Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 48 (1929)

Heft: 5

Rubrik: Protokoll der 64. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Protokoll der 64. Jahresversammlung

des

Schweizerischen Juristenvereins

vom 16. und 17. September 1929 in Neuenburg.

Sitzung vom 16. September 1929,
im Sitzungssaale des Grossen Rates, Schloss Neuenburg.

Vorsitzender:

Herr Bundesrichter Dr. *Victor Merz*, Lausanne.

I.

Der Vorsitzende eröffnet die Sitzung um 8¾ Uhr. Auf seinen Antrag wird an Herrn a. Bundesrichter *Monnier*, z. Z. in Chaumont, folgendes Sympathietelegramm gesandt:

„Au moment d'entrer en délibération au château de Neuchâtel, la Société Suisse des Juristes salue en vous le magistrat qui a grandement honoré son pays et vous adresse l'expression de son sentiment de reconnaissance et d'amitié."

Der Vorsitzende hält sodann folgende Ansprache:

„Verehrte Kollegen!

Es gereicht mir zur Freude, Sie hier in Neuenburg so zahlreich begrüssen zu können. Besonderer Dank gebührt dem Neuenburger Organisationskomitee, welches die Veranstaltung der Versammlung in so trefflicher Weise an die Hand genommen hat.

Unser Verein hat im verflossenen Jahre 17 Mitglieder durch den Tod verloren:

Schon vor der letzten Jahresversammlung, im April 1928, ist in Willisau *Josef Menziger*, von Reichenburg, gestorben. Von Beruf Apotheker, hat er sich in Schübelbach als Mitglied des Gemeinderates, als Armen- und Schulpräsident und als Kantonsrat öffentlich betätigt. Er nahm sich besonders der Armen und Bedrängten an, was ihn auch zum Sozialismus führte. Mit der Rechtsprechung kam er in nähere Beziehung als Mitglied des Bezirksgerichts March und des Kantonsgerichts Schwyz. In letzterer Eigenschaft ist er im Jahre 1926 bei der Jahresversammlung in Schwyz unserem Verein beigetreten.

Ebenfalls vor der letzten Jahresversammlung, am 6. August 1928, starb in Basel Dr. *W. Brüderlin*, der früher als Anwalt praktizierte, sich aber schon seit längerer Zeit gänzlich zurückgezogen hatte.

Der am 7. Oktober 1928 verstorbene *Ernest Strittmatter* trat nach gründlichen Rechtsstudien jung, frisch, tatenfreudig und lebensfroh in die Advokatur ein, vom damaligen Nationalrat Jeanhenry, der immer mehr durch seine öffentliche Tätigkeit in Anspruch genommen war, als Gehilfe berufen. Seine Kenntnisse, seine Geschicklichkeit und seine verbindliche Art, die nie die Regeln der Kollegialität missachtete, machten ihn bald zu einem der gesuchtesten Advokaten weit über die Grenzen seines Kantons hinaus. Er war ebenso gründlich in der Vorbereitung seiner Prozesse, wie gewandt in der schriftlichen und mündlichen Darstellung. So lag eine ihm anvertraute Sache in guten Händen, und so genoss er auch bei den Gerichten hohe Achtung, die er übrigens erwiderte, indem er auch eine Entscheidung, die gegen ihn ausfiel, hinnahm und zu verstehen suchte. Es ist bei einer solchen Natur begreiflich, dass sie im Prozessieren nicht ihr Genügen

fand. So sehen wir Strittmatter auch im öffentlichen Leben tätig, als Mitglied des Conseil général von Neuenburg und des Grossen Rates, in dem er im Jahre 1910 mit grosser Autorität den Vorsitz führte. Und so sehen wir ihn ferner in verschiedenen Verwaltungen tätig, wo er wegen seiner grossen Erfahrung und Gewandtheit, sowie wegen seiner Doppelsprachigkeit sehr geschätzt war. In den letzten Jahren war er mit Vorliebe als Vermittler oder Schiedsrichter in Streitigkeiten tätig, in denen er von den Parteien hiezu angerufen wurde. Sein zu früher Weggang wurde ihm erleichtert durch die Genugtuung, seinen Sohn in seine Fussstapfen treten zu sehen.

Ende Oktober 1928 ist 83jährig Dr. *Robert Grieshaber* gestorben, in seinem Heimatort Hallau, wohin er sich in den letzten Jahren zurückgezogen hatte, nachdem er sein ganzes Leben dem Dienst der Gemeinschaft gewidmet und an der Entwicklung der öffentlichen Verhältnisse im Kanton Schaffhausen und im Bund einen hervorragenden Anteil genommen hatte. Nach den Studien war er zuerst am Gericht tätig, als Gerichtsschreiber und Präsident des Bezirksgerichts, um später auch Kantonsrichter zu werden. Daneben war er Mitglied des Grossen Rates, des Verfassungsrates und des Erziehungsrates. Im Jahre 1876 trat er in den Regierungsrat ein, dem er 44 Jahre angehörte, und seit 1878 war er während 40 Jahren Mitglied des Nationalrates, den er 1897 präsidierte. Damit waren noch Ämter und Aufgaