer wiedergeben. Solche Hinweise haben in den Botschaften bisher gefehlt. Ich gehe davon aus, dass spätestens nach der heutigen Diskussion in sämtlichen Steuerrechtsbotschaften Hinweise auf die Verfassungsmässigkeit in Bezug auf Artikel 129 der Bundesverfassung und die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes vorhanden sein werden. Ansonsten würde ich mich allenfalls wieder melden.

Das zweite Element, das meines Erachtens zur Qualitätssicherung bei der Gesetzgebung beitragen kann, sind die sogenannten Appellentscheide des Bundesgerichtes; es wurde vorhin schon darauf hingewiesen. Das Bundesgericht hat heute schon die Möglichkeit, in einem konkreten Gerichtsentscheid darauf hinzuweisen und dem Gesetzgeber ein Signal zu geben, dass nach Auffassung des Bundesgerichtes eine bestimmte Regelung verfassungswidrig sei. Das Bundesgericht hat diese Möglichkeit, es kann dem Gesetzgeber damit durchaus Hinweise geben. Ich meine, dass das genügt, dass also die Appellurteile, die gefällt werden können, und das Instrumentarium der präventiven Rechtskontrolle genügen, sodass man eben nicht dahingehend entscheiden muss, dass wir eine Verfassungsgerichtsbarkeit einführen. Es ist eine Wertungsfrage, und für mich obsiegt die Auffassung, dass die Konkretisierung dieser offenen Verfassungsbestimmung Sache des Parlamentes sein soll.

Herr Cramer hat vermutlich gerade auch an mich gedacht, als er das Beispiel der Zweitwohnungs-Initiative zitiert hat. Wenn wir uns die Umsetzung gerade auch der Zweitwohnungs-Initiative – ich entschuldige mich bei Herrn Janiak,

der dieses Beispiel hier eingebracht hat – vornehmen, dann wird es ja in der Praxis so laufen, dass höchstwahrscheinlich der Bundesrat, wenn nicht auf den 1. September, so auf den 1. Januar, eine Ausführungsverordnung zur Zweitwohnungs-Initiative erlassen wird. Diese Verordnung wird vor Bundesgericht durchaus auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit überprüfbar sein, weil sie eben durch den Bundesrat erlassen wird. In der Folge wird es dann aber Sache des Parlamentes sein, eine Ausführungsgesetzgebung im Sinne eines formellen Gesetzes zu erlassen, und dort wird es dann – davon können Sie vermutlich ausgehen – politisch unterschiedliche Auffassungen geben, wie diese Initiative zu konkretisieren sein wird. Das zeigt ja gerade auf, dass wir auch eine Verfassungsbestimmung eben unterschiedlich interpretieren können. Diese Diskussion wird dann der Gesetzgeber führen, und wer mit dem Ergebnis nicht einverstanden ist, kann dagegen entsprechend wieder das Referendum ergreifen. Ich glaube, gerade dieses Beispiel zeigt auf, dass in unserem demokratischen System das Verhältnis zwischen der gesetzgebenden Gewalt, der juristischen Gewalt und der ausführenden Gewalt austariert ist und dass dort keine Änderungen notwendig sind.

Ich bitte Sie deshalb, mit der Minderheit zu stimmen.

**Bischof Pirmin (CE, SO):** Wir Juristinnen und Juristen neigen dazu, die Frage, ob nicht das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen müsse überprüfen können, mit Ja zu beantworten. Es ist klar, dass die Verfassung, legitimiert durch Volk und Stände, über einem Gesetz stehen muss, das nur einem fakultativen Referendum unterstanden hat. Es müsste deshalb auch klar sein, dass das Bundesgericht Bundesgesetze uneingeschränkt müsste überprüfen können.

Es ist in der Schweiz aber wahrscheinlich etwas komplizierter. In unserem System der direkten Demokratie übernimmt das Referendumsrecht einen guten Teil der Rechtskontrolle, die in anderen Rechtsstaaten nur die Verfassungsgerichte übernehmen können. Nun kann man in guten Treuen geteilter Meinung sein, ob wir auch für den Bereich der Bundesgesetze die Verfassungsgerichtsbarkeit einführen sollen oder nicht; im Bereich der kantonalen Gesetzgebung haben wir ja die Verfassungsgerichtsbarkeit bereits.

Wenn wir nun im Sinne der uns vorliegenden parlamentarischen Initiative Artikel 190 der Bundesverfassung vollumfänglich streichen würden, hätte dies zwei Konsequenzen: Es würde nicht nur zugunsten der Bürgerin und des Bürgers der Grundrechtsschutz in der konkreten Normenkontrolle ausgebaut, sondern es würde auch die gesamte Kompetenzordnung der Bundesverfassung zur Gerichtsthematik. Die Frage also, ob der Bund zuständig ist, in einem bestimmten Bereich zu legifizieren, würde neu zu einer Frage, die das Bundesgericht beantworten müsste. Man kann sich in guten Treuen darüber streiten, ob etwa das Hooligan-Gesetz von 2006 verfassungskonform ist, ob wir dafür eine Bundeskompetenz haben. Ein anderes Beispiel ist das Gesetz zur Buchpreisbindung. Es stellt sich die Frage, ob dazu eine genügende Grundlage vorhanden gewesen wäre; das Volk hat den Entwurf ja dann kassiert. Oder letzte Woche haben wir hier das Präventionsgesetz beraten. Es wäre zu überprüfen, ob dieses in unserer föderalistischen Grundordnung eine genügende verfassungsmässige Grundlage hat. Neu könnte das Bundesgericht diese Fragen beantworten. Man kann der Meinung sein, das sei richtig, oder der Meinung, es sei falsch.

Der zweite Fragenkomplex, den das Bundesgericht neu beantworten müsste – das ist wohl noch der wichtigere –, ist im Grundrechtsbereich zu suchen. Wenn wir Artikel 190 der Bundesverfassung stricken, hätte dies zur Folge, dass das Bundesgericht eine Reihe von Verletzungen von Grundrechten, die es heute nicht überprüfen kann, neu als Rüge entgegennehmen könnte. Der Bürger kann das Bundesgericht ja heute schon wegen der Verletzung derjenigen Grundrechte anrufen, die zwingende EMRK-Grundrechte sind; daran würde sich auch nichts ändern.

Es würde aber jetzt eine Reihe von neuen Grundrechten dazukommen: die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit, das Willkürverbot, das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot. Das sind Grundrechte, die keine EMRK-Grundrechte sind und deren Verletzung neu in der konkreten Normenkontrolle vom Bundesgericht überprüft werden könnte.

Das würde also heissen, dass etwa unser steuerrechtliches Prinzip, dass private Kapitalgewinne steuerfrei sind, durchaus in der konkreten Normenkontrolle überprüft werden könnte. Man kann sich ja fragen, ob dieses Prinzip denn dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot entspricht oder nicht. Gerade dieses allgemeine Rechtsgleichheitsgebot war das Feld, auf dem sich die bündesgerichtliche Rechtsprechung in den letzten zwanzig oder dreissig Jahren massiv ausgeweitet hat. Hält das Cannabisverbot in der Schweiz vor dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot stand, wenn gleichzeitig starke gebrannte Wasser uneingeschränkt zugässig sind? Oder wie steht es mit unserer Ordnung im Sozialversicherungsrecht, wonach Unfallopfer anders behandelt werden als kranke Menschen? Sie fallen historisch bedingt in verschiedene Versicherungen mit verschiedenen Rechtsfolgen. Hält das vor dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot stand oder nicht?

Diese Fragen beantwortet heute der Gesetzgeber, morgen könnte sie das Bundesgericht beantworten. Was ist nun richtig, und was ist falsch? In einem parlamentarischen System ist es klar, dass ein Verfassungsgericht diese verfassungsgerichtliche Überprüfung vornehmen muss; es gibt sonst niemanden. In unserem System der direkten Demokratie übernimmt einen guten Teil dieser Kontrolle das Volk. Das ist nicht populistisch gemeint, es ist Kerngehalt unserer Verfassungsordnung, dass am Schluss jeder Bundesgesetzgebung in diesem Lande das fakultative Referendum steht. Gegen jedes Gesetz können 50 000 Menschen in diesem Land das Referendum ergreifen, und dann entscheidet das Volk. Das ist auch gut so. Es kann Verfassungsgründe geben, für das Volk können aber auch andere politische Motive vorliegen. Aber letztlich entscheidet die Bevölkerung und nicht ein Gericht.

Wenn wir Artikel 190 der Bundesverfassung streichen, hebeln wir dieses System zu einem guten Teil aus. Wir erklären politische Fragen zu rechtlichen Fragen. Politische Fragen sind aber nicht immer rechtliche Fragen, und die Frage der Rechtsgleichheit ist umgekehrt eben oft eine Frage, die politisch entschieden werden muss. Man darf in unserem Rechtsstaat auch immer wieder die Verfassungsordnung infrage stellen. Und die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit, da teile ich die Meinung von Professor Paul Richli nicht, ist keine Luxusfrage, sondern eine grundlegende Frage unserer Rechtsordnung.

Artikel 190 zu streichen ist aber meines Erachtens nicht die adäquate Antwort auf ein vielleicht bestehendes Bedürfnis nach vermehrter Rechtskontrolle. Ich stelle mir eher vor, dass wir uns zunächst überlegen, was wir denn haben möchten. Wollen wir einen vermehrten Grundrechtsschutz für die Bürgerin und den Bürger? Oder möchten wir die föderalistische Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen besser durchsetzen? Das sind zwei verschiedene Fragen, die man nicht mit einem Federstrich in der Verfassung beantworten kann. Und wenn wir einen vermehrten Verfassungsrechtsschutz möchten, dann würde ich eher den Weg wählen, die präventive Rechtskontrolle zu verbessern, und zwar auch institutionell; dies wäre möglich, ich denke etwa an das Vorabentscheidungsverfahren des Europäischen Gerichtshofes. Es wäre möglich, auch in einer gewaltenkontrollierten Ordnung wie der Schweiz, die Gerichte in die präventive Rechtskontrolle mit einzubeziehen – ich denke da an einen Vorschlag von Professor Bernhard Ehrenzeller. Es wäre möglich, dass das Bundesgericht in der Gesetzgebung bei zentralen Fragen der Verfassungsmässigkeit in die präventive Rechtskontrolle einbezogen würde, um grobe Verfassungsverstöße zu vermeiden. Dazu müsste man nicht Artikel 190 der Bundesverfassung ersatzlos streichen, sondern eine entsprechende Gesetzesrevision wäre vorzukehren. Das wäre wohl der schonendere und schmerzlösere

Eingriff in die ansonsten in der Schweiz gut funktionierende Verfassungsordnung im Bereich der Grundrechte und der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen.

Ich bitte Sie, nicht auf die Vorlage einzutreten.

**Rechsteiner** Paul (S, SG): Die Schweiz gehört zusammen mit den USA zu den ältesten Demokratien der Welt. Die Schweiz verfügt wie die USA im Kernbereich der Institutionen über eine sehr stabile Verfassung. Bei der Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit geht es nicht nur um die Rangordnung von Rechtsnormen, sondern auch um einen Eingriff in die bisherige institutionelle Ordnung, mit schwerwiegenden Konsequenzen, wie ich meine.

In den USA steht das Verfassungsgericht, der Supreme Court, letztlich über dem Gesetzgeber. Wie man in den Federalist Papers nachlesen kann, erfolgte diese Beschränkung der legislativen Macht durchaus mit besitzbürgerlichen Argumenten. Der Supreme Court ist das politischste Gericht der Welt. Die Folge der starken Stellung des Supreme Courts ist unter anderem, dass die Rechtsentwicklung bei fundamentalen Fragen in erster Linie mittels «case law» erfolgt und nicht über das Gesetz.

Bei der Schweizerischen Bundesverfassung hat man sich bei der demokratischen Neugründung im 19. Jahrhundert für einen anderen Weg entschieden. Wie man bei Alfred Kölz und bei Jean-François Aubert nachlesen kann, waren das sehr bewusste Entscheide. Bei der Bildung des Zweikamersystems ist man dem Beispiel der USA gefolgt, aber bei der Frage der Stellung des Bundesgerichtes haben unsere Vorgänger einen gegenteiligen Entscheid getroffen. Das Korrektiv für den Gesetzgeber sind in der Schweiz die direktdemokratischen Rechte. Für die Richter sind umgekehrt bis heute die Bundesgesetze verbindlich – man hat bewusst die Bundesgesetze gewählt und nicht die kantonalen Gesetze. Durchgesetzt haben sich damit in der Schweiz der Vorrang der Demokratie und der Vorrang des Gesetzes, mithin politisch das republikanische gegenüber dem liberalen Prinzip, oder, für das 19. Jahrhundert gesprochen: Durchgesetzt haben sich die radikalen Freisinnigen, die mit dem Parlament als Motor des Fortschritts das Tempo und den Inhalt der Gesetze politisch und nicht richterlich bestimmt haben wollten. Das war auch im 20. Jahrhundert trotz mancher Kontroversen bis zur neuen Bundesverfassung nicht anders, zum Beispiel, als in den Dreissigerjahren die «Ligue suisse contre l'étatisme et pour la liberté commerciale» entstand und als gegen den aufkommenden wirtschafts- und sozialpolitischen Interventionismus in den Dreissigerjahren sogar eine Volksinitiative für die Verfassungsgerichtsbarkeit eingereicht wurde. Diese Volksabstimmung – es war bisher die einzige dazu – hatte zum Ergebnis, dass der Vorschlag hochkant verworfen wurde. Der heutige Artikel 190 der Bundesverfassung ist also historisch und politisch mit dem Blick auf das Verhältnis unserer Institutionen gut begründet.

Seine heutige Bedeutung kann man allerdings nicht richtig gewichten, wenn man die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte nicht mitberücksichtigt. Die wichtigste Rechtsentwicklung seit dem Zweiten Weltkrieg sind die universell und europäisch und damit transnational verankerten Menschenrechte, wie sie in den Uno-Menschenrechtspakten und in der EMRK kodifiziert sind. Diese transnational verankerten Menschenrechte haben den Vorrang vor nationalem Recht. Dieser Kernbestand des transnationalen Menschenrechtsschutzes ist auch zur Basis des schweizerischen Grundrechtsverständnisses geworden. Er ist unverfügbar und kann politisch nicht umgestossen werden.

Der heutige Artikel 190 der Bundesverfassung besagt nicht nur, dass die Gesetze, sondern auch, dass das Völkerrecht und damit der transationale Menschenrechtsschutz für das Bundesgericht verbindlich sind. Ich verstehe nun nicht, weshalb man den Vorrang des Völkerrechts, der in Artikel 190 ausdrücklich statuiert ist, beseitigen will. Es ist mir nicht entgangen, dass behauptet wird, der Vorrang des Völkerrechts ergebe sich auch noch aus anderen Gründen als aus Artikel 190 der Bundesverfassung. Aber man kann doch nicht übersehen, dass der Vorrang des Völkerrechts heute von



gewissen Kreisen wieder bestritten wird. Es wäre deshalb ein falsches Signal, den klaren Vorrang des Völkerrechts zu streichen, wie er in Artikel 190 der Bundesverfassung statuiert ist.

Der heutige Artikel 190 ist somit rational, er ist vernünftig und rechtspolitisch wegweisend. Bei den Menschenrechten, wie sie durch die Uno-Pakte, durch die EMRK kodifiziert sind, ist der Vorrang gerade durch Artikel 190 gewährleistet. Bei diesen Menschenrechten haben wir eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit. Es gibt bei diesen Menschenrechten keine Prärogative der Gesetzgebung. Man muss aber anfügen: Es gibt bei diesen Menschenrechten auch keine Prärogative für Verfassungsbestimmungen, die Menschenrechte verletzen. Das Bundesgericht ist, was die Verletzung der Menschenrechte betrifft, in seiner Rechtsprechung seit dem PKK-Urteil auf dem richtigen Weg, wie jetzt aktuell auch das neueste Urteil zum Heiratsverbot gezeigt hat – Stichwort: Lex Brunner –; es wurde gezeigt, dass die EMRK auch Bundesgesetzen vorgeht.

Umgekehrt ist es bei den übrigen Verfassungsbestimmungen und bei kommerziellen Rechten wie der Wirtschaftsfreiheit. Hier gilt der Vorrang der Gesetzgebung. Gesetzgebung heißt Politik, und in der Wirtschaftspolitik, in der Sozialpolitik, aber auch in der Steuerpolitik und in der Energiepolitik hat der Gesetzgeber das Sagen und im Falle des Referendums das Volk, und nicht letztinstanzlich der Richter.

Diese Zweiteilung der Verfassungsrechte folgt einer überzeugenden inneren Logik. Sie ist kein Nachteil. Sie ist auch keine Entwertung der Bundesverfassung, wie gelegentlich beklagt wird, ist es doch gerade die Bundesverfassung, die diese Ordnung schafft.

Was könnte passieren, wenn Artikel 190 gestrichen würde und sozial- und wirtschaftspolitische Fragen plötzlich letztinstanzlich durch das Bundesgericht entschieden würden? Was das heißen kann, erleben wir derzeit in den USA. Der grösste innenpolitische Erfolg der Administration Obama war die Gesundheitsreform mit dem Krankenversicherungsbüro. Jetzt entscheiden hochpolitisch argumentierende Mitglieder des Supreme Court darüber, ob diese Reform verfassungsmässig ist oder nicht, also ob die obligatorische Krankenversicherung die wirtschaftlichen Freiheiten in unzulässiger Weise beschneidet oder nicht. Bei uns wurde, wir können uns daran erinnern, das Krankenversicherungsbüro mit dem KVG von 1996 eingeführt und nach einem Referendum in der Volksabstimmung gutgeheissen. Soll es nun sein, dass dieses vom Volk gewollte Versicherungsbüro, das politisch ja einigen bis heute nicht passt, von Verfassungsrichtern ausgehebelt werden kann?

Es ist nicht aus der Luft gegriffen, dass bei einer Streichung von Artikel 190 Gefahren drohen. Das zeigt auch das Beispiel der Strommarktliberalisierung. Diese ist auf Bundesebene nach einem gewerkschaftlichen Referendum 2002 vom Volk abgelehnt worden. In der Folge ist das damals noch nicht bundesgesetzlich verankerte Versorgungsmonopol der öffentlichen Hand beim Bundesgericht angefochten worden, worauf das Bundesgericht entgegen dem Volksentscheid im Freiburger Fall die Strommarktliberalisierung per Gerichtsentscheid durchgedrückt hat.

Es gibt viele Beispiele, bei denen es absehbar ist, dass sich eine Streichung von Artikel 190 der Bundesverfassung für die Bevölkerung negativ auswirken kann: von Service-public-Regulierungen wie dem Postmonopol über sozialpolitisch begründete Besserstellungen bei Sozialversicherungen bis hin zu wirtschaftspolitischen Regulierungen. Eine Frage wie das jetzt mehrfach angesprochene unterschiedliche Rentenalter von Mann und Frau bei der AHV muss letztlich politisch und darf nicht richterlich entschieden werden. Auch bei sehr schwierigen Wertefragen wie der Haltung zum Schwangerschaftsabbruch – ich verweise auf die vorangehenden Voten – oder der Einstellung zur Gentechnik kann man nicht sagen, ein Richterentscheid sei letztlich rationaler als ein Volksentscheid.

Ich ziehe Bilanz: Es gibt es sehr gute Gründe – im Verhältnis der Institutionen, in der direkten Demokratie –, bei den Grundsentscheiden zu bleiben, wie sie im 19. Jahrhundert im jun-

gen Bundesstaat begründet und in den letzten Jahrzehnten mit den internationalen Menschenrechtspakten weiterentwickelt worden sind. Artikel 190 der Bundesverfassung besagt ja mit dem Vorrang der Bundesgesetzgebung nichts anderes, als dass politische Fragen politisch entschieden werden müssen. Gleichzeitig ist diese Bestimmung mit dem Vorrang des Völkerrechts und dem Vorrang des transnationalen Menschenrechtsschutzes auch nach vorne offen und in die Zukunft orientiert.

Deshalb lautet mein Fazit zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Die konservative, die bewahrende Haltung ist für einmal auch die progressive, die fortschrittliche.

**Luginbühl** Werner (BD, BE): Ich unterstütze die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, und als Nichtjurist ist für mich der entscheidende Grund, dass einige Widersprüche der heutigen Regelung aufgelöst werden:

1. In einem Rechtsstaat muss die Judikative dem Bürger Rechtsschutz gewähren. Nach heutigem Recht müssen das Bundesgericht und andere rechtsanwendende Behörden Bundesgesetze anwenden, auch wenn diese verfassungswidrig sind. Damit werden in einem solchen Fall die verfassungsmässigen Grundrechte des Bürgers verletzt und nicht geschützt.

2. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg prüft unsere Bundesgesetze auf ihren Einklang mit den Menschenrechten; das ist richtig so. Das Bundesgericht hingegen kann unsere Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung nicht prüfen. Es ist störend, dass damit internationalen Konventionen grössere Bedeutung beigemessen wird als der eigenen Verfassung.

3. Heute ist der Rechtsschutz nur gegeben, wenn ein Grundrecht durch völkerrechtliche Normen geschützt ist. Wichtige Grundsatzbestimmungen sind aber nicht in der EMRK, sondern in der Bundesverfassung verankert. Sie wurden bereits genannt: Eigentumsgarantie, Wirtschaftsfreiheit, Rechtsgleichheit, Willkürverbot usw. Dass in diesen wichtigen Bereichen kein gerichtlicher Schutz vor verfassungswidrigen gesetzlichen Einschränkungen besteht, ist nach meiner Auffassung problematisch.

4. Gemäss heutiger Auslegung kann der Bund die Kantone vor Bundesgericht sanktionieren, wenn ihre Gesetzgebung Bundesrecht verletzt. Umgekehrt ist es den Kantonen aber verwehrt, sich beim Bundesgericht über die Missachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen durch den Bund zu beschweren; dies in einer Zeit, in der sich die Zahl der Rechtsnormen, die auf Bundesebene erlassen werden, vervielfacht hat, das kantonale Recht entsprechend an Bedeutung verloren und es häufiger vorkommt, dass der Bundesgesetzgeber ohne Verfassungsgrundlage in die kantonalen Zuständigkeiten eingreift.

Diese Widersprüche – zumindest habe ich sie so genannt – gab es bei der Schaffung dieser Bestimmung im Jahr 1854 noch nicht oder in deutlich geringerem Mass. Sie sind im Laufe der Zeit entstanden oder haben sich akzentuiert. So ist es eben nötig, dass man etwas, auch wenn es sich während Jahrzehnten bewährt hat, der Entwicklung anpasst.

Die vorliegende Lösung ist einfach und massvoll. Die Überprüfung erfolgt im konkreten einzelnen Anwendungsfall und nicht abstrakt. Konkret würde eine verfassungswidrige einzelne Gesetzesbestimmung nicht angewendet. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber, die entsprechenden Schlüsse zu ziehen, die Bestimmung allenfalls zu modifizieren. Die Ängste der Gegnerschaft vor einer Bevormundung von Volk und Parlament durch die Justiz scheinen mir übertrieben.

Die Justiz ist als dritte Gewalt Teil des Rechtsstaates. Der Gesetzgeber ist im Zeitpunkt des Erlasses von Normen nicht in der Lage, alle möglichen Anwendungssituationen zu überblicken. Diese Beurteilung obliegt später häufig den Gerichten. Die Erfahrung zeigt, dass die Gerichte in Fällen, wo Parlaments- oder gar Volksentscheide betroffen sind, die Sache durchaus mit der nötigen Subtilität angehen.

Zusammengefasst: Die heutige Regelung – ich sage das jetzt etwas überspitzt – hat auch zum Ziel, uns vor den Richtern zu schützen. Nach meiner Auffassung ist es heute drin-



gender geworden, uns vor uns selbst und die Kantone vor dem ungebremsten Tatendrang des Bundesparlamentes zu schützen.

Darum bitte ich Sie, auf die Vorlage einzutreten.

**Bischofberger Ivo** (CE, AI): Die Bundesverfassung steht an der Spitze der schweizerischen Rechtssystematik. Ihr folgen hierarchisch Gesetze und Verordnungen. Es ist daher selbstredend, dass Gesetze verfassungskonform sein müssen. Das Bundesgericht ist bei deren Beurteilung gemäss Artikel 190 der Bundesverfassung verpflichtet, sich daran zu halten. Dafür, dass diese Bestimmung von Artikel 190 aufrechterhalten wird, gibt es für mich als Nichtjuristen aus dem Blickwinkel der Staatsform der direkten Demokratie und vor allem aus dem Blickwinkel eines Landsgemeindekantons gute Gründe.

Im Zentrum steht für mich das Referendumsrecht, das der Schweizer Bevölkerung erlaubt, sich gegen ein Gesetz zu wehren und es einer Volksabstimmung zu unterziehen. Ein Bundesgesetz, das in Kraft tritt, wurde also entweder implizit, bei Verzicht aufs Referendum, oder explizit, bei Annahme in einer Abstimmung, vom Souverän, der auch die Bundesverfassung angenommen hat, gutgeheissen. Es ist folglich nicht Sache der Richter, diesem Willen zu widersprechen.

Zudem müssen wir uns bewusst sein, dass die Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes oder seiner Konformität mit dem internationalen Recht bei Weitem nicht *eo ipso* rein rational ist, sondern für die Richter sehr viel Interpretationsspielraum offenlässt, und deren Unvoreingenommenheit in der jeweiligen Sache ist nicht *a priori* grösser als diejenige von Politikern.

So wählt das eidgenössische Parlament die Bundesrichter. Es erlässt auch die Bundesgesetze, und es genehmigt völkerrechtliche Verträge. In der Trias von Legislative, Exekutive und Judikative kann aufgrund der Kompetenzen eine «natürliche» Vorrangstellung der Legislative erblickt werden. Es steht für mich daher ausser Zweifel, dass eine erweiterte Verfassungsgerichtsbarkeit für eine stabile Entwicklung der Rechtssetzung im Sinne der Verfassung nicht nötig ist. Gleich mehrere Beispiele aus der Vergangenheit zeigen – es wurde gesagt –, dass das Stimmvolk Rechtserlasse, die in der Anwendung bzw. in der Umsetzung Probleme brachten, später korrigiert hat. Hierzu bedurfte und bedarf es keiner verstärkten Gerichtsbarkeit, im Gegenteil. Damit würden ohne Not auch demokratische Spielregeln geändert, da die Drohung mit dem Bundesgericht wohl jeden Abstimmungskampf vereinnahmen würde.

Auch historisch betrachtet ist die Entstehung der Verfassungsgerichtsbarkeit alles andere als das Ergebnis einer das Recht revolutionierenden Entwicklung. Die Verfassungsgerichtsbarkeit entstand in der Regel vielmehr in ausserordentlichen, oft revolutionären Konstellationen und war sehr oft die institutionelle Antwort auf eine revolutionäre Situation. Dies lässt sich an Beispielen aus der europäischen Geschichte eindrücklich belegen, so in der BRD der Nachkriegszeit, so auch in Italien, Spanien und Portugal, wo die Verfassungsgerichtsbarkeit nach Abschaffung der Diktaturen als Antwort auf die negativen Erfahrungen mit der früheren Staatsform eingeführt wurde.

Auch in unserm Bundesstaat ging es dem Verfassunggeber bereits in den Anfängen im Kern um die Feststellung und Festlegung der Gewaltenteilung. Bereits in der Verfassung von 1874 war Artikel 113 Absatz 3 in etwa so formuliert wie der aktuelle Artikel 190. Es gibt in unserem Staat somit eine lange verfassungsrechtliche Tradition der aktuellen Regelung, und sie wurde im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung trotz Kritik ausdrücklich aufrechterhalten. Schliesslich und endlich geht es hier um nicht mehr und nicht weniger als um das wertvolle Gut, wer in der eidgenössischen Politik, wer in diesem unserem Land das Sagen hat. Wir sind stets gut damit gefahren, dass sich kein Richter über das Volk setzen kann.

Aus all diesen Gründen bitte ich Sie, der Minderheit zu folgen und auf die Vorlage nicht einzutreten.

**Schwaller Urs** (CE, FR): Die ersatzlose Streichung von Artikel 190 der Bundesverfassung ist nur auf den ersten Blick und vordergründig eine sogenannt einfache, pragmatische, elegante und intelligente Lösung, wie dies in den letzten Wochen in verschiedenen befürwortenden rechtlichen Aufsätzen geschrieben und wie es auch gesagt worden ist. Der Schein, dass es eine einfache Lösung sei, trügt. Mit der ersatzlosen Streichung von Artikel 190 entfällt auch die Massgeblichkeit der Bundesgesetze; das gilt nicht nur für das Bundesgericht. Die Gebundenheit und Massgeblichkeit entfällt – so, wie ich es verstehe – für sämtliche rechtsanwendenden Behörden. Betroffen sind nicht nur die Gerichte des Bundes und die kantonalen Gerichte – und zwar die Gerichte aller Stufen, eingeschlossen die Einzelrichter –, sondern auch viele erstinstanzliche Anwender von Bundesgesetzen und auch nichtrichterliche Rechtsmittelinstanzen.

Ich teile die Auffassung, die unter anderem von Professor Giovanni Biaggini vertreten wird, dass sich mit der ersatzlosen Streichung von Artikel 190 – so, wie sie vorgeschlagen ist – im ausgeprägt dezentralen System der Bundesrechtsverwirklichung, wie wir es in der Schweiz kennen, das erhöhte Risiko einer uneinheitlichen Praxis ergibt. Das ist gerade auch der Rechtssicherheit abträglich. Professor Rhinow weist in einem anderen Aufsatz darauf hin, dass Artikel 190 der Bundesverfassung heute Bundesgesetze auch gegenüber den kantonalen Regierungen «immunisiere», wie er sagt. Das ist richtig und wichtig. Mit der ersatzlosen Streichung von Artikel 190 kann meines Erachtens ein zusätzliches Konfliktpotenzial im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen entstehen. Gleches kann ich mir auch im Verhältnis zwischen Bundesrat und Bundesgesetzgeber vorstellen. Die Rechtssicherheit leidet hier ein weiteres Mal. Eine ersatzlose Streichung von Artikel 190 scheint mir nicht der richtige Weg zu sein.

Es kommt hinzu, dass in unserem direktdemokratischen System mit Initiative und Referendum und mit Blick auf die Balance zwischen Exekutive, Legislative und Judikative sowie unter Beachtung der Stellung des Souveräns alles gegen eine einseitige Stärkung der Judikative spricht. Ich will keinen Richterstaat; ich will nicht, dass die Richter faktisch zum Bundesgesetzgeber werden. Warum soll ich fünf Richtern mehr zumuten und vertrauen als 246 Parlamentarien und Parlamentarierinnen, wenn diese ihre Arbeit gründlich machen?

An die Adresse von Herrn Luginbühl: Der beste Schutz des Volkes vor einem Parlament, das seine Aufgaben nicht wahrnimmt, ist, dass dieses Volk dann andere Parlamentarier wählt. Auch Richterwahlen haben sich übrigens in den letzten Jahren immer mehr zu Wahlen in Funktion der prozentualen Stärke der Parteien entwickelt, und nicht immer wafachliche Kompetenz allein ausschlaggebend.

An uns Parlamentarier ist es im Gegenzug – damit möchte ich schliessen –, bei der Prüfung, bei der Redaktion von Bundesgesetzen zum Teil sorgfältiger vorzugehen und uns die Frage der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen, aber auch von Initiativen, vor der Schlussabstimmung, vielleicht auch vor der Volksabstimmung, zu stellen und nicht, wie das heute oft der Fall ist, erst hinterher.

Alles in allem kann dem Antrag auf eine ersatzlose Streichung von Artikel 190 der Bundesverfassung also nicht zugestimmt werden.

**Recordon Luc** (G, VD): Qui décide de la constitutionnalité d'une loi fédérale? Actuellement c'est nous, rien que nous. Selon le projet en discussion aujourd'hui, il y aurait un certain partage: nous conserverions la capacité – et le devoir – de procéder à un contrôle abstrait. Nous devrions donc toujours nous demander, au moment d'édicter des normes et avec l'aide des services de l'administration bien entendu, en responsabilité, si nous observons la Constitution fédérale. Mais il y aurait un tempérament qui permettrait à l'individu qui se considérerait comme lésé par une norme que nous aurions votée, de la faire revoir dans un cas d'application, de contrôle concret, par le Tribunal fédéral ou par les tribunaux de manière générale.



Est-ce là un bon équilibre? Pour ma part, après réflexion, je le crois. Parce que le principal argument qui a été développé pour contrer cette proposition ne tient pas. Cet argument est celui du référendum. Mais réfléchissons un instant: lancer un référendum implique de récolter 50 000 signatures, ce qui nécessite malgré tout une quantité de moyens, une volonté, une persévérance, une capacité, qui n'ont rien à voir avec la simple faculté de formuler un recours. Et si vous êtes touché individuellement, vous ne pouvez pas actionner le référendum, parce que vous n'arrivez pas à émouvoir assez de gens pour vous aider à le mener jusqu'à son terme, vous n'aurez pas les moyens financiers pour y parvenir. Même si la justice est chère, un recours au Tribunal fédéral est quand même moins cher qu'une campagne référendaire et c'est abordable pour l'individu.

Là se pose une question fondamentale: une démocratie, c'est très bien, la démocratie, c'est le pouvoir au peuple. Mais une démocratie qui n'est pas libérale n'est pas une vraie démocratie. Je n'ai pas besoin d'en appeler au souvenir hideux des démocraties populaires pour expliquer cela. Il est nécessaire, dans toute démocratie bien conçue, qu'il y ait un équilibre entre les droits du peuple, les droits collectifs, comme le référendum, et les droits individuels lorsque l'individu – et on sait que ça peut arriver avec les meilleures intentions du monde – est exagérément mis sous pression, voire écrasé, par une décision collective. Vous ne pouvez donc pas remplacer l'un par l'autre.

On nous objecte aussi la problématique de la pression sur les juges. Mais je crois que la réalité a fait bon marché déjà de ce problème. Non qu'il soit inexistant, mais il est malgré tout maîtrisé dans notre pays: lorsqu'il y a eu les arrêts du Tribunal fédéral sur les naturalisations ou, plus anciennement, l'arrêt sur le droit de vote féminin dans le canton d'Appenzell, qui était le dernier récalcitrant à ne pas vouloir l'accorder, il y avait déjà eu des décisions d'un certain courage de nos juges; ils les ont prises, ils n'ont pas faibli face à la pression.

Dans les cantons aussi, on a introduit des juridictions constitutionnelles, en particulier dans mon canton, le canton de Vaud, qui a introduit cette règle après une quinzaine d'années de réflexion intense. Cela a été introduit dans la Constitution vaudoise de 2003. Les juges vaudois eux-mêmes craignaient comme la peste d'être investis d'un pouvoir de juges constitutionnels et de devoir trancher sur des matières assez politiques. On leur a conféré cette compétence. Cela fait maintenant presque une dizaine d'années qu'ils l'exercent avec courage, avec mesure. Cela ne fait pas toujours plaisir à tout le monde, mais ils ne subissent pas une pression excessive et, à vrai dire, ils apportent un plus.

Ils apportent un plus aussi de la même manière que nous pourrons apporter un plus avec la décision d'aujourd'hui si elle est positive. Pourquoi? Parce qu'ils prennent, au niveau cantonal, la décision, en tant que juges cantonaux, d'établir si une règle est ou n'est pas constitutionnelle. Donc ils évidemment dans bien des cas que l'on fasse remonter à une collectivité d'un rang supérieur – la Confédération en l'occurrence, éventuellement la Cour européenne des droits de l'homme dans les matières où c'est possible – des décisions qui peuvent être tranchées au niveau où elles doivent l'être de préférence.

Eh bien, c'est la même chose pour nous aujourd'hui. Nous devons dans la mesure du possible, et cela a été dit par d'autres orateurs, faire en sorte que ce qui peut être décidé au niveau de la Confédération le soit plutôt par des juges de la Confédération que, lorsque la matière le permet, par des juges européens. C'est là aussi quelque chose d'assez fondamental.

On a évoqué également la problématique du risque que cela entraînerait pour certains progrès sociaux ou sociétaux. On a par exemple évoqué la problématique de la législation sur l'avortement, comme s'il y avait un potentiel de risque considérable. Mais dire cela, c'est, excusez-moi, méconnaître la technique juridique. Dans la plupart de ces cas, il est tout à fait impensable de construire la situation, parce que la personne qui pourrait interjeter recours n'y a aucun intérêt. La

personne qui, dans le cas de l'avortement, recourrait parce qu'on a accordé le droit d'avorter à quelqu'un, c'est-à-dire qui recourrait contre l'avortement autorisé à une autre personne, n'aurait tout simplement pas la moindre qualité pour agir. C'est donc dans ce cas-là une hypothèse farfelue.

Il ne faudra pas craindre que, dans certaines situations, des débats difficiles, pas toujours du goût de ceux qui préconisent aujourd'hui l'acceptation de la juridiction constitutionnelle, puissent se tenir. Il serait trop simple de faire une juridiction constitutionnelle juste pour favoriser une certaine vision générale des intérêts politiques. Il en va de la notion même et du processus correct et équitable de la justice que l'on puisse être parfois aussi insatisfait des décisions et que l'on s'y plie, quitte à mener ensuite un combat politique autre, au niveau constitutionnel alors, pour rétablir la situation que l'on juge souhaitable.

Je reprends encore l'image du rêve. Est-ce qu'il s'agit du rêve des professeurs de droit, comme l'a dit le porte-parole de la minorité? Je ne le crois pas. Il s'agit au contraire ici de mettre fin au rêve des parlementaires d'être les démiurges du droit. Sachons faire preuve d'un peu d'humilité, surtout que maintenant nous n'avons plus dans nos rangs les éminents Jean-François Aubert, René Rhinow, Ulrich Zimmerli, qui ont été cités à juste titre dans ce débat. Partageons un tout petit peu le pouvoir en matière constitutionnelle qui est le nôtre et que, soyons honnêtes, nous n'avons pas toujours exercé de la manière la plus fine. Sachons illustrer une formule aussi antique que renouvelée: «Senatus populusque helveticus.»

**Stöckli Hans (S, BE):** Seit ich mich mit Recht und Politik befasste, habe ich, wie wahrscheinlich alle hier, den höchsten Respekt vor unserer Bundesverfassung. Sie ist unser Grundgesetz, schreibt uns vor, wie unsere Gesellschaft politisch strukturiert und organisiert sein soll, welche Rechte und Pflichten unser Land seinen Menschen einräumt und abverlangt. Besonders beeindruckt hat mich immer das föderalistische Instrument, welches wir mit dem Volks- und Ständemehr für den Verfassungstext eingeführt haben. Umso erstaunter war ich, wie wahrscheinlich auch Kollege Bischof, als Jus-Student erfahren zu müssen, dass ausgerechnet die Bundesversammlung nicht an diese Verfassung gebunden ist, wenn sie Gesetze erlässt, weil eben das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit nicht überprüfen kann. Nun sagen Sie – auch Herr Bischofberger –, das Gegeninstrument sei eben das fakultative Referendum, mit dem man das Bundesrecht durch das Volk legitimieren könne. Das Problem ist aber, dass im Rahmen des Referendumskampfes die Frage der Verfassungsmässigkeit wohl kaum eine Rolle spielt. Mir ist nicht bekannt, dass man jemals wegen der Frage der Verfassungsmässigkeit das Referendum gegen ein Gesetz ergriffen hätte. Auch klärt ein Beschluss des Volkes, wenn nur das Volk zustimmt, die Frage der Verfassungsmässigkeit nicht, weil eben die Verfassung Volks- und Ständemehr verlangt. Unsere Bundesrichter müssen also die mangelnde Verfassungsmässigkeit einer Gesetzesnorm feststellen und an den Gesetzgeber appellieren. Aber lieber Kollege Schmid, ist es richtig, dass ein Bundesrichter zwar feststellt, dass eine Norm verfassungswidrig ist, sie aber gleichwohl anwenden muss? Ist es so, dass höchste Instanzen Entscheide treffen, die dann keine Konsequenzen haben? Wir möchten doch, dass unsere Richter ihre Aufgaben richtig lösen können.

Seit 1974, seit wir die Europäische Menschenrechtskonvention angenommen haben, hat sich eine gewaltige Veränderung ergeben. Bekanntlich können Private heute Entscheide des Bundesgerichtes an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte weiterziehen. Diese Instanz ist nicht am Artikel 190 der Bundesverfassung gebunden. Das hat zur Folge, dass unser Bundesgericht im Zusammenhang mit Fällen, wo EMRK-Grundrechte zur Diskussion stehen, die Gesetzgebung überprüfen würde und dass dementsprechend eben durch die Hintertür die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt würde; insbesondere eben deshalb, weil ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte die



Möglichkeit einräumt, ein schweizerisches Urteil zu revidieren. Diese Revisionsklausel hat dazu geführt, dass das Bundesgericht präventiv selbst die Verfassungsmässigkeit prüft. Es wurde von Herrn Bischof auch schon richtig ausgeführt, dass sich nicht alle Grundrechte aus der EMRK ergeben und dementsprechend zwei Arten von Grundrechten entstanden sind. Aber die Problematik, die Herr Comte und auch Herr Schmid dargelegt haben, nämlich die Konkurrenz von Grund- und Menschenrechten, ist bereits seit dreissig, vierzig Jahren offensichtlich in der Diskussion. Die EMRK garantiert nämlich sowohl das Recht auf Leben wie auch das Recht auf Freiheit. Dementsprechend müssen durch die Anerkennung der EMRK die Gerichte auch diese Konkurrenzfragen beantworten. Mir ist nicht bekannt, dass sich in dieser Frage eine unlösbare Situation ergeben hätte.

Kehren wir also dazu zurück, dass wir die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit und insbesondere die Souveränität der Kantone nicht durch die EMRK geschützt haben. Weshalb wollen denn insbesondere Leute aus dem bürgerlichen Lager nicht, dass diese Rechte auf der gleichen Stufe angesiedelt werden wie die übrigen Rechte, welche sich aus der EMRK ergeben? Diese Ungleichheit wollte sicher auch das Schweizervolk nicht.

Ich bin auch der Meinung von Herrn Schwaller, dass alle Gerichte, wenn Artikel 190 gestrichen wird, diese Verfassungsmässigkeitsprüfung vorzunehmen haben. Ich habe aber keine Angst, dass dadurch die Rechtssicherheit und die rechtsgleiche Anwendung gefährdet sind, denn ich bin auch überzeugt, dass die Richter immer nach bestem Wissen und Gewissen urteilen. Jedes Urteil hat auch eine politische Dimension, jede Rechtsnorm hat auch eine politische Bedeutung, aber die politische Bedeutung darf eben nicht nur nach politischen Gesichtspunkten betrachtet werden, insbesondere wenn es um die Verfassungsmässigkeit geht. Dementsprechend habe ich auch keine Angst, dass Einzelrichter, welche einer rechtlichen Kontrolle unterstehen und auch bemüht sind, das Recht richtig anzuwenden, bei ihrer Kontrolle zu einer unmöglichen Situation beitragen würden.

Wenn ich gewissen Kolleginnen und Kollegen zuhöre, insbesondere Herrn Rechsteiner, dann erhalte ich den Eindruck, wir möchten in der Schweiz die gleiche Verfassungsgerichtsbarkeit einführen, wie sie in den USA oder in Deutschland vorhanden ist, wo vieles – ja praktisch alles – der richterlichen Überprüfung anheimgestellt ist. Mitnichten wollen wir Artikel 189 Absatz 4 aufheben! Selbstverständlich bleibt nach wie vor gewährt, dass Entscheide, die wir fällen, nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden können. Die abstrakte Normenkontrolle steht nicht zur Diskussion. Es geht nur um die konkrete Normenkontrolle.

Herr Rechsteiner, Sie sagen, dass das Völkerrecht in seiner Bedeutung eingeschränkt würde, wenn wir Artikel 190 aufheben würden. Artikel 5 Absatz 4 bietet bereits eine genügende Grundlage und dokumentiert den Vorrang des Völkerrechts in unserem Rechtssystem. Wir würden auch mit der Einführung der konkreten Normenkontrolle die Gewaltenteilung respektieren. Wir würden keinen Richterstaat begründen, sondern nur verhindern, dass das Parlament wissentlich und willentlich Normen erlässt, welche nicht durch die Bundesverfassung geschützt sind. Wenn wir das wollen, dann müssen wir vorweg die Bundesverfassung ändern, da wir die Hierarchienorm unseres Rechtsstaates nicht umkrepeln wollen.

Dementsprechend bin ich überzeugt, dass eben immer die Bundesverfassung gewinnt – auch gegen verfassungswidrige Gesetze. Artikel 190 kann ersetztlos gestrichen werden.

**Keller-Sutter** Karin (RL, SG): Als im Mai 2011 die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates die Vernehmlassung zu dieser Vorlage durchführte, war ich Vertreterin meines Kantons in der Konferenz der Kantonsregierungen. Die Debatte unter den Kantonen verlief damals ähnlich, wie sie heute in diesem Saal auch wieder verläuft. Aber interessanterweise ist es damals nicht zu einem Quorum für die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit gekommen. Das ist

an und für sich erstaunlich, denn aus meiner Sicht, und ich denke auch aus der Sicht vieler Kantone, wäre das schlängende Argument eigentlich, dass damit die verfassungsmässige Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen überprüft werden könnte, was heute nicht der Fall ist.

Auf der anderen Seite ist der Gesetzgeber ja ohnehin verpflichtet, die verfassungsmässige Ordnung einzuhalten und den Kompetenzen von Bund und Kantonen Rechnung zu tragen. Und man darf, auch als Kantonsvertreterin oder Kantonsvertreter, erwarten, dass sich der Gesetzgeber an diese verfassungsmässige Ordnung hält. Dass er das kann, hat er bei der Schaffung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit bewiesen, dem Hooligan-Gesetz. Da war der Gesetzgeber sehr kreativ. Er hat nämlich gesagt: Was wir tun, ist eigentlich verfassungswidrig, weil die geltende Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen nicht eingehalten wird; die Kantone sind zuständig für die innere Sicherheit, nicht der Bund, deshalb befristen wir diese Bestimmungen des Bundesgesetzes. In der Zwischenzeit ist dieses Hooligan-Gesetz in ein Konkordat überführt worden.

Es ist auch nicht so, wie Kollege Stöckli sagt, dass diese verfassungsmässigen Fragen in Volksabstimmungen nie eine Rolle gespielt hätten. Ich erinnere an das Steuerpaket. Ich war damals gegen das Steuerpaket, weil es die Tarifhoheit der Kantone für die Wohneigentumsbesteuerung verletzt hätte. Die Gründe, warum das Steuerpaket in der Volksabstimmung letztlich fällt, mögen vielfältig gewesen sein, aber das war ein Grund einiger föderalistisch gesinnter Regierungsmitglieder, dagegen anzutreten.

