

Liste des personnes entendues (par ordre alphabétique; liste non exhaustive)

- Ambühl Michael Secrétaire d'Etat et directeur politique du DFAE (jusqu'au 28.2.2010)
- Blattmann André Chef de l'armée, DDPS
- Börlin Markus Chef de la Division politique VI, DFAE
- Calmy-Rey Micheline Cheffe du DFAE
- Couchepin Pascal Président de la Confédération en 2008, chef du DFI (jusqu'au 1.11.2009)
- Helg Pierre Secrétaire d'Etat adjoint (domaine régional) et directeur politique adjoint du DFAE
- Knuchel Lars Chef de l'Information DFAE
- Lazzarotto Stefano Chargé d'affaires a.i., ambassade de Suisse en Libye (à partir du 1.5.2009)
- Leuenberger Moritz Chef du DETEC (jusqu'au 31.10.2010)
- Leuthard Doris Présidente de la Confédération en 2010, cheffe du DFE (jusqu'au 31.10.2010)
- Longchamp François Président du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève (2010), chef du Département de la solidarité et de l'emploi
- Maurer Peter (*a accompagné la cheffe du DFAE lors de son audition du 26.10.10*) Secrétaire d'Etat et directeur politique du DFAE (à partir du 28.2.2010)
- Maurer Ueli Chef du DDPS (à partir du 1.1.2009)
- Merz Hans-Rudolf Président de la Confédération en 2009, chef du DFF (jusqu'au 31.10.10)

- Meyerhans Elisabeth Secrétaire générale du DFF
- Moutinot Laurent Conseiller d'Etat de la République et canton de Genève, chef du Département des institutions (jusqu'à fin 2008)
- Pitteloud Jacques Chef du Secrétariat politique, DFAE (jusqu'à fin juin 2010)
- Rauber Saxer Andrea Conseillère diplomatique du président de la Confédération 2009 (jusqu'à fin 2009)
- Rohner Jack Attaché de défense, DDPS (jusqu'à fin juin 2010)
- Schmid Samuel Chef du DDPS (jusqu'au 31.12.2008)
- Seger Paul (*a accompagné la cheffe du DFAE lors de son audition du 12 avril 2010*) Directeur de la Direction du droit international public, DFAE (jusqu'au printemps 2010)
- Seiler Markus Directeur du SRC
- Stutz Marcel Chef de la Division politique II, DFAE
- Trier-Somazzi Rita Responsable du Secteur Moyen Orient et Afrique, SECO, DFE
- Von Muraldt Daniel Ambassadeur de Suisse en Libye (jusqu'au 1.5.2009)
- Zellweger Valentin Directeur suppléant de la Direction du droit international public (jusqu'au printemps 2010) puis Directeur de la Direction du droit international public, DFAE
- Zinniker Paul Directeur suppléant du SRC

En plus des personnes mentionnées ci-dessus, les personnes suivantes ont fourni des informations par écrit (liste non exhaustive) :

- Budliger Artieda Helene Directrice de la Direction des ressources, DFAE
- Burkhalter Didier Chef du DFI (à partir du 1.11.2009)
- Casanova Corina Chancelière de la Confédération
- David Eugen Président de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats (à partir de 2010)
- Markwalder Christa Présidente de la Commission de politique extérieure du Conseil national (à partir de 2010)
- Thalmann Anton Secrétaire d'Etat adjoint (domaine thématique) et directeur politique adjoint du DFAE

**Minutes of Meeting
Between
The Great Socialist Libyan Arab Jamahiriya
And
The Swiss Confederation**

The two sides held extensive discussions, in which they discussed the best means to resolve and settle the issues of concern to them. At the conclusion of the meetings the two sides agreed on the following:

A. The following measures are agreed upon:

1. Switzerland takes the necessary steps to dismiss the charges resulted from claims brought against the Libyan diplomat and his wife on 15/07/2008 (case no.p-11743-2008).
2. Both sides lift all restrictions on the movement of diplomats and citizens in both countries as well as lifting any restrictions on the travel by their citizens in both countries.
3. Switzerland investigates the complaints against the Geneva Police force included in the note verbal no. 1/18/937 on 20/07/2008 and other related notes submitted by the Libyan side. Also the protest of the Libyan diplomats who were present during the incident. Switzerland grants access to the Libyan people's bureau in Bern and the lawyers of the Libyan diplomat to follow up the progress of the investigation.
4. Both parties lift all recent restrictions on trade and economic activities between the two countries.
5. Libya resumes all consular activities including the issuance of visas and validation of certificates of origin for Swiss citizens.
6. Switzerland issues formal and public apology concerning the actions committed by certain Swiss authorities; the Ministry of Foreign Affairs and Geneva police force related to the incident of the arrest of a Libyan diplomat and his wife on 15/07/2008.
7. Libya restores the level of diplomatic representation to its previous level.
8. Both parties resume airline flights between the two countries to its normal levels.

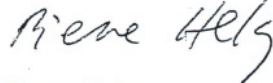
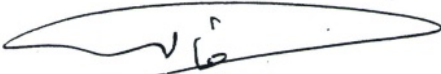
B. Both parties start immediately to implement the agreed measures. However, measure number 1 will be implemented first. The implementation of all measures have to be within an agreed timeframe.

C. The two parties concerns may arise regarding the incident and the implementation of this minutes will be addressed through mutual consultation.

Done in Berne on 15/08/2008 in two original copies in English and Arabic.

For the Libyan Delegation

For the Swiss Delegation



Khaled M. Kaim
Under Secretary
General Peoples Committee
For Liaison and International
Cooperation

Pierre Helg
Deputy state secretary
Swiss confederation

MOU

To Establish an Independent Joint Ad-Hoc Committee to Investigate the Complaints of Libyan Side

Mandate

To investigate the complaints against the relevant Swiss Authorities; namely the Department of External Affairs and the Geneva Police force included in the note verbal no. 1/18/937 on 20/07/2008 and other related notes submitted by the Libyan side, also the protest of the Libyan diplomats who were present during the incident.

Composition

The ad-hoc Independent Committee is composed by Mr. Mohamed Ibrahim Werfalli, Justice at the Supreme Court of Libya, and Mr. Lucius Caflisch, Member of the International Law Commission of the United Nations (or their substitutes). They conduct their work as members of this Committee independently of their current functions and their respective governments.

The two Members of the Committee will be assisted by two registrars.

Rules of Procedures

The committee may decide to adopt any rules it deems necessary in performing its duties.

The working language will be English.

The meeting will be held in Geneva at the Nations Palace no later than 23/08/2008.

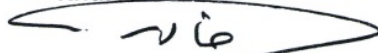
The Outcome

The committee shall issue a final report including joint and / or individual concluding remarks and comments without prejudice to what was agreed upon regarding the apology to be made by Switzerland.

Done in Berne on 15 - 08 - 2008 in two original copies in Arabic and English equal in legal force.

For the Libyan Side

Khaled M. Kaim



Under Secretary

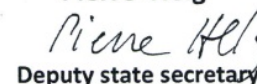
General Peoples Committee

For Liaison and International

Cooperation

For the Swiss Side

Pierre Helg



Deputy state secretary

Swiss confederation

Agreement
between
The Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya
And
The Swiss Confederation

The Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and the Swiss Confederation (hereinafter referred to as the "Parties"), in their desire to settle the dispute which resulted from the incident of the arrest of the Libyan diplomat Mr. Hannibal Mumar Al Gaddafi, and of accompanying unjustified and unnecessary measures and actions against him and his family from the authorities of the Canton of Geneva and the Federal Swiss Authorities before, during and after 15/07/2008,
Have agreed on the following:

Firstly: the Swiss Federal Government shall express official and public apology for the unjustified and unnecessary arrest conducted by the Geneva Police which took place on 15/07/2008, to the Libyan diplomat and his family by the Geneva Police Force and other Swiss officials.

Secondly: both parties agree to establish an arbitral tribunal composed of three arbitrators as follows:

- a. Each party shall designate an independent third country personality within ten days from the signature of this agreement.
- b. The two arbitrators appointed according to the previous paragraph shall designate by joint decision the third arbitrator who will act also as president of the arbitral tribunal. In case no decision is reached within 30 days from the signature of this agreement, the third arbitrator shall be designated by the president of the International court of Justice.
- c. The mandate of the arbitral tribunal shall be to look into the incident and its circumstances and in particular:
 1. Review all the evidence submitted by the parties or requested by the tribunal including the documents and audio recordings and testimony of witnesses and the work of the independent investigating committee established by the two parties according to the MOU signed on 15/08/2008.
 2. Determine the actions taken by members of the Geneva Police Force and other Swiss Officials related to the incident affecting Mr. Hannibal Mumar Ghadafi and his Family
 3. Reviewing the requests regarding the tribunal's decisions as requested by the parties.
- d. The Tribunal shall apply relevant national laws, international conventions, international custom, as well as evidence of a general practice accepted as law, and the general principles of law and courtesy recognized by civilized nations.
- e. The venue for the arbitration shall be London, United Kingdom and the working language shall be English.
- f. The tribunal shall set the procedural rules of arbitration. It may apply the rules of arbitration of the treaty of 18/10/1907 regarding the Peaceful Settlement of International Disputes, and it should make its final decision within sixty days from the start of the arbitration procedures. Both parties commit to abide by and implement the decision of the tribunal.
- g. Both parties shall share the expenses of the tribunal.

Thirdly: The appropriate Swiss Authority shall take the necessary measures against those responsible for the incident if the tribunal concludes that there were wrongful actions.

Fourthly: If the tribunal proves that there were criminal actions or legal violations, the second party is committed to refer those responsible for these actions to trial. The first party in this case has the right to be informed of the procedures that are taking place and to follow it up.

Fifthly: If the tribunal proves civil responsibility or criminal responsibility or both of the officials of the second party, the second party is committed to pay compensation as awarded by the tribunal to the benefit of the victims of the incident or to the entity of their choice.

Sixthly: The Swiss Federal Government is committed not to repeat this incident in the future against the Libyan Citizens or Libyan Officials and to improve their treatment and facilitate their procedures.

Seventhly: Both parties restore their normal relations. They will designate immediately a person from their respective ministries of Foreign Affairs to settle all issues presently affecting their bilateral relationship, amongst others all consular activities to all citizens of both countries, including issuing of exit-entry visa for Swiss and Libyan citizens and officials, trade and commercial relations between the two countries including resumption of air flight between the two countries. The designated persons complete their task within sixty days.

Signed in Tripoli on 20./08/2009 in two copies in English and Arabic, both legally authentic.

For the Great Socialist People's
Libyan Arab Jamahiriya
(First Party)

Dr. El Baghdadi A. Mahmudi

For the Swiss Confederation
(Second Party)



Hans-Rudolf Merz

Plan of Action

Considering the fruitful talks between the Libyan and Swiss delegations, facilitated by the German Government as well as by the Spanish Government in its capacity as rotating presidency of the European Union,

Considering also the constructive spirit of the meetings between the President of Switzerland, the Foreign Minister of Switzerland and the Prime Minister of Libya and Foreign Minister of Libya and the agreement signed on 20 August 2009,

The Swiss Government and the Libyan Jamahiriya (hereafter referred to as both Parties) have agreed - in order to solve their bilateral problems, expeditiously and in a constructive spirit - on the following measures:

Firstly: Both Parties agree that the arbitration tribunal shall be constituted in Berlin/Germany and function in accordance with the relevant provisions contained in the 20 August 2009 agreement,

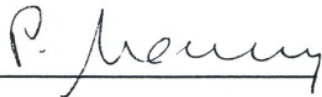
Secondly: Switzerland expresses its apology for the unlawful publication of the photographs of **Mr. Hannibal Gaddafi** on 4 September 2009, which constitutes a breach of confidentiality under Swiss law. The government of the canton of Geneva deplores the publication of these photos and acknowledges its responsibility. A criminal investigation is conducted into this publication and the Swiss authorities are committed to bringing the offender(s) to justice in accordance with applicable law. If the perpetrators are not identified, compensation in an amount agreed to by both parties shall be paid by the Swiss Government to the affected person,

Thirdly: The competent Libyan authorities will expedite the process of considering the request of the Swiss national for a judicial pardon according to the applicable legal procedures,

Fourth: The guarantors will guarantee the implementation of this plan of action and its correct, timely, complete and simultaneous fulfillment. A review meeting will take place in Madrid within (15) days from the date of the signing of this plan.

This plan of action is signed simultaneously by both parties and the guarantors in Berlin, on 14 May 2010,

For the Parties:

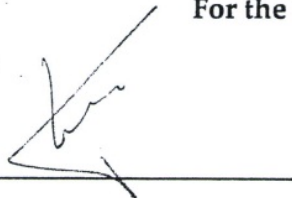


The Swiss Government,
(Peter Maurer)

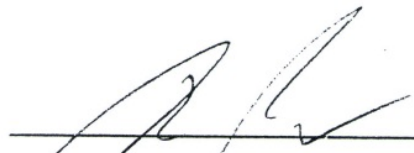


The Great Jamahiriya,
(Khaled Kaim)

For the Guarantors:



The EU rotating Presidency,
(Francisco Javier Elorza
Cavengt)



The German government.
(Wolf-Ruthart Born)

The Swiss Government
The EU rotating Presidency

The Great Jamahiriya
The German Government

13, June 2010

Statement

The Ministers of Foreign Affairs of Switzerland and of the Great Jamahiriya for the Parties and the Minister of Foreign Affairs of the Federal Republic of Germany and of the Kingdom of Spain for the Guarantors herewith approve of and confirm the Plan of Action signed in Berlin on 14, May 2010 by State Secretary Peter Maurer for the Swiss Government, Undersecretary Khaled Kaim for the Great Jamahiriya (both for the Parties) and by the Secretary General Francisco Javier Elorza Cavenget for the EU rotating Spanish Presidency and by the State Secretary Wolf-Ruthart Born for the German Government and of the side letter signed by the Parties on 24, May 2010.

For the Parties:



The Swiss Government
(Micheline Calmy-Rey)



The Great Jamahiriya
(Musa M. Kusa)

For the Guarantors:



The EU rotating Presidency
(Miguel Angel Moratinos Cuyaubé)



The German Government
(Guido Westerwelle)





INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS, UNIVERSITÄT FREIBURG
INSTITUT DU FÉDÉRALISME, UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
INSTITUTE OF FEDERALISM, UNIVERSITY OF FRIBOURG



Erste Würdigung der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen vom 20. August 2009 aus bundesstaatsrechtlicher und föderalistischer Sicht

BERNHARD WALDMANN
(Prof. Dr. iur.)

Unter Mitarbeit von

JÜRG BICKEL
(lic. iur., RA)

und

DANIELLE SCHNEIDER
(MLaw)

September 2009

INHALTSVERZEICHNIS

- § 1 Einleitung**
 - I. Ausgangslage und Fragestellung
 - II. Vorgehen
- § 2 Zustandekommen und Gültigkeit der Vereinbarung**
 - I. Aus völkerrechtlicher Perspektive
 - 1. Zustandekommen
 - 2. Gültigkeit
 - II. Aus innerstaatlicher Perspektive
 - 1. Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften (Abschlussverfahren)
 - a. Abschlusskompetenz
 - b. Mitwirkung der Bundesversammlung
 - c. Volksrechte (Referendum)
 - d. Mitwirkung der Kantone
 - 2. Inhaltliche Schranken
 - 3. Folgen der Verletzung innerstaatlicher Vorschriften
- § 3 Umsetzung der Vereinbarung**
 - I. Allgemeines: Bindungswirkung und Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat
 - 1. Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge
 - a. Völkerrechtliche (zwischenstaatliche) Ebene
 - b. Landesrechtliche (innerstaatliche) Ebene
 - aa. Innerstaatliche Geltung des Völkerrechts
 - bb. Innerstaatlicher Rang des Völkerrechts
 - cc. Rechtsgeschäftliche Staatsverträge im Besonderen
 - 2. Umsetzung völkerrechtlicher Verträge
 - II. Fragen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Schiedsvereinbarung
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Stellung des Kantons Genf im Verfahren vor dem Schiedsgericht
 - 3. Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung und des Schiedsurteils für den Kanton Genf
 - a. Allgemein
 - aa. Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung
 - bb. Bindungswirkung des Schiedsurteils
 - b. Mit Bezug auf die Verantwortlichkeit der involvierten Behördenmitglieder
 - c. Mit Bezug auf die Entschädigung an die Opfer des Vorfalls bzw. an eine Einrichtung ihrer Wahl
 - 4. Bindungswirkung der 6. Klausel für die Kantone
- § 4 Zusammenfassung und Empfehlungen**
 - I. Gültigkeit der Vereinbarung
 - II. Umsetzung der Vereinbarung
 - III. Empfehlungen

BIBLIOGRAFIE

Die angeführten Autorinnen und Autoren werden, wo nicht anders angegeben, mit ihren Namen und mit der Seitenzahl oder der Randnote der Fundstelle zitiert.

- | | |
|--|---|
| AUBERT JEAN-FRANCOIS/
MAHON PASCAL | Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich /Basel/Genf 2003 |
| AUER ANDREAS/
MALINVERNI GIORGIO/
HOTTELLIER MICHEL | Droit constitutionnel suisse, 2 Bde., Vol. I: L'Etat ; Vol. II : Les droits fondamentaux, 2.A., Bern 2006 (zit. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Vol. I bzw. Vol. II) |
| BAUMANN ROBERT | Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002 |
| BIAGGINI GIOVANNI | BV, Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 |
| COMBACAU JEAN/
SUR SERGE | Droit international public, 7.A., Paris 2004 |
| COTTIER THOMAS/
ACHERMANN ALBERTO/
WÜGER DANIEL/
ZELLWEGER VALENTIN (Hrsg.) | Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Bern 2001 (zit. AUTOR/-IN, in: Cottier et al., Staatsvertrag) |
| DOEHRING KARL | Völkerrecht, 2.A., Heidelberg 2004 |
| EHRENZELLER BERNHARD/
MASTRONARDI PHILIPPE/
SCHWEIZER RAINER J./
VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.) | Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2.A., Zürich u.a. 2008 (zit. AUTOR/-IN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. N) |
| EHRENZELLER BERNHARD | Legislative Gewalt und Aussenpolitik: eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung, Habil. Basel 1993 |
| EVANS MALCOLM D. | International Law, 2.A., New York 2006 |
| HÄFELIN ULRICH/
HALLER WALTER/
KELLER HELEN | Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7.A., Zürich u.a. 2008 |
| IPSEN KNUT | Völkerrecht, 5.A., München 2004 |
| KÄLIN WALTER/
EPINEY ASTRID/
CARONI MARTINA/
KÜNZLI JÖRG | Völkerrecht, Eine Einführung, 2.A., Bern 2006 |
| KELLER HELEN | Rezeption des Völkerrechts, Habil. Zürich, Berlin u.a. 2003 |

MÜLLER JÖRG PAUL/ WILDHABER LUZIUS	Praxis des Völkerrechts, 3.A., Bern 2001
PETERS ANNE	Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 2.A., Zürich/Basel/Genf 2008
RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS	Schweizerisches Verfassungsrecht, 2.A., Basel 2009
SÄGESSER THOMAS	Stämpfli Handkommentar (SHK), Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, Bern 2007
STURNY THIEMO	Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Diss. Freiburg 1998
STUTZER HANSJÖRG	Verfahrensrechtliches zum Schiedsvertrag der Schweiz mit Libyen, in: NZZ vom 26. August 2009 (Nr. 196), S. 19
TSCHANNEN PIERRE	Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2.A., Bern 2007
WERMELINGER AMÉDÉO	Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat? Analyse des eidgenössischen und des luzernischen Rechts, in: ZBl (105) 2004, S. 173 ff.
WILDHABER LUZIUS	Die völkerrechtlichen Wirkungen von Verträgen, welche die bundesstaatliche Kompetenzverteilung einer Bundesverfassung verletzen, in: Wildhaber Luzius, Wechselspiel zwischen Innen und Aussen: Schweizer Landesrecht, Rechtsvergleichung, Völkerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 208 ff.
WÜGER DANIEL	Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss. Bern 2005
ZELLWEGER VALENTIN	Völkerrecht und Bundesstaat, Mittel des Völkerrechts zur Vereinbarung von Staatsvertrags- und Bundesstaatsrecht, Diss. Basel 1991
ZIEGLER ANDREAS R.	Einführung in das Völkerrecht, Bern 2006

§ 1 EINLEITUNG

I. Ausgangslage und Fragestellung

Am 20. August 2009 unterzeichnete Bundespräsident Hans-Rudolf Merz in Tripolis eine **Vereinbarung**¹ zur Bereinigung der Differenzen zwischen der Schweiz und Libyen, die im Nachgang an die Verhaftung von Hannibal Mumar Al Ghadhafi, Sohn des libyschen Staatsoberhauptes Muammar Al Ghadhafi, und seiner schwangeren Frau durch die Genfer Polizei im Juli 2008 entstanden waren².

Die besagte Vereinbarung enthält sieben Abschnitte. Ihr Inhalt lässt sich im Wesentlichen in folgende Hauptteile gliedern:

- (1) Die Vereinbarung beginnt («Firstly») mit einer einseitigen *öffentlichen Entschuldigung* der Schweizer Regierung für die ungerechtfertigte («unjustified») und unnötige («unnecessary») Verhaftung des libyschen Diplomaten und seiner Familie durch die Genfer Polizeikräfte und andere schweizerische Behörden.
- (2) Ein weiterer Hauptpunkt («Secondly») betrifft die Pflicht der Vertragsstaaten zur Einsetzung eines dreiköpfigen *Schiedsgerichts*, welches die Umstände der besagten Verhaftung untersuchen und über deren Rechtmässigkeit entscheiden soll. Die Vereinbarung regelt das Verfahren der Konstituierung dieses Schiedsgerichts, definiert das Untersuchungs- und Entscheidungsmandat, bestimmt das anwendbare Recht und regelt die Aufteilung der Gerichtskosten.
- (3) Des Weiteren («Thirdly – Fifthly») bestimmt die Vereinbarung die sich für die Schweiz ergebenden *Folgepflichten*, falls das Schiedsgericht zum Schluss kommt, dass im Zusammenhang mit der Verhaftung Fehler («wrongful actions») begangen wurden bzw. kriminelle Handlungen («criminal actions») oder Gesetzesverletzungen («legal violations») vorliegen.
- (4) In einem weiteren Punkt («Sixthly») hat sich die Schweizerische Regierung dazu verpflichtet, dass solche Zwischenfälle mit libyschen Staatsbürgern oder «Libyan Officials» in Zukunft nicht mehr vorkommen, dass deren Behandlung verbessert wird und die Verfahren vereinfacht werden.
- (5) Schliesslich («Seventhly») kommen beide Parteien überein, ihre gegenseitigen Beziehungen zu verbessern, und sehen die hierfür notwendigen Massnahmen vor.

Der Inhalt und die Umstände des Zustandekommens dieser Vereinbarung haben in der Schweiz nicht nur eine breite politische Diskussion ausgelöst, sondern auch staatspolitische und staatsrechtliche Grundsatzfragen aufgeworfen. Im Vordergrund dieser Debatte stehen die Gültigkeit des Vertrags aus innerstaatlicher Sicht sowie die (möglichen) konkreten Folgen des künftigen Schiedsgerichtsurteils für die Schweiz. Beide Fragestellungen beinhalten ebenfalls eine bundesstaatliche Komponente, so zum einen mit Bezug auf die verfassungsrechtlich gewährleisteten Mitwirkungsrechte der Kantone an aussenpolitischen Entscheiden des Bundes, und zum andern hinsichtlich der Umsetzung des völkerrechtlichen Vertrags unter Wahrung der föderalistischen Pflichten und Grundsätze.

