

Editorial

«Gesetzgebung ohne Auftrag» – am Bundesgericht?

Liebe Leserinnen und Leser

«Richterliche Eigenmacht – Am Bundesgericht mangelt es an Respekt vor dem Gesetzgeber» übertitelt Markus Felber seine NZZ-Spalte vom 19.4.2012. Und sein Text schliesst mit der Bemerkung, dass hier nicht mehr Rechtsprechung, sondern eine «Art Gesetzgebung ohne Auftrag» betrieben werde. Anlass für diese Empörung war ihm ein Entscheid der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts ([1B_595/2011](#) vom 21.3.2012), der entgegen dem Wortlaut von [Art. 80 Abs. 2 BGG](#) verlangt, dass in Siegelungsfällen sehr komplexe Falldossiers zuerst der kantonalen Rekursinstanz zur Beurteilung weitergeleitet und erst danach – gewissermassen in dritter Runde – vom Bundesgericht behandelt werden sollen. Damit seien das Legalitätsprinzip und die Rechtsgleichheit verletzt. In diesem Heft befassen sich Oberholzer (S. 156) und Hansjakob (S. 148) ebenfalls mit höchstrichterlichen Entscheiden, in welchen zumindest gegen den Wortlaut von [Art. 222 StPO](#) entschieden worden ist. Das Bundesgericht räumt der Staatsanwaltschaft darin die Beschwerdebefugnis gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts ein, obwohl [Art. 222 StPO](#) einzig die «verhaftete Person» dazu legitimiert. Es stützt sich dabei bemerkenswerterweise auf die «bonne administration de la justice» und [Art. 111 Abs. 1 BGG](#). Doch gibt es dieses Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft überhaupt bzw. was ist die Rolle von Art. 393 Abs. 1 lit. c. StPO, der die Beschwerde auf die in der StPO vorgesehenen Fälle beschränkt und damit auch auf [Art. 222 StPO](#) Bezug nimmt? Das Thema beschlägt eine sehr grundlegende Frage, zumal die Haftbeschwerde in einem freiheitlichen Rechtsstaat doch dafür gedacht ist, dass die individuell beschuldigte Person ihr verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Freiheit rasch durchsetzen kann. Soll es nunmehr tatsächlich ein gleich starkes, allgemeines Recht auf Sicherheit bzw. effektive Strafverfolgung geben? Und wird das Zwangsmassnahmengericht, das doch als Gegengewicht zur Macht der Staatsanwaltschaft konzipiert war, mit dieser Rechtsprechung nicht zur reinen Durchlaufstation? Und wie soll das alles praktisch umgesetzt werden? Elegant und rechtsstaatlich einwandfrei ist für Hansjakob (S. 149) nur eine Lösung: Die Rückkehr zum Gesetzeswortlaut von [Art. 222 StPO](#) – das wäre dann allerdings das klare Kontrastprogramm zur richterlichen Gesetzgebung ohne Auftrag.



Jürg-Beat Ackermann,



Yvan Jeanneret,



Bernhard Sträuli,



Wolfgang Wohlers

Le Tribunal fédéral légifère-t-il sans mandat?

Chères lectrices, chers lecteurs,

Dès le titre de son article dans la NZZ du 19.4.2012, Markus Felber annonce la couleur: le Tribunal fédéral outrepassa ses attributions judiciaires et manque de respect envers le législateur. Et il conclut en relevant que notre Cour suprême ne se limite plus à dire le droit, mais entreprend en quelque sorte de légiférer sans mandat. Cette indignation a pour origine un arrêt de la 1^{re} Cour de droit public ([1B_595/2011](#) du 21.3.2012) qui, nonobstant la lettre de [l'art. 80 al. 2 LTF](#), retient que les ordonnances relatives à la levée des scellés dans les dossiers très complexes doivent transiter par l'autorité cantonale de recours avant de pouvoir être portées devant le Tribunal fédéral. Les principes de légalité et d'égalité de traitement seraient ici violés. Dans le présent fascicule, Oberholzer (p. 156) et Hansjakob (p. 148) se penchent à leur tour sur différents arrêts instaurant un régime inconciliable pour le moins avec la lettre de [l'art. 222 CPP](#). Le Tribunal fédéral y reconnaît au ministère public la qualité pour recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte en matière de détention avant jugement, alors même que [l'art. 222 CPP](#) offre cette faculté au «détenu» exclusivement. Les juges de Mon-Repos invoquent la «bonne administration de la justice» et [l'art. 111 LTF](#). Mais un tel droit de recours du ministère public existe-t-il vraiment? Et quelle est la portée de [l'art. 393 al. 1 let. c CPP](#), qui ouvre la voie du recours dans les seuls cas prévus par le CPP et renvoie de la sorte aussi à son art. 222? La controverse soulève une véritable question de principe, tant il est vrai que la procédure d'habeas corpus est destinée, dans un Etat libéral, à permettre à la personne se voyant individuellement reprocher une infraction d'obtenir à bref délai la protection de son droit constitutionnel à la liberté. Convient-il de reconnaître désormais un droit collectif pareillement fort à la sécurité, soit à la poursuite effective des infractions? La jurisprudence actuelle ne revient-elle pas à ravalier au rang de simple passage obligé un tribunal des mesures de contrainte dont la vocation était de contrebalancer les pouvoirs du ministère public? Et qu'en est-il de la mise en œuvre pratique de l'ensemble? Pour Hansjakob (p. 149), l'unique solution à la fois élégante et incontestable sous l'angle des garanties de l'Etat de droit réside dans le retour à la lettre de [l'art. 222 CPP](#) – un programme situé toutefois aux antipodes de l'art judiciaire de légiférer sans mandat.

Jürg-Beat Ackermann, Yvan Jeanneret, Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers