

Buitenlandse betrekkingen en federalisme in Zwitserland, een analyse van het arrest Zwitsers Eedgenootschap tegen Kanton Basel (Stad). Bundesgericht, 23 juni 1939 (*)

Christopher Van der Hauwaert

“Competition between organisations is analogous to competition between individual animals and plants, and can be viewed in a more or less Darwinian manner”

Russel, B., Power (a new social analysis), London, Unwin Paperbacks, 1983, 107.

Bij wijze van inleiding: enkele relevante artikelen van de Zwitserse Grondwet:

Art. 1

Les peuples des vingt-trois cantons souverains de la Suisse, unis par la présente alliance, savoir: Zurich, Berne, Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwald (le Haut et le Bas), Glaris, Zoug, Fribourg, Soleure, Bâle (Ville et Campagne), Schaffhouse, Appenzell (les deux Rhodes), Saint-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura, forment dans leur ensemble la Confédération suisse.

Art. 3

Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral.

Art. 8

La Confédération a seule le droit de déclarer la guerre et de conclure la paix, ainsi que de faire, avec les Etats étrangers, des alliances et des traités, notamment des traités de péage (douanes) et de commerce.

Art. 9

Exceptionnellement, les cantons conservent le droit de conclure, avec les Etats étrangers, des traités sur des objets concernant l'économie publique, les rapports de voisinage et de police: néanmoins, ces traités ne doivent rien contenir de contraire à la Confédération ou aux droits d'autres cantons.

Les rapports officiels entre les cantons et les gouvernements étrangers ou leur représentants ont lieu par l'intermédiaire du Conseil fédéral.

Toutefois, les cantons peuvent correspondre directement avec les autorités inférieures et les employés d'un Etat étranger, lorsqu'il s'agit des objets mentionnés à l'article précédent.

Art. 56

Les citoyens ont le droit de former des associations, pourvu qu'il n'y ait dans le but de ces associations ou dans les moyens qu'elles emploient rien d'illicite ou de dangereux pour l'Etat. Les lois cantonales statuent les mesures nécessaires à la répression des abus.

(*) Het gesproken arrest vindt men in *B.G.E.* 65 I 106-124. Besprekingen van deze standaardcase van het Zwitsers Federaal Gerechtshof, in verschillende leerstukken van het constitutioneel recht, vindt men bij: AUBERT, J.F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, I, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, nrs. 235, 640 en 1625; GIACOMETTI, Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1949, 95 noot 14.

Art. 69ter

La Confédération a le droit de légiférer sur l'entrée, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers.

Les cantons décident, d'après le droit fédéral, du séjour et de l'établissement. La Confédération a toutefois le droit de statuer en dernier ressort :

- a. Sur les autorisations cantonales de séjour prolongé et d'établissement, ainsi que les tolérances ;
- b. Sur la violation des traités d'établissement ;
- c. Sur les expulsions cantonales étendant leurs effets au territoire de la Confédération ;
- d. Sur le refus d'accorder l'asile

Art. 89

Les lois fédérales et les arrêtés fédéraux ne peuvent être rendus qu'avec l'accord des deux conseils.

Les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale doivent être soumis à l'adoption ou au rejet du peuple lorsque la demande en est faite par 50.000 citoyens actifs ou par huit cantons.

Le 2^e alinéa est aussi applicable aux traités internationaux qui :

- a. Sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables ;
- b. Prévoient l'adhésion à une organisation internationale ;
- c. Entraînent une unification multilatérale du droit.

4 Par une décision des deux conseils, le 2^e alinéa est applicable à d'autres traités.

5 L'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales est soumise au vote du peuple et des cantons.

Art. 113

Le Tribunal fédéral connaît, en outre :

1. Des conflits de compétence entre les autorités fédérales, d'une part, et les autorités cantonales, d'autre part ;
2. Des différends entre cantons, lorsque ces différends sont du domaine du droit public ;
3. Des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités.

Sont réservées les contestations administratives à déterminer par la législation fédérale.

Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés.

Art. 121

La révision partielle peut avoir lieu soit par la voie de l'initiative populaire, soit dans les formes statuées pour la législation fédérale,

L'initiative populaire consiste en une demande présentée par 100.000 citoyens suisses ayant le droit de vote et réclamant l'adoption d'un nouvel article constitutionnel ou l'abrogation ou la modification d'articles déterminés de la constitution en vigueur.

Si, par la voie de l'initiative populaire, plusieurs dispositions différentes sont présentées pour être révisées ou pour être introduites dans la constitution fédérale, chacune d'elles doit former l'objet d'une demande d'initiative distincte.

La demande d'initiative peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé de toutes pièces.

Lorsque la demande d'initiative est conçue en termes généraux, les Chambres fédérales, si elles l'approuvent, procéderont à la révision partielle dans le sens indiqué et en soumettront le projet à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons. Si, au contraire, elles ne l'approuvent pas, la question de la révision partielle sera soumise à la votation du peuple : si la majorité des citoyens suisses prenant part à la votation se prononce pour l'affirmative, l'Assemblée fédérale procédera à la révision en se conformant à la décision populaire.

Lorsque la demande revêt la forme d'un projet rédigé de toutes pièces et que l'Assemblée fédérale lui donne son approbation, le projet sera soumis à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons. Si l'Assemblée fédérale n'est pas d'accord, elle peut élaborer un projet distinct ou recommander au peuple le rejet du projet proposé et soumettre à la votation son

contre-projet ou sa proposition de rejet en même temps que le projet émané de l'initiative populaire.