¹ Im Folgenden wird jeweils nur noch von «Vereinbarung» gesprochen. Bei allgemeinen Aussagen wird der Begriff «völkerrechtliche Verträge» verwendet.

² «Agreement between The Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya And The Swiss Confederation». Die Vereinbarung ist in englischer und arabischer Sprache abgefasst. Der Originaltext findet sich auf <http://www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/index.html?lang=de> (Medienmitteilung des EFD vom 20.8.2009).

Vor diesem Hintergrund hat der Vorstand der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) das Institut für Föderalismus der Universität Freiburg am 28. August 2009 beauftragt, die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen einer **ersten provisorischen Würdigung aus bundesstaatsrechtlicher und föderalistischer Sicht** zu unterziehen und dabei insbesondere folgende Fragen zu beantworten:

I. Gültigkeit des Vertrags

A. Aus innerstaatlicher Perspektive

1. Kann der Bund in einem völkerrechtlichen Vertrag ein laufendes kantonales Ermittlungs-, Untersuchungs- oder Gerichtsverfahren oder Teile daraus aus der innerstaatlichen Zuständigkeits- und Verfahrensordnung herausnehmen und auf ein ausserstaatliches Gericht bzw. ein internationales Schiedsgericht übertragen?
2. Falls ja:
 - a. Welche Bundesbehörde wäre in diesem Fall für den Abschluss bzw. die Genehmigung der Vereinbarung zuständig?
 - b. Inwiefern steht den (betroffenen) Kantonen ein Mitwirkungsrecht zu?
3. Was sind die rechtlichen Folgen einer Missachtung der Mitwirkungs- und Vorabinformationsrechte eines Kantons?

B. Aus völkerrechtlicher Perspektive

II. (Falls der Vertrag völkerrechtlich verbindlich ist): Umsetzung des Vertrags unter Wahrung der föderalistischen Pflichten

1. Muss der Kanton Genf im Verfahren vor dem internationalen Schiedsgericht mitwirken? Inwieweit ist er zur Herausgabe von Akten und zur Weitergabe von Informationen verpflichtet?
2. Sind die kantonalen Untersuchungs- oder Gerichtsbehörden durch die Feststellungen und die sich daraus ergebenden Anordnungen (Entschädigungspflicht) eines solchen internationalen Schiedsgerichts gebunden?
3. Wird der Kanton Genf für den Fall, dass das internationale Schiedsgericht die Widerrechtlichkeit der Verhaftung von Herrn Hannibal Mumar Al Ghadhafi feststellt, zur Einleitung von sanktionierenden Massnahmen gegen einzelne Behördenmitglieder und Beamte verpflichtet? Inwieweit ist der Bund ermächtigt, im gegebenen Fall gegen kantonale Behörden oder kantonale Beamte Massnahmen zu ergreifen?
4. Empfehlungen

Über eine allfällige Vertiefung einzelner Fragestellungen in der Form eines weiteren Rechtsgutachtens soll zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden.

II. Vorgehen

Die vorliegende Abklärung greift **grundlegende Fragen zum Zusammenwirken von Bund und Kantonen** auf, die sich im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Umsetzung der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen ergeben.

- Der erste Abschnitt (§ 1) befasst sich mit dem *Zustandekommen* und der *Gültigkeit* der Vereinbarung. Dabei wird zwischen einer völkerrechtlichen und einer innerstaatlichen Ebene unterschieden, wobei der Fokus vorliegend auf Letztere gelegt wird. Von Interesse ist dabei nicht nur die Einhaltung der innerstaatlichen Zuständigkeits- und Verfahrensordnung für den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen, sondern auch die Frage, ob und welche inhaltliche Schranken sich aus der Bundesverfassung im Hinblick auf die Wahrung des föderalen Gleichgewichts für die Ausgestaltung der Aussenpolitik des Bundes ergeben.
- Der zweite Abschnitt (§ 2) befasst sich mit den *Folgen der Umsetzung* der Vereinbarung auf das föderale Gefüge im Allgemeinen und den Kanton Genf im Besonderen.

Nicht Gegenstand der vorliegenden Abklärung bildet hingegen die Frage, ob die Verhaftung von Hannibal Ghadhafi und seiner Ehefrau rechtmässig war oder nicht³. Aber auch innerhalb des Untersuchungsgegenstandes wird sich aus der vorliegenden Abklärung in der Regel noch keine abschliessende Würdigung ableiten lassen, da dies eine vorgängige und umfassende Sachverhaltsermittlung voraussetzen würde, was den Rahmen des Mandats sprengen würde.

Es geht im Folgenden vielmehr darum, die sich unter dem Gesichtspunkt der Bundesstaatlichkeit und des Föderalismus stellenden Grundfragen zu definieren, in den jeweiligen Kontext einzuordnen und einer abstrakten Beantwortung zuzuführen. Eine einzelfallbezogene Würdigung wird erst möglich sein, nachdem alle relevanten Sachverhaltselemente geklärt sind.

³ Diese Frage bildete Gegenstand der Untersuchung eines unabhängigen Expertenkomitees, welches die Schweiz und Libyen auf der Basis des Memorandums of Understanding (MOU) vom 15. August 2008 eingesetzt hatten (sog. Bericht Caflisch/Werfalli vom 14./24.12.2008). Ferner wurde zu diesem Vorfall im Kanton Genf eine Administrativuntersuchung durch das «Commissariat à la déontologie de la police et du personnel pénitentiaire» durchgeführt, welche mit einem Bericht vom 4. August 2008 abgeschlossen wurde. Hängig ist überdies auch eine Feststellungs- und Schadenersatzklage vor dem Gericht erster Instanz des Kantons Genf.

§ 2 ZUSTANDEKOMMEN UND GÜLTIGKEIT DER VEREINBARUNG

I. Aus völkerrechtlicher Perspektive

Die Vereinbarung zwischen Libyen und der Schweiz vom 20. August 2009 ist ein **bilateraler Staatsvertrag**. Als solcher untersteht sie dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK; SR 0.111).

Das WVK findet auf schriftliche Verträge zwischen Staaten Anwendung (Art. 1 und 3 WVK). Sowohl die Schweiz als auch Libyen⁴ sind Vertragsparteien des WVK, weshalb es vorliegend zur Anwendung gelangt.

In Bezug auf die Regelungsstruktur können zwei Arten völkerrechtlicher Verträge unterschieden werden: Während rechtsetzende Verträge generell-abstrakte Normen enthalten, regeln rechtsgeschäftliche Verträge einzelfallbezogene Fragen⁵. Die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen weist ausschliesslich **nicht rechtsetzenden Charakter** auf.

Allenfalls könnte in der 6. Klausel («Sixthly») eine generell-abstrakte Regelung erblickt werden. U.E. beinhaltet diese Klausel aber eher eine allgemeine Erklärung zu künftigen rechtskonformem Verhalten gegenüber libyschen Staatsangehörigen (vgl. hierzu auch § 3 Ziff. II-4).

1. Zustandekommen

Völkerrechtliche Verträge entstehen durch das Zusammentreffen von zwei oder mehreren Willenserklärungen, die auf die Begründung völkerrechtlicher Rechte und Pflichten gerichtet sind⁶. Die Zustimmung zum Vertrag beinhaltet die Erklärung, durch den Vertrag gebunden zu sein; sie kann durch Unterzeichnung, Austausch von Urkunden (die einen Vertrag bilden), Ratifikation, Annahme, Genehmigung oder Beitritt oder auf eine andere vereinbarte Art ausgedrückt werden (Art. 11 und 12–15 WVK). Unter den Voraussetzungen von Art. 12 WVK kann der Vertrag durch blosse Unterzeichnung Bindungswirkung entfalten, wobei Vereinbarungen über ein späteres Inkrafttreten (Art. 24 WVK) vorbehalten bleiben.

In der Vereinbarung zwischen Libyen und der Schweiz ist zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, dass sie ab sofort verbindlich ist. Es steht aber «anderweitig» (Art. 12 Ziff. 1 lit. b WVK) fest, dass die beiden Vertragsstaaten dem Vertrag diese Wirkung beilegen wollten. Hinzuweisen ist auf den Wortlaut sowie auf das Verhalten beider Vertragsstaaten bei und nach der Unterzeichnung, insbesondere auf den Umstand, dass sie inzwischen bereits die Umsetzungsphase eingeleitet haben.

2. Gültigkeit

Mit dem Zustandekommen der Vereinbarung ist noch nichts über deren Gültigkeit gesagt. Vielmehr hängt die Gültigkeit eines völkerrechtlichen Vertrags von verschiedenen formellen und materiellen Kriterien ab⁷. Die einzelnen Ungültigkeitsgründe sind – mit Ausnahme der Unmöglichkeit und der Unbestimmtheit des Regelungsinhalts – abschliessend in Art. 46–53 WVK aufgezählt⁸. Sie lassen sich in Abschluss-, Willens-, Inhalts-, und Formmängel untergliedern:

⁴ Das WVK ist für Libyen seit dem 21. Januar 2009 in Kraft, für die Schweiz seit dem 6. Juni 1990.

⁵ Statt vieler HAFELIN/HALLER/KELLER, N 1893.

⁶ Vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, N 1255; DOEHRING, N 334; EVANS, S. 191 f.; THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 184 N 10; ZIEGLER, N 173.

⁷ ZIEGLER, N 224.

⁸ PERRIN, S. 206.

4

- **Keine Abschlussmängel:** Die Gültigkeit eines völkerrechtlichen Vertrags setzt voraus, dass die für den Staat handelnden Organe zum Abschluss befugt sind. Gemäss Art. 7 Ziff. 2 lit. a WVK werden *Staatsoberhäupter und Regierungschefs* kraft ihres Amtes und ohne Vollmacht zur Vornahme aller sich auf den Abschluss eines Vertrags beziehenden Handlungen als Vertreter ihres Staates angesehen. Hierbei handelt es sich um eine rechtliche Vermutung. Durften die handelnden Organe den Vertrag nach innerstaatlichem Recht nicht abschliessen, kann sich der Vertragspartner auf diese Rechtsvermutung berufen und die Rechte aus dem Vertrag dennoch geltend machen⁹. Vorbehalten sind Fälle, in denen die fehlende Abschlussbefugnis für die andere Vertragspartei nach Treu und Glauben offensichtlich erkennbar war (vgl. Art. 27 WVK)¹⁰.

Im zu beurteilenden Fall durfte Libyen davon ausgehen, dass Bundespräsident Merz befugt war, die fragliche Vereinbarung für die Schweizerische Eidgenossenschaft zu treffen. Obwohl die Stellung des Bundespräsidenten als *primus inter pares*¹¹ nicht mit derjenigen eines Staatsoberhauptes oder Regierungschefs anderer Länder kongruiert, ergibt sich die völkerrechtliche Abschlussbefugnis von Bundespräsident Merz dennoch aus Art. 7 Ziff. 2 lit. a WVK. So kommt nämlich dem Bundesrat als Kollegialorgan die Rolle des Staatsoberhauptes zu¹²; Bundespräsident Merz fungierte nach aussen als dessen Vertreter. Dass er (wenn dies überhaupt den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht) über keine Ermächtigung des Gesamtbundesrats verfügt hat, war für Libyen nicht erkennbar. Von Bedeutung ist im Übrigen, dass der Gesamtbundesrat den Vertragsabschluss im Nachhinein (zumindest konkludent) genehmigt hat (vgl. Art. 8 WVK).

Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass gemäss Art. 46 Abs. 1 WVK auch ein Vertrag, der in Missachtung *innerstaatlicher Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften*¹³ zustandegekommen ist, völkerrechtlich verbindlich bleibt (vgl. auch Art. 27 WVK). Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn die Verletzung der innerstaatlichen Vorschriften offensichtlich war und es sich dabei um eine Vorschrift von grundlegender Bedeutung handelt¹⁴. Massgeblich ist jeweils die Perspektive des Vertragspartners: Eine Verletzung ist dann offenkundig, wenn sie für den Staat, der sich hierbei im Einklang mit der allgemeinen Übung und nach Treu und Glauben verhält, objektiv erkennbar ist (Art. 46 Ziff. 2 WVK)¹⁵. Auf die Frage, ob vorliegend schweizerische Verfahrens- oder Zuständigkeitsvorschriften verletzt worden sind, wird noch einzugehen sein (Ziff. II-1 hiernach). Für den völkerrechtlichen Kontext genügt die Feststellung, dass allfällige Verletzungen für Libyen jedenfalls nicht ohne weiteres erkennbar waren. Der Ungültigkeitsgrund von Art. 46 WVK ist nicht erfüllt.

- **Keine Willensmängel:** Die Ungültigkeit eines völkerrechtlichen Vertrags kann so dann aus dem *Irrtum* einer Vertragspartei resultieren. Gemäss Art. 48 Ziff. 1 WVK muss sich der Irrtum auf eine Tatsache beziehen, deren Bestehen der Staat im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses annahm und die eine wesentliche Grundlage für seine Zustimmung bildete¹⁶.

⁹ DOEHRING, N 340.

¹⁰ ZIEGLER, N 225.

¹¹ BIAGGINI, Art. 176 N 3; TSCHANNEN, § 39 N 9.

¹² BAUMANN, N 456; THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 184 N 7.

¹³ Materiellrechtliche Vorschriften fallen nicht unter Art. 46 WVK; vgl. COMBACAU/SUR, S. 130.

¹⁴ Vgl. hierzu etwa COMBACAU/SUR, S. 129.

¹⁵ Zum Ganzen PERRIN, S. 223 f.; vgl. auch IPSSEN, § 15 N 22.

¹⁶ Vgl. auch IPSSEN, § 15 N 25.

Anzeichen, dass die Schweiz beim Vertragsabschluss einem solchen Grundlagenirrtum unterlag, sind nicht auszumachen. Auch wenn die baldige Erteilung der Ausreiseerlaubnis für die beiden in Libyen zurückgehaltenen Schweizer Geschäftsleute für Bundesratspräsident Merz eine wesentliche Grundlage für seine Zustimmung bildete, handelte es sich dabei nicht um eine bei Vertragsabschluss bereits bestehende Tatsache, sondern vielmehr um ein künftiges (ungewisses?) Ereignis. Unzutreffende Annahmen über künftige Ereignisse gelten jedoch nicht als Irrtum i.S.v. Art. 48 WVK. Sie können aber nach Massgabe der Voraussetzungen von Art. 62 WVK Anlass für einen Rücktritt vom Vertrag bieten.

Im Übrigen bestehen auch keine Anzeichen einer Täuschung (Art. 49 WVK), einer Bestechung (Art. 50 WVK) oder eines Vorliegens von Zwang i.S.v. Art. 51 und 52 WVK, umso mehr als Art. 49–52 WVK in der Praxis ohnehin höchst zurückhaltend angewendet werden¹⁷. Insbesondere vermag wirtschaftlicher oder politischer Druck die Rechtsgültigkeit von völkerrechtlichen Verträgen nicht zu tangieren¹⁸.

- **Keine Inhaltsmängel:** Im Völkerrecht herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit¹⁹. Art. 53 WVK nennt denn auch nur eine Inhaltsschranke, nämlich den Verstoss gegen eine *zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts (ius cogens)*. Darunter fällt jede Vorschrift, die von der internationalen Staatengemeinschaft als Ganze als eine Norm angenommen und anerkannt ist, von der keine Abweichung erlaubt ist und die nur durch eine nachfolgende Norm des allgemeinen Völkerrechts, die denselben Charakter trägt, abgeändert werden kann²⁰. Ein Verstoss gegen völkerrechtliches *ius cogens* läge etwa vor, wenn eine Vereinbarung den Vertragsstaaten ein gegenseitiges Recht zur Folter von Staatsangehörigen einräumen würde²¹. Vorliegend ist ein solcher Nichtigkeitsgrund nicht ersichtlich. Darüber hinaus ist in der Lehre anerkannt, dass auch die (anfängliche oder nachträgliche) *Unmöglichkeit oder Unbestimmtheit* des Vertragsinhalts zur Nichtigkeit des Vertrags führt²². Auf Nichtigkeit ist etwa zu schliessen, wenn ein Vertrag die Auslieferung einer bei Vertragsabschluss bereits verstorbenen Person vorsieht. Die Vereinbarung mit Libyen hat keinen unmöglichen Vertragsinhalt zum Gegenstand, können doch – zumindest faktisch – sämtliche daraus fliessenden Pflichten von der Schweiz erfüllt werden (vgl. aber zur Problematik der Umsetzung im föderalen Verhältnis § 3 Ziff. I).

Weitere inhaltliche Schranken gibt es nicht. Insbesondere vermag auch eine einseitige Verteilung der Rechte und Pflichten zu Gunsten bzw. zu Lasten einer Partei nicht zur Ungültigkeit der getroffenen Regelung führen, denn das Völkerrecht kennt keinen Übervorteilungsstatbestand²³. Vor diesem Hintergrund ist die Verbindlichkeit der Vereinbarung zwischen Libyen und der Schweiz selbst dann nicht tangiert, wenn man die Auffassung vertritt, dass die Regelung ausschliesslich libyschen Interessen dient.

- **Keine Formmängel:** Völkerrechtliche Verträge sind formfrei gültig²⁴. Die Vereinbarung der Schweiz und Libyen ist schriftlich abgeschlossen worden und formgültig.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass auch allfällige am 20. August 2009 oder später getroffene Zusatzabsprachen zwischen Bundespräsident Merz und den libyschen Offiziellen grundsätzlich völkerrechtlich verbindlich sind, selbst wenn sie nur mündlich erfolgten. Zum einen ist aber zum jetzigen Zeitpunkt unklar, ob es solche (verbindlichen!) Zusatzabsprachen gegeben hat, was schwierig zu beweisen wäre; zum andern bilden sie nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

¹⁷ EVANS, S. 195; ZIEGLER, N 227.

¹⁸ IPSSEN, § 15 N 30.

¹⁹ DOEHRING, N 333; eingehend zum zwingenden Völkerrecht IPSSEN, § 15 N 36 ff.

²⁰ Zum Ganzen DOEHRING, N 300.

²¹ PETERS, Kap. 5 N 38.

²² PERRIN, S. 206.

²³ Vgl. eingehend zu dieser Problematik IPSSEN, § 15 N 34 f.

²⁴ DOEHRING, N 334; PERRIN, S. 88; ZIEGLER, N 178.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Inhalt der vorliegenden Schiedsvereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen aus völkerrechtlicher Sicht **gültig** ist.

Immerhin ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass völkerrechtliche Schiedsvereinbarungen typischerweise für die autoritative Beilegung von *zwischenstaatlichen Streitigkeiten* im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung von Völkerrecht getroffen werden. In der vorliegenden Konstellation scheint allerdings nur vordergründig eine solche zwischenstaatliche Streitigkeit vorzuliegen. Der Gegenstand des Schiedsmandats betrifft nämlich nicht in erster Linie eine zwischenstaatliche Streitigkeit (was etwa der Fall wäre, wenn es darum ginge zu beurteilen, ob einem ausländischen Staatsangehörigen die Berufung auf die diplomatische Immunität zu Unrecht versagt worden ist); vielmehr geht es um die Beurteilung der Rechtmässigkeit einer konkreten Handlung im Rahmen eines Rechtsverhältnisses zwischen einer Einzelperson und einer Behörde, wobei diese Beurteilung auch die Prüfung der Einhaltung des nationalen Rechts beinhaltet. Zwar steht darüber hinaus auch die Verletzung von Völkerrecht (insb. der EMRK) zur Diskussion; im Unterschied zu den zwischenstaatlichen Streitigkeiten beschlägt der Streit aber von seinem Gegenstand her ein Rechtsverhältnis zwischen einem Bürger und einem Staat (Gliedstaat). Für seine Bereinigung existieren innerstaatliche Verfahren und Instanzenzüge, die gegebenenfalls bis vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte münden.

II. Aus innerstaatlicher Perspektive

Aus innerstaatlicher Perspektive stellen sich Fragen bezüglich der Vereinbarkeit der Vereinbarung mit der nationalen Rechtsordnung. Im Vordergrund stehen die Einhaltung der Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften im Abschlussverfahren (1.) sowie mögliche inhaltliche Schranken der Vertragsfreiheit des Bundes (2.).

1. Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften (Abschlussverfahren)

a. Abschlusskompetenz

Gemäss Art. 184 Abs. 1 BV vertritt der **Bundesrat** die Schweiz nach aussen. Er unterzeichnet die Verträge und ratifiziert sie (Art. 184 Abs. 2 BV)²⁵. Mit «Bundesrat» ist der Gesamtbundesrat (also das Kollegium) gemeint²⁶. Der Bundespräsident wird in Art. 176 Abs. 1 BV nur erwähnt, ohne dass ihm die Verfassung besondere Kompetenzen zuweist.

Gemäss Art. 48a RVOG kann der Bundesrat die Zuständigkeit zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags allerdings an ein Departement delegieren; bei Verträgen von beschränkter Tragweite sogar an eine Gruppe oder an ein Bundesamt²⁷. Hingegen dürfen weder ein Bundesratsmitglied noch der Bundespräsident ohne Ermächtigung des Bundesrats einen völkerrechtlichen Vertrag abschliessen²⁸. In den Aussenbeziehungen verfügt der Bundespräsident im Wesentlichen nur über Repräsentationsfunktionen (Art. 28 RVOG).

Im vorliegenden Fall schloss Bundespräsident Merz die Vereinbarung im Namen der Schweizerischen Eidgenossenschaft ab. Fraglich ist, ob er hierzu vorgängig vom Gesamtbundesrat ermächtigt worden ist. Dies kann aber vorliegend (nicht zuletzt mangels Kenntnis des Sachverhalts) offen bleiben, zumal der Bundesrat die Vereinbarung inzwischen genehmigt hat. Das allfällige Fehlen einer Ermächtigung durch den Gesamtbundesrat muss deshalb als geheilt gelten. Unter dem Gesichtspunkt der Abschlusskompetenz ist durch die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen deshalb **kein innerstaatliches Recht verletzt** worden.

²⁵ Vgl. auch THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 184 N 12.

²⁶ THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 184 N 7.

²⁷ BIAGGINI, Art. 184 N 10.

²⁸ THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 184 N 12.

b. *Mitwirkung der Bundesversammlung*

Völkerrechtliche Verträge müssen grundsätzlich von der Bundesversammlung genehmigt werden (Art. 166 Abs. 2 BV; Art. 24 ParlG). Dieser Genehmigungsvorbehalt bildet ein Wesensmerkmal des **ordentlichen Abschlussverfahrens**²⁹. Er betrifft im Prinzip sämtliche völkerrechtliche Verträge, ungeachtet deren Rechtsnatur.

In zwei Fällen gelangt ein **vereinfachtes Verfahren** zur Anwendung, in dem es keiner Genehmigung durch die Bundesversammlung bedarf³⁰. Zum einen kann der Bundesrat durch ein Bundesgesetz oder einen von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag zum selbständigen Vertragsabschluss ermächtigt sein (Art. 24 Abs. 3 ParlG; Art. 7a Abs. 1 RVOG)³¹. Ebenfalls selbständig abschliessen kann der Bundesrat *völkerrechtliche Verträge von beschränkter Tragweite* i.S. von Art. 7a Abs. 2 RVOG³². Darunter fallen namentlich³³ Abkommen mit organisatorischen oder technischen Regeln, Vollzugsverträge, Verträge im Regelungsbereich des Bundesrats sowie sog. Bagatellverträge.

Ob in Bezug auf die vorliegende Vereinbarung das vereinfachte Verfahren zum Tragen kommen dürfte, erscheint fraglich. Eine Ermächtigung durch Bundesgesetz oder einen von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag lag nicht vor. Zu prüfen bleibt, ob das vereinfachte Verfahren aufgrund der beschränkten Tragweite der Vereinbarung zur Anwendung gelangen dürfte (Art. 7a Abs. 2 RVOG). Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob die Vereinbarung als **«Bagatellvertrag»** i.S.v. Art. 7a Abs. 2 lit. d RVOG qualifiziert werden kann. Dieser Begriff weist allerdings keine scharfen Konturen auf und ist wertungsbedürftig³⁴. Im Allgemeinen sind darunter Verträge zu subsumieren, die sich in erster Linie an Behörden richten und die die Rechtsstellung von Personen nicht unmittelbar betreffen. Sie haben in der Regel administrativ-technische Fragen zum Gegenstand und geringe finanzielle Aufwendungen zur Folge³⁵.

U.E. ist die Genehmigungspflicht in Bezug auf die Vereinbarung zwischen Libyen und der Schweiz nicht schon deshalb zu verneinen, weil es sich um eine rechtsgeschäftliche (und nicht um eine rechtsetzende) Vereinbarung handelt. Die Rechtsnatur eines Vertrags kann zwar bei der Auslegung und Anwendung von Art. 7a Abs. 2 RVOG durchaus eine Rolle zu spielen, doch vermögen auch rechtsgeschäftliche Regelungen unter Umständen erhebliche Konsequenzen nach sich zu ziehen, was die Genehmigungspflicht der Bundesversammlung rechtfertigt. Ob ein Vertrag von beschränkter Tragweite ist, misst sich nicht (allein) an seiner Regelungsstruktur, sondern an seinen Auswirkungen³⁶. Heikel ist die Zuordnung zu den Bagatellverträgen insbesondere dann, wenn ihnen eine Aussenwirkung auf die Rechtsstellung Einzelner immanent ist. Eine solche Aussenwirkung kann nun aber vorliegend nicht ausgeschlossen werden, im Gegenteil: Die involvierten Genfer Staatsangestellten müssen damit rechnen, dass aufgrund der Vereinbarung bzw. des gestützt darauf ergehenden Schiedsurteils konkrete Massnahmen gegen sie getroffen werden. In diesem Lichte betrachtet muss die Genehmigungspflicht tendenziell bejaht werden. Hinzu kommt, dass der Vertragsgegenstand keine administrativ-technische Angelegenheit betrifft und die finanziellen Auswirkungen aufgrund der allfälligen Entschädigungspflicht gegenüber Libyen (5. Klausel «Fifthly»), für welche keine Obergrenze festgelegt worden ist, ungewiss sind. Darüber hinaus sind die Umstände rund um den Vertragsgegenstand von grosser politischer Tragweite. Vor diesem Hintergrund scheidet der Ausnahmegrund des «Bagatellvertrags» gemäss Art. 7a Abs. 2 lit. d RVOG aus. Andere Gründe für den Verzicht auf die Genehmigung durch

²⁹ Allerdings wird in der Praxis der überwiegende Teil der völkerrechtlichen Verträge nicht im ordentlichen Verfahren, sondern im vereinfachten Verfahren abgeschlossen; vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, N 1275; BAUMANN, N 457; ZELLWEGER, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 355.

³⁰ Der Bundesrat ist in diesen Fällen nicht verpflichtet, ein vereinfachtes Verfahren durchzuführen; vgl. SAGESSER, Art. 7a N 13.

³¹ BIAGGINI, Art. 166 N 13.

³² Vgl. PETERS, Kap. 6 N 15; RHINOW/SCHEFER, N 3670 ff.

³³ Vgl. Art. 7a Abs. 2 lit. a–d RVOG; PETERS, Kap. 6 N 15; SAGESSER, Art. 7a N 26.

³⁴ ZELLWEGER, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 370.

³⁵ Zum Ganzen BAUMANN, N 458; SAGESSER, Art. 7a N 35; ZELLWEGER, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 356 ff.

³⁶ Vgl. auch THÜRER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 166 N 44.

die Bundesversammlung liegen nicht vor. Auch die zeitliche Dringlichkeit vermag einen solchen Verzicht nicht zu rechtfertigen. Es hätte dem Bundesrat freigestanden, vor der Genehmigung durch die Bundesversammlung die vorläufige Anwendung der Vereinbarung wegen zeitlicher Dringlichkeit gestützt auf Art. 7b RVOG zu beschliessen oder zu vereinbaren³⁷. Dies hat er aber unterlassen. Somit sind u.E. die **Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung** durch das Verhalten des Bundesrats **verletzt** worden. Die Bundesversammlung könnte per Motion verlangen, dass der Bundesrat ihr die Vereinbarung nachträglich im ordentlichen Verfahren zur Genehmigung unterbreitet³⁸. Würde sie daraufhin beschliessen, die Vereinbarung nicht zu genehmigen, hätte dies aber nur deklaratorischen, politischen Charakter. Es wäre unzulässig, deswegen die Vereinbarung zu kündigen oder davon zurückzutreten (vgl. Art. 26 WVK; «pacta sunt servanda»).

c. Volksrechte (Referendum)

Die vorliegende Vereinbarung unterliegt weder dem obligatorischen (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV) noch dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 lit. d BV).

In der Lehre ist allerdings umstritten, ob es zusätzlich zu den in Art. 140 und 141 BV genannten Tatbeständen ein «fakultativ-obligatorisches» Staatsvertragsreferendum gibt³⁹. Danach hätte die Bundesversammlung die Befugnis, in besonders wichtigen Fällen einen Staatsvertrag von sich aus dem obligatorischen Referendum zu unterstellen. Die Existenz eines solchen obligatorischen Staatsvertragsreferendums *sui generis* liess sich aus Art. 140 Abs. 1 lit. a BV ableiten, sofern einem Staatsvertrag verfassungsändernde Bedeutung zukommt («Parallelismus» von staatsvertraglicher und innerstaatlicher Rechtsetzung)⁴⁰. Der vorliegenden Vereinbarung ist indes kein Verfassungsrang zuzusprechen; sie besteht (fast) nur aus rechtsgeschäftlichen Klauseln, was den verfassungsändernden Charakter per se ausschliesst. Allenfalls liegt ein Konflikt mit der Verfassung vor, was die Frage des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht aufwirft (vgl. hierzu § 3 Ziff. I-1b/bb), für die Frage der Referendumpflicht jedoch ohne Bedeutung bleibt.

d. Mitwirkung der Kantone

Im föderalen Verhältnis ist der Bund für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge zuständig (Art. 54 Abs. 1 BV). Es handelt sich hierbei um eine **umfassende Bundeskompetenz**⁴¹, die auch Sach- und Rechtsgebiete erfasst, die innerstaatlich in die Zuständigkeit der Kantone fallen⁴². Gewissermassen als Kompensation für diese Überlagerung der vertikalen Aufgabenteilung räumt Art. 55 BV den Kantonen Informations- und Mitwirkungsrechte an aussenpolitischen Entscheiden ein⁴³. So wirken die Kantone an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide mit, die ihre Zuständigkeiten oder ihre wesentlichen Interessen betreffen (Abs. 1). Der Bund informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend und holt ihre Stellungnahmen ein (Abs. 2). Den Stellungnahmen der Kantone kommt besonderes Gewicht zu, wenn sie in ihren Zuständigkeiten betroffen sind; in diesen Fällen wirken die Kantone in geeigneter Weise an internationalen Verhandlungen mit (Abs. 3). Die Mitwirkungsrechte der Kantone werden im Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK; SR 138.1) konkretisiert. Sie kommen vor allem beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen zum Tragen, gelten aber auch bei anderen aussenpolitischen

³⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, N 1280.

³⁸ BIAGGINI, Art. 166 N 14; PETERS, Kap. 6 N 15.

³⁹ Vgl. PETERS, Kap. 8 N 25.

⁴⁰ Vgl. auch STURNY, S. 83. – Dies setzt voraus, dass man unter Art. 140 Abs. 1 lit. a BV nicht nur formelle, sondern auch materielle Änderungen der Verfassung subsumiert.

⁴¹ AUBERT/MAHON, Art. 54 N 3; BIAGGINI, Art. 54 N 5; EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 11; vgl. zur historischen Dimension auch KELLER, S. 317 ff.

⁴² AUBERT/MAHON, Art. 54 N 6; BAUMANN, N 439; TSCHANNEN, § 20 N 45.

⁴³ Statt vieler PETERS, Kap. 8 N 7; PFISTERER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 55 N 12; TSCHANNEN, § 24 N 21.

Entscheiden⁴⁴. Die Mitwirkung darf allerdings die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes nicht beeinträchtigen (Art. 1 Abs. 3 BGMK).

Im Kontext der Vereinbarung zwischen Libyen und der Schweiz stellt sich die Frage, ob der Bund die Mitwirkungsrechte des **Kantons Genf** gewährt hat. Vorab ist zu prüfen, ob die Vereinbarung überhaupt wesentliche Interessen des Kantons Genf berührt. Im Allgemeinen sind kantonale Interessen gemäss Art. 1 Abs. 2 BGMK namentlich dann tangiert, wenn die Aussenpolitik des Bundes wichtige Vollzugsaufgaben der Kantone betrifft. Das Schiedsgericht (das sich noch zu konstituieren hat) hat die Umstände der Verhaftung von Hannibal Mumar Al Ghadhafi und seiner Frau durch die Genfer Polizei im Juli 2008 zu würdigen. Falls das Gericht «wrongful actions» der Genfer Behörden feststellt, hat die zuständige Schweizer Behörde gegen die Verantwortlichen die notwendigen Massnahmen zu veranlassen. Somit müssen die involvierten Beamten unter Umständen mit Nachteilen gegen ihre Person rechnen. Ob überhaupt Massnahmen ausgesprochen und welche Gestalt diese annehmen werden, ist noch unklar. So oder anders sind jedoch die Interessen des Kantons Genf durch die vereinbarte Schiedsklausel in erheblicher Weise tangiert. Vor diesem Hintergrund kam dem Kanton Genf das Recht auf eine rechtzeitige und umfassende Information über das aussenpolitische Vorhaben (Art. 3 BGMK) sowie das Recht auf Anhörung vor der Aufnahme der Verhandlungen (Art. 4 BGMK) zu. Ausserdem hatte er Anspruch auf Mitwirkung bei der Vorbereitung der Verhandlungen und (grundsätzlich) auch auf Teilnahme an diesen Verhandlungen (Art. 5 BGMK). Nach unseren (allerdings lückenhaften) Sachverhaltskenntnissen scheinen die Mitwirkungsrechte des Kantons Genf nur in ungenügender Weise beachtet worden zu sein. Kontakte zwischen dem EDA und der Kantonsregierung haben offenbar stattgefunden; nach der Übergabe der Federführung der Verhandlungen an den Bundespräsidenten wurde der Kanton Genf aber offenbar weder angehört noch in die Verhandlungen einbezogen. Der Bund kann sich vorliegend für eine Einschränkung der Mitwirkungsrechte nicht auf Art. 1 Abs. 3 BGMK berufen, denn eine Mitwirkung hätte die aussenpolitischen Interessen des Bundes nicht tangiert, im Gegenteil: Es wäre wichtig gewesen, den Kanton Genf frühzeitig einzubinden; dies auch im Hinblick auf mögliche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Umsetzung der Vereinbarung. Zeitliche Gründe oder andere Argumente gegen die Mitwirkung des Kantons Genf sind nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass der Bund die Mitwirkungsrechte des Kantons Genf im vorliegenden Fall verletzt hat.

2. Inhaltliche Schranken

Wie bereits erwähnt, verfügt der Bund in auswärtigen Angelegenheiten aufgrund von Art. 54 Abs. 1 BV über eine **umfassende Zuständigkeit**. Diese Bestimmung betrifft zunächst nur die Abschlussbefugnis für sämtliche völkerrechtliche Verträge (Ziff. 1d hiervor)⁴⁵. Über den im Lichte der Bundesverfassung zulässigen Vertragsinhalt ist damit noch nichts gesagt. In der herkömmlichen Lehre wurde bisweilen die Auffassung vertreten, der Bund sei im Rahmen seiner auswärtigen Gewalt nicht an die (innengerichteten) materiellen Verfassungsnormen und an die darauf gestützte Rechtsordnung gebunden. Diese Meinung dürfte heute überholt sein⁴⁶. In der Tat darf sich der Bund auch im Rahmen der Ausgestaltung der Ausenbeziehungen grundsätzlich nicht ausserhalb der Bundesverfassung bewegen. Mit anderen Worten gewährt Art. 54 BV dem Bund kein Recht, die Bundesverfassung über die aussenpolitische Gestaltungsfreiheit zu derogieren. Im vorliegenden Kontext steht insbesondere die **Wahrung der Verfassungsbestimmungen zur föderalen Grundordnung** im Vordergrund⁴⁷.

⁴⁴ AUBERT/MAHON, Art. 55 N 6.

⁴⁵ RHINOW/SCHEFER, N 3706.

⁴⁶ Vgl. etwa RHINOW/SCHEFER, N 3564; EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 13 m.w.H.

⁴⁷ Darüber hinaus wird die Vertragsinhaltsfreiheit auch durch die verfassungsrechtlichen Garantien zum **Schutz der Individuen** begrenzt. Namentlich ist der Bund beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge an die

- In Art. 54 Abs. 3 BV wird der Bund in die Pflicht genommen, in der Wahrnehmung seiner aussenpolitischen Kompetenzen auf die Zuständigkeiten der Kantone Rücksicht zu nehmen und deren Interessen zu wahren. Damit wird die föderale Grundpflicht der **Bundestreue** (Art. 44 BV) für den Bereich der Aussenpolitik konkretisiert. Die Rücksichtnahme auf die Kantone gebietet sich nicht nur aus Gründen einer allgemeinen «courtoisie fédérale», sondern sie ist von Verfassungs wegen geradezu geboten⁴⁸. Der Bund soll die Befugnis insbesondere dann zurückhaltend ausüben, wenn der innerstaatliche Kompetenzbereich der Kantone betroffen ist⁴⁹.
- Weitere Konturen erhält der Grundsatz der Bundestreue auch in der Pflicht des Bundes, die verfassungsmässige Ordnung der Kantone zu schützen (Art. 52 BV). Es handelt sich hierbei um eine Bundesaufgabe. Unter die **Schutzpflicht** fällt das gesamte *kantonale Verfassungsrecht*, wenn und soweit der Bund dafür die Gewährleistung übernommen hat⁵⁰, namentlich die *kantonalen Zuständigkeiten*, die *politischen Rechte* der Bürger sowie die *kantonale Behördenorganisation*⁵¹.

Diese Schutzpflicht besteht nicht nur bei Vorliegen des Garantietatbestandes von Art. 52 Abs. 2 BV (also Schutz der Kantone bei einer schwerwiegenden Bedrohung der inneren Sicherheit), sondern allgemein⁵². Wenn die Schutzpflicht gegenüber «Angriffen» aus dem Ausland gelten soll⁵³, dann muss sie erst recht gelten, wenn der Bund einen Kanton oder dessen Organe mehr oder weniger direkt der Hoheitsgewalt eines ausländischen Staates oder eines internationalen Organs unterstellen will.

Eine spezifische Schutzpflicht besteht in der Gebietsgarantie (Art. 53 BV); in deren Licht ist es dem Bund insbesondere untersagt, unter Berufung auf seine Zuständigkeiten in auswärtigen Angelegenheiten über das Gebiet der Kantone zu verfügen⁵⁴. Vor diesem Hintergrund dürfte die Regelung von Art. 53 Abs. 3 BV (Zustimmung der betroffenen Bevölkerung und der betroffenen Kantone!) auch für eine staatsvertragliche Gebietsabtretung ans Ausland gelten. Ausserdem müsste ein solcher Beschluss oder Vertrag dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. lit. d Ziff. 1 BV) unterstellt werden.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der Bund auch im Rahmen der Ausübung seiner umfassenden aussenpolitischen Kompetenzen an die Bundesverfassung gebunden bleibt. Diese Inhaltsschranken gelten indes nicht absolut. Überwiegende aussenpolitische Interessen vermögen im Einzelfall eine staatsvertragliche Regelung zu rechtfertigen, selbst wenn sich der Bund damit über die verfassungsmässige Innenordnung hinwegsetzt⁵⁵. Dies darf er aber nicht leichtfertig tun: Vom vertragsschliessenden Organ wird verlangt, dass es die auf dem Spiel stehenden aussenpolitischen Interessen und verfassungsmässigen Grundwerte sorgfältig und umfassend würdigt⁵⁶. Erst aufgrund einer solchen **Güterabwägung** kann beurteilt werden, ob der konkrete Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrags aus schweizerischer Sicht zulässig ist. Dabei ist die Einhaltung der verfassungsmässigen Ordnung in jedem Fall hoch zu gewichten. Es gilt der Grundsatz, dass der Bund von seiner «Abweichungskompetenz» nur zurückhaltend Gebrauch machen darf⁵⁷. Darüber hinaus gibt es (wohl) sogar

Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV); vgl. z.B. für den Kontext von Verträgen über die Auslieferung von Personen BAUMANN, N 445.

⁴⁸ EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 13 m.w.H.

⁴⁹ RHINOW/SCHÉFER, N 3703. – In den letzten Jahren pflegte der Bund den Stellungnahmen der Kantone jeweils ein grosses Gewicht beizumessen; vgl. auch AUBERT/MAHON, Art. 54 N 6; BBI 2002, 332 (Bio-Medizinabkommen).

⁵⁰ BIAGGINI, Art. 52 N 3.

⁵¹ AUBERT/MAHON, Art. 52 N 1.

⁵² BIAGGINI, Art. 52 N 3.

⁵³ BIAGGINI, Art. 52 N 3; BBI 1997 I 219 (Botschaft BV).

⁵⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 992; TSCHANNEN, § 18 N 59.

⁵⁵ EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 13.

⁵⁶ BAUMANN, N 442; EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 13; STURNY, S. 82 f.

⁵⁷ EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 13; STURNY, S. 78 ff.

Kernbereiche der verfassungsrechtlichen Grundordnung, die unter keinen Umständen in eine Abwägung mit entgegenstehenden aussenpolitischen Interessen einbezogen werden dürfen. Hierzu gehören u.E. neben der bereits erwähnten Gebietsgarantie gegenüber den Kantonen auch die Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV). Vorbehalten bleiben Fälle des Staatsnotstandes.

Durch den Abschluss der Schiedsvereinbarung hat der Bund die autoritative Erledigung eines Rechtsstreits zwischen dem Kanton Genf und den Angehörigen der Ghadhafi-Familie sowie die Würdigung des Vorgehens der Genfer Polizei auf ein internationales Schiedsgericht übertragen. Beides betrifft Bereiche, die nach der innerstaatlichen Kompetenzzuordnung in die Zuständigkeit der Kantone fallen⁵⁸. Zwar ist der Bund grundsätzlich zu einer solchen Abweichung im Aussenverhältnis befugt (Art. 54 BV); er muss diese Abweichungskompetenz jedoch schonend ausüben und hat namentlich den Grundsatz der Bundestreue und die Schutzpflichten gegenüber Kantonen und Individuen zu beachten. Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Bund diese Grundsätze im vorliegenden Fall genügend respektiert hat: Im Rahmen dieser Beurteilung fällt ins Gewicht, dass die Vereinbarung mit Libyen nicht generell-abstrakter Natur ist, sondern ein spezifisches Konfliktbereinigungsverfahren für einen Einzelfall aufstellt. Es handelt sich dabei nicht nur um ein (im Lichte von Art. 54 BV zulässiges aussenpolitisches Handeln im Zuständigkeitsbereich der Kantone), sondern um eine Derogation der verfassungsmässigen Ordnung für einen Einzelfall. Im Lichte der föderalen Grundordnung der Bundesverfassung ist für Schiedsvereinbarungen der vorliegenden Art besondere Vorsicht geboten: Die Kantone müssen in der Erfüllung ihrer Aufgaben darauf vertrauen können, dass der Bund nicht ohne triftige Gründe und über seine Aufsichtskompetenz hinausgehend *im Einzelfall* in ihre Autonomie eingreift. Problematisch ist das Vorgehen des Bundes auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit. So werden zum Vorteil der Ghadhafi-Familie ein innerstaatlich nicht vorgesehenes Verfahren geschaffen und zum Nachteil der Genfer Beamten die ihnen innerstaatlich zustehenden Verfahrensrechte ausgeschaltet. Über das Gesagte hinaus ist von Bedeutung, dass die Abweichung sensible kantonale Bereiche betrifft. So gehören die Erfüllung polizeilicher Aufgaben und die Regelung der Rechtsbeziehungen zu den eigenen Beamten zu den zentralen Bereichen der kantonalen Selbstbestimmung. Vor diesem Hintergrund wiegen die mit dem Abschluss der Schiedsvereinbarung einhergehenden Eingriffe in die «Staatlichkeit» des Kantons Genf und in die Rechte der einzelnen betroffenen Behördenmitglieder und Beamten⁵⁹ insgesamt schwer, mehr noch: Es lässt sich mit guten Gründen argumentieren, dass damit der absolut geschützte Kerngehalt der verfassungsrechtlichen Grundordnung beeinträchtigt wurde. Damit würde sich die Frage der Rechtfertigung aus überwiegenden aussenpolitischen Interessen zum Vornherein erübrigen. Doch selbst bei Vornahme einer solchen Interessenabwägung würde sich wohl am Ergebnis nichts ändern:

Zwar bestehen an der Beilegung der zwischenstaatlichen Spannungen mit Libyen erhebliche aussenpolitische Interessen. Im Fokus stehen das Schicksal zweier Schweizer Bürger, denen die Ausreise aus Libyen untersagt ist, sowie wirtschaftliche Interessen verschiedener Schweizer Unternehmen. Doch ist die vorlie-

⁵⁸ Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit von Zwangsmassnahmen in einer Strafuntersuchung (inkl. Untersuchungshaft) sind die kantonalen Instanzen zuständig (vgl. Art. 123 Abs. 2 BV). Dasselbe gilt für die Geltendmachung von Entschädigungen aus ungerechtfertigter Verhaftung. Diese Entscheide können bis ans Bundesgericht und darüber hinaus bis an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte weitergezogen werden. Des Weiteren sind die Kantone auch für die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zu ihren Angestellten zuständig.

⁵⁹ Vorliegend müssen die involvierten kantonalen Beamten damit rechnen, sich im Falle des Vorliegens von «criminal actions or legal violations» vor Gericht verantworten zu müssen, ohne dass sie am ausserstaatlichen Schiedsverfahren teilnehmen und ihre – ihnen nach innerstaatlicher Ordnung zustehenden – Verfahrensrechte geltend machen können.

gende Vereinbarung nur beschränkt geeignet, diese berechtigten aussenpolitischen Interessen der Schweiz wahrzunehmen⁶⁰. Die Erteilung der Ausreisebewilligung für die beiden Geschäftsleute hat Libyen in der Vereinbarung weder ausdrücklich noch implizit zugesichert. Insofern ist die Regelung zur Erreichung dieses Ziels – zumindest aus rechtlicher Sicht – ungeeignet. Auch über die Wiederaufnahme der Wirtschaftsbeziehungen bleibt die Vereinbarung vage (vgl. 7. Klausel «Seventhly»). Über programmatische, allgemeine Zielvorgaben hinausgehende konkrete Rechte und Pflichten lassen sich hieraus für die beiden Staaten kaum ableiten. Damit verfehlt die Vereinbarung aus schweizerischer Sicht nun aber ihre beiden Hauptzwecke⁶¹.

Wie es sich verhielte, wenn der Kanton Genf dem Inhalt der Vereinbarung zugestimmt hätte, braucht vorliegend nicht entschieden werden, da eine solche Zustimmung nicht vorliegt.

Schliesslich kann sich der Bund vorliegend auch nicht auf einen Staatsnotstand berufen, da die Voraussetzungen hierfür offensichtlich nicht erfüllt sind, zumal die Spannungen zu Libyen bereits einige Zeit andauern und auch von ihrer Intensität das für extrakonstitutionelle Massnahmen notwendige Ausmass nicht erreichen.

Vor diesem Hintergrund erweist sich der Abschluss der Schiedsvereinbarung durch den Bund als **unverhältnismässiger Eingriff** in die innerschweizerische Verfassungsordnung.

3. Folgen der Verletzung innerstaatlicher Vorschriften

Zusammenfassend scheint der Bund also beim Abschluss der Vereinbarung mit Libyen sowohl die Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung als auch jene des Kantons Genf missachtet zu haben. Darüber hinaus wurden die sich aus der Bundesverfassung ergebenden inhaltlichen Schranken der Staatsvertragskompetenz überschritten.

Trotz dieser (innerstaatlichen) Rechtsverletzungen wird die Gültigkeit der völkerrechtlichen Vereinbarung aber nicht tangiert, im Gegenteil: Gemäss Art. 27 WVK kann eine Vertragspartei sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen⁶². Zu prüfen ist allerdings, ob die Missachtung des innerstaatlichen Rechts Folgen für die Umsetzung der Vereinbarung oder andere mittelbare Folgen für das Verhältnis zwischen Bund und betroffenen Kantonen mit sich zieht. Diese Frage ist nachfolgend zu erörtern.

⁶⁰ Unter dem Titel der *Eignung* ist zu prüfen, ob die staatliche Massnahme geeignet ist, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen. Die Eignung beurteilt sich im Wesentlichen aufgrund der Genauigkeit, mit welcher der Erlass sein Ziel zu erreichen versucht. Je präziser ein Ziel erreicht wird, desto eher erscheint die Massnahme geeignet.

⁶¹ Möglicherweise vermag die Vereinbarung zwar politisch die Wogen zwischen den beiden Staaten zu glätten und deshalb zur Freilassung der Schweizer Geschäftsleute beizutragen. Die Existenz und Wirkung dieses «Soft-Faktors» ist aber kaum abzuschätzen und muss deshalb im Rahmen der vorliegenden Güterabwägung ausser Acht bleiben.

⁶² Vorbehalten ist nach Art. 27 i.V.m. Art. 46 WVK einzig die Ungültigkeit wegen offenkundiger Verletzung von innerstaatlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit zum Abschluss von Verträgen von grundlegender Bedeutung; vgl. hierzu Ziff. I-2 hiervor.

§ 3 UMSETZUNG DER VEREINBARUNG

Im Folgenden werden verschiedene Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Umsetzung der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen ergeben, aufgegriffen, wobei insbesondere auf die Bedeutung der in der Vereinbarung enthaltenen Schiedsklauseln sowie die Folgen eines künftigen Schiedsgerichtsurteils für die Schweiz und den Kanton Genf einzugehen sein wird. Vor der eigentlichen Untersuchung der konkreten Auswirkungen dieser Vereinbarung (II.) soll zunächst allgemein auf die Bedeutung der Umsetzung von völkerrechtlichen Verträgen in Bundesstaaten hingewiesen werden (I.).

I. Allgemeines: Bindungswirkung und Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat

1. Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge

Mit Bezug auf die Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge ist zwischen der *völkerrechtlichen* (zwischenstaatlichen) und der *landesrechtlichen* (innerstaatlichen) Ebene zu unterscheiden.

a. Völkerrechtliche (zwischenstaatliche) Ebene

Aus *völkerrechtlicher* Perspektive sind die Staaten – ungeachtet ihres innerstaatlichen Rechts – zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet. Das Völkerrecht beansprucht dabei absolute Geltung vor dem Landesrecht⁶³. Entsprechend statuiert Art. 26 WVK, dass ein (völkerrechtlicher) Vertrag die Parteien bindet und von diesen nach Treu und Glauben zu erfüllen ist («*pacta sunt servanda*»). Diese Bindungswirkung gilt auch für *nichtrechtsetzende* Vertragsklauseln⁶⁴. Die Vertragsparteien können sich nach Art. 27 WVK nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen. Demgemäss stellt jeder Vertragsbruch eine Völkerrechtsverletzung dar, für die der fehlbare Staat von der betroffenen Vertragspartei zur Verantwortung gezogen werden kann⁶⁵.

Das Völkerrecht behandelt den Bundesstaat im Allgemeinen als geschlossene Einheit, wobei der **Gesamtstaat** Adressat der völkerrechtlichen Pflichten ist. Völkerrechtsverletzungen der Kantone werden deshalb dem **Bund** zugerechnet⁶⁶; nur dieser wird im **Aussenverhältnis** verpflichtet.

b. Landesrechtliche (innerstaatliche) Ebene

Wie dargelegt, geniessen völkerrechtliche Verträge (und sonstige Völkerrechtsnormen) aus *völkerrechtlicher* Sicht grundsätzlich absoluten Vorrang gegenüber dem Landesrecht. Das Völkerrecht überlässt es jedoch den einzelnen Staaten zu entscheiden, wie sie ihre völker-

⁶³ ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1917; PETERS, Kap. 6 N 29; TSCHANNEN, § 9 N 10.

⁶⁴ Vgl. ZIEGLER, N 190, wonach die Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichen und rechtsetzenden völkerrechtlichen Verträgen grundsätzlich nicht zur Anwendung unterschiedlicher Regeln führt.

⁶⁵ ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1917; TSCHANNEN, § 9 N 1; ZIEGLER, N 232.

⁶⁶ PETERS, Kap. 6 N 48. Zum Ganzen vgl. auch WILDHABER, S. 213 ff.; ZELLWEGER, S. 51.

rechtlichen Pflichten **innerstaatlich** umsetzen und *welchen Rang* sie völkerrechtlichen Regelungen einräumen⁶⁷.

aa. Innerstaatliche Geltung des Völkerrechts

Der Bundesverfassung liegt ein **monistisches** Verständnis der Geltung des Völkerrechts zugrunde (vgl. insbesondere Art. 5 Abs. 4, Art. 190 BV)⁶⁸. Danach sind Völkerrecht und Landesrecht Teile einer einzigen Rechtsordnung. Völkerrechtliche Normen müssen somit nicht in das innerstaatliche Recht übertragen werden, sondern werden mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit automatisch **Bestandteil des Bundesrechts** («transformationslose Geltung»⁶⁹). Dementsprechend entfalten völkerrechtliche Verträge in der Schweiz ohne weiteres innerstaatliche Wirkung, sobald sie nach Art. 184 Abs. 2 BV vom Bundesrat ratifiziert worden und in Kraft getreten sind⁷⁰.

Diese Bindungswirkung gilt insbesondere auch für die Kantone: So verpflichtet Art. 5 Abs. 4 BV die Kantone, das Völkerrecht zu beachten. Ausserdem gilt Völkerrecht als Bundesrecht und geht damit nach dem Grundsatz von Art. 49 Abs. 1 BV dem kantonalen Recht vor⁷¹. Schliesslich erklärt Art. 190 BV das Völkerrecht auch für die kantonalen «rechtsanwendenden Behörden» als massgebend⁷²; dies gilt auch für Verträge, die in Verletzung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen sind, sofern sie vom Völkerrecht als gültig angesehen werden⁷³.

bb. Innerstaatlicher Rang des Völkerrechts

Die monistische Konzeption führt dazu, dass Völkerrecht und Landesrecht unmittelbar aufeinander treffen. Völkerrechtliche Normen können dabei in einen Konflikt mit den nationalen Normen geraten. Allerdings ergeben sich weder aus der Theorie des Monismus noch aus dem völkerrechtlichen Grundsatz der Vertragstreue (Art. 26 WVK) bestimmte Vorgaben, wie ein solcher Konflikt im konkreten Fall aufzulösen ist. Diese Kollisionsregeln sind vielmehr durch das Landesrecht selber aufzustellen⁷⁴.

Aus der Bundesverfassung lassen sich allerdings keine klaren Aussagen zur Normenhierarchie und zur Lösung von Konflikten zwischen Völkerrecht und Landesrecht entnehmen⁷⁵. Weder Art. 5 Abs. 4 BV noch Art. 190 BV enthalten eine eigentliche Kollisionsregel (wie sie in Art. 49 Abs. 1 BV für das Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht vorgesehen ist)⁷⁶. Entsprechend kontrovers wird die hierarchische Stellung des Völkerrechts in der Lehre (insbesondere mit Bezug auf das Verhältnis zu Bundesgesetzen und zur Bundesverfassung) beurteilt⁷⁷. Eine vertiefte Behandlung dieser Thematik ist selbstverständlich im

⁶⁷ ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1897 f., 1917; MÜLLER/WILDHABER, S. 153; PETERS, Kap. 6 N 1; RHINOW/SCHEFER, N 3611; TSCHANNEN, § 9 N 2, 11.

⁶⁸ Statt vieler ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 38 f. – Dem «monistischen» Modell steht das «dualistische» System gegenüber, wonach völkerrechtliche Normen durch staatliche Gesetzesakte transformiert werden müssen, um innerstaatliche Geltung zu erlangen; vgl. dazu statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1913.

⁶⁹ TSCHANNEN, § 9 N 6.

⁷⁰ Zum Ganzen ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 37 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1913; KALIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, S. 95 ff.; PETERS, Kap. 6 N 3 f.; RHINOW/SCHEFER, N 3612; TSCHANNEN, § 9 N 6. Zur Praxis des Bundesgerichts vgl. z.B. BGE 122 II 234 E. 4a; BGE 120 Ib 360 E. 2c; BGE 94 I 669 E. 2.

⁷¹ Vgl. dazu PETERS, Kap. 6 N 50.

⁷² HANGARTNER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 190 N 10.

⁷³ HANGARTNER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 190 N 25.

⁷⁴ ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1913; TSCHANNEN, § 9 N 12.

⁷⁵ ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 41; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1917, 1920; PETERS, Kap. 6 N 32; WÜGER, S. 35.

⁷⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1919 f.; PETERS, Kap. 6 N 30; RHINOW/SCHEFER, N 3615; TSCHANNEN, § 9 N 15; ferner Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 134 f.

⁷⁷ Vgl. eingehend zum Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen z.B. ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 43 ff.; KALIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, S. 103 ff.

Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht möglich. Immerhin kann gesagt werden, dass Rechtsprechung und Lehre vom **prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts** ausgehen⁷⁸. Dieser Vorrang lässt sich aber nicht mit dem Vorrang des Bundesrechts gegenüber kantonalem Recht vergleichen, denn für die Tragweite und Rechtsfolgen dieses Vorrangs muss (im innerstaatlichen Verhältnis) zwischen verschiedenen Konstellationen unterschieden werden⁷⁹.

- Massgebend ist zum einen die Stellung der involvierten Norm in der innerstaatlichen Rechtsordnung.

Unbestritten ist zunächst, dass dem Völkerrecht *gegenüber dem kantonalen Recht* ein absoluter Vorrang zukommt⁸⁰, denn die vom Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge gehören zum Bundesrecht, welches gemäss Art. 49 Abs. 1 BV kantonalem Recht vorgeht. Mit anderen Worten partizipieren vom Bund abgeschlossene völkerrechtliche Verträge an der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gegenüber kantonalem Recht.

Der Vorrang des Völkerrechts gilt grundsätzlich auch *gegenüber der Bundesverfassung*, denn aus Art. 190 BV ergibt sich, dass Völkerrecht angewendet werden muss, selbst wenn es der Verfassung widerspricht⁸¹. In der (neueren) Lehre wird aber von verschiedenen Autoren die Auffassung vertreten, dass der grundsätzlich strikte Vorrang des Völkerrechts zu relativieren ist, sofern der Anwendung des Völkerrechts fundamentale verfassungsrechtliche Vorschriften und Grundsätze bzw. höhere Verfassungsgüter entgegenstehen⁸². Ausnahmen zum Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts gegenüber der Bundesverfassung werden daher etwa befürwortet, wenn ein Verstoß gegen den Kerngehalt eines Grundrechts⁸³ oder ein Konflikt mit anderweitigen innenpolitisch als elementar eingeschätzten Werten und Politikzielen⁸⁴ vorliegt⁸⁵. Die fundamentalen verfassungsrechtlichen Normen, deren mögliche Verletzung ein Abweichen vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts rechtfertigen könnte, sind im Einzelnen allerdings schwierig von anderen wichtigen Verfassungsnormen abzugrenzen⁸⁶. Soweit ersichtlich hat sich zu dieser Frage auch in der Lehre noch keine einheitliche Auffassung herausgebildet.

- Zum andern ist bei der Bestimmung des Rangverhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht auch die inhaltliche Bedeutung der involvierten völkerrechtlichen Normen einzubeziehen⁸⁷.

Dabei wird etwa der Grundsatz des unbedingten Vorrangs des Völkerrechts hauptsächlich für Staatsverträge mit menschenrechtlichem Gehalt bejaht, während für technische Abkommen der Vorrang gegenüber fundamentalen Normen der Bundesverfassung verneint wird⁸⁸. Als stossend werden insbesondere

⁷⁸ HANGARTNER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 5 N 49; RHINOW/SCHÉFER, N 3615 ff.; TSCHANNEN, § 9 N 13. Auch das Bundesgericht hat den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts wiederholt anerkannt und bestätigt; vgl. z.B. BGE 125 II 417 E. 4d, wonach «im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht»; BGE 122 II 485 E. 3a.

⁷⁹ Vgl. TSCHANNEN, § 9 N 15.

⁸⁰ Zum Ganzen HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1928; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, S. 99; RHINOW/SCHÉFER, N 807, 3636; TSCHANNEN, § 22 N 17; WÜGER, S. 35.

⁸¹ KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, S. 99; TSCHANNEN, § 9 N 22.

⁸² Vgl. dazu ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 78 ff., 89 ff.; COTTIER, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 8 f.; HANGARTNER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 190 N 34; RHINOW/SCHÉFER, N 3644; WÜGER, S. 38 f. m.w.H.

⁸³ Eingehend ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 82 ff.

⁸⁴ Eingehend ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 86 ff.

⁸⁵ Zum Ganzen WÜGER, S. 38 f.

⁸⁶ EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 13. Vgl. dazu auch ACHERMANN (in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 92), welcher verlangt, dass der Vorrang des Völkerrechts «allein durch präzise umschriebene und gehandhabte Ausnahmen im Sinne von Schutzklauseln bei anders nicht überwindbaren Konflikten zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und als grundlegend beurteilten innerstaatlichen Werten und Politikzielen relativiert werden kann.»

⁸⁷ Vgl. dazu TSCHANNEN, § 9 N 16 ff., 21 f.; PETERS, Kap. 6 N 46 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1922; RHINOW/SCHÉFER, N 3630.

⁸⁸ Vgl. beispielsweise HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1922 (Vorrang einer grundlegenden Menschenrechtsgarantie in der BV gegenüber einem technischen Abkommen auf internationaler Ebene); PETERS, Kap. 6 N 46 (Vor-

Fälle beurteilt, in welchen die Anwendung einer (untergeordneten) völkerrechtlichen Verpflichtung «zu einer Grundrechtsverletzung bzw. zu einem Konflikt mit fundamentalen Grundsätzen der Verfassung führen würde»⁸⁹.

Obwohl der Unterscheidung zwischen rechtsetzenden und rechtsgeschäftlichen Staatsverträgen für die völkerrechtliche Bindungswirkung keine Bedeutung zukommt, vermag sie doch für die Beurteilung der Rangordnung im Innenverhältnis eine gewisse Rolle zu spielen (vgl. lit. cc hiernach).

cc. Rechtsgeschäftliche Staatsverträge im Besonderen

Die Thematik der Bindungswirkung von völkerrechtlichen Verträgen und deren Verhältnis zum Landesrecht wird in der Lehre hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt von *rechtsetzenden* Verträgen behandelt (also unter der Perspektive der Kollision von unterschiedlichen Normsystemen). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auf andere völkerrechtliche Akte (wie die *rechtsgeschäftlichen* Verpflichtungen der Schweiz, Urteile und Entscheide von Kontroll- und Gerichtsinstanzen, Beschlüsse internationaler Organisation etc.) dieselben Regeln Anwendung finden bzw. ob auch diese Akte als Völkerrecht i.S.v. Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV gelten, mit der Folge, dass sie für die Kantone (grundsätzlich) verbindlich sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht «neben den Staatsverträgen auch das Völkergewohnheitsrecht, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts und Beschlüsse von internationalen Organisationen, die für die Schweiz verbindlich sind»⁹⁰. Ähnlich scheint auch die Lehre den Begriff des innerstaatlich verbindlichen Völkerrechts weit auszulegen⁹¹.

Vor diesem Hintergrund kommt der Unterscheidung zwischen rechtsetzenden und rechtsgeschäftlichen *Staatsverträgen* zumindest mit Bezug auf die prinzipielle innerstaatliche Verbindlichkeit keine Bedeutung zu. Im Kontext der neueren Lehre, die dem absoluten Vorrang des Völkerrechts gewisse Schranken setzt («bedingter Vorrang des Völkerrechts»), muss der rechtsgeschäftliche Charakter einer völkerrechtlichen Verpflichtung jedoch berücksichtigt werden. Wo die Anwendung solcher Verträge zur Missachtung fundamentaler Verfassungsgrundsätze führen würde, gilt es abzuwägen, ob die Bedeutung einer einzelfallbezogenen Regelung das Abweichen von elementaren verfassungsmässigen Grundsätzen zu rechtfertigen vermag.

An der innerstaatlichen Verbindlichkeit des Völkerrechts nehmen auch *Beschlüsse* und *Entscheide* teil, die durch (auf völkerrechtlichem Vertrag beruhende) internationale Einrichtungen (wie z.B. ein Schiedsgericht) ergehen.

2. Umsetzung völkerrechtlicher Verträge

Gemäss **Art. 46 Abs. 1 BV** haben die Kantone das Bundesrecht, wozu auch das Völkerrecht gezählt wird (Art. 5 Abs. 4 BV), nach Massgabe von Verfassung und Gesetz umzusetzen (**Vollzugauftrag**). Die Kantone sind insbesondere dann für den Vollzug der völkerrechtlichen Verträge des Bundes zuständig, wenn diese in die innerstaatlichen Kompetenzen der Kantone eingreifen. Der Bund muss den Kantonen dafür einen möglichst grossen Gestal-

rang von *Fundamentalnormen* in der Bundesverfassung gegenüber einem völkerrechtlichen Vertrag mit blossen Organisations- oder Vollzugscharakter).

⁸⁹ ACHERMANN, in: Cottier et al., Staatsvertrag, S. 78.

⁹⁰ BGE 133 II 450 E 6.1.

⁹¹ Gemäss BIAGGINI (Art. 190 N 10) werden vom Begriff des Völkerrechts i.S.v. Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV alle für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Normen, also «Verträge, Völkergewohnheitsrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze» und «allfällige Rechtsetzungsakte internationaler Organisationen», erfasst. HANGARTNER (in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 5 N 44) zählt zum Völkerrecht i.S.v. Art. 5 Abs. 4 BV das «Vertragsrecht mit Einschluss von Beschlüssen und Entscheiden internationaler Organisationen (sog. sekundäres Vertragsrecht), Gewohnheitsrecht» sowie «Rechtsgrundsätze».

tungsspielraum belassen⁹². Weil aber die völkerrechtliche Verantwortung für die richtige Vertragserfüllung letztlich beim Bund bleibt, kann er die Kantone bei ihrer Umsetzung beaufsichtigen, sie nötigenfalls zur zeit- und sachgemässen Durchführung der Verträge anhalten und die erforderlichen Massnahmen an Stelle der Kantone selber treffen⁹³. Grundlage dafür bildet Art. 49 Abs. 2 BV. Allerdings ist der Bund aus föderalistischen Gründen zur Zurückhaltung verpflichtet; im Spannungsfeld zwischen Aussenpolitik und Föderalismus kann sich der Bund nicht einfach auf Hierarchie, Aufsicht und Ersatzvornahme berufen⁹⁴. In diesem Sinne dürfte eine Ersatzvornahme nur als *ultima ratio* in Frage kommen.

II. Fragen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Schiedsvereinbarung

1. Ausgangslage

In der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen haben sich die beiden Vertragsstaaten unter anderem dazu verpflichtet, ein dreiköpfiges Schiedsgericht einzusetzen, welches die Umstände der Verhaftung von Hannibal Mumar Al Ghadhafi und seiner Ehefrau in Genf untersuchen und darüber entscheiden soll⁹⁵, ob es bei diesem Vorfall zu «*wrongful actions*» gekommen ist («Thirdly») und ob es sich bei diesen «*wrongful actions*» um «*criminal actions*» oder «*legal violations*»⁹⁶ gehandelt hat («Fourthly»).

Des Weiteren bestimmt die Vereinbarung die sich für die Schweiz ergebenden Folgepflichten, für den Fall, dass das Schiedsgericht zum Schluss kommt, dass im Zusammenhang mit der Verhaftung von Hannibal Ghadhafi und seiner Ehefrau «*wrongful actions*» begangen wurden bzw. «*criminal actions*» oder «*legal violations*» gegeben sind:

- (1) Bejaht das Schiedsgericht das Vorliegen von «*wrongful actions*», muss die zuständige schweizerische Behörde («*the appropriate Swiss Authority*») gegen die Verantwortlichen die *nötigen Massnahmen* treffen («Thirdly»).
- (2) Bejaht das Schiedsgericht das Vorliegen von «*criminal actions*» oder «*legal violations*», ist die Eidgenossenschaft dazu verpflichtet, die dafür verantwortlichen Personen *gerichtlich zu belangen* («Fourthly»).
- (3) Stellt das Schiedsgericht das Vorliegen einer «*civil responsibility*» und/oder einer «*criminal responsibility*» fest, so besteht für die Eidgenossenschaft zudem die Pflicht zur *Bezahlung einer Entschädigung* an die Opfer des Vorfalls in Genf oder an eine Einrichtung derer Wahl, wobei die Höhe der Entschädigung vom Schiedsgericht zu bestimmen ist («Fifthly»).