Kollege Robert Cramer hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es Aufgabe des Ständerates ist, auf die verfassungsmässige Ordnung, die Kompetenzteilung zwischen Bund und Kantonen, zu achten. Er hat das Raumplanungsgesetz angeführt; man könnte andere Beispiele nennen. Das Präventionsgesetz ist bereits erwähnt worden. Darin heisst es auch, dass die Anstrengungen im Bereich der Prävention «koordiniert» werden sollen. Ich muss Ihnen sagen: Immer wenn ich für einen Politikbereich den Satz «Bund und Kantone koordinieren ihre Anstrengungen» lese, dann läuten gewisse Alarmglocken, denn Professor Schweizer hat, für die innere Sicherheit und Artikel 57 der Bundesverfassung, zu Recht festgestellt, dass unter «Koordination» beim Bund immer mehr Kompetenzen des Bundes verstanden wird. Das heisst also, dass diese Koordination dazu führt, dass Kompetenzen hin zum Bund verschoben werden. Dabei wäre es unsere Aufgabe, hier Einhalt zu gebieten; es wäre unsere Aufgabe, hier sozusagen disziplinierend zu wirken und auch zu sagen: Turnunterricht, Musikunterricht ist Sache der Kantone und eben nicht Sache des Bundesgesetzgebers! Hierzu braucht es deshalb aus meiner Sicht keine Verfassungsgerichtsbarkeit, auch wenn dies auf den ersten Blick sympathisch scheint.

Kollege Recordon hat gesagt, die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit wäre sympathisch, eine Art «partage», wir sollten doch mit dem Bundesgericht unsere Kompetenzen teilen. Ich bin nicht der Meinung, dass es hier um eine Teilung geht, sondern ich meine, es geht um eine klare Machtverschiebung. Die heutige Machtbalance der drei Staatsgewalten im Bundesstaat würde sicherlich empfindlich gestört, wenn man hier eingreifen würde. Auch das demokratische Prinzip und die Mitsprache des Volkes würden hier geschwächt. Ich befürchte – ich sage das als ehemalige Justizdirektorin – auch eine Verpolitisierung der Justiz. Es ist nicht ganz an den Haaren herbeigezogen, wenn man hier in diesem Saal den amerikanischen Supreme Court zitiert. Man sieht, wie dort die Richterinnen und Richter nach ihrer Gesinnung ausgewählt werden – ob sie für oder gegen die Schwangerschaftsabbruch sind, ob sie für oder gegen die Gesundheitsreform sind –; das kann es ja nicht wirklich sein. Zusammengefasst geht es ja letztlich darum, die Frage zu beantworten, wer in letzter Konsequenz für die Auslegung von Verfassungsnormen zuständig ist. Wollen wir diese Auslegung politisch entscheiden, oder will man sie richterlich



entscheiden lassen? Ich bin der Meinung, dass es Aufgabe der Politik ist, hier zu entscheiden.  
Ich bitte Sie deshalb, mit der Minderheit zu stimmen.

**Jenny This** (V, GL): Auch ich möchte Sie bitten, auf die Vorlage nicht einzutreten. Als unbefangenes Nichtkommissionsmitglied und als Nichtjurist habe ich mich jetzt rund zwei Stunden von den verschiedenen Argumenten berieseln lassen. Wenn ich es jetzt recht verstanden habe, bedeutet diese Verfassungsgerichtsbarkeit nichts anderes, als dass eine vom Volk angenommene Referendumsabstimmung durch Gerichtsbehörden wieder ausser Kraft gesetzt werden kann. Es stellt sich schlicht und einfach die Frage, ob wir das wollen. Ich wage dies stark zu bezweifeln. Es würde unser politischen System klar widersprechen.

Wir sind nach dem Prinzip der Gewaltentrennung organisiert, Kollege Stöckli. Dieses Prinzip unterscheidet klar zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung. Mit der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit würde also das Parlament als Gesetzgeber der Kontrolle durch die Justiz und die Verwaltung unterstellt. Es kann aber wohl kaum sein, dass ein bei uns als Volksvertreter breit abgestützter Wille weniger zählt als der Wille einiger Richter oder Verwaltungsbeamter; Kollege Schwaller hat eindrücklich darauf hingewiesen. Das entspricht nicht meinem Demokratieverständnis, zumal die Gerichte schon heute hoffnungslos überfordert sind. Wollen wir diesen noch mehr auflasten und aufbürden? Unser System funktioniert einwandfrei. Was wollen wir also daran schrauben und rütteln? Wir haben doch in der Schweiz genug Probleme zu lösen, sodass wir nicht Dinge, die gut organisiert sind, umkrepeln müssen.

Ich möchte Sie deshalb bitten – nicht zuletzt auch aus demokratiepolitischen Überlegungen –, auf die Vorlage nicht einzutreten. Auch ich, Kollege Luginbühl, will mich vor den Richtern schützen. Wenn ich an die entsprechenden Konsequenzen einer solchen Streichung denke, so läuft es mir, Kollege Stöckli, auch als Vertreter eines Landsgemeindekantons eiskalt über den Rücken.

**Engler Stefan** (CE, GR): Die Wiese ist ja an und für sich abgegrast, das Votum von Herrn Kollege Stöckli aber provoziert bei mir eine Entgegnung. Man könnte ja aufgrund der Diskussion einerseits wirklich meinen, dass unser Rechtsstaat in Gefahr sei, wenn jetzt die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht eingeführt werde, und andererseits müsste man Angst haben, die direkte Demokratie sei in Gefahr, würde man die Verfassungsgerichtsbarkeit einführen.

Ich glaube, eine etwas pragmatischere Sichtweise wäre notwendig. Ich bin überzeugt, dass der symbolische Gehalt dieses Entscheids letztendlich viel grösser ist als die effektive Tragweite und die effektiven Folgen, in welche Richtung der Entscheid dann auch immer ausfallen wird.

Wo gegen ich mich hingegen ver wahre, ist der Vorwurf, dass gegen den Rechtsstaat sei, wer gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit ist. Ich nehme für mich und auch für die Politik und für das Parlament in Anspruch, dass wir rechtsstaatlich korrekte Gesetze erarbeiten wollen und dafür auch präventiv Instrumente der Qualitätskontrolle anwenden. Kollege Schmid hat davon gesprochen, dass die präventive Rechtskontrolle noch ausbaubar wäre, und er hat – ich meine, zu Recht – auch verlangt, dass man da noch einen Zicken zulegt, um das Parlament auf mögliche Konflikte aufmerksam zu machen.

Herr Stöckli, Sie haben davon gesprochen, das Volk habe nicht gewollt, dass Bundesgesetze nicht der Kontrolle durch das Bundesgericht unterstehen, als man die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt habe. Doch, es handelt sich eben um eine unechte Lücke. Der Verfassungsgeber hat das damals genau so gewollt.

Es sind verschiedene Argumente für die Verfassungsgerichtsbarkeit genannt worden, indem das Verhältnis zwischen dem zwingenden Völkerrecht und der Überprüfbarkeit hervorgehoben wurde. Ich finde dieses Argument nicht stichhaltig. Daran wollen wir ja nichts ändern; wir wollen, dass auch weiterhin das zwingende Völkerrecht überprüft

werden kann. Es wurden das kantonale Recht und das innerkantonale Verhältnis angesprochen. Auch das wollte der Verfassungsgeber damals ganz bewusst: dass das Bundesgericht die Möglichkeit behält, eine einigermassen einheitliche Rechtsordnung in allen Kantonen sicherzustellen, immer dort, wo die Bundesverfassung davon betroffen ist. An diejenigen, die jetzt das Föderalismusargument bringen und sich auf den Standpunkt stellen, die Kantone hätten nicht die Möglichkeit, sich gegen Recht zu wehren, das vom Bundesparlament kommt und gegen die Kompetenzordnung verstösst, möchte ich appellieren: Wir sind ja gerade dafür da, darauf zu achten, dass wir nicht in die Kompetenzhoheit der Kantone eingreifen. Es ist unsere Uraufgabe als Ständeräte, dafür zu sorgen. Insofern ist es eine doppelbödige Argumentation, wenn man sagt, wir müssten uns vor uns selber schützen.

Ich bin der Meinung, dass es nicht angezeigt ist, von Richterrecht oder Bevormundung durch die Gerichte zu sprechen. Es ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass eine Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu einer Politisierung der Justiz führen wird; das kann man wollen oder nicht. Letztlich wird es ja auch in Zukunft darum gehen, vor allem dort, wo verfassungsmässige Rechte eingeschränkt werden, zu überprüfen, ob das gerechtfertigt ist oder nicht.

Ich spreche von Artikel 36 unserer Bundesverfassung, wo die Voraussetzungen aufgezählt werden, unter denen ein Eingriff oder eine Beschränkung von verfassungsmässigen Rechten möglich ist. In diesem Artikel kommen sehr viele unbestimmte Rechtsbegriffe vor. Es wird von «öffentlichen Interesse» gesprochen, Einschränkungen müssten «verhältnismässig» sein, es ist vom «Kerngehalt der Grundrechte» die Rede, und es stellt sich die Frage, wer die Auslegung letztlich machen soll, ob ein Gericht dafür zuständig sein soll, das Parlament oder allenfalls sogar das Volk, wenn ein Referendum ergriffen wird.

Herr Kollege Recordon und Herr Kollege Cramer, Sie haben es formell natürlich auf den Punkt gebracht, dass der generell-abstrakte Erlass eines Gesetzes und das Referendumsrecht nicht mit der Überprüfung im konkreten Anwendungsfall zu verwechseln seien. Aber unsere Möglichkeit, Recht zu setzen, ist letztlich nur dann etwas wert, wenn wir uns als Gesetzgeber auch darauf verlassen können, dass unser Gesetz auch so Anwendung findet, wie wir es miteinander nach einer politischen Auseinandersetzung als Schlussergebnis mehrheitlich beschlossen haben.