A. FEITEN

In de zomer van 1938 kwamen in het halfkanton Basel-stad twee *volksinitiatieven* tot stand. Ze vormden een scherpe reactie (zware straffen en radicaal beroepsverbod) tegen de opkomst van nationaal-socialistische en fascistische verenigingen, die volledig werden verboden. De initiatieven dienden vervolgens naar de grote raad van Basel (soort parlement) verwezen te worden volgens de Baselse grondwet en uiteindelijk zou in een referendum erover worden beslist. Een en ander moet natuurlijk in de geografische context en tijdsomstandigheden worden gedacht: vlak vóór de 2de wereldoorlog was Basel op de Duitse grens een waar kruisvat. De twee initiatieven zijn dan ook de afweerreacties van een moegetergde gemeenschap. Trouwens volksinitiatieven zijn, ook op federaal vlak (1), steeds barometers van wat de Zwitserse bevolking beroert.

De *Bundesrat* (federale regering) ziet dit alles met lede ogen gebeuren. Immers, de reeds instabiele diplomatieke betrekkingen met Duitsland (en Italië) zouden erdoor worden aangetast en deze materie behoort tot haar exclusieve bevoegdheid. Ze verzoekt de *Regierungsrat* kantonale regering) van Basel de onbevoegdheid van het kanton onder ogen te zien en aan de grote raad te vragen de initiatieven niet te behandelen. Basel-stad antwoordt, zonder materieel stelling in te nemen, dat het kantonale justitiedepartement de zaak aan het bestuderen is. Verder wijst de *Regierungsrat* op de onbevoegdheid terzake van de kantonale regering: de Baselse grondwet bepaalt dat de grote raad het initiatief onderzoekt en (vooral) dat het volk erover beslist. De *Bundesrat* neemt hiermee geen genoegen: de *Regierungsrat* heeft de plicht om de grote raad mee te delen dat de volksinitiatieven de bondsbevoegdheden aantasten. Zij maakt de zaak over aan het *Bundesgericht* op 27 december 1938 (procedure: *staatsrechtliche Klage*, art. 113.1 BV) en meent dat de twee initiatieven volledig *bundesrechtswidrig* zijn.

B. DE TWEE “VOLKSINITIATIEVEN”: EEN ZWITSERS CURIOSUM

1. Algemeen

De kantonale normen in kwestie zijn voor ons erg ongewoon: het volk treedt als wetgever op. Naast het referendum is dit een kenmerkende

(1) Vergelijk met art. 121 van de Zwitserse federale grondwet (Bundesverfassung, verder geciteerd als BV).

instelling van een semi-directe democratie (2). Het *referendum* of (minder juist) de *volksraadpleging* is een generieke term voor een aantal uiteenlopende procedures op de drie niveau's in de Zwitserse staat, met name op nationaal, kantonaal en gemeentelijk vlak. Hierdoor wordt het Zwitserse volk betrokken bij het politieke beleid in die verschillende entiteiten door een akte, uitgaande van de vertegenwoordigende lichamen, goed of af te keuren of door enkel zijn mening erover te uiten. Deze vage, formele definitie doet misschien onrecht aan de grote begrippenconstructies rond dit instituut in de Zwitserse rechtsleer doch ze geeft het fenomeen de volle nadruk. Het gaat immers om een instelling die, als geen andere, bij de Zwitsers in hun leefpatroon vervlochten ligt. Tussen 1848 en 3 december 1978, bv., werden in het verplichte, constitutionele referendum op nationaal vlak 214 teksten aan het volk voorgelegd. Het facultatieve, legislatieve referendum dat net als voornoemde vorm wezenlijk een vetorecht van het volk inhoudt doch betrekking heeft op een federale wet of een bondsbesluit met algemene draagwijdte (art. 89 BV) kende relatief minder succes: 88 teksten in de genoemde periode.

Deze vorm van inspraak (het 'laatste woord') is eerder een denkbeeldig recht voor de bewoners van de dun bevolkte agrarische gebieden omdat een initiatief tot lanceren van een facultatief referendum moet uitgaan van tenminste 50.000 burgers (binnen de 90 dagen na publicatie in het bondsblad). Vandaar een concentratie van de nationale en veelal ook kantonale politieke bedrijvigheid in de steden of, zoals een boer me onlangs zei: "la politique, ça se fait dans les villes ...".

Het initiatiefrecht van het volk is het recht dat toegekend wordt aan een bepaald aantal burgers om een voorstel te formuleren waarover het ganse volk uitspraak kan doen. Dit is mogelijk zowel op federaal als op kantonaal en zelfs op gemeentelijk vlak. Het kan tot voorwerp hebben, hetzij de grondwet, hetzij een wet, hetzij ook nog een specifieke beslissing bv. een bouwontwerp of een bepaalde financiële uitgave. Het kan op tweeërlei wijze tot stand komen: hetzij als een wens uitgedrukt in algemene bewoordingen die de overheden nadien dienen uit te werken wanneer het door het kiesorgaan goedgekeurd is, hetzij als een volledig uitgewerkte tekst die het volk rechtstreeks kan goedkeuren of verwerpen (eventueel een zekere filtering van een wetgevend orgaan). Wat het doel betreft kan dit initiatiefrecht leiden tot goedkeuring van een nieuwe tekst of de intrekking of herziening van een bestaande tekst (3).

(2) GRISEL, E., "De semi-directe democratie in Zwitserland", *T.B.P.*, 1979, 179 e.v. Voor een poging tot definitie van het fenomeen "referendum" zie MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story, 1983, nr. 87 en AUBERT, J.F., *o.c.*, nrs. 406-415. Verdere bibliografie bij MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 119.

(3) GRISEL, E., *l.c.*, 179-180. Er weze benadrukt dat in kleine rurale gebieden het referendum op gemeentelijk vlak erg belangrijk is.

2. Analyse van de initiatieven

2.1. *Het burgerlijk initiatief*

§ 1. Opsomming van verboden organisaties ('Nationale Front', 'Volksbund' ... 'Schweizer Fascisten' ...) maar ook "... sowie jede weitere national-sozialistische oder fascistische Organisation" met inbegrip van onderafdelingen en 'Ersatzorganisationen' van die verenigingen.

§ 2. Bestaande organisaties zijn van rechtswege te ontbinden en hun vermogen wordt in beslag genomen.

§ 3. Verbod van fascistische propaganda (in woord en geschrift; druk, verkoop, uitdelen en gratis verdelen; alle soorten drukwerk) en inbeslagname ervan.

§ 4. Zeer interessant is het beroepsverbod. Beambten, aangestelden en arbeiders die in dienst staan van het kanton Basel-stad of een gemeente ervan en die na het van kracht worden van deze akte nog steeds lid zijn van één der opgesomde verenigingen of er werkzaam zijn, worden afgedankt op staande voet en zonder enige aanspraak te kunnen maken op vergoedingen of pensioen.

§ 5. Straffen van 5 tot 20 jaar gevangenis.

§ 6. Inwerkingtreding op de dag van goedkeuring door het volk.

2.2. *Sociaal-democratisch initiatief*

§ 1. (1) Verbod van een aantal organisaties (zoals 'Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei', 'Hitlerjugend') die "vorwiegend von Ausländern gebildeten Organisationen und Vereine" zijn en die als buitenlandse afdelingen, plaatselijke vertegenwoordigers of steunpunten van Duitse rijksorganisaties bedrijvig zijn. Ze zijn 'staatsgefährlich' en in Basel-stad verboden.

(2) Eveneens zijn verboden organisaties van andere aard die naar doel of daadwerkelijk eenzelfde werkzaamheid kennen in zoverre hun leden overwegend buitenlanders zijn.

§ 2. Verbod van propaganda (fabricage, invoer en verdelen).

§ 3. Straffen: geldboeten en gevangenisstraffen of beide.

§ 4. Onmiddellijk met volksgoedkeuring van kracht en verdere uitwerking door de *Regierungsrat*.

2.3. *Vershil tussen de initiatieven*

- Het eerste initiatief is gericht tegen Zwitsers en ook eventueel tegen niet-Zwitsers die deel uitmaken van Zwitserse fascistische verenigingen, maar ook tegen elke andere nationaal-socialistische of fascistische beweging.

- Het tweede initiatief is gericht tegen buitenlanders en buitenlandse verenigingen (en wel Duitse zo blijkt uit de opsomming) en wordt in het tweede lid uitgebreid om ook de Italiaanse fascistten te kunnen aanpakken.

C. VERDEDIGING VAN HET KANTON BASEL

Voorafgaandelijke opmerking: "Parteien im Kompetenzkonflikt sind Bund und Kanton Bzw. Bundesbehörde und kantonale Behörde, nicht aber Private. Allerdings handelt es sich dabei nicht um echte Parteien im Zivilprozessualen Sinne, da die Kompetenzen, um die der Streit geht, keine subjective Rechte sind. Bund und Kanton Bzw. Bundesbehörde und kantonale Behörde haben nur eine Parteirolle inne" (4).

1. Waarop baseert het Eedgenootschap zijn bevoegdheid?

Deze vraag is cruciaal gezien art. 3 van de BV: de Bond heeft enkel (eventueel impliciet) toegewezen bevoegdheden, anders gezegd: verbod van extra-constitutionele bevoegdheidsbegroting.

In deze case-study wordt deze bevoegdheid precies onderzocht. Aanknopingspunten worden gevonden in hoofdstuk II van de BV: art. 85 lid 6 en 7 en art. 102, 8,9 en 10 (zie infra). Dit is een uitzondering op de *Interpretationsgrundsatz* (5) in het Zwitsers federaal recht die stelt: de sedes materiae voor bondsbevoegdheden moet zich bevinden in art. 1 tot 70 BV (dit is hoofdstuk I) (6). Giacometti stelt: artikelen 85 en 102 BV, waarin de normstellende bevoegdheden van de *Bundesversammlung* (federaal parlement), respectievelijk *Bundesrat* worden opgesomd, kunnen bepaalde niet in hoofdstuk I opgenomen bevoegdheden als voorwaarde hebben en als dusdanig stilzwijgende bondsbevoegdheden funderen. Deze uitzondering (immers: hoofdstuk II behandelt de bevoegdheidsafbakening op 'horizontaal-federaal' vlak) impliceert een subsidiaire aanwending zoals Giacometti elders schrijft: wanneer de Bond de bevoegdheid heeft om verdragen af te sluiten dan ligt daarin als minus (stilzwijgende bondsbevoegdheid door *a maiore ad minus-Schluss*) ook de bevoegdheid tot waarneming van de buitenlandse betrekkingen en behandeling van de buitenlandse aangelegenheden.

(4) GIACOMETTI, Z., o.c., 875. Zie ook HANGARTNER, Y., *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, Bern, Herbert Lang (in de reeks "Europäische Hochschulschriften"), 1974, 41. Dit is het best gesynthetiseerde en meest recente boek in deze materie.

(5) GIACOMETTI, Z., o.c., 65-83. Vergelijk met NEELS, L., "De techniek van de herverdeling van de wetgevende bevoegdheid", *T.B.P.*, 1980, 212-225.

(6) Dit is een nuancering van het te strak geformuleerd hermeneutisch principe in het artikel: EVERAERT, J. en VAN GERVEN, D., "De verhouding tussen unie en deelentiteiten in Zwitserland en België", *Jura Falc.*, 1983-84, vol. XX nr. 3-lente, nr. 19. Zie hierover ook GIACOMETTI, Z., o.c., 73 en 74.

den. Daarom was het bv. niet nodig een bondswet van 1892 in verband met uitlevering op art. 102, 8 BV te funderen. De maatgevende bevoegdheidsgrond is veeleer art. 8 BV (7).

2. Buitenlandse betrekkingen in federale staten

2.1. In Zwitserland is alleen de Bond op basis van art. 8 BV bevoegd om oorlog te verklaren en vrede te sluiten, alsook om met vreemde staten allianties aan te gaan en verdragen te sluiten, in het bijzonder douaneverdragen en handelsverdragen.