Im Hinblick auf die Entscheidungsfindung soll das Schiedsgericht alle Beweismittel untersuchen, die ihm von den Parteien eingereicht werden oder deren Vorlegung das Schiedsgericht von den Parteien verlangt, einschliesslich des Berichts der unabhängigen Untersuchungskommission, die von den Parteien infolge des Memorandum of Understanding im Sommer 2008 eingesetzt worden war («Secondly», lit. c-1).

⁹² Zum Ganzen RHINOW/SCHÉFER, N 3727; sowie HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1126; PETERS, Kap. 6 N 8.

⁹³ Zum Ganzen BIAGGINI, Art. 54 N 16; EHREZZELLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 14; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1127; TSCHANNEN, § 20 N 45.

⁹⁴ PFISTERER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 54 N 43.

⁹⁵ Vgl. zum Ganzen STUTZER, S. 19.

⁹⁶ Aus dem Vereinbarungstext geht nicht hervor, wo der Unterschied zwischen «*wrongful actions*» und «*legal violations*» liegt. Die Vereinbarung ist in diesem Punkt auslegungsbedürftig; vgl. STUTZER, S. 19.

Eine ähnliche Vorschrift ist im Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 18. Oktober 1907 (SR 0.193.212) enthalten, welches das Schiedsgericht gemäss Klausel 2 lit. f der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen für anwendbar erklären kann. Art. 69 dieses Abkommens sieht vor, dass das Schiedsgericht «von den Agenten der Parteien die Vorlegung aller nötigen Aktenstücke und alle nötigen Aufklärungen verlangen» kann und im Falle der Verweigerung von dieser Vermerk nimmt.

2. Stellung des Kantons Genf im Verfahren vor dem Schiedsgericht

Es stellt sich die Frage, welche Rolle dem Kanton Genf in diesem Schiedsverfahren zukommt: Der Kanton Genf ist *nicht* Partei vor dem Schiedsgericht. Letzteres hat daher gegenüber dem Kanton Genf keine Anordnungs kompetenzen und kann für die Sachverhaltsfeststellung nicht auf den Kanton Genf «durchgreifen»⁹⁷. Der Mitwirkungspflicht und Anordnungsgewalt unterstellt ist vielmehr der **Bund**. Dieser wird aber, um seine Mitwirkungspflichten erfüllen zu können, auf Beweismaterial der kantonalen Behörden zurückgreifen müssen. Gelingt ihm dies nicht, verletzt er im **Aussenverhältnis** seine Mitwirkungspflichten.

Es fragt sich nun, ob und inwieweit im **Innenverhältnis** der **Kanton Genf** verpflichtet ist, den Bund für die Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten zu unterstützen: Art. 44 BV verpflichtet den Bund und die Kantone, sich in der Erfüllung ihrer Aufgaben gegenseitig zu unterstützen und zusammenzuarbeiten (Abs. 1). Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung schulden sie einander zudem Rücksicht und Beistand; dazu gehört insbesondere auch die **Leistung von Amtshilfe und Rechtshilfe**. Der Kanton Genf ist vorliegend also von Verfassungs wegen zur Amtshilfe an den Bund verpflichtet (Art. 44 Abs. 2 BV). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Bund seinerseits im Rahmen des Abschlusses der Vereinbarung mit Libyen das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme und des gegenseitigen Respekts verletzt hat, denn eine Pflichtverletzung kann nicht mit einer anderen Pflichtverletzung gerechtfertigt werden.

Die in Art. 44 Abs. 2 BV statuierte Verpflichtung zur Amtshilfe gilt allerdings nicht absolut. **Schranken** können sich insbesondere aus dem Organisationsrecht, dem Amtsgeheimnis, besonderen Geheimhaltungspflichten und dem Datenschutzrecht ergeben. Werden durch die Amtshilfe Persönlichkeitsrechte (z.B. bei der Übermittlung von Personendaten) oder andere Grundrechte von Betroffenen berührt, sind ausserdem die Voraussetzungen von Art. 36 BV – gesetzliche Grundlage⁹⁸, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Wahrung des Kerngehalts des betroffenen Grundrechtes – zu respektieren⁹⁹. So wäre vorliegend beispielsweise die Herausgabe von Personendaten der involvierten Behördenmitglieder und Beamten (etwa die Namen der Polizisten) mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar¹⁰⁰.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Kanton Genf grundsätzlich zur Leistung von **Amtshilfe** (d.h. auch zur Herausgabe von Akten und zur Weitergabe von Informationen) an den **Bund** (Art. 44 Abs. 2 BV), nicht jedoch an das Schiedsgericht, verpflichtet ist. Diese Amtshilfepflicht gilt aber **nicht uneingeschränkt** und findet ihre Grenzen etwa in den **Schutzplichten** des Kantons Genf gegenüber seinen Bürgern bzw. seinen Behördenmitgliedern und Beamten (z.B. Persönlichkeitsrechte, Datenschutz: Grundrechtseinschränkungen nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV).

⁹⁷ Auch das vorgenannte Haager Abkommen begrenzt die Mitwirkungspflicht auf die Parteien (Art. 69, 75) sowie (beschränkt) auf dritte Vertragsstaaten (Art. 76).

⁹⁸ Die Auffassung, dass Art. 44 Abs. 2 BV als eine Spezialbestimmung zu Art. 5 Abs. 1 BV (bzw. 36 Abs. 1 BV) zu verstehen ist und die Amtshilfepflicht unmittelbar – also ohne zusätzliche kantonale Rechtsgrundlage – von Verfassungs wegen gilt, wird in der Lehre (eher) abgelehnt; vgl. KNAPP/SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 44 N 25 m.w.H.

⁹⁹ Zum Ganzen KNAPP/SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 44 N 25 f.; WERMELINGER, S. 183 f.

¹⁰⁰ Vgl. dazu WERMELINGER, S. 189.

3. Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung und des Schiedsurteils für den Kanton Genf

a. Allgemein

aa. Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung

Die Klauseln 3–5 («Thirdly – Fifthly») der vorliegenden Vereinbarung bestimmen die sich für die Schweiz ergebenden *Folgepflichten* für den Fall, dass das Schiedsgericht zum Schluss kommt, es seien im Zusammenhang mit der Verhaftung von Hannibal Ghadhafi und seiner Ehefrau «wrongful actions» begangen worden bzw. es lägen «criminal actions» oder «legal violations» vor. Adressat dieser Pflichten ist auf der *völkerrechtlichen* Ebene der **Bund**. Weil das Völkerrecht gegenüber dem Landesrecht absoluten Vorrang verlangt, bedeutet jede Nichterfüllung eine Völkerrechtsverletzung, für welche der Bund (nicht aber der Kanton Genf) von Libyen zur Verantwortung gezogen kann. Auf *innerstaatlicher* Ebene ist der **Kanton Genf** dagegen grundsätzlich ebenfalls an die vom Bund gegenüber Libyen eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen gebunden (Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV). Vor dem Hintergrund der Kritik, welche die Lehre in jüngster Zeit gegen den strikten Vorrang des Völkerrechts auf innerstaatlicher Ebene vorgebracht hat (vgl. oben Ziff. I-1b/bb), stellt sich jedoch die Frage, ob im vorliegenden Kontext nicht einzelnen Schiedsklauseln wegen Verstosses gegen fundamentale verfassungsrechtliche Vorschriften und Grundsätze die Anwendung versagt werden muss (vgl. sogleich unter lit. b).

Zu beachten gilt, dass das Völkerrecht im *Aussenverhältnis* auch dann verpflichtet, wenn diesem *innerstaatlich* kein Vorrang eingeräumt wird (vgl. Art. 27 WVK). Eine Verletzung der Vereinbarung mit Libyen führt daher in jedem Fall zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Bundes.

bb. Bindungswirkung des Schiedsurteils

Bei der zwischenstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit handelt es sich um ein für die Parteien **völkerrechtlich verbindliches Streiterledigungsverfahren**. Im Rahmen der Vereinbarung mit Libyen hat sich die Schweiz damit einverstanden erklärt, den dieser Vereinbarung zugrundeliegende Streitfall einem Schiedsgericht zu unterbreiten und dessen Entscheidung als verbindlich zu akzeptieren¹⁰¹. Kommt die Schweiz ihren Verpflichtungen aus dem Schiedsurteil nicht nach, macht sie sich folglich gegenüber Libyen völkerrechtlich verantwortlich¹⁰². Partei des Schiedsverfahrens ist der **Bund**, dementsprechend ist im *Aussenverhältnis* nur dieser verpflichtet bzw. verantwortlich.

Damit ist allerdings erst die *zwischenstaatliche* Ebene angesprochen. Es stellt sich nun die Frage, ob und wieweit im *Innenverhältnis* die Untersuchungs- und Gerichtsbehörden des **Kantons Genf** an das Urteil bzw. die Feststellungen und die sich daraus ergebenden Anordnungen des Schiedsgerichts gebunden sind.

Wie bereits erwähnt umfasst der Begriff des (innerstaatlich verbindlichen) Völkerrechts i.S.v. Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV auch die Entscheide eines durch völkerrechtlichen Vertrag eingesetzten Schiedsgerichts. Im vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass das Schiedsurteil grundsätzlich auch für die Behörden des Kantons Genf Verbindlichkeit entfalten wird¹⁰³. Diese Verbindlichkeit erfährt allerdings eine Relativierung, wo

¹⁰¹ Zum Ganzen IPSen, § 62 N 20; ZIEGLER, N 352, 356.

¹⁰² Vgl. dazu IPSen, § 62 N 34.

¹⁰³ Darüber hinaus wird das Schiedsurteil auch von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Bund und Kantonen zu beachten sein, die sich in Zukunft mit Streitigkeiten befassen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Schiedsgerichtsurteils stehen oder in denen sich entsprechende Vorfälle stellen, seien dies nun Entschädigungsverfahren der Betroffenen gegen den Kanton Genf oder die Eidgenossenschaft oder staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und dem Kanton Genf. Entschädi-

zur Umsetzung des Schiedsurteils die Behörden fundamentale Verfassungsnormen und -grundsätze verletzen müssten (vgl. lit. b hiernach).

b. *Mit Bezug auf die Verantwortlichkeit der involvierten Behördenmitglieder*

Falls das Schiedsgericht feststellt, dass im Zusammenhang mit der Verhaftung von Hannibal Ghadhafi und seiner Ehefrau in Genf «wrongful actions» begangen worden sind, muss die zuständige schweizerische Behörde gemäss der 3. *Klausel* der Vereinbarung die nötigen Massnahmen gegen die verantwortlichen Personen ergreifen. Nach der 4. *Klausel* der Vereinbarung ist die Eidgenossenschaft darüber hinaus verpflichtet, im Falle des Vorliegens von «criminal actions» oder «legal violations» die dafür verantwortlichen Personen gerichtlich zu belangen.

Nach Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV sind diese Schiedsklauseln im Innenverhältnis grundsätzlich auch für den Kanton Genf **verbindlich**. Angesichts der in der (neueren) Lehre geäusserten Kritik an einem strikten Vorrang des Völkerrechts auf innerstaatlicher Ebene hat die Beurteilung des Rangverhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht im vorliegenden Fall jedoch differenzierter zu erfolgen. Dabei sind die hierarchische Stellung der involvierten landesrechtlichen Normen und die inhaltliche Bedeutung der Schiedsklauseln gegeneinander abzuwägen.

Mit der 4. Klausel (aber auch mit der 3. Klausel) hat sich der Bund zu einer Leistung verpflichtet, die erheblich in die (Organisations-) Autonomie und Selbstständigkeit des Kantons Genf eingreift. Dabei handelt es sich um eine schwere Beeinträchtigung der **verfassungsrechtlichen Grundordnung**. Tangiert werden daneben ausserdem auch die Grundrechte (insbesondere die Rechtsgleichheit) der involvierten Behördenmitgliedern und Beamten (vgl. zum Ganzen bereits oben § 2 Ziff. II-2).

Mit Bezug auf die inhaltliche Bedeutung der Schiedsklauseln gilt es insbesondere zu beachten, dass diese keine generell-abstrakten Vorschriften enthalten, sondern **einzelfallbezogene Regelungen** aufstellen. Für das Abweichen von elementaren verfassungsmässigen Grundsätzen in einem Einzelfall sind jedoch besonders triftige (ausserpolitische) Gründe erforderlich. Wie in § 2 Ziff. II-2 bereits dargelegt, können die beim Abschluss der Schiedsvereinbarung mit Libyen involvierten **aussenpolitischen Interessen** der Schweiz eine solche Abweichung nicht rechtfertigen.

Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die Befolgung der völkerrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus den Schiedsklauseln ergeben, zur Verletzung fundamentaler Verfassungsnormen führen würde, die sich mit der Bedeutung der Vereinbarung mit Libyen nicht rechtfertigen lassen. Die Verbindlichkeit der Schiedsklauseln gegenüber dem Kanton Genf ist daher insofern zu **relativieren**, als der Kanton nicht verpflichtet werden kann, gegen fundamentale Verfassungsnormen und -prinzipien zu verstossen. Es muss somit dem Kanton Genf anheimgestellt bleiben, ob und wie er im Fall eines entsprechenden Schiedsspruchs auf der Basis seiner Gesetzgebung ein Disziplinar- oder/und ein Strafverfahren gegen einzelne Behördenmitglieder oder Beamte einleiten will. Auch aus Art. 44 BV (Pflicht zur Zusammenarbeit, zu gegenseitiger Rücksichtnahme und Unterstützung) lässt sich keine Pflicht des Kantons gegenüber dem Bund zur Aufnahme eines solchen Verfahrens ableiten¹⁰⁴.

Zu beachten gilt, dass der Bund im *Aussenverhältnis* gegenüber Libyen auch dann verpflichtet bleibt, wenn den Klauseln 3 und 4 der Vereinbarung die innerstaatliche Anwendung (bzw.

gungsforderungen gegen den Kanton Genf bzw. die Eidgenossenschaft dürften allerdings aufgrund der vorliegenden Schiedsvereinbarung gegenstandslos geworden sein.

¹⁰⁴ Vgl. dazu BGE 125 II 152 E. 4c/bb, wonach sich das Gebot der Rücksichtnahme in rechtlicher Hinsicht «innerhalb der Grenzen von Verfassung und Gesetz [hält]; insbesondere ergibt sich aus ihm keine Rechtspflicht zum positiven Handeln eines Partners zugunsten des anderen, sofern eine solche Pflicht nicht durch eine Rechtsnorm vorgesehen ist.»

der innerstaatliche Vorrang) versagt wird. Es stellt sich daher die Frage, ob der **Bund** ermächtigt ist, im Fall eines entsprechenden Schiedsurteils selber gegen *kantonale* Behördenmitglieder oder Beamte **Massnahmen zu ergreifen**. Greift ein völkerrechtlicher Vertrag des Bundes in die innerstaatlichen Kompetenzen der Kantone ein, sind grundsätzlich die Kantone für dessen Vollzug bzw. Umsetzung zuständig, wobei ihnen vom Bund dafür ein möglichst grosser Gestaltungsfreiraum zu belassen ist (Art. 46 Abs. 1 und Abs. 3 BV)¹⁰⁵. Bleiben die Kantone untätig, kann der Bund sie jedoch zur zeit- und sachgemässen Durchführung der Verträge anhalten. Dabei wird der Bund in der Lehre sogar als befugt erachtet, im Sinne einer *ultima ratio* die erforderlichen Massnahmen an Stelle der Kantone selber zu treffen, um seiner völkerrechtlichen Verantwortung nachzukommen (vgl. Ziff. I-2 hiervor). Ob dies auch im vorliegenden Fall zulässig wäre, ist jedoch fraglich. Grundsätzlich verbietet es die Bundesverfassung dem Bund, direkt auf (fehlbare) kantonale Behördenmitglieder und Beamte einzugreifen. Die Bundesaufsicht gemäss Art. 49 Abs. 2 BV beinhaltet nur eine Verbandsaufsicht, jedoch kein Recht zur Aufsicht über einzelne kantonale Angestellte¹⁰⁶.

c. *Mit Bezug auf die Entschädigung an die Opfer des Vorfalls bzw. an eine Einrichtung ihrer Wahl*

Die in der 5. Klausel («Fifthly») der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen festgehaltene Entschädigungspflicht betrifft ausschliesslich die Eidgenossenschaft im Aussenverhältnis. Der Kanton Genf wird dadurch *nicht* verpflichtet. Ein Rückgriff des Bundes auf den Kanton Genf ist mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage ausgeschlossen.

4. Bindungswirkung der 6. Klausel («Sixthly») für die Kantone

In der 6. Klausel («Sixthly») der Vereinbarung hat sich die Schweizerische Regierung (sic!) dazu verpflichtet, einen solchen Vorfall (wie die Verhaftung von Hannibal Ghadhafi und seiner Ehefrau in Genf) gegen libysche Staatsangehörige und libysche Offizielle in Zukunft nicht zu wiederholen, deren Behandlung zu verbessern und die Verfahren zu vereinfachen («The Swiss Federal Government is committed not to repeat this incident in the future against the Libyan Citizens or Libyan Officials and to improve their treatment and facilitate their procedures.»).

Fraglich ist, ob dieser Klausel überhaupt völkerrechtliche Verbindlichkeit zukommt. Es handelt sich dabei wohl eher – ähnlich wie bei der öffentlichen Entschuldigung in der ersten Klausel der Vereinbarung – um eine **politische (Absichts-)Erklärung ohne rechtliche Bindungswirkung**. Selbst wenn man die Klausel als rechtsverbindlich einstuft, bleibt sie für die Kantone ohne Bedeutung, da sie im Wesentlichen lediglich verlangt, dass libysche Bürger in Zukunft gesetzes- und grundrechtskonform behandelt werden müssen; ein Anspruch, der sich aber ohnehin bereits aus der innerstaatlichen Rechtsordnung ergibt.

¹⁰⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1126; RHINOW/SCHEFER, N 3727.

¹⁰⁶ RHINOW/SCHEFER, N 786; TSCHANNEN, § 26 N 1.

§ 4 ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN

I. Gültigkeit der Vereinbarung

Für die Beurteilung der Gültigkeit der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen ist zwischen einer innerstaatlichen und einer völkerrechtlichen Ebene zu unterscheiden:

1. Aus **innerstaatlicher Perspektive** ist der Vertragsabschluss in Verletzung von **Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften** erfolgt: Zunächst hätte die Vereinbarung aufgrund ihrer staatspolitischen Tragweite und den finanziellen Auswirkungen der *Bundesversammlung* zur Genehmigung vorgelegt werden müssen, was aber zu Unrecht unterblieben ist. Zwar könnte die Bundesversammlung über eine Motion verlangen, dass ihr die Vereinbarung nachträglich zur Genehmigung unterbreitet wird; eine nachträgliche Genehmigung hätte aber nur deklaratorischen, politischen Charakter. Des Weiteren scheinen die *Mitwirkungsrechte des Kantons Genf* (Art. 55 BV, Art. 1 ff. BGMK) verletzt worden zu sein: Es liegt auf der Hand, dass der Kanton Genf durch die vom Bund eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen in seinen wesentlichen Interessen berührt wird (Art. 1 BGMK) und die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes durch die Einräumung der gemäss Art. 3–5 BGMK bestehenden Mitwirkungsrechte nicht beeinträchtigt worden wäre, im Gegenteil: Es hätte gerade auch für den Bund ein Interesse bestanden, den Kanton Genf im Hinblick auf die Umsetzung der Vereinbarung substantiell in die Verhandlungen einzubinden. Letzteres ist aber (nach unseren Sachverhaltskenntnissen) nicht in genügendem Ausmass geschehen. Darüber hinaus hat der Bund in der vorliegenden Vereinbarung die sich aus der Bundesverfassung ergebenden **inhaltlichen Schranken der Staatsvertragskompetenz** überschritten. Zwar verfügt der Bund in auswärtigen Angelegenheiten aufgrund von Art. 54 BV über eine umfassende Zuständigkeit, was ihm auch erlaubt, Staatsverträge in Bereichen abzuschliessen, die nach der innerstaatlichen Kompetenzordnung in die Zuständigkeit der Kantone fallen. Im Übrigen bleibt der Bund aber auch im Rahmen seiner umfassenden aussenpolitischen Kompetenzen an die Bundesverfassung gebunden. Zu respektieren sind insbesondere die Verfassungsbestimmungen zur föderalen Grundordnung. Im Vordergrund steht dabei die sich aus dem Grundsatz der Bundestreue ergebende Pflicht zur Rücksichtnahme und zur Interessenwahrung (Art. 44 BV), die in Art. 54 Abs. 3 BV mit Bezug auf den Bereich der Aussenpolitik konkretisiert wird. Des Weiteren hat der Bund seine Pflicht, die verfassungsmässige Ordnung der Kantone sowie deren Bestand und Gebiet zu schützen, gerade auch im Rahmen der Ausgestaltung seiner aussenpolitischen Beziehungen zu respektieren. Ein Abweichen von dieser verfassungsmässigen Grundordnung ist nur bei Vorliegen von überwiegenden aussenpolitischen Interessen zulässig. Darüber hinaus gibt es wohl Kernbereiche der verfassungsrechtlichen Grundordnung, die unter keinen Umständen in eine Abwägung mit entgegenstehenden aussenpolitischen Interessen einbezogen werden dürfen. Hierzu gehört u.E. neben der Bestandes- und Gebietsgarantie (Art. 53 BV) auch die Wahrung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV).

Mit der vorliegenden Vereinbarung hat der Bund nicht nur in einen kantonalen Zuständigkeitsbereich eingegriffen (was im Lichte von Art. 54 BV zulässig wäre), sondern gleichzeitig die verfassungsmässige Ordnung für einen einzelnen Rechtsstreit derogiert. Im Lichte der föderalen Grundordnung der Bundesverfassung ist für Schiedsvereinbarungen der vorliegenden Art besondere Vorsicht geboten. Die Kantone müssen in der Erfüllung ihrer Aufgaben darauf vertrauen können, dass der Bund nicht ohne triftige Gründe und über seine Aufsichtskompetenzen hinausgehend in Einzelfällen in ihre Autonomie eingreift. Problematisch ist die Schiedsvereinbarung auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit. Überdies betrifft die durch die Schiedsvereinbarung bewirkte Abweichung von der verfassungsmässigen Ordnung sensible kantonale Be-

reiche, gehören doch die Justiz und die Polizei sowie die Regelung der Rechtsbeziehungen zu den Behördenmitgliedern und Beamten zu den zentralen Bereichen der kantonalen Selbstverwaltung. Vor diesem Hintergrund wiegen die mit dem Abschluss der Schiedsvereinbarung einhergehenden Eingriffe in die «Staatlichkeit» des Kantons Genf schwer. Ob damit der absolut geschützte Kerngehalt der verfassungsrechtlichen Grundordnung beeinträchtigt wurde, kann vorliegend offen bleiben, denn es liegen ohnehin keine überwiegenden aussenpolitischen Gründe vor, welche eine Abweichung von der verfassungsmässigen Ordnung rechtfertigen könnten. Der mit dem Abschluss der Schiedsvereinbarung einhergehende Eingriff in die verfassungsmässige Ordnung erscheint angesichts der involvierten aussenpolitischen Interessen (soweit diese überhaupt in die Vereinbarung eingeflossen sind) als unverhältnismässig.

Die *Folgen* der Verletzung der Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften sowie die Überschreitung der verfassungsmässigen Schranken der Vertragsinhaltsfreiheit dürften hauptsächlich politischer Natur sein. Das letztlich auch aus staatspolitischer Sicht recht unbefriedigende Ergebnis bietet allerdings u.E. auch eine Chance, die verfassungsmässigen Grenzen der Vertragsinhaltsfreiheit des Bundes (insbesondere bei rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen) sowie die Stellung der Kantone, die dadurch besonders betroffen sind, vertiefter zu reflektieren, um in künftigen (ähnlichen) Fällen adäquat handeln zu können.

2. Aus **völkerrechtlicher Perspektive** ist die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen gültig. Dass die Vereinbarung in Missachtung der innerstaatlichen Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften zustande gekommen ist und der Bund überdies die sich aus der Bundesverfassung ergebenden inhaltlichen Schranken der Staatsvertragskompetenz überschritten hat, vermag an der völkerrechtlichen Verbindlichkeit der Vereinbarung nichts zu ändern (vgl. Art. 27 und 46 VVK).

II. Umsetzung der Vereinbarung

1. Aus **völkerrechtlicher Perspektive** sind die Staaten – ungeachtet ihres innerstaatlichen Rechts – zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet. Das Völkerrecht behandelt den Bundesstaat im Allgemeinen als geschlossene Einheit, so dass nach aussen hin ausschliesslich der Bund verpflichtet wird und für Völkerrechtsverletzungen einzustehen hat. Nach dem in der Schweiz geltenden monistischen Verständnis entfalten völkerrechtliche Verträge mit dem Eintritt der völkerrechtlichen Verbindlichkeit ohne Weiteres auch **innerstaatliche Wirkung**. Was deren hierarchische Stellung im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht betrifft, gehen Lehre und Rechtsprechung heute vom *prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts* aus. Dieser Vorrang lässt sich allerdings nicht mit dem Vorrang des Bundesrechts vor kantonalem Recht («Bundesrecht derogiert kantonales Recht») vergleichen. Je nach inhaltlicher Bedeutung der völkerrechtlichen Norm und je nach hierarchischer Stellung der involvierten landesrechtlichen Vorschrift drängt sich eine Durchbrechung des Vorrangs des Völkerrechts auf. Entsprechend darf gemäss einer neueren, aber verbreiteten Auffassung einem völkerrechtlichen Vertrag von untergeordneter Bedeutung (z.B. einem technischen Abkommen) kein Vorrang vor Fundamentalnormen der Bundesverfassung eingeräumt werden.

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass es sich um eine nicht rechtsetzende Vereinbarung handelt, welche das föderale Grundgefüge der bundesverfassungsrechtlichen Ordnung tangiert. Zwar kommt der Unterscheidung zwischen rechtsetzenden und rechtsgeschäftlichen Staatsverträgen mit Bezug auf den prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts keine Bedeutung zu. Angesichts des gegenüber der Bundesverfassung nur bedingten Vorrangs des Völkerrechts muss der rechtsgeschäftliche Charakter einer völkerrechtlichen Vereinbarung allerdings berücksichtigt werden. Wo die Anwendung solcher Verträge zur Missachtung fundamentaler Verfassungsgrundsätze führen würde, gilt es im Einzelfall abzuwägen, ob die Bedeutung einer ein-

zelfallbezogenen Regelung das Abweichen von elementaren verfassungsmässigen Grundsätzen zu rechtfertigen vermag.

2. Vor diesem Hintergrund können die eingangs aufgeworfenen **Fragen** (in der hier gebotenen Kürze) wie folgt beantwortet werden:

- a. *Muss der Kanton Genf im Verfahren vor dem internationalen Schiedsgericht mitwirken? Inwieweit ist er zur Herausgabe von Akten und zur Weitergabe von Informationen verpflichtet?*

Im Aussenverhältnis wird der Kanton Genf weder durch die vorliegende Schiedsvereinbarung noch durch das Haager Abkommen zur friedlichen Beilegung internationaler Streitfälle (SR 0.193.212) zur Mitwirkung am Schiedsverfahren verpflichtet. Gegenüber dem Bund, welcher der Mitwirkungspflicht und der Anordnungsgewalt des Schiedsgerichts untersteht, muss er aber grundsätzlich Amtshilfe (Art. 44 Abs. 2 BV) leisten. Diese Amtshilfepflicht gilt allerdings nicht uneingeschränkt und findet ihre Grenzen etwa in den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Kantons gegenüber seinen Bürgern, Behördenmitgliedern und Beamten (z.B. Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV).

- b. *Sind die kantonalen Untersuchungs- oder Gerichtsbehörden durch die Feststellungen und die sich daraus ergebenden Anordnungen (Entschädigungspflicht) eines solchen internationalen Schiedsgerichts gebunden?*

- c. *Wird der Kanton Genf für den Fall, dass das Schiedsgericht die Widerrechtlichkeit der Verhaftung von Herrn Hannibal Mumar Al Gadhafi feststellt, zur Einleitung von sanktionierenden Massnahmen gegen einzelne Behördenmitglieder verpflichtet? Inwieweit ist der Bund ermächtigt, im gegebenen Fall gegen kantonale Behörden oder kantonale Beamte Massnahmen zu ergreifen?*

Im Aussenverhältnis wird lediglich der Bund durch das Schiedsurteil verpflichtet und für dessen Erfüllung verantwortlich. Im Innenverhältnis ist das Schiedsurteil als Völkerrecht i.S.v. Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV auch für den Kanton Genf verbindlich. Diese Verbindlichkeit erfährt allerdings eine Relativierung, wo die Behörden zur Umsetzung des Schiedsurteils fundamentale Verfassungsnormen und -prinzipien verletzen müssten.

Insbesondere mit der 4. *Klausel* («Forthly») hat sich der Bund zu einer Leistung verpflichtet, die sich nur unter Verletzung der verfassungsmässigen Ordnung des Kantons Genf (zu deren Schutz der Bund seinerseits durch die Bundesverfassung verpflichtet ist) erfüllen lässt. Insbesondere verbietet es die Bundesverfassung dem Bund, direkt auf (fehlbare) kantonale Behördenmitglieder und Beamte durchzugreifen. Die Verbandsaufsicht des Bundes beinhaltet kein Recht zur ersatzweisen disziplinarischen oder strafrechtlichen Sanktionierung von kantonalen Behördenmitgliedern oder Beamten. Es muss somit dem Kanton Genf anheimgestellt bleiben, ob und wie er auf der Basis seiner Gesetzgebung ein Disziplinar- bzw. ein Strafverfahren gegen einzelne Beamte einleiten will. Aus Art. 44 BV lässt sich keine Pflicht des Kantons zur Einleitung solcher Verfahren ableiten.

Eine allfällige auf der Basis der 5. *Klausel* («Fifthly») vom Schiedsgericht ausgesprochene Entschädigungspflicht trifft ausschliesslich den Bund. Ein Rückgriff auf den Kanton Genf ist mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage ausgeschlossen.

Bei der 6. *Klausel* («Sixthly») handelt es sich u.E. um eine politische (Absichts-)Erklärung. Obwohl sie in die Vereinbarung aufgenommen wurde, bleibt sie ohne rechtliche Bindungswirkung. Selbst wenn man sie als rechtsverbindlich einstufen würde, bleibt sie für die Kantone ohne Bedeutung, da sie im Wesentlichen lediglich verlangt, dass libysche Staatsbürger in Zukunft gesetzes- und grundrechtskonform behandelt werden; ein Anspruch, der sich aber ohnehin bereits aus der innerstaatlichen Rechtsordnung ergibt.

III. Empfehlungen

1. Streitigkeiten zwischen Individuen und Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden müssen – wo keine völkerrechtlichen Verpflichtungen tangiert sind, die primär das zwischenstaatliche Verhältnis betreffen – innerhalb des verfassungsmässig vorgesehenen Verfahrens und Instanzenzugs bereinigt werden. Wo sich aus überwiegenden aussenpolitischen Gründen die Übertragung auf ein internationales Schiedsgericht aufdrängt (was nur ausnahmsweise zulässig sein dürfte), wäre dem betroffenen Kanton nicht nur die **Mitwirkung** in den Verhandlungen über eine entsprechende Schiedsvereinbarung zu gewähren, sondern es müsste überdies auch seine **Zustimmung** eingeholt werden. Dies erleichtert letztlich auch die völkerrechtlich gebotene Umsetzung des Schiedsvertrags und des Schiedsurteils.

2. **Für die Umsetzung der vorliegenden Vereinbarung müssen der Bund und der Kanton Genf zusammenarbeiten.** Es könnte sich im Hinblick auf die grundsätzlich geforderte, aber nicht schrankenlose Pflicht zur Mitwirkung des Kantons an der Vertragserfüllung durch den Bund der Abschluss einer *Vereinbarung* oder eines *Agreements* aufdrängen.



INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS, UNIVERSITÄT FREIBURG
INSTITUT DU FÉDÉRALISME, UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
INSTITUTE OF FEDERALISM, UNIVERSITY OF FRIBOURG



Première estimation relative à la Convention du 20 août 2009 entre la Suisse et la Libye du point de vue du fédéralisme

Version française du résumé

BERNHARD WALDMANN
(Prof. Dr. iur.)

JÜRIG BICKEL
(lic. iur., avocat)

DANIELLE SCHNEIDER
(MLaw)

Traduit par :
NICOLAS SCHMITT
(Dr. iur.)

Septembre 2009

TABLE DES MATIERES

- § 1 **Introduction**
 - I. Situation de départ et questions posées
 - II. Procédure
- § 2 **Adoption et validité de la Convention**
 - I. Dans une perspective de droit international public
 - 1. Adoption
 - 2. Validité
 - II. Dans une perspective de droit interne
 - 1. Prescriptions de compétences et de procédure (Procédure de conclusion)
 - a. Compétence de conclure
 - b. Participation de l'Assemblée fédérale
 - c. Démocratie directe (Référendum)
 - d. Participation des cantons
 - 2. Limites internes
 - 3. Conséquences de la violation des prescriptions de droit interne
- § 3 **Application de la Convention**
 - I. De manière générale: force obligatoire et exécution des traités internationaux dans un Etat fédéral
 - 1. La force obligatoire des traités internationaux
 - a. Au niveau international (interétatique)
 - b. Au niveau national (interne)
 - aa. Applicabilité interne du droit international public
 - bb. Rang interne du droit international public
 - cc. Les traités obligationnels („*Rechtsgeschäftliche Staatsverträge*") sous la loupe
 - 2. Exécution des traités de droit international public
 - II. Questions soulevées par l'application de la Convention
 - 1. Situation de départ
 - 2. Position du canton de Genève dans la procédure arbitrale
 - 3. Force obligatoire de la Convention d'arbitrage et de l'arbitrage lui-même pour le canton de Genève
 - a. De manière générale
 - aa. Force obligatoire de la Convention d'arbitrage
 - bb. Force obligatoire de l'arbitrage lui-même
 - b. En ce qui concerne la responsabilité des autorités impliquée
 - c. En ce qui concerne l'indemnisation de la victime du préjudice ou d'une organisation de son choix
 - 4. Force obligatoire de la clause 6 („*Sixthly*") pour les cantons
- § 4 **Résumé et recommandations**
 - I. Validité de la Convention
 - II. Application de la Convention
 - III. Recommandations

RESUME ET RECOMMANDATIONS

I. Validité de la Convention

Au moment de porter un jugement sur la validité de la Convention conclue entre la Suisse et la Libye, il convient de distinguer entre le niveau national et le niveau international.

1. Du point de vue du **droit interne**, la Convention a été conclue en violation des **normes de compétence et de procédure** : En tout premier lieu, en raison de sa portée politique et de ses implications financières, la Convention aurait dû être soumise à l'approbation de l'*Assemblée fédérale*, ce qui n'a cependant pas été fait – à tort. Certes, l'*Assemblée fédérale* pourrait exiger par voie de motion que la Convention lui soit soumise pour être approuvée *a posteriori* ; une telle approbation ne revêtirait cependant qu'un caractère politique de nature déclarative. Par ailleurs, il semble bien que *les droits de participation du canton de Genève* (Art. 55 CF, art. 1ss. LFPC) n'aient en l'occurrence pas été respectés : il va pourtant de soi que les intérêts essentiels du canton sont affectés par les obligations internationales auxquelles a souscrit la Confédération, et que la capacité d'action de cette dernière en matière de politique extérieure n'aurait pas été entravée par l'observation des droits de participation prévus aux art. 3 – 5 LFPC ; bien au contraire, dans l'optique de l'application de la Convention, il aurait été plus avantageux pour la Confédération elle-même d'associer étroitement le canton de Genève à sa négociation. Au terme des informations dont nous disposons, cet élément n'a pas été suffisamment pris en compte.

De surcroît, en signant cette Convention, la Confédération a outrepassé **les limites matérielles de la compétence contractuelle** découlant de la Constitution fédérale. Certes, l'art. 54 CF confie à la Confédération une compétence extensive en matière de relations extérieures, ce qui lui permet notamment de conclure des traités dans des domaines qui, selon la répartition interne des compétences, relèvent des cantons. Cela dit, même dans le contexte de ses compétences étendues en matière de relations extérieures, la Confédération n'en est pas moins tenue de se conformer à la Constitution. Elle doit en particulier respecter les dispositions (constitutionnelles) touchant les fondements même du fédéralisme. Au premier rang de celles-ci on trouve l'obligation, découlant du principe de la fidélité confédérale, de respect et de défense de leurs intérêts mutuels (cf. art. 44 CF), obligation concrétisée dans l'art. 54 al. 3 CF pour ce qui concerne les affaires étrangères. En outre, la Confédération doit respecter son obligation de protéger l'ordre constitutionnel des cantons, de même que leur existence et leur territoire, également dans le cadre de l'aménagement de ses relations extérieures. Il n'est possible de s'affranchir de l'ordre constitutionnel qu'en présence d'intérêts supérieurs relevant de la politique extérieure. Au surplus, il existe un « noyau dur » de l'ordre constitutionnel fondamental, qui ne peut en aucun cas faire l'objet d'une pesée d'intérêts avec des éléments contradictoires de politique extérieure. On y trouve à notre avis, outre la garantie de l'existence et du territoire des cantons (Art. 53 CF), le respect de leur autonomie (Art. 47 CF).

En signant cette Convention, la Confédération n'a pas seulement empiété sur un domaine relevant de la compétence cantonale (ce qui pourrait être admissible au sens de l'art. 54 CF), mais en plus elle a dérogé à l'ordre constitutionnel pour régler un seul contentieux bien spécifique. A la lumière des principes fondamentaux du fédéralisme contenus dans la Constitution, il convient de prendre de très grandes précautions avant de s'engager dans de telles conventions d'arbitrage. En exécutant les tâches qui leur sont dévolues, les cantons doivent être assurés que la Confédération n'empiétera pas sur leur autonomie dans des cas isolés,

sans raisons impérieuses et en outrepassant sa fonction de surveillance. La Convention d'arbitrage pose également des problèmes du point de vue de l'égalité. En outre, la dérogation à l'ordre constitutionnel créée par la Convention d'arbitrage touche des domaines cantonaux sensibles, tant il est vrai que la justice et la police, de même que la réglementation des relations juridiques par les autorités et les fonctionnaires, relèvent de l'essence même de l'autonomie cantonale. Dans ce contexte, les immixtions dans la "souveraineté" du canton de Genève impliquées par la conclusion de la Convention d'arbitrage se révèlent particulièrement lourdes. Quant à savoir si de la sorte le "noyau dur" de l'ordre constitutionnel protégé de manière absolue a été touché, la question peut rester ouverte à ce stade, car il n'existe de toute manière aucune raison impérieuse de politique extérieure permettant de justifier une dérogation à l'ordre constitutionnel. Vu les intérêts de politique extérieure en jeu (pour autant que ceux-ci figurent bel et bien dans la Convention) le trouble à l'ordre constitutionnel lié à la conclusion de cette dernière se montre incontestablement excessif.

Les *conséquences* de la violation des prescriptions de compétence et de procédure ainsi que de la transgression des limites constitutionnelles relatives à la libre détermination de l'objet d'un contrat devraient être principalement de nature politique. Le résultat obtenu, qui en fin de compte se révèle totalement insatisfaisant également du point de vue de la politique nationale, offre cependant à notre avis une chance de réfléchir de manière plus approfondie aux limites constitutionnelles du libre-choix de l'objet d'un traité pour la Confédération (en particulier dans le cas de conventions obligationnelles), mais aussi à la situation des cantons qui sont tout particulièrement concernés, de manière à pouvoir agir de manière adéquate si des cas identiques devaient se reproduire à l'avenir.

2. Dans une **perspective de droit public**, la Convention conclue entre la Suisse et la Libye est valide. Le fait qu'elle ait été adoptée en violation des normes internes de compétence et de procédure, et qu'au surplus la Confédération n'ait pas respecté les limites matérielles de sa compétence contractuelle, ne permet pas de changer quoi que ce soit à la validité internationale de cette convention (cf. art. 27 et 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

II. Application de la Convention

1. Du point de vue du **droit international public**, les Etats sont tenus de respecter leurs engagements indépendamment des dispositions de leur droit interne. En règle générale, le droit international public considère l'Etat fédéral comme une entité homogène, de telle sorte qu'envers l'extérieur c'est exclusivement la Confédération qui s'engage et doit répondre d'éventuelles violations du droit international.

Selon la doctrine moniste prévalant en Suisse, les traités internationaux déploient également un **effet de droit interne**, et cela dès leur entrée en vigueur et sans autre forme de procès. En ce qui concerne leur rang dans la hiérarchie des normes de droit, la doctrine et la jurisprudence se rejoignent actuellement sur le principe de la *primauté des normes de droit international*. Il n'est toutefois pas possible de comparer cette priorité avec celle du droit fédéral sur le droit cantonal (« Le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire »). En fonction de la signification matérielle de la norme internationale, mais également de la position hiérarchique de la prescription nationale concernée, une dérogation à la primauté du droit international peut s'imposer. C'est ainsi qu'une nouvelle interprétation plus extensive d'une convention internationale mineure (p. ex. un accord technique) ne saurait comporter de priorité sur les normes fondamentales de la Constitution fédérale.

Dans le cas qui nous occupe, il convient de garder présent à l'esprit le fait que ce n'est pas une convention normative qui vient affecter la structure fédérale de l'ordre constitutionnel. Certes, la distinction entre les traités normatifs (« *rechtsetzende Staatsverträge* ») et obligationnels (« *rechtsgeschäftliche Staatsverträge* ») ne revêt aucune signification en ce qui concerne le principe de la primauté du droit international. Mais au vu de la priorité parfois relative du droit international sur la Constitution fédérale, le caractère obligationnel d'une convention internationale doit être pris en considération. Quand l'application de tels accords est de nature à remettre en cause certains principes constitutionnels fondamentaux, il convient *in casu* de procéder à une pesée des intérêts, de manière à savoir si la portée d'une réglementation concrète visant un cas d'espèce justifie à elle seule une dérogation aux principes élémentaires et fondamentaux de l'ordre constitutionnel.

2. Dans ce contexte, il est permis de répondre de la manière suivante aux **questions** posées (rappelées ici de manière synthétique):

a. *Le canton de Genève est-il tenu de coopérer avec le tribunal arbitral international? Dans quelle mesure doit-il fournir des documents et transmettre des informations?*

Dans le contexte de ses relations extérieures, le canton de Genève n'est obligé de participer à la procédure d'arbitrage ni par la présente convention d'arbitrage ni par la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux (RS 0.193.212). En revanche, il doit en principe prêter assistance à la Confédération (Art. 44 al. 2 CF) qui – elle – est soumise à l'obligation de collaborer avec le tribunal arbitral et de se soumettre à ses injonctions. Ce devoir d'assistance n'est cependant pas inconditionnel : il trouve ses limites dans les obligations constitutionnelles incombant au canton en matière de protection de ses concitoyens, de ses autorités et de ses fonctionnaires (p. ex. la protection de la sphère privée au sens de l'art. 13 CF).

b. *Les autorités cantonales en charge de l'instruction ou du jugement sont-elles liées par les constatations d'un tel tribunal international d'arbitrage, ainsi que par les injonctions qui risquent de s'ensuivre (obligation d'indemnisation)?*

c. *Dans le cas où le tribunal arbitral retiendrait l'illicéité de l'arrestation de M. Hannibal Muhammad Al Ghadhafi, le canton de Genève serait-il tenu de prendre des sanctions à l'encontre de l'un ou l'autre membre de ses autorités? Le cas échéant, dans quelle mesure la Confédération serait-elle compétente pour prendre des mesures visant des autorités ou des fonctionnaires du canton?*

Vis-à-vis de l'extérieur, c'est uniquement la Confédération qui est engagée par la décision arbitrale et qui est responsable de son exécution. A l'interne, la sentence arbitrale s'applique également au canton de Genève, car il s'agit de droit international au sens des art. 5 al. 4 et 190 CF. Cette justiciabilité se voit cependant relativisée dès lors que l'exécution de la décision contraindrait les autorités à enfreindre des normes et des principes constitutionnels fondamentaux.

C'est notamment dans la *Quatrième Clause* ("Forthly") que la Confédération s'est engagée à une prestation qu'il n'est possible de concrétiser qu'au prix d'une violation de l'ordre constitutionnel du canton de Genève (que par ailleurs la Constitution fédérale oblige la Confédération à respecter). La Constitution interdit en particulier à la Confédération de s'en prendre directement à des autorités ou des fonctionnaires cantonaux (défaillants). La surveillance fédérale, qui est une surveillance de collectivité, ne contient aucun droit à des sanctions disciplinaires ou pénales subrogatoires à l'encontre d'autorités ou de fonctionnaires cantonaux. Le canton de Genève doit ainsi demeurer libre de décider s'il entend poursuivre disciplinairement ou pénalement l'un ou l'autre de ses agents sur la base de sa propre législation, et le cas

échéant dans quelle mesure. L'art. 44 CF ne permet pas de déduire une obligation du canton à l'ouverture de telles procédures.

Une éventuelle indemnisation octroyée par le tribunal arbitral sur la base de la *Cinquième Clause* ("*Fifthly*") concerne exclusivement la Confédération. Faute de base légale suffisante, il est exclu que celle-ci puisse se retourner contre le canton de Genève.

Quant à la *Sixième Clause* ("*Sixthly*"), il s'agit à notre avis d'une déclaration d'intention de nature politique. Bien qu'elle figure dans la Convention, elle ne possède aucune force juridique. Même si on devait la lui concéder, elle ne revêt aucune signification pour le canton, tant il est vrai qu'elle se contente d'exiger qu'à l'avenir les citoyens libyens soient traités dans le respect de la loi et des normes fondamentales; un postulat qui relève pourtant en tout état de cause de l'ordre juridique interne.

III. Recommandations

1. Dès lors que des obligations internationales relevant en priorité des relations interétatiques ne sont pas touchées, les contentieux entre des personnes privées et des autorités de la Confédération, des cantons et des communes doivent être réglés en suivant les procédures et les instances prévues par la constitution. Quand, pour des motifs impérieux de politique extérieure, le recours à un tribunal arbitral s'impose, il convient non seulement de s'assurer de la **collaboration** du canton en cause lors des négociations entourant l'adoption de la Convention d'arbitrage proprement dite, mais également de rechercher son **approbation**. Une telle manière de procéder permet par ailleurs de faciliter l'exécution de la Convention d'arbitrage et de l'arbitrage proprement dit, imposée par le droit international.