Zusammenfassend bin ich der Meinung, dass der symbolische Wert dieses Entscheides höher ist als der effektive, zumal das Bundesgericht heute schon die Möglichkeit wahrnimmt, unsere Gesetze zu kontrollieren und sie indirekt auch zu korrigieren. Ich meine auch, dass die Beschneidung der direktdemokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten sich nicht durch den Mehrwert an Rechtsschutz aufwiegen lässt.

Für mich ist es am Schluss eine Frage der Abwägung: Lohnt sich das? Ich komme zum Schluss: Nein. Daher folge ich der Minderheit.

**Sommaruga Simonetta**, Bundesrätin: Herzlichen Dank für diese sehr interessante und sehr engagierte Diskussion, die Sie ja nicht zum ersten Mal und vielleicht auch nicht zum letzten Mal führen.

Der Nationalrat hat bekanntlich im vergangenen Dezember der Aufhebung von Artikel 190 der Bundesverfassung zugestimmt. Der Bundesrat befürwortet diesen Schritt. Artikel 190 schreibt ja vor, dass Bundesgesetze auch dann angewendet werden müssen, wenn sie der Bundesverfassung widersprechen. Dieser Artikel kehrt also für die Anwendung von Bundesgesetzen sozusagen die Normenhierarchie um. Während die Bundesverfassung gegenüber den Verordnungen und kantonalen Erlassen ja Vorrang hat – das scheint eigentlich selbstverständlich zu sein –, ist es bei Bundesgesetzen gerade umgekehrt: Dort muss die Bundesverfassung zurückstehen.

Wer sich hierzulande regelmässig mit Recht und Politik befasst, hat sich an den doch etwas unlogischen Artikel 190 der Bundesverfassung gewöhnt. Einige empfinden ihn sogar



als Teil der schweizerischen Identität; unbestritten ist er aber schon lange nicht mehr. Wenn heute die Abschaffung von Artikel 190 auf der Tagesordnung steht – der Nationalrat hat ja bereits in diesem Sinne entschieden –, so lohnt es sich doch, noch einmal eine nüchterne Analyse der Wirkungen dieses Artikels vorzunehmen.

Zwei Punkte möchte ich vorwegnehmen: Herr Ständerat Schwaller hat suggeriert, mit der Streichung von Artikel 190 könnte den Gerichten sozusagen ein Freipass gegeben werden. Dem ist nicht so. Auch wenn Sie Artikel 190 aus der Bundesverfassung streichen, müssen die Gerichte weiterhin Recht anwenden, sie können nicht Recht setzen. Diese Anforderung an die Gerichte bleibt also bestehen, auch wenn Sie Artikel 190 streichen.

Zuhanden von Herrn Ständerat Rechsteiner kann ich sagen: Auch wenn Sie Artikel 190 streichen, bleiben der Vorrang des Völkerrechts und die Verpflichtung, Völkerrecht zu beachten, aufgrund von Artikel 5 der Bundesverfassung bestehen.

Eine nüchterne Analyse zeigt zunächst, dass der Wortlaut von Artikel 190 mit der heutigen Rechtswirklichkeit gar nicht mehr übereinstimmt und insofern auch irreführend ist. Neueres Verfassungsrecht, aber auch die Grundrechte der Bundesverfassung, die gleichzeitig durch die EMRK gewährleistet werden, gehen widersprechenden Bundesgesetzen vor. Das hat sich mit der Rechtswirklichkeit verändert und entspricht schon heute nicht mehr Artikel 190.

Den Anlass zu dieser Praxis des Bundesgerichtes hat nicht zuletzt die Bundesversammlung gegeben, indem sie eine Verurteilung der Schweiz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als gesetzlichen Grund für eine Revision von Bundesgerichtsurteilen anerkennt. Es steht heute so im Bundesgerichtsgesetz.

Ein zweiter wichtiger Gesichtspunkt ist der, dass die Bundesgesetzgebung heute vom Umfang und auch vom Inhalt her eine ganz andere Bedeutung hat, als das Ende des 19. Jahrhunderts der Fall war. Artikel 190 geht ja auf eine Regelung in der Bundesverfassung von 1874 zurück. Damals waren die Gesetzgebungscompetenzen des Bundes eben relativ beschränkt. Heute ist das Risiko, durch die Anwendung eines Bundesgesetzes in verfassungsmässigen Rechten oder Zuständigkeiten verletzt zu werden, viel grösser als damals. Das betrifft eben nicht nur die Bürgerinnen und Bürger, sondern auch die Kantone; Herr Luginbühl hat das sehr eindrücklich ausgeführt. Dass jetzt zum Schutz von Grundrechten primär die EMRK angerufen werden muss und dass verfassungsmässige Rechte wie der allgemeine Gleichheitsgrundsatz, die Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheit oder die Zuständigkeiten der Kantone im Konfliktfall einem Bundesgesetz weichen müssen, kann heute nicht mehr befriedigen. Es ist deshalb auch aus Sicht des Bundesrates Zeit, diese Inkohärenz auszuräumen.

Entgegen dem, was man gelegentlich hört, stärkt Artikel 190 der Bundesverfassung die Demokratie nicht. Dieses Argument wurde 1874 bei der Schaffung der entsprechenden Regelung übrigens auch gar nicht genannt. Die Bundesverfassung enthält die Grundlagen für den Rechtsstaat, für den Föderalismus und für die Demokratie. Alle drei Prinzipien profitieren, wenn die Verfassung, die demokratisch ja stärker legitimiert ist als die Bundesgesetze, auch bei der Anwendung von Bundesgesetzen durchgesetzt werden kann. Wenn man von der Bundesverfassung abweichen will, soll man das im korrekten Verfahren tun, mit einer Verfassungsänderung mit doppeltem Mehr, nicht auf Gesetzesstufe.

Wir kennen die Verfassungsgerichtsbarkeit – das haben Sie auch erwähnt – gegenüber den Kantonen ja seit Jahrzehnten, und an diesem Beispiel zeigt sich, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit die Demokratie nicht schwächt. Auch eine übermässige Einmischung der Gerichte in die Politik ist nicht zu beobachten. Wenn es sie gäbe, dann hätte sich eine solche Tendenz bei der Anwendung der EMRK, im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung von Bundesgesetzen oder bei der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Verordnungen und kantonalen Erlassen längst gezeigt. Im Übrigen ist es auch nicht neu, dass ab und zu offene Nor-

men interpretiert werden müssen oder Entscheide getroffen werden müssen, die halt auch ein politisches Echo auslösen. Es ist deshalb nicht anzunehmen, dass eine Aufhebung von Artikel 190 der Bundesverfassung an der traditionellen Zurückhaltung der Schweizer Justizbehörden in politischen Fragen etwas ändern würde.

Wichtig ist gerade auch in diesem Zusammenhang, dass eben nur eine konkrete Normenkontrolle angestrebt wird. Darauf möchte ich jetzt noch etwas näher eingehen – Herr Ständerat Cramer hat das auch ausgeführt –: Eine abstrakte Normenkontrolle, also losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall, bleibt nach Artikel 189 Absatz 4 der Bundesverfassung für Bundesgesetze weiterhin grundsätzlich ausgeschlossen. Die Beschränkung auf die konkrete Normenkontrolle ist eine zusätzliche Sicherung gegen eine Vermischung von Recht und Politik in gerichtlichen Verfahren. Es wurde von einigen von Ihnen gefragt – Herr Ständerat Comte hat diese Frage gestellt, auch Herr Ständerat Schmid –, wer denn eigentlich für die Konkretisierung von offen formulierten Verfassungsnormen zuständig sei. Sie haben auch Beispiele von solch offen formulierten Verfassungsnormen genannt. Die Antwort darauf ist klar, und daran ändert sich auch nichts, wenn Sie Artikel 190 streichen: Für die Konkretisierung von Verfassungsnormen ist der Bundesgesetzgeber zuständig. Das bleibt auch weiterhin bestehen.

Wenn Sie davon sprechen, dass die Aufhebung von Artikel 190 der Bundesverfassung eine Veränderung der Machtverteilung zwischen Legislative und Judikative zur Folge habe, dann muss ich auch hier sagen: Mit einer konkreten Normenkontrolle trifft dies nicht wirklich zu. Das wäre nur der Fall, wenn Sie eine abstrakte Normenkontrolle beschliessen würden; dann könnte das Bundesgericht z. B. ganze Bundesgesetze aushebeln. Aber das ist ja nicht der Gegenstand der heutigen Diskussion, hier ist der Gegenstand ausschliesslich, dass bei der Anwendung von Bundesgesetzen eine Überprüfung stattfindet, inwiefern allenfalls durch die Anwendung eines Bundesgesetzes, das das Parlament verabschiedet hat, Grundrechte, die in der Bundesverfassung stehen, verletzt werden; ferner auch – und darauf wurde bis jetzt aus meiner Sicht zu wenig hingewiesen –, ob ein Konflikt mit einer neuen Verfassungsbestimmung besteht. Es gibt ja neue Verfassungsbestimmungen, die allenfalls nicht mit zuvor beschlossenen Bundesgesetzen übereinstimmen. Auch diese Überprüfung soll im konkreten Einzelfall von den rechtsanwendenden Behörden vorgenommen werden können. Das wäre mit einer Streichung von Artikel 190 dann eindeutig möglich. Immerhin wurden ja die Bundesverfassung und eben auch neuere Verfassungsartikel von Volk und Ständen angenommen. Mit der heutigen Regelung überlassen wir diese Überprüfung im konkreten Einzelfall dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg. Das heisst, wir überlassen ihm nicht nur die Überprüfung, sondern Sie – das Parlament – haben in Artikel 122 des Bundesgerichtsgesetzes auch festgehalten, dass aufgrund einer EMRK-Verletzung, die in Strassburg festgestellt wurde, die Revision eines Entscheides verlangt werden kann. Diese Kompetenz, die Sie Strassburg zubilligen, verwehren Sie den eigenen rechtsanwendenden Behörden, und das ist doch etwas merkwürdig.