Traditioneel wordt daar een exclusieve en alles-omvattende bevoegdheid uit afgeleid inzake buitenlandse aangelegenheden in het algemeen. Men moet dan niet meer in hoofdstuk II gaan grasduinen. Wel komt een gecontroleerd en uitzonderlijk buitenlands beleid de kantons toe (art. 9 BV junctio art. 85 cijfer 5 BV) op beperkte gebieden: staats-huishouding, *rappports de voisinage* en in verband met politie. Dan nog kan bij klacht van een ander kanton of van het Eedgenootschap een dergelijk verdrag aan de *Bundesversammlung* voorgelegd worden. Die akte moet dan wel formeel goedgekeurd worden (8).

2.2. Deze minitieuze regeling kontrasteert sterk met het rommelig werk in België, zeker wat art. 16 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen betreft dat in strijd is met art. 68 G.W. voor zover de bepaling betrekking heeft op overeenkomsten met andere staten of daarbij gelijk te stellen rechtssubjecten. De buitenlandse betrekkingen blijven, hoe dubbelzinnig de teksten ook zijn (onlangs nog: art. 2 § 4 van de wet op het Arbitragehof), de exclusieve bevoegdheid van de Koning (de unie) onder controle van het parlement, ook dus wat verdragen betreft met betrekking tot bevoegdheden van de deelentiteiten. Dat wordt dan overbodig herhaald in art. 81 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Een zekere raadpleging ligt wel in de rede (9). Deze materie moet duidelijk opnieuw geregeld worden, omdat ze klaarblijkelijk niet bevredigt.

3. Analyse van de ingeroepen bevoegdheidsbegrondende artikelen

- Art. 85 (*Bundesversammlung*) BV. Bevoegdheid inzake: cijfer 6: maatregelen in verband met buitenlandse veiligheid en ter handhaving van de onafhankelijkheid en neutraliteit van Zwitserland, oorlogsverklaringen en sluiten van vredesverdragen.

(7) GIACOMETTI, Z., *o.c.*, 77 noot 52.

(8) Zie EVERAERT, J. en VAN GERVEN, D., *l.c.*, nr. 26.

(9) DE MEYER, J., "Het beleid der buitenlandse betrekkingen in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of gewesten behoren", *R.W.*, 1983-84, 273-278.

cijfer 7: garantie van de grondwetten en het territorium der kantons, interventie in verband met dergelijke garantie, maatregelen in verband met interne veiligheid van Zwitserland, ter vrijwaring van rust en vrede, amnestie en gratie.

Art. 102 (*Bundesrat*) BV. Bevoegdheid inzake:

cijfer 8: hij waakt over de belangen van het Eedgenootschap in het buitenland, meer bepaald neemt hij de internationale betrekkingen waar en is, in het algemeen, belast met de buitenlandse betrekkingen.
cijfer 9: hij waakt over de externe veiligheid van Zwitserland, over de handhaving van zijn onafhankelijkheid en neutraliteit.

cijfer 10: hij waakt over de interne veiligheid van de confederatie, over de handhaving van veiligheid en orde.

4. Visie van de Regierungsrat

4.1. Basel meent dat deze artikelen een *mogelijkheid* tot optreden impliceren en de kantons dus bevoegd blijven tot de kwestie van deze gevaarlijke verenigingen en personen in positieve of negatieve zin door de Bond wordt geregeld, met andere woorden het betreft concurrerende bevoegdheden.

4.2. Zeker, de Bond kan alles doen om de onafhankelijkheid van Zwitserland te garanderen en de bescherming van de uitwendige veiligheid te vrijwaren en dit zonder aan de normale bevoegdheidsverdeling gebonden te zijn. Deze bevoegdheid is evenwel aan voorwaarden verbonden: "Gefährdung der äussern Sicherheit durch tatsächliche Erscheinungen". Dat de twee initiatieven de buitenlandse betrekkingen kunnen verstoren is niet equivalent van een reëel gevaar. Bovendien regelde de Bond deze materies niet of niet volledig (vergelijk *occupation of the field* en *federal pre-emption* in U.S.A.) (10).

4.3. De bevoegdheid van het kanton is terzake zelfs manifest, zo meent Basel: vreemdelingenrecht (art. 69ter en 70 BV) behoort tot de kantonale bevoegdheden in zoverre de Bond de materie niet regelde. Het betreft dus een concurrerende bevoegdheid. De buitenlandse fascistena kunnen dus evenzeer gestraft worden.

4.4. Waar raakt de regeling van het vreemdelingenrecht op intern-kantonaal niveau de bondssfeer met betrekking tot de bescherming van de externe veiligheid door extra-kantonaal effect? De idee van *bevoegd-*

(10) Een bondige behandeling vindt men in: LENAERTS, K., "Het federalisme, een centripetaal constitutioneel model in de Verenigde Staten van Amerika", *T.B.P.*, 1981, 277-285 en meer in extenso: LENAERTS, K., *Machtsbegrenzing door de rechter*, (proefschrift K.U.L.) I, 1982, nrs. 166 e.v.

heidsverschuiving door extra-territoriaal effect is in de U.S.A. gekend onder de naam *cumulative impact doctrine* (11). Dit wil zeggen dat, ofschoon een bepaalde activiteit volkomen intrastatelijk geschiedt, het Congres deze toch mag uitwerken bij de uitoefening van zijn *interstate commerce clause*-bevoegdheid, indien het duidelijk is dat een groot aantal van dergelijke activiteiten een effect heeft op het interstatelijke handelsverkeer (verder ook in *Katzenbach v. mc Clung* in verband met rassendiscriminatie in de horecasector) (12). Resultaat was een gigantische uitbreiding van de interventiemogelijkheden van het Congres in gebieden die voorheen als vaste onderdelen van de statelijke bevoegdheidssfeer werden beschouwd. Het opperste gerechtshof stelde sinds de *Filburn*-opinie het grootste vertrouwen in de beoordeling van het Congres over de omvang van de interstatelijke effecten die zouden voortspruiten uit een cumulatieve aanwezigheid van volkomen intrastatelijke situaties. Het gaat om een appreciatiebevoegdheid van het Congres niet geschikt voor toetsing in rechte. Het gevaar voor massale bevoegdheidsverschuiving en de appreciatie van de intensiteit van het effect hebben het *Bundesgericht* duidelijk beziggehouden. Volgens *Basel* is er enkel bevoegdheidsverschuiving zo de verschillende behandeling van vreemdelingen zodanig is dat de landen, waarvan deze vreemdelingen burgers zijn, daartegen gerechtvaardigde bezwaren kunnen aanbren- gen.

Worden zij identisch behandeld dan is er geen extra-kantonaal effect en geen bevoegdheid van de Bond, zo luidt de onderliggende redenering. In het burgerlijk initiatief is er een gelijke behandeling maar wat met het sociaal-democratisch initiatief? Het is wel duidelijk dat dit het zwakke punt is van de Baselse verdediging. Er wordt gesteld dat een onderscheid tussen Zwitsers en buitenlanders kan gemaakt worden zo alle buitenlanders gelijk worden behandeld. Het initiatief houdt in dat én Zwitsers én buitenlanders geen lid kunnen zijn van een organisatie waarvan buitenlanders overwegend lid zijn. De Duitsers worden niet openlijk gevisieerd. Ook organisaties van bv. Belgen met nationaal-socialistisch karakter zijn verboden. Deze maatregelen strekken tot bescherming van de interne veiligheid in het kanton. Het Eedgenootschap moet maar optreden anders zal *Basel* zelf volledig zijn verantwoordelijkheid nemen. Sterke argumenten zijn daartegen dat het *Bundesgericht* de kantonale bevoegdheid om alle revolutionaire bewegingen te verbieden, niet betwistte en dit zonder na te gaan of deze verbodsbepalingen van toepassing zouden zijn op vreemdelingen. Dit zou (de analogie met de verbodsbepalingen in deze zaak is duidelijk) tot "Gefährdung der äussern Sicherheit der Schweiz" aanleiding kunnen geven

(11) LENAERTS, K., o.c., nrs. 117-119.

(12) Verdere referenties bij LENAERTS, K., o.c., nr. 119, noot 90.

omdat de K.P. deel uitmaakt van de kommunistische internationale en de betrekkingen met Moskou zou ondergraven. In twee 'boodschappen' van de *Bundesrat* in verband met grondwetsherzieningen in Genève en Vaud werd geen bezwaar geuit tegen de daarin opgenomen verbodsbepalingen om kommunistische of andere verenigingen die direkt of indirekt aangesloten zijn bij internationale of vreemde verenigingen op te richten.

Conclusie :

Noch het *Bundesgericht* noch de *Bundesrat* hebben de bevoegdheid bestreden van de kantons om organisaties, zelfs van vreemdelingen, te verbieden. Wat uiterst links kan, kan ook uiterst rechts.

D. VISIE VAN HET BUNDESGERICHT

1. Een merkwaardig bevoegdheidsconflict

1.1. Een bevoegdheidsconflict wordt hier naar het *Bundesgericht* verwezen in het kader van de *Staatsrechtspflege des Bundes*. Er zijn drie vormen :

- 1) een bevoegdheid wordt én door kantons én door de Bond geëmbieerd,
- 2) een entiteit overschrijdt zijn bevoegdheid en tenslotte
- 3) de Bond meent dat een kanton een plicht heeft (13). Het hier behandelde conflict moet kennelijk in de tweede vorm worden gesitueerd.

1.2. Het adagium *Bundesrecht bricht kantonales Recht* of *Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts* (cf. *B.G.E.* 91 I 17) is de Zwitserse variante van wat men in de Bondsrepubliek Duitsland *Bundesrecht bricht Landesrecht* (art. 31 van het Grundgesetz) of de *supremacy clause* in de Verenigde Staten van Amerika (art. VI, section 2 van de Constitution) noemt. In de grote federale systemen werkt deze voorrangsregel als oplossing voor de onvermijdelijke, wederzijdse penetratie van unie en deeltentiteiten in mekaars bevoegdheidsdomein. In plaats van het principe *lex posterior derogat priori* dat logisch-noodzakelijk volgt uit een absolute normgelijkheid, zal het bevoegderwijze uitgevaardigde federale recht primeren op het recht der deeltentiteiten. In Zwitserland werkt de voorrangsregel zelfs absoluut (art. 113, lid 3 BV): de *Bundesversammlung* staat boven de grondwet. Wanneer een federale norm niet gesteund is op een bevoegdheidstoewijzend artikel in de BV en dus ingaat tegen art. 3 BV (principe van de *enumerated*

(13) GIACOMETTI, Z., o.c., 874.

powers) dan zal deze usurpatie niet alleen ongesanctioneerd blijven voor het *Bundesgericht* maar deze norm zal zelfs het bevoegderwijze uitgevaardigde kantonale recht op dat gebied vernietigen. Zo laat de grondwet toe dat de hoeksteen van de bevoegdheidsverdeling, namelijk art. 3 BV, kan opgelicht worden! Een reële *counterpower* tegen deze federale almacht biedt de samenstelling van de *Bundesversammlung* (in de *Ständerat* zitten vertegenwoordigers van de 23 kantons) en vooral het facultatief referendum. Bovendien kan het volk nog een initiatief nemen (cf. supra).

Het ziet er naar uit dat België met betrekking tot deze voorrangregels een 'constitutionele première' ten beste gaat geven: waar de Zwitserse rechtsleer en rechtspraak (14) de subordinatie van de kantonale norm beschouwt als "inherent aan de grondwettelijke basisoptie voor een federale staatsstructuur" leest men in art. 19 § 2 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen: "Het decreet heeft kracht van wet. Het kan de geldende wetsbepalingen opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen". Dit is een naïef artikel omdat het van de idee uitgaat dat men strikt gescheiden bevoegdheidsferen kan afbakenen en een radicale 'non-interventieplicht' kan opleggen. Het is juridisch gestotter van mensen die gewend zijn het politiek jargon te hanteren (15). De ervaring leert dat de constitutionele machtscentra op mekaar ingrijpen en dat het *coöperatief federalisme* in een geest van *Bundestreue* politieke realiteit is in alle grote federale systemen (16).