2. Pour ce qui concerne la mise en œuvre de la présente Convention, la Confédération et le canton de Genève doivent coopérer. Vu l'obligation du canton de participer à l'exécution de l'arbitrage par la Confédération, obligation de principe sans être pour autant dépourvue de limites, il pourrait se révéler nécessaire de conclure une *convention* ou un *gentlemen's agreement*.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des affaires étrangères DFAE
Direction du droit international public DDIP

Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral de la justice OFJ

16 octobre 2009

Avis conjoint de la Direction du droit international public et de l'Office fédéral de la justice sur l'accord conclu entre la Suisse et la Libye le 20 août 2009

Résumé

L'Accord que le Président de la Confédération Hans-Rudolf Merz a signé avec la Libye le 20 août 2009 constitue, du point de vue du droit international, un traité international contraignant. Sur le fond, l'Accord contient des éléments qui se trouvent normalement dans un traité d'arbitrage international usuel : il prévoit le recours à des arbitres, fixe le siège du tribunal arbitral et détermine le droit applicable et les compétences du tribunal.

De plus, l'Accord renferme quelques obligations qui nécessitent une interprétation plus précise vu les circonstances dans lesquelles il a été conclu. C'est notamment le cas de l'obligation de présenter des excuses, qui ne peuvent porter que sur les circonstances de l'arrestation, et non sur sa légalité, selon une interprétation rigoureuse du texte. L'Accord règle par ailleurs les effets de la sentence arbitrale, l'interdiction de laisser se répéter de semblables incidents et la normalisation des relations bilatérales dans un délai de 60 jours. L'obligation d'appliquer une éventuelle sentence arbitrale sur le plan national doit être assumée dans le cadre de l'ordre juridique suisse. De même, la prévention de semblables incidents doit être conforme au cadre légal suisse et ne saurait le modifier.

Conformément à l'article 54, al. 1 Cst., la conclusion de l'Accord relève de la compétence de la Confédération. Comme il s'agit en l'occurrence d'une convention visant à restaurer les relations entre la Suisse et un autre État, par le règlement d'un cas d'espèce étroitement circonscrit, la compétence de conclure l'Accord appartient, au sein de la Confédération, au Conseil fédéral. Conformément à l'article 7a, al. 2 LOGA, un tel traité de portée mineure ne nécessite pas l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Selon la réglementation des compétences dans l'ordre juridique suisse, la Confédération et les cantons concernés sont tenus d'appliquer le traité et la sentence arbitrale rendue en l'application de ce texte. Dans le cas présent, l'Accord concerne uniquement les compétences et les intérêts de la Confédération et du canton de Genève. Il ne contient aucune nouvelle obligation pour les autres cantons. Tout au long des négociations avec la Libye, qui ont duré des mois, le canton de Genève a été tenu au courant de façon informelle et consulté. C'est uniquement dans la dernière phase des négociations du traité qu'il n'a plus été possible de l'impliquer dans le processus car, dans la perspective de l'époque, le créneau disponible pour régler cette affaire était limité dans le temps et la Confédération devait préserver sa capacité d'action dans cette situation exceptionnelle.

I. Rappel des faits

Par suite du dépôt d'une plainte pour lésions corporelles simples, séquestration et enlèvement ainsi que pour menaces et contrainte, le 12 juillet 2008, la police du canton de Genève a placé Monsieur Hannibal Mouammar Kadhafi, fils du Président libyen M. Mouammar Kadhafi, ainsi que son épouse, en détention préventive le 15 juillet 2008. Le 17 juillet 2008, le couple a été remis en liberté contre le versement d'une caution. La plainte a été retirée par la suite. Au moment des faits, les deux ressortissants libyens étaient en possession d'un passeport diplomatique, sans être accrédités en Suisse en tant que représentants diplomatiques. Ils effectuaient un voyage privé en Suisse.

Immédiatement après leur arrestation, la Libye s'est plainte auprès du DFAE au sujet des faits survenus à Genève qu'elle considérait comme illicites. En dépit de négociations parfois intenses, il ne fut pas possible par la suite de se mettre d'accord sur l'appréciation juridique des faits. Et la constitution d'un comité *ad hoc* indépendant composé d'un représentant de chacun des deux États ne permit pas non plus d'arriver à une appréciation juridique commune. Le membre suisse du comité, le professeur L. Caflisch, est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait eu atteinte ni au droit international ni au droit national lors de l'arrestation de M. et Mme Kadhafi, même s'il fallait regretter que ces deux personnes n'aient pas été traitées avec tous les ménagements nécessaires, voire qu'elles aient fait l'objet de vexations inutiles. Le membre libyen du comité, le juge M.I. Werfalli, a quant à lui estimé que les actes « illicites et disproportionnés » de la police genevoise, conjugués « au traitement blessant et humiliant du diplomate libyen et de sa femme ainsi qu'à la violation des droits de leur enfant » doivent être qualifiés d'infractions au regard du droit pénal applicable et méritent d'être sanctionnés au moins par des mesures disciplinaires sévères. Dans l'Accord du 20 août 2009, le Président de la Confédération et le premier ministre libyen sont finalement convenus de confier l'appréciation des faits survenus entre le 15 et le 17 juillet 2008 à un tribunal arbitral *ad hoc*.

Les sections qui suivent analysent la nature juridique de cet accord, sa validité et son contenu. Un éclairage plus précis sera ensuite apporté sur les aspects de la compétence de conclure des traités, de la consultation des cantons et de la mise en œuvre du traité. Enfin, la question des conséquences possibles en cas de manquement aux obligations conventionnelles sera examinée.

II. Nature juridique de l'Accord

L'Accord, étant un accord contraignant conclu par écrit entre États, doit être qualifié de traité international au sens de l'article 2, al. 1, let. a de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (ci-après CVDT)¹. Les dispositions de la CVDT, dont la Suisse comme la Libye sont parties contractantes² et qui constitue une codification du droit international coutumier, sont en conséquence applicables à l'Accord. C'est donc la CVDT qui détermine tant la validité que l'interprétation de l'Accord.

¹ RS 0.111

² Pour la Suisse, la CVDT est entrée en vigueur le 6 juin 1990, pour la Libye le 21 janvier 2009.

III. Validité de l'Accord

Pour qu'un accord international soit valablement conclu, il nécessite selon l'article 7, al. 1 CVDT le consentement des représentants, dûment habilités à cet effet, des États concernés. En général, l'habilitation est accordée sous forme de pleins pouvoirs. Seuls les chefs d'État ou de gouvernement et les ministres des Affaires étrangères n'ont pas besoin de pleins pouvoirs. Conformément à l'article 7, al. 2, let. a CVDT, ils engagent l'État qu'ils représentent sans avoir à produire de pleins pouvoirs. L'autre État contractant peut donc être assuré qu'une telle personne peut dans tous les cas lier son pays de manière contraignante. L'article 46 CVDT prévoit en outre qu'un État contractant ne peut invoquer une violation de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités, à moins que cette violation n'ait été manifeste. Or, cette dernière possibilité est exclue dans le cas d'un chef d'État ou de gouvernement. En sa qualité de Président de la Confédération, le conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz a, par sa signature, engagé l'État suisse de manière contraignante. L'Accord a un caractère contraignant en droit international et le Suisse est tenue, à l'égard de la Libye, d'exécuter le traité.

IV. Contenu et interprétation de l'Accord

a) Généralités

Conformément à son préambule, l'Accord du 20 août 2009 a pour objet de régler le différend qui oppose la Suisse et la Libye sur les faits ayant entouré l'arrestation « injustifiée et inutile » du « diplomate libyen ». Il contient des éléments figurant normalement dans un traité d'arbitrage international usuel (ou compromis). Par un tel traité d'arbitrage, deux États recourent à un instrument classique de la diplomatie, à savoir la soumission d'un litige à un tribunal arbitral *ad hoc*. Le traité d'arbitrage (ou compromis) contient les dispositions usuelles relatives au mode de constitution du tribunal arbitral, à son mandat et à ses règles de procédure. Il comporte en outre des obligations interprétées ci-après conformément aux articles 31 à 33 CVDT, c'est-à-dire sur la base du texte placé dans son contexte et en référence aux autres règles de droit international applicables ; les circonstances de la conclusion du traité et les travaux préparatoires seront également pris en considération à titre complémentaire.

b) Obligations au sens de l'article 1

Conformément à l'article 1, la Suisse doit présenter – quelle que soit l'issue de la procédure arbitrale – des « excuses publiques et officielles » pour l'arrestation « injustifiée et inutile » du « diplomate libyen par la police genevoise le 15 juillet 2008 ». C'est ce qu'a fait le Président Hans-Rudolf Merz le 20 août 2009 devant les médias, en présence du premier ministre libyen ; cette obligation conventionnelle est donc déjà remplie. Concernant l'interprétation du traité, la question se pose de savoir quelles conclusions il faut tirer de cette obligation de présenter des excuses. Compte tenu de l'énoncé de cette clause de l'accord et dans le

³ Voir à cet égard Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge 2000, p. 293-4.

contexte de cette convention d'arbitrage, il s'ensuit que les excuses portent sur les circonstances de l'arrestation, mais pas sur sa légalité. Cette disposition ne préjuge donc pas de la sentence arbitrale. Dans le cas contraire, l'institution d'un tribunal arbitral, qui a justement pour mandat d'évaluer les circonstances et la légalité de l'arrestation, aurait été dénuée de toute utilité.

À l'article 1, M. Hannibal Kadhafi est qualifié de « diplomate libyen ». Il convient de relever à cet égard que la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁴ ne s'applique pas en l'occurrence. Le terme de diplomate renvoie au fait que M. Hannibal Kadhafi est titulaire d'un passeport diplomatique. Cette seule circonstance ne suffit toutefois pas à le faire bénéficier automatiquement des privilèges et immunités en Suisse ; conformément à l'article 31 en relation avec l'article 1 e de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et à la pratique générale des États fondée sur cette disposition, il devrait, à cet effet, être accrédité en Suisse ou y voyager dans le cadre d'une fonction officielle (et y être annoncé)⁵. Or, ces deux conditions n'étaient pas remplies en l'occurrence. M. Hannibal Kadhafi et sa famille ne jouissent donc pas de l'immunité de juridiction en Suisse.

c) Constitution du tribunal arbitral (article 2)

L'article 2 prévoit la constitution d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres. C'est l'élément clé de l'accord et on y trouve surtout les dispositions usuelles d'un traité d'arbitrage (compromis), qui ne nécessitent donc pas une interprétation plus précise. Seules les bases légales applicables, en particulier le « droit national pertinent » et les règles de la « courtoisie internationale » doivent faire l'objet d'un examen approfondi.

S'agissant du « droit national », il convient de relever que les tribunaux arbitraux internationaux le considèrent en principe comme un fait. En raison de ce principe bien établi dans la doctrine⁶ et la pratique⁷ du droit international, l'interprétation du droit national par les autorités qui appliquent le droit de l'État considéré – en l'occurrence les autorités du canton de Genève et de la Confédération – est contraignante pour le tribunal arbitral international. Ce dernier devrait donc, non pas procéder à sa propre interprétation du droit suisse, mais se référer à la jurisprudence des tribunaux cantonaux et du Tribunal fédéral. Il examinera probablement la conformité de la pratique nationale avec les règles applicables du droit international. Pour le tribunal arbitral, le droit international pourrait donc être un critère d'appréciation plus pertinent que le droit national.

La notion de « courtoisie internationale » n'est pas une source de droit international coutumier, telle qu'elle figure dans l'énumération exhaustive donnée à l'article 38 du statut de la CIJ et telle qu'elle est unanimement acceptée par la

⁴ RS 0.191.01

⁵ Concernant la consécration de ce principe dans la pratique internationale, voir par ex. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge 2005, p. 141.

⁶ Voir par ex. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 2003 (6^e édition), p. 38-9.

⁷ Voir par ex. *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A, No. 7, p. 19; *Serbian Loans*, PCIJ Series A, No. 20-1, p. 46; *Brazilian Loans*, PCIJ Series A, No. 21, p. 124; *Fisheries Case*, ICJ Reports 1951, p. 181 (Sep. Op. Judge McNair).

doctrine du droit international⁸. La « courtoisie internationale » est une notion du protocole diplomatique, qui ne contient ni droits ni obligations justiciables. Le tribunal arbitral devrait donc uniquement se reporter à la « courtoisie » à des fins d'interprétation ou pour en déduire éventuellement des règles de comportement.

d) Prise de mesures nécessaires (article 3)

Conformément à l'article 3, la Suisse s'engage à prendre les « mesures nécessaires » à l'égard des personnes responsables, si le tribunal arbitral conclut à des actes illicites. Ces mesures sont de moindre portée que les mesures judiciaires prévues à l'article 4. On peut penser en particulier à des mesures disciplinaires contre les employés fédéraux ou cantonaux concernés. Ces mesures sont déterminées par le droit suisse, c'est-à-dire le droit fédéral et le droit cantonal. Aucune d'entre elles ne sera donc en contradiction avec l'ordre juridique suisse.

e) Conduite d'une procédure judiciaire (article 4)

Si, aux yeux du tribunal arbitral, il est effectivement établi que lors des faits survenus entre le 15 et le 17 juillet 2008, des actes relevant du droit pénal ou d'autres violations du droit ont été commis, l'article 4 prévoit que la Suisse engage une procédure judiciaire contre les responsables. Le cas échéant, il en découle pour la Suisse une obligation de droit international, et la Confédération répondra de son exécution à l'égard de la Libye.

f) Versement d'une indemnité (article 5)

Si le tribunal arbitral devait établir une responsabilité pénale ou civile des représentants des autorités suisses, la Suisse sera tenue, en vertu de l'article 5, de verser aux victimes de l'incident ou à une organisation désignée par la Libye une indemnité dont le montant est à fixer par le tribunal arbitral. Notons, dans ce contexte, qu'un tribunal arbitral peut également rendre une décision qui constate simplement un fait ou – le cas échéant – une entrave à une règle de droit sans qu'il lie ce constat à une obligation supplémentaire de réparation par l'État concerné. Si une indemnisation est néanmoins attribuée, les tribunaux arbitraux internationaux fixent les indemnités en fonction des principes du droit international coutumier, qui sont notamment codifiés à l'article 36 « *ILC Draft Articles on State Responsibility* » (projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État) et dont l'Assemblée générale des Nations Unies a formellement pris note⁹. Selon ces principes, l'État contrevenant doit verser une indemnité compensatoire correspondant au dommage matériel ou moral financièrement chiffrable. Conformément à la pratique internationale, le dommage moral peut également consister en l'affront infligé à une personne ou à son entourage¹⁰. Le postulat de départ

⁸ Voir par ex. Ipsen, *Völkerrecht*, Munich 2004 (5^e éd.), p. 210-1; Müller/Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, Berne 2001 (3^e éd.), p. 9-11; Daillier/ Pellet, *Droit International Public*, Paris 1999 (6^e éd.), p. 113-4.

⁹ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale de l'ONU du 12 décembre 2001

¹⁰ Voir indications relatives à la pratique dans le commentaire de l'art. 36 des « *ILC-Draft Articles on State Responsibility* », par. 16.

étant que le tribunal arbitral suivra ces principes bien établis dans la pratique, pour autant qu'il parte effectivement du principe qu'il existe une obligation de dédommagement.

g) Clause de non-répétition d'incidents semblables (article 6)

Aux termes de l'article 6, la Suisse s'engage à ce que, à l'avenir, des incidents semblables à ceux qui se sont produits le 15 juillet 2008 à l'encontre de ressortissants et de représentants officiels libyens ne se renouvellent pas, à ce que le traitement réservé à ces personnes soit amélioré et à ce que les procédures les concernant soient facilitées. Cet aspect doit être considéré d'abord à la lumière des faits survenus entre le 15 et le 17 juillet, des incidents de ce type ne devant plus se reproduire. L'Accord ne fait nullement obstacle à ce que les autorités appliquent le droit suisse à des ressortissants libyens et le fassent respecter. Il renforce donc seulement l'obligation déjà existante de prendre en considération les circonstances particulières qui accompagnent l'arrestation de ressortissants étrangers et de tenir compte rigoureusement des obligations internationales incombant à la Suisse dans de tels cas. Dans l'éventualité où des autorités fédérales ou cantonales seraient un jour amenées à appliquer une disposition pénale à un ressortissant libyen ou à arrêter un tel ressortissant, la démarche la plus indiquée consisterait toujours à respecter les dispositions de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires¹¹, comme pour tout autre ressortissant étranger. Cela signifie concrètement que, si l'intéressé en fait la demande, l'ambassade de Libye à Berne doit être informée sans retard d'une arrestation ou de toute autre mesure privative de liberté¹², que ce soit directement ou par l'intermédiaire du DFAE. Cet impératif vaut d'ailleurs à l'égard de tous les ressortissants étrangers et ne constitue pas une nouvelle obligation.

h) Normalisation des relations bilatérales (article 7)

Conformément à l'article 7, la Suisse et la Libye vont à nouveau normaliser leurs relations bilatérales. Les deux pays doivent, à cet effet, désigner sans attendre une personne de leur ministère des Affaires étrangères qui sera chargée de régler les difficultés actuelles. Il s'agira notamment de lever les restrictions à l'entrée ou à la sortie du territoire et de rétablir les relations économiques et les liaisons aériennes. Les personnes désignées devront réaliser cette normalisation dans un délai de 60 jours. La Suisse a nommé à cet effet le secrétaire d'État M. Michael Ambühl, la Libye le sous-secrétaire d'État M. Khaled M. Kaim. Les premiers entretiens ont déjà eu lieu.

La normalisation des relations implique explicitement la délivrance de visas d'entrée ou de sortie à « tous les ressortissants suisses ou libyens », c'est-à-dire également aux ressortissants suisses actuellement détenus en Libye. En application de l'article 31 CVDT, cette interprétation de l'énoncé est corroborée par le fait que, dans le cadre des négociations de l'Accord, il a été renoncé à mentionner expressément les deux Suisses, le motif invoqué étant qu'ils relèvent déjà du

¹¹ RS 0.191.02

¹² Voir art. 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires

champ d'application de l'article 7. Le Président de la Confédération Hans-Rudolf Merz avait exposé cette situation de fait en présence du premier ministre libyen lors de la conférence de presse qui avait suivi la signature de l'Accord du 20 août 2009. Or, le premier ministre libyen n'avait alors pas réagi à ces déclarations interprétatives. Il est donc permis d'en conclure que cette interprétation de l'article 7 correspond aussi au sens donné à cette disposition par la partie libyenne. Enfin, par lettre du 26 août 2009, le premier ministre libyen a établi un lien entre l'Accord du 20 août 2009 et l'autorisation de sortie des deux ressortissants suisses. Toutes les déclarations qui auront été faites ou omises lors de la conclusion de l'Accord corroborent l'interprétation selon laquelle la libération des deux Suisses ressort implicitement de l'article 7. Le refus d'un visa de sortie aux deux Suisses après le 20 octobre 2009, date d'expiration du délai de normalisation des relations, constituerait donc une violation de l'Accord.

V. Compétence de conclure l'Accord

a) En général

La compétence de conclure des traités internationaux relève, en vertu de l'article 54, alinéa 1, Cst., de la compétence de la Confédération. Selon la doctrine¹³ et la pratique constante et uniforme des autorités fédérales¹⁴, cette compétence s'étend à tous les domaines, y compris ceux qui relèvent de la compétence des cantons, tels que les domaines de la police, de la culture, du droit fiscal ou de l'école. Ainsi, la compétence de la Confédération en matière de politique extérieure va au-delà de sa compétence législative. En d'autres termes, la Confédération peut conclure des traités internationaux même dans les domaines dans lesquels elle ne pourrait pas légiférer sur le plan interne. Elle ne pourrait pas, toutefois, exercer sa compétence en matière de politique extérieure de sorte à étendre sa compétence législative. Autrement dit, lorsqu'elle adhère à un traité dont l'objet relève de la compétence des cantons, la Confédération ne saurait se fonder sur ce traité pour édicter les dispositions législatives de mise en œuvre.

La Constitution attribue à l'Assemblée fédérale la compétence d'approuver les traités internationaux tout en réservant les cas où la compétence de conclure est accordée au Conseil fédéral en vertu d'un traité, approuvé par l'Assemblée fédérale, ou d'une loi¹⁵. Outre les normes de délégation prévues dans des lois spéciales, le Conseil fédéral dispose également d'une délégation générale de conclure les traités de portée mineure en vertu de l'article 7a, alinéa 2, de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration¹⁶. Sont considérés comme des traités de portée mineure notamment les traités qui

¹³ Voir U. Häfelin/W. Haller/H. Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^e éd., Zurich, 2008, n° 1123, p. 330-331 ; P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution*, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 54, n° 6, p. 461 ; B. Ehrenzeller, *St-Galler Kommentar*, Zurich, Saint-Gall, 2008, vol. I, art. 54, al. 1, n° 12, p. 987-988.

¹⁴ Voir FF 1994 II 608 ; FF 1999 1345 ; FF 2000 859 ; FF 2002 584 ; FF 2005 926 et 980 ; FF 2007 6894.

¹⁵ Voir art. 166, al. 2, Cst. ; art. 24, al. 2, de la Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl), SR 171.10 et art. 7a, al. 1, de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), RS 172.010.

¹⁶ Cf. JAAC 70.69, p. 1102-1103.

ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants (a), servent à l'exécution de traités antérieurs approuvés par l'Assemblée fédérale (b), portent sur des objets relevant du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral dans la mesure où l'exercice de cette compétence nécessite la conclusion d'un traité international (c), s'adressent en premier lieu aux autorités, règlent des questions administratives ou techniques ou n'entraînent pas de dépenses importantes (d)¹⁷.

b) En l'espèce

La Confédération est donc compétente pour conclure l'Accord avec la Libye. Reste à déterminer si cette conclusion doit se faire selon la procédure ordinaire¹⁸ ou simplifiée¹⁹.

La compétence de conclure des traités internationaux appartient au Conseil fédéral en tant que collège, à moins qu'il n'y ait eu subdélégation à un département, à un groupement ou à un office²⁰, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il convient donc de déterminer si le Conseil fédéral disposerait de la compétence de le conclure seul, auquel cas sa décision aurait un caractère définitif, ou si l'Accord devait encore être soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Aucune loi fédérale particulière ni traité international approuvé par l'Assemblée fédérale n'attribuent au Conseil fédéral la compétence de conclure l'Accord avec la Libye. Il importe, dès lors, d'examiner si la conclusion de cet accord relève de la compétence du Conseil fédéral sur la base de l'article 7a, al. 2, LOGA.