Ich sage noch etwas zur Idee, die präventive Rechtskontrolle stärker auszubauen. Die präventive Rechtskontrolle gibt es selbstverständlich heute schon. Die Vorstellung aber, dass Gerichte vor der Legifizierung, also vor Ihrer Arbeit, bereits eingreifen, ist falsch – das ist nicht die Aufgabe der Gerichte. Selbstverständlich können sich die Gerichte dazu äussern, aber das Parlament bleibt weiterhin frei, so zu legifizieren, wie es das für richtig hält. Vor allem muss man auch sagen: Wenn Sie die präventive Rechtskontrolle verbindlicher gestalten wollten, dann hätten Sie ein Problem, dann würden Sie nämlich just eine abstrakte Normenkontrolle einführen, und da muss ich Ihnen sagen, das geht auch aus Sicht des Bundesrates zu weit. Aber das, worüber Sie heute befinden, ist nur eine Überprüfung bei der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall.



Ich möchte zum Schluss Ihrem Rat noch ein Ergebnis der Vernehmlassung kurz darlegen. Es ist sicher für die Kammer der Kantone auch nicht unwesentlich, dass eine deutliche Mehrheit der Kantone, nämlich 21 Kantone, die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze befürwortet. Die Kantone sind verständlicherweise daran interessiert, dass Bundesgesetze gerade auch, wenn es um die verfassungsmässige Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen geht, gerichtlich überprüft werden können. Dem Bund stehen umgekehrt ja seit jeher Rechtsmittel zur Verfügung, wenn ein kantonaler Erlass Bundeskompetenzen verletzt. Diese Asymmetrie ist aus Sicht des Bundesrates heute nicht mehr gerechtfertigt.

Der Bundesrat beantragt Ihnen daher, dem Antrag der Mehrheit Ihrer Kommission und dem Nationalrat zu folgen, das heisst, auf die Vorlage einzutreten und der vom Nationalrat beschlossenen Aufhebung von Artikel 190 der Bundesverfassung zuzustimmen.

**Präsident** (Altherr Hans, Präsident): Wir stimmen über den Nichteintretensantrag der Minderheit ab.

#### *Abstimmung – Vote*

Für Eintreten ... 17 Stimmen  
Dagegen ... 27 Stimmen

**Präsident** (Altherr Hans, Präsident): Damit geht die Vorlage zurück an den Nationalrat. Ich danke Ihnen für die hochstehende Diskussion und für Ihren Entscheid.

11.018

## **Massnahmen gegen Zwangsheiraten. Bundesgesetz**

## **Mesures de lutte contre les mariages forcés. Loi fédérale**

#### *Zweitrat – Deuxième Conseil*

Botschaft des Bundesrates 23.02.11 (BBI 2011 2185)  
Message du Conseil fédéral 23.02.11 (FF 2011 2045)  
Nationalrat/Conseil national 20.12.11 (Erstrat – Premier Conseil)  
Nationalrat/Conseil national 28.02.12 (Fortsetzung – Suite)  
Ständerat/Conseil des Etats 05.06.12 (Zweitrat – Deuxième Conseil)  
Nationalrat/Conseil national 13.06.12 (Differenzen – Divergences)  
Nationalrat/Conseil national 15.06.12 (Schlussabstimmung – Vote final)  
Ständerat/Conseil des Etats 15.06.12 (Schlussabstimmung – Vote final)  
Text des Erlasses (BBI 2012 5937)  
Texte de l'acte législatif (FF 2012 5479)

**Egerszegi-Obrist** Christine (RL, AG), für die Kommission: Nachdem beide Räte verschiedene Vorstösse für dringende Massnahmen zur Bekämpfung von Zwangsheiraten angenommen haben, die klarmachten, dass in der Schweiz dringender Handlungsbedarf besteht, liegt uns jetzt ein Gesetzentwurf vor, der diese Problematik aufgreift.

Es ist in der Schweiz heute möglich, eine Heirat amtlich abzulehnen, wenn eine der betroffenen Personen gegen ihren Willen verheiratet wird. Wenn die Ehe aber im Ausland geschlossen wurde, haben wir keine offizielle Handlungsmöglichkeit. Nun hat der Bundesrat mit diesem neuen Gesetz die notwendigen gesetzgeberischen Massnahmen im Strafrecht, im Zivilrecht und im Ausländerrecht ergriffen und ein umfassendes Konzept erarbeitet, um eben Zwangsheiraten zu verhindern, die Opfer wirksam zu unterstützen und ihre Grundrechte zu schützen, aber auch die Täter härter zu bestrafen.

Demzufolge gibt es Anpassungen in sechs Gesetzen. Neben dem Ausländergesetz, dem Asylgesetz, dem Zivilge-

setzbuch und dem Partnerschaftsgesetz wird das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht um eine ausdrückliche Regelung der Eheungültigkeitserklärung ergänzt, um die Anwendung der neuen Ehegültigkeitsgründe im internationalen Verhältnis zu erleichtern. Ein zentraler Punkt dieser Vorlage ist die Schaffung einer spezifischen Strafnorm im Strafgesetzbuch. Die Höchststrafe wird von drei auf fünf Jahre Freiheitsentzug erhöht, und die Strafbarkeit wird auf Handlungen ausgedehnt, die im Ausland begangen wurden. Ziel dieser Vorlage ist es, dass Ehen, die unter Zwang geschlossen worden sind, einfacher und von Amtes wegen angefochten werden können. Damit ist das Opfer nicht mehr in der sehr schwierigen Lage, selber klagen zu müssen. Eine Ehe soll für ungültig erklärt werden, wenn sie nicht aus freiem Willen geschlossen worden ist, und auch, wenn einer der Ehegatten noch minderjährig ist. Schweizerinnen und Schweizer können in der Schweiz nur heiraten, wenn sie volljährig sind. Für Ausländerinnen und Ausländer sieht das geltende Recht eine Ausnahmeregelung vor, die jetzt abgeschafft wird.

Zwangsheirat darf in der Schweiz nicht toleriert werden. Eine Ehe wird ungültig erklärt, wenn sie nicht von beiden Ehegatten freiwillig eingegangen worden ist, egal, wo sie geschlossen worden ist. Das Zivilstandamt oder die Ausländerbehörde sind verpflichtet, einem Verdacht auf Zwangsheirat nachzugehen. Es wird festgehalten, dass die Eheschliessung in der Schweiz dem schweizerischen Recht untersteht und selbstverständlich für alle Kulturen und Traditionen gilt. Es ist auch offensichtlich: Zwangsheiraten sind massive Menschenrechtsverletzungen. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 fordert klar und deutlich in Artikel 16 Absatz 2: «Eine Ehe darf nur im freien und vollen Einverständnis der künftigen Ehegatten geschlossen werden.»

Die Kommission ist ohne Gegenstimme auf dieses Gesetz eingetreten. Ich bitte Sie namens der Kommission, ebenfalls auf die Vorlage einzutreten und den Anträgen der Kommissionsmehrheit zuzustimmen.

**Bruderer Wyss Pascale** (S, AG): Ich bin dankbar für diese Vorlage. Ich finde sie wichtig, ich unterstütze sie. Ich muss Ihnen aber auch sagen, dass sie bei mir mit Fragezeichen und Ausrufezeichen versehen ist

Die Fragezeichen beziehen sich auf die Umsetzung. Die Gerichte werden unter enorm schwierigen Bedingungen außerordentlich heikle Fragen zu beantworten haben in Bezug auf den Zeitpunkt der Eheschliessungen, in Bezug auch auf jenen Zeitpunkt, in dem zu prüfen ist, ob die Ehe aufrechterhalten bleibt oder nicht; dies angesichts der Tatsache, dass es eben in Fällen von Zwangsehen kaum so sein wird, dass sich beide Ehegatten frei äussern können.

Der Bedarf an einer solchen Vorlage zur Bekämpfung und zur besseren Anfechtbarkeit von Zwangsehen ist meines Erachtens gegeben. Sie wird aber in ihrer Umsetzung eine wirklich grosse, schwierige Herausforderung bedeuten, auch und insbesondere für die Gerichte – selbst wenn es so ist, dass diese Fragen für die Gerichte nicht völlig neu sind, denn eine unter Androhung bestimmter Nachteile abgeschlossene Ehe kann bereits gemäss geltendem Recht angefochten werden. Neu wird jetzt aber der Zwangsbegriff weiter gefasst, und die Zwangsehe ist von Amtes wegen anzufechten. Das Opfer ist damit nicht mehr in der schwierigen Lage, selber klagen zu müssen, und das ist ein wichtiges Argument für die Vorlage.

Ich habe gesagt, die Vorlage hinterlasse bei mir Fragezeichen, und ich habe auch Ausrufezeichen erwähnt. Diese betreffen die Frage, was mit den Opfern von Zwangsehen geschieht. Es stellen sich für mich ganz wichtige Fragen: Wie werden sie unterstützt, wie werden sie begleitet, wie werden sie geschützt? Darüber sagt die Vorlage nichts. Umso wichtiger wird dann die bereits angekündigte zweite Vorlage, ein zweites Massnahmenpaket, sein. Denn wenn wir hier zu Recht die Schraube anziehen, um Zwangsheiraten nach Möglichkeit zu verhindern, sehe ich Staat und Gesellschaft auch in der Verantwortung, den Betroffenen sichere Aus-