(14) De klassieke visie bij AUBERT, J.F., *o.c.*, nr. 637. Art. 2 Overgangsbepalingen: "Les dispositions des lois fédérales, des concordats et des constitutions ou des lois cantonales contraires à la présente constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci ou de la promulgation des lois qu'elle prévoit".

De nieuwere kijk op de zaak werd voorbereid door GIACOMETTI, Z., *o.c.*, 94: "Das Prinzip "Bundesrecht bricht kantonales Recht" gilt somit, da es die Folge der Tatsache ist, dass die BV und das kompetenzgemässe Bundesgesetzesrecht Kompetenzrecht und daher negative materielle Gültigkeitsbedingung des kantonalen Rechtes bilden, auch ohne ausdrückliche Verankerung in der BV". Zie ook HANGARTNER, Y., *o.c.*, 171 en 172.

In het belangrijke arrest Nordmann (*BGE* 91 I 17) schaarde het *Bundesgericht* zich resoluut achter de visie dat het bondsrecht (en ook het ongrondwettelijke!) primeert omdat dit inherent is aan het bestaan van een federale staat. Deze theorie contrasteert met de eerder politiek gekleurde idee van absolute gelijkwaardigheid der normen in het Belgisch regionalisme. Dit laatste vindt men ook in Oostenrijk (HANGARTNER, Y., *o.c.*, 171, noot 3).

(15) Deze nogal summier geponeerde kritiek berust op een bredere theorie die de interpenetratie in mekaar bevoegdheidsdomeinen als onontkoombaar beschouwt (en dus niet alleen in een systeem van concurrerende bevoegdheden zoals werd beweerd: PERIN, F. en PLUYMEN, A., "Primauté du droit fédéral: 'Bundesrecht bricht Landesrecht'. Une controverse en droit belge?", *J.T.*, 1983, 17-21) en de voorrangregel als een verwijzingsregel ziet als oplossing voor een normenconcurrentie. Een bijzonder goede uiteenzetting van een raak voorbeeld: PEETERS, P., "Over de bevoegdheidsverdeling en de bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie van normen", *R.W.*, 1984-85, 705-734 (vnl. 720).

(16) De evolutie van "dual federalisme" ("fédéralisme compétitif") naar het "coöperatieve federalisme" is een constante in de grote federale systemen. Zie hierover voor Zwitserland:

Een gelijkwaardigheid der normen op absolute wijze affirmeren is een ijzeren gordijn optrekken en zal het Arbitragehof ongetwijfeld parten gaan spelen. Het geciteerde artikel kan, m.i., best als een nodeloze herhaling gezien worden van het federale karakter van de Belgische staat, wat veronderstelt dat men een eigen politieke substantie krijgt met normstellende bevoegdheden daarbinnen. De primauteit van het 'federale recht' moet in België aanvaard worden. Zeker nu in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan gewesten en gemeenschappen de bevoegdheid wordt gegeven op het nationaal bevoegdheidsdomein te komen wanneer dit *onontbeerlijk* is ter uitvoering van de toegewezen bevoegdheden (art. 10 van de bijzondere wet).

1.3. Het besproken geval is een zeldzame vogel in het hoofdstuk der bevoegdheidsgeschillen. Ter verduidelijking een voorbeeld van een eenvoudige conflict: het bondsrecht (het *Zivilgesetzbuch*) laat de toeëigening van wilde bessen toe, een kantonaal politiereglement laat dit echter 's zondags niet toe (*B.G.E.* 58 I 173), wat meebrengt dat er een botsing is tussen twee 'actuele normen'. In onderhavig geschil is er evenwel nog geen kantonale norm, enkel een embryo hiervan: een initiatief in wording. De federale norm noem ik 'virtueel', daarmee bedoel ik dat het een te 'actualiseren' bevoegdheid is: een grondwettelijke bevoegdheidsverlenende norm (cf. art. 3 BV), in casu art. 8 BV (of art. 85, cijfers 6 en 7 en art. 107, cijfers 8 en 9 BV volgens het *Bundesgericht*). Dan rijst klassiek de vraag of deze bevoegdheid niet moet worden geactualiseerd om überhaupt een conflict te kunnen hebben. Immers: zo het een 'exclusieve bevoegdheid' is, moet zelfs geen enkele federale norm ter actualisering worden uitgevaardigd (normvacuüm), gesteld natuurlijk dat we het kantonale initiatief in aanmerking mogen nemen. De vraag naar de *pre-emption* is dan meteen zonder grond. Het is de cruciale vraag naar de natuur van de bondsbevoegdheden: exclusief of concurrent (17)?

1.4. In het staatsrechtelijk contentieux treedt het *Bundesgericht* enkel op in een *konkrete, aktuelle Kompetenzfrage* (18), het Hof geeft geen eenvoudige meningsuiting in een abstract-virtuele bevoegdheidsbetwisting. In de regel wordt vereist dat een akte uitgevaardigd is of dat men

HANGARTNER, Y., *o.c.*, 27-43; voor de Commonwealth van Australië: ZINES, L., *The High Court and the Constitution*, Sydney, Butterworths, 1981, 1-14; voor de U.S.A.: LE-NAERTS, K., *o.c.*, nrs. 155 e.v.

(17) Dit begrippenarsenaal van Duitse origine vindt men in de meeste handboeken terug: AUBERT, J.F., *o.c.*, nrs. 640-641; GIACOMETTI, Z., *o.c.*, 96 e.v.; HANGARTNER, Y., *o.c.*, 182 e.v.

(18) Deze geijkte uitdrukkingen van het hof (tweede considerans, *in fine*) worden door de auteurs overgenomen.

ten minste, zoals in casu, een gezagsorgaan, hier de grote raad van Basel, kan viseren waar deze normen aanhangig werden gemaakt. Men ziet wel dat de demarcatie nu erg moeilijk wordt. Immers: kan de *Bundesrat* reeds optreden als enkele burgers met 'ongrondwettelijke plannen' in hun hoofd door de straten van Basel lopen of moet gewacht worden tot de kantonale instanties optreden omdat het volk, als constitutionele factor, niet grijpbaar is? Giacometti zegt dat het hier in de redenering van het Hof een actueel bevoegdheidsgeschil betreft omdat de grote raad van Basel wordt opgelegd de twee initiatieven zonder gevolg te laten (19). Deze juridische vluchtheuvel geeft de indruk een superstructuur te zijn van louter pragmatische motieven: door uitvaardiging van de norm treedt onmiddellijk het effect in, in casu verslechtering van de internationale betrekking, diplomatieke relen ... Een nuttig gebruik van de *staatsrechtliche Klage* vereist hier een zeker preventief optreden. De bewoordingen van het Hof mogen geen misverstand doen ontstaan: een virtueel bevoegdheidsconflict behoort eveneens tot zijn bevoegdheid (20).

2. Een verticaal en horizontaal-federaal bevoegdheidsconflict

Het sociaal-democratisch initiatief wordt eerst behandeld omdat het duidelijker op vreemdelingen betrekking heeft. De eerste paragraaf is, aldus het *Bundesgericht*, in hoofdzaak gericht tegen Duitse onderdanen omdat vooral die lid zullen zijn van de genoemde buitenlandse organisaties en Zwitsers eerder accidenteel. De tweede paragraaf bevat een uitbreiding van de verboden organisaties naar andere landen toe: hiermee worden Italiaanse organisaties van soortgelijke aard gevisieerd. De organisaties worden verboden omdat ze 'staatsgevaarlijk' zijn: het

(19) GIACOMETTI, Z., o.c., 875 noot 24 (met verdere verfijningen). Voor een behandeling van de virtuele bevoegdheidsgeschillen zie AUBERT, J.F., o.c., nr. 1620 en het goede voorbeeld: het arrest Hongrin (*B.G.E.* 78 I 14), uitgelegd in nr. 1627 aldaar.

(20) GIACOMETTI, Z., o.c., 875 noot 24 legt de bevoegdheidsbeperking van het hof (namelijk een "konkrete, aktuelle Kompetenzfrage") uit met de woorden van het arrest: "So dass der Entscheid des Bundesgerichtes nicht lediglich die Bedeutung einer Meinungsäusserung haben kann". In Zwitserland is er dus een éézijdige controle, namelijk op de kantonale normen en hoogst beperkt met betrekking tot federale akten, die echter geen "konkrete Normenkontrolle" is zoals men dit begrip in de Bondsrepubliek Duitsland verstaat. Zie over dit begrip, alsmede over de "abstrakte Normenkontrolle": VON MÜNCH, I., *Grundgesetz-Kommentaar*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, III, München, 1983, 529 e.v. en 607 e.v. De hier besproken procedure is haast dezelfde als de "abstrakte Normenkontrolle" die door VON MÜNCH, I., o.c., 531 als een "Streitentscheidung" omschreven wordt in "konkrete Meinungsverschiedenheiten" en: "rein wissenschaftliche Kontroversen reichen nicht aus". Belangrijk is ook dat er geen "vorbeugende Normenkontrolle" is, dit wil zeggen, de litigieuze norm moet reeds afgekondigd zijn maar hoeft nog niet in werking getreden te zijn. Hier ligt een fundamenteel verschil met de pragmatische, soepele houding van het *Bundesgericht* in Zwitserland.

kanton leidt dat blijkbaar af uit de aard van hun activiteiten die bepaald of geïnspireerd worden door de politieke visies van beide staten. Het *Bundesgericht* omlijnt de zaak: naar de materie betreft het een probleem van *Vereinspolizei*, met betrekking tot personen *Fremdenrecht* (en wel inwoners van twee staten), met betrekking tot het te beschermen rechtsgoed de interne veiligheid. In feite wil het kanton via één van haar wetgevende organen, namelijk het volk, een regel van buitenlandse politiek uitvaardigen: het effect op de internationale betrekkingen is mogelijk bv. represailles) omdat het verbod tegen een bepaalde staat wordt gericht via haar burgers. De haast organische navelstreng tussen de staat en diens onderdanen (samenstellende delen) over de grenzen van het rijk heen, impliceert een erg levende interactie die telkens weer in de internationale betrekkingen voor beroering zorgt. Het *Bundesgericht* stelt twee regels voorop: een kanton blijft bevoegd ook wanneer een extra-territoriaal effect (buitenlandse politiek) bijkomend optreedt. Nochtans kan een kantonale onbevoegdheid "aus allfälligen Rückwirkungen auf die Beziehungen nach aussen ergeben". De dreiging van de *cumulative impact* duikt hier op: bij de minste invloed op de buitenlandse politiek zou men van een bevoegdheidsverschuiving kunnen spreken en heel de bevoegdheidsverdeling zou dan op losse schroeven komen te staan. Daarom moet het *Bundesgericht* de bevoegdheidsafbakening nauwer omschrijven: in het Zwitsers systeem van bevoegdheidsverdeling worden bevoegdheidsverschuivingen via audacieuze jurisprudentiële doctrines gemeden. Niet *nine old men* maar het gezamenlijke Zwitserse volk in het constitutioneel referendum beslist over de bevoegdheidsverdeling. Dit is een erg fundamenteel verschil met het Amerikaanse systeem dat gebaseerd is op het verschil in aard van de twee grondwetten: de U.S.A. heeft een rigiede grondwet, de Zwitserse is soepel en herzienbaar (21). Om de politieke substantie van de kantons te vrijwaren (22) stelt het *Bundesgericht* dat enkel omwille van de aard en de intensiteit van de werking naar buiten, een bevoegdheidsverschuiving ontstaat, hoezeer het kanton op eigen grondgebied ook bevoegd is. De vraag is wel wie zulks beslist!

(21) Een boeiende beschrijving van de talrijke grondwetsherzieningen vindt men in: RAP-PARD, E., *La constitution fédérale de la suisse (1848-1948). Ses origines, son élaboration, son évolution*, Neuchâtel, Boudry, 1948. Na 1948 deden zich echter nog belangrijke herzieningen voor, onder meer inzake het facultatief referendum (sinds het constitutioneel referendum van 25 september 1977 op aanvraag van 50.000 in plaats van 30.000 burgers) en vooral de creatie van een 23e kanton met name de Jura door het referendum van 24 september 1978. Derhalve is de tekst van de grondwet achteraan in het boek achterhaald.

(22) Een theoretisch goed gefundeerde uiteenzetting over de verhouding Bond-kantons, de rechtskwaliteit van het kanton en vooral de noodzaak tot herdefiniëring van het begrip "sovereiniteit" in een bondstaat vindt men bij: HANGARTNER, Y., o.c., 27-43.

Hier zitten we dan in een probleem van *federaal-horizontale* bevoegdheidsafbakening: de *Bundesrat* is als politiek lichaam bevoegd voor de buitenlandse aangelegenheden en de externe veiligheid (art. 102, cijfers 8 en 9 BV) zodat het moet kunnen reageren op kantonale normen met repercussies op de buitenlandse verhoudingen. Het criterium van dat optreden is niet juridisch maar één van *politieke doelmatigheid*. Het *Bundesgericht* moet in zijn sfeer blijven en kan niet op de 'stoel' van de uitvoerende macht gaan zitten doch anderzijds moet de kantonale bevoegdheidssfeer door het *Bundesgericht* beschermd worden om niet-constitutionele bevoegdheidsverschuivingen zonder basis te verhinderen. Het *Bundesgericht* moet zijn taak als (beperkt) constitutioneel Hof waarmaken: art. 113,1 BV geeft het die opdracht. Daarom wordt de beslissing van de *Bundesrat* *marginiaal* getoetst (23). De nog uit te vaardigen kantonale verbodsbepalingen behoren tot de normen met bevoegdheidsverschuivend effect. De marginale toetsing wijst erop dat de *Bundesrat* zich niet aan bevoegdheidsoverschrijding bezondigde. De vraag of het statuut van deze 'staatsgevaarlijken' op sluitende wijze op federaal vlak werd geregeld, is van geen belang want de Bond is op exclusieve wijze bevoegd. Er werden bovendien wél regelingen uitgewerkt. Het arrest is een standaardcase geworden om het onderscheid tussen concurrerende en exclusieve bevoegdheden te illustreren (24). De weerlegging van de argumentatie met betrekking tot de *Kommunistenverbote* is wel moeilijker en is onbevredigend (25). De buitenlandse sfeer wordt minder krachtig beroerd dan in voorliggend geval. Rusland is ver en er zijn geen officiële contacten met die staat. De erg ruime formulering ervan (cf. supra) houdt in dat ook wel eens nabuurstaten zouden kunnen getroffen worden. Het *Bundesgericht* neemt aan dat dit valt onder het *Ermessen* van de *Bundesrat*.

De hele redenering geldt mutatis mutandis voor het burgerlijk initiatief voor zover dit het andere initiatief overlapt: "jede weitere nationalsozialistische oder fascistische Organisation". Of deze gedeeltelijke nie-

(23) Dit bij ons goed gekende begrip komt niet voor in het arrest, ofschoon het mechanisme omslachtig wordt omschreven.

(24) AUBERT, J.F., *o.c.*, nrs. 641-643; GIACOMETTI, Z., *o.c.*, 98-103.

(25) AUBERT, J.F., *o.c.*, nr. 235. Ofschoon in Zwitserland zeker niet van een "gouvernement des juges" kan gesproken worden, blijkt toch in dit geval eerder de politieke opportuniteit dan wel de juridische logica doorslaggevend te zijn geweest. Telkens weer is dit een kopbreker voor de hoogste gerechtshoven. Voor de U.S.A. inzake "political questions" zie LENAERTS, K., *o.c.*, nrs. 91-98. Ook in de Bondsrepubliek Duitsland wordt veel nagedacht over de politieke rol van het *Bundesverfassungsgericht*, zie hierover: *Auf dem Weg zum Richterstaat*, herausgegeben von Gerd-Klaus Kaltenbrunner, München, Herderbücherei, 1979, 191 p.; *Der Kampf um das Grundgesetz (über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation)*, Referate und Diskussionen eines Kolloquiums aus Anlass des 70. Geburtstages von Wolfgang Abendroth. Herausgegeben von Peter Röhmer, Frankfurt am Main, Syndikaat, 1977, 265 p.; Von Münch, I., *o.c.*, 517-518.

tigheid het hele initiatief aantast is een vraag van kantonaal staatsrecht. Het *Bundesgericht* legt de grote raad van Basel op geen gevolg te geven aan beide initiatieven: het sociaal-democratische moet volledig buiten beschouwing blijven, het burgerlijke gedeeltelijk.

E. EPILOOG

De *Bundesrat* vaardigde op 19 november 1940 een besluit uit (op grond van buitengewone volmachten) waardoor de nationaal-socialistische partij verboden werd. Een week later werd de kommunistische partij elke activiteit ontzegd, haar goederen werden in beslag genomen en de partij ontbonden.

Door het besluit van 27 februari 1944 werden deze partijverboden weer opgeheven (26)...

(26) Bij AUBERT, J.F., o.c., nrs. 2119-2134, vindt men hierover een boeiende uiteenzetting in het kader van art. 56 BV (verenigingsvrijheid)...