L'Accord avec la Libye porte sur les modalités de règlement d'un conflit bilatéral généré par les circonstances de l'arrestation de deux citoyens libyens le 15 juillet 2008 à Genève. Il s'agit donc d'un accord portant sur un cas particulier et dont la portée est limitée. Le préambule stipule d'ailleurs explicitement que l'Accord a pour objet de régler le différend qui oppose la Suisse à la Libye suite aux événements du mois de juillet 2008. D'autre part, il s'adresse en premier lieu aux autorités. Certes, la Suisse y présente des excuses publiques au gouvernement libyen suite à l'arrestation contestée de ses deux citoyens et convient de la création d'un tribunal arbitral (cf. article 1 et 2). Ces mesures constituent, cependant, des actes de politique étrangère qui relèvent de la compétence du Conseil fédéral en vertu de l'article 184, al. 1, Cst. Au demeurant, le mandat du tribunal arbitral est limité à l'examen du cas particulier (cf. article 2, let. c, ch. 1 à 3), à savoir la légalité des conditions d'arrestation des deux citoyens libyens. Quant aux mesures à prendre par les autorités suisses dans le cas où le tribunal arbitral constaterait une violation du droit par la police cantonale genevoise, elles sont limitées au cas d'espèce (cf. article 3 et 4) et relèvent, de surcroît, du ressort de l'autorité exécutive cantonale²¹ qui agirait, le cas échéant, en application du droit

¹⁷ Pour un aperçu de la pratique, cf. JAAC 68.83, p. 1080-1081.

¹⁸ Approbation par l'Assemblée fédérale

¹⁹ Conclusion par le Conseil fédéral sans intervention parlementaire.

²⁰ Cf. art. 48a LOGA

²¹ Voir Loi genevoise du 1^{er} janvier 1958 sur la police. Selon l'art. 13, al. 1, de cette loi, la police judiciaire est soumise à l'autorité et à la surveillance du procureur général conformément au code de procédure pénale.

cantonal. Il en est de même de l'obligation de réparation du dommage en cas de reconnaissance par le tribunal arbitral de la responsabilité civile ou pénale des autorités cantonales (cf. article 5). Cette obligation s'adresse d'ailleurs uniquement aux autorités, elle vise un cas unique et ne constitue pas une nouvelle obligation pour la Suisse, car la Confédération et le Canton de Genève répondent d'ores et déjà du dommage causé licitement ou illicitement par leurs employés en vertu de la législation fédérale et cantonale²². En ce qui concerne l'article 6 de l'Accord avec la Libye, comme nous l'avons précisé ci-dessus, il ne crée aucune nouvelle obligation à l'égard de la Suisse. S'agissant des mesures à prendre en vue de la normalisation des relations bilatérales (cf. art. 7), elles relèvent de la politique étrangère et sont donc du ressort du Conseil fédéral en vertu de l'article 184, al. 1, Cst.

Peut-on, néanmoins, soutenir que l'Accord avec la Libye doit être soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale parce qu'il est sujet au référendum facultatif en matière de traités internationaux conformément à l'article 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst. ? Cette disposition prévoit en effet, que les traités qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables sont sujets au référendum. Il est vrai que l'Accord avec la Libye ne prévoit pas de clauses finales et notamment des clauses sur la durée de validité et sur la dénonciation de l'Accord. Il n'en demeure pas moins que par son objet, limité au traitement d'un cas unique, et la limitation dans le temps des principales mesures qui y sont prévues (60 jours, cf. art. 2, let. f et art. 7), l'Accord avec la Libye n'est pas destiné à produire des effets juridiques au-delà du temps nécessaire au règlement du conflit opposant les deux pays et peut donc être considéré comme étant de durée déterminée, même si cela n'est pas explicitement prévu par l'Accord. L'absence d'une clause relative à la durée de l'Accord doit même être interprétée comme l'indice ou la conséquence que cet accord se rapporte, pour l'essentiel, à la résolution d'un cas particulier. Une fois celui-ci résolu, l'Accord n'aura plus d'objet et pourra être considéré comme étant consommé. Par conséquent, il n'est pas sujet au référendum et ne doit pas, pour cette raison, être soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Il résulte de ce qui précède que le champ d'application de l'Accord conclu avec la Libye est étroit. Les quelques obligations qui en découlent se rapportent à un cas particulier ou revêtent une portée matérielle limitée et s'adressent principalement aux autorités. L'Accord peut, par conséquent, être qualifié de traité de portée mineure au sens de l'article 7a, al. 2, let. a et d, LOGA et le Conseil fédéral peut le conclure seul.

Le Conseil fédéral a pris connaissance de l'Accord le 26 août 2009. Il a relevé que ce texte engage la Suisse au niveau international et a décidé de prendre les dispositions nécessaires à sa mise en œuvre. Par la manifestation de la volonté de mettre en œuvre l'Accord et donc de normaliser les relations avec la Libye, le Conseil fédéral tient compte du fait que l'Accord signé par le Président de la Confédération est contraignant pour la Suisse sur le plan international. Il en découle que l'Accord est aussi valable sur le plan national.

²² Voir la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32) et la loi genevoise du 22 avril 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes.

Signalons encore que conformément à l'article 48a, al. 2, LOGA, le Conseil fédéral est tenu de rendre compte de la conclusion de l'Accord dans son rapport annuel à l'Assemblée fédérale concernant les traités internationaux conclus par lui-même, par les départements, par les groupements ou par les offices. Si lors de l'examen dudit rapport, l'Assemblée fédérale arrive à la conclusion que le Conseil fédéral a outrepassé ses compétences, elle pourra demander, par voie de motion, de lui soumettre l'Accord pour approbation.

VI. Consultation des cantons

a) En général

La Confédération doit, dans l'exercice de sa compétence générale en matière de politique extérieure et plus particulièrement de sa compétence en matière de conclusion de traités internationaux, tenir compte des compétences des cantons et sauvegarder leurs intérêts. Cela ressort explicitement de l'article 54, al. 3, Cst. Autrement dit, avant de conclure une convention internationale ayant des effets sur un domaine de compétence cantonal, la Confédération doit prendre en compte les intérêts des cantons et effectuer une pesée des intérêts en présence²³. L'article 55 Cst. donne, par ailleurs, aux cantons la possibilité de défendre eux-mêmes leurs intérêts en leur octroyant le droit d'être informés, consultés et associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels.

Ces règles constitutionnelles de collaboration entre la Confédération et les cantons en matière de politique étrangère ont été concrétisées dans la loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (LFPC)²⁴. Cette loi fixe l'étendue des obligations de la Confédération en matière d'information, de consultation et de participation à la préparation des décisions de politique extérieure. Par décision de politique extérieure, il faut entendre toutes les mesures relatives aux relations avec l'étranger et plus particulièrement la conclusion de traités²⁵. A titre d'exemple, lorsque les compétences des cantons sont affectées, la Confédération a l'obligation de les associer à la préparation des mandats de négociation²⁶.

La participation des cantons à la préparation des décisions de politique extérieure n'est pas sans limite et ne doit pas notamment « entraver la capacité d'action de la Confédération en matière de politique extérieure ».²⁷

²³ Cf. Th. Pfisterer, *St. Galler Kommentar*, Zurich, Saint-Gall, 2008, vol. I, art. 54, al. 3, n° 34 et 46ss, p. 1016 et 1018 ss.

²⁴ RS 138.1

²⁵ Cf. P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution*, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 55, n° 6, p. 470.

²⁶ Cf. art. 5, al. 1, de la loi sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération.

²⁷ Cf. art. 1, al. 3, de la loi sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération.

b) *En l'espèce*

Pour examiner la question de l'implication des cantons dans la conclusion de l'accord avec la Libye, il faut tout d'abord se rappeler les circonstances tout à fait exceptionnelles de cet accord : sous la menace que les deux Suisses soient retenus encore beaucoup plus longtemps en Libye et dans un but humanitaire, le Président de la Confédération a décidé de signer cet accord. Dans la perspective de l'époque, le créneau dont disposait le Président de la Confédération pour agir était très limité dans le temps, car il fallait parvenir à un accord avant le début du Ramadan et les festivités qui étaient prévues début septembre à l'occasion du 40^e anniversaire de la révolution libyenne.

L'Accord conclu par le Président de la Confédération concerne les compétences et les intérêts du canton de Genève. Comme déjà mentionné, ce texte ne contient aucune nouvelle obligation de droit international pour les autres cantons ; les dispositions pertinentes de l'Accord, en particulier son article 6, reflètent exclusivement la situation juridique existante. Une consultation systématique des cantons ne s'imposait donc pas.

Dès le début des négociations avec la Libye, le 15 août 2008, le canton de Genève a été associé de manière informelle au processus. Des représentants du canton de Genève ont ainsi participé aux travaux du comité *ad hoc*. Des contacts informels ont également été maintenus avec les autorités genevoises à l'occasion du voyage de la conseillère fédérale Mme Micheline Calmy-Rey à Tripoli du 27 au 29 mai 2009 ; Jusqu'à ce moment, les autorités genevoises étaient donc informées du déroulement des négociations et des mesures envisagées par la Suisse dans sa relation avec la Libye (entre autre la conclusion d'un accord entre les deux pays). Après cette date, elles n'ont plus été impliquées. D'une part, parce qu'il n'y avait pas eu de nouveaux développements pendant un certain temps, et d'autre part, en raison de la pression du temps autour des négociations qui devaient aboutir à l'accord du 10 août 2009. En effet, il ne fallait pas compromettre la capacité d'action de la Confédération dans cette situation exceptionnelle. Cette brève interruption des contacts informels avec le canton de Genève s'inscrivait donc dans le cadre de l'article 1, al. 3 LFPC, notamment au vu des circonstances exceptionnelles du cas d'espèce.

VII. Mise en œuvre de l'Accord

a) *En général*

La mise en œuvre d'un traité et, par suite, les rapports entre droit international et droit interne sont marqués, dans l'État fédéral suisse, par sa structure fédérale. Le droit international laisse à l'appréciation des États le mode de mise en œuvre d'un traité dans l'ordre interne²⁸. Selon une pratique établie de longue date, la Suisse connaît le système moniste²⁹, conformément auquel le droit international et le droit interne constituent un ordre juridique unique. Les traités internationaux

28 U. Häfelin /W. Haller/H. Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7^e éd., Zurich, 2008, ch. marg. 1917.

29 R. Rhinow/M. Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd., Bâle 2009, ch. marg. 3612

sont automatiquement valables dans l'ordre juridique interne et ne doivent pas être préalablement transformés en droit interne par un acte législatif³⁰. Pour être directement applicables (« self-executing »), les dispositions d'un traité international doivent être justiciables, ce qui suppose en particulier qu'elles aient un contenu suffisamment clair et précis pour servir de fondement à une décision dans un cas d'espèce.

Conformément à l'article 54, al. 1 Cst., la Confédération a compétence complète et exclusive en matière d'affaires étrangères. Cette disposition l'habilite à conclure des traités dans des domaines qui, en vertu du droit interne, c'est-à-dire de la répartition interne des compétences³¹, relève des attributions des cantons³². Le principe sous-jacent est que la Suisse en tant qu'État fédéral doit poursuivre une politique extérieure unifiée³³. Cependant, l'article 54, al. 1 Cst. ne saurait signifier « que la Confédération puisse, grâce à ses prérogatives en matière d'affaires étrangères, vider de sa substance l'ordre des compétences fixé par la Constitution »³⁴; en effet, le troisième alinéa dudit article stipule que la Confédération tient compte des compétences des cantons et sauvegarde leurs intérêts. Par conséquent, elle doit exercer ses attributions en matière de politique extérieure avec une certaine retenue, si le domaine de compétences interne des cantons est touché.

Concernant l'application dans l'ordre interne suisse de traités internationaux, c'est en revanche la répartition interne des compétences qui prévaut.³⁵ Cela signifie qu'en matière d'exécution, il existe une présomption générale de compétence en faveur des cantons, en vertu des articles 3 et 46 Cst. Lorsque la mise en œuvre du droit international leur incombe, les cantons sont tenus de prendre à temps les mesures nécessaires.³⁶

La Confédération est tenue de surveiller le respect du droit fédéral par les cantons et c'est elle qui, au regard du droit international, répond de l'exécution des obligations conventionnelles conformément aux termes fixés. À ce titre, elle est habilitée à se substituer aux cantons pour prendre les mesures nécessaires lorsqu'ils restent inactifs ou qu'ils assument leurs tâches d'exécution de manière insuffisante.³⁷ Il convient cependant de mentionner que tout au long de l'histoire, les autorités fédérales se sont toujours abstenues de recourir à l'exécution par substitution et ont laissé aux cantons le soin de mettre en œuvre les traités dont l'objet relevait de leur compétence.

³⁰ R. Rhinow/M. Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd., Bâle 2009, ch. marg. 3609.

³¹ Voir à cet égard la pratique concernant la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles dans le message y relatif du Conseil fédéral publié dans la FF 2007 6881 (7312, 7323).

³² B. Ehrenzeller *St. Galler Kommentar*, 2^e éd., Zurich/ Bâle/ Genève 2008, concernant l'art. 54, ch. marg. 12, p. 987; P. Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, p. 337, ch. marg. 20.

³³ B. Ehrenzeller *St. Galler Kommentar*, concernant l'art. 54, ch. marg. 7, p. 985.

³⁴ B. Ehrenzeller *St. Galler Kommentar*, concernant l'art. 54, ch. marg. 8, p. 986.

³⁵ B. Ehrenzeller *St. Galler Kommentar*, concernant l'art. 54, ch. marg. 14, p. 989.

³⁶ Voir art. 7 de la loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération.

³⁷ B. Ehrenzeller, *St. Galler Kommentar*, concernant l'art. 54, ch. marg. 14, p. 989; P. Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, p. 288, ch. marg. 45.

b) *En l'espèce*

La mise en œuvre du traité conclu entre la Suisse et la Libye obéit à la répartition interne des compétences, prévue par la Constitution fédérale, entre la Confédération et le canton de Genève, le principal intéressé. Le traité s'adresse exclusivement à la Confédération ou aux cantons, mais pas à des particuliers. Il ne vise donc pas à établir des normes fixant des règles de droit, mais à régler des rapports juridiques concrets entre les deux États.

L'obligation incombant à la Suisse aux termes de l'article 1 de l'Accord de présenter des excuses officielles pour les actes déjà mentionnés des autorités fédérales et de la police genevoise constitue un acte de politique extérieure, qui relève de la compétence du Conseil fédéral. Ce dernier répond, à l'égard de l'étranger, des actes de ses employés, mais aussi de ceux des employés cantonaux. C'est en effet la Confédération qui, selon l'article 184, al. 1 Cst., est chargée des affaires étrangères et qui représente la Suisse à l'étranger. À ce titre, il lui revient aussi de s'occuper de la constitution du tribunal arbitral, dont les modalités sont précisément définies à l'article 2. La compétence de mise en œuvre appartient ici aussi à la Confédération.

Si le tribunal arbitral devait établir que, lors des faits survenus entre le 15 et le 17 juillet 2008, des actes illicites ont été commis, l'autorité suisse compétente serait tenue, selon l'article 3 du traité, de prendre les mesures nécessaires à l'encontre des personnes responsables, qu'il s'agisse d'employés fédéraux ou d'employés du canton de Genève. Il convient d'observer en l'occurrence que l'arrestation d'une personne en Suisse relève du domaine de la sûreté intérieure et de la police. Concernant la sécurité du pays, la Confédération et les cantons y pourvoient dans les limites de leurs compétences respectives (art. 57, al. 1 Cst.). Quant aux éventuelles mesures à prendre concernant des employés fédéraux, elles sont régies par la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité).³⁸ Cette loi détermine quelle autorité prend des mesures à l'encontre des employés responsables et sous quelle forme. Pour ce qui est des employés de la police cantonale genevoise, les mesures à prendre sont réglées par le droit d'organisation cantonal. Les « mesures nécessaires » dont il est question pourraient relever, en particulier, du domaine disciplinaire. On pourrait songer, par exemple, à un avertissement ou à une autre mesure disciplinaire prévue par le droit fédéral ou cantonal applicable.

Si, aux yeux du tribunal arbitral, il était effectivement établi que des actes relevant du droit pénal ou d'autres violations du droit ont été commises, il faudrait engager une procédure judiciaire contre les employés fédéraux ou cantonaux responsables, comme le prévoit la première phrase de l'article 4. Une telle mesure relève de la compétence de l'autorité qui exerce la souveraineté en matière de police ou de justice dans le territoire concerné.

³⁸ RS 170.32

Si les autorités juridiques renoncent à prendre de telles mesures, alors qu'elles sont juridiquement requises, la responsabilité internationale de la Confédération pourrait être engagée pour violation du traité. Quant à l'obligation d'informer la partie libyenne, stipulée dans la deuxième phrase, elle doit être assumée par les autorités fédérales compétentes, en l'occurrence le DFAE, car les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération en vertu de l'article 54, al. 1 Cst.

Le cas échéant, le versement d'indemnités au sens de l'article 5, en exécution d'une sentence rendue par le tribunal arbitral international, incomberait au canton de Genève dans la mesure où les auteurs des faits jugés étaient des employés de la police genevoise, et donc des employés cantonaux. En vertu du droit interne, la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du canton de Genève³⁹ serait donc applicable. Si le canton de Genève ne s'acquittait pas de son plein gré d'une éventuelle obligation de paiement, la Confédération devrait régler à la Libye le montant de l'indemnité due par le canton de Genève, sous peine d'engager sa responsabilité internationale pour inexécution du traité. Cependant, rien ne s'oppose à ce qu'elle prenne cette obligation à son compte.

L'article 6 est une disposition de portée essentiellement politique, qui s'adresse à la fois à la Confédération et aux cantons. En raison du caractère relativement abstrait des obligations, il laisse une grande latitude à la Confédération et aux cantons concernant sa mise en œuvre.

L'article 7 s'adresse clairement aux autorités fédérales suisses et désigne explicitement le DFAE comme instance compétente pour mettre en œuvre les clauses indiquées. Cette répartition conventionnelle des compétences est conforme à la Constitution fédérale, qui attribue au Conseil fédéral la compétence première en matière d'affaires étrangères (art. 54, al. 1 et 184, al. 1 Cst.).

VIII. Conséquences en droit international en cas de manquement à des obligations conventionnelles

Quand un État viole un traité de droit international, l'autre Partie contractante dispose des possibilités suivantes :

1. La violation du traité engage la responsabilité internationale de l'État auteur de la violation. Si la Libye ou la Suisse ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu de l'Accord du 20 août 2009, elle engage sa responsabilité internationale à l'égard de l'autre partie contractante. La principale obligation qui en découle est de rétablir l'état conforme au droit international et de mettre fin au manquement au droit international. Si l'état conforme au droit international ne peut pas être rétabli, ou pas complètement, une indemnité est due. En cas de violation du droit international non évaluable en termes pécuniaires, il est versé une indemnité satisfaisante en lieu et place de dommages-intérêts. Une telle indemnité peut également être due en sus des dommages-intérêts.

³⁹ V. Loi du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes.

Si l'État responsable n'honore pas ses obligations, l'État lésé peut engager une procédure judiciaire internationale, si tant est qu'il existe un mécanisme prévu à cet effet et que l'État lésé le reconnaisse. Il est notamment possible de porter l'affaire devant la Cour internationale de justice (ci-après CIJ). La Cour n'est cependant compétente pour régler un différend que si les États concernés ont reconnu sa juridiction. C'est le cas de la Suisse, qui a souscrit une déclaration générale reconnaissant la juridiction de la Cour comme obligatoire à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation.⁴⁰ La Libye n'a quant à elle pas fait de déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Elle peut toutefois déposer à tout moment une telle déclaration ou donner son accord dans un cas spécifique.⁴¹ Il est cependant peu probable qu'elle opte pour l'une ou l'autre démarche et il ne faut donc pas nécessairement s'attendre à ce qu'une procédure soit engagée devant la CIJ.

Enfin, conformément aux règles de la responsabilité internationale, une partie contractante peut prendre des contre-mesures unilatérales à l'encontre de la partie en défaut. Le recours à de telles mesures est cependant soumis à des conditions précises et strictement définies. Il faut donc, dans un cas d'espèce, examiner soigneusement leur légalité.⁴²

2. En cas de violation d'un traité, la CVDT offre la possibilité de mettre fin au traité ou de le suspendre en totalité ou en partie, à condition qu'il s'agisse d'une violation substantielle, laquelle est constituée par la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité (art. 60). En outre, une telle suspension ou extinction est normalement soumise à une procédure relativement longue et compliquée (art. 65). L'intention de suspendre ou de mettre fin au traité doit être notifiée à la partie en défaut, qui se verra impartir un délai de trois mois pour former opposition. En cas d'opposition, la suspension ou l'extinction ne prend pas effet, mais les parties doivent chercher à régler leur différend par des moyens pacifiques. Selon l'article 42, al. 2, il est impératif de procéder de la sorte. La CVDT ne permet donc pas de suspendre, avec effet immédiat, l'application de tout ou partie d'un traité sans informer au préalable la partie adverse qu'une telle mesure est envisagée en réponse à sa violation des obligations conventionnelles.

Par ailleurs, la CVDT prévoit expressément que, en cas d'urgence particulière, le délai de trois mois pour faire opposition peut être réduit. En l'occurrence, la détention des deux ressortissants suisses par les autorités libyennes, à laquelle il faut mettre fin le plus rapidement possible dans l'intérêt des personnes concernées, constitue indéniablement un cas d'urgence particulière. Il est donc justifié de fixer un délai d'opposition limité à quelques jours. Si la Libye ne réagissait pas à la notification dans le délai imparti, la Suisse pourrait suspendre l'application du traité en vertu de l'article 65 CVDT et interrompre l'exécution de

⁴⁰ RS 0.193.501

⁴¹ La Libye a eu recours à cette dernière procédure à plusieurs reprises par le passé, voir par ex. « Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique) » (arrêt du 27 février 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 118) ou l'affaire du différend territorial avec le Tchad (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad) (arrêt du 3 février 1993, C.I.J. Recueil 1994, p. 6).

⁴² Voir à cet égard en particulier les art. 49-55 des « ILC-Draft Articles on State Responsibility », dont la plupart des règles relèvent du droit international coutumier.

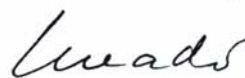
ses obligations conventionnelles. Par contre, si la Libye forme opposition et fait valoir qu'elle n'a pas violé le traité, la Suisse peut exiger qu'elle honore ses obligations conventionnelles et, en cas de retard dans leur exécution, elle peut annoncer des mesures de rétorsion.

Direction du droit international public



Valentin Zellweger

Office fédéral de la justice



Luzius Mader

Organisation de la gestion de crise : brève description des différents organes interdépartementaux

1. « Kerngruppe Libyen » :
 - existe du 15 juillet 2008 au 26 août 2009 ;
 - est placé sous la conduite du secrétaire d'Etat adjoint du DFAE (domaine régional), à l'exception des premiers jours (15.7.2008 au 21.7.2008), où la conduite est exercée par le secrétaire d'Etat adjoint du DFAE (domaine thématique) ;
 - est composé de représentants du DFAE (Direction politique, Secrétariat politique, Direction du droit international public, Division politique II et Division politique VI) et d'une représentante du DFE (SECO).

2. « Groupe de travail interdépartemental » :
 - existe du 23 juillet 2008 au 26 mars 2009 ;
 - est placé sous la conduite du secrétaire d'Etat adjoint du DFAE (domaine régional) ;
 - est composé de représentants du DFAE, du DDPS, du DFI (jusqu'à fin octobre 2008), du DFJP, du DFE et de l'Etat-major de la Délégation du Conseil fédéral pour la sécurité.

3. « Task Force LI-CH-T » :
 - existe du 26 août 2009 au 22 juin 2010 ;
 - est placée sous la conduite du secrétaire d'Etat du DFAE ;
 - est composée de représentants du DFAE, du DFF, du DFE, du DFJP et du DDPS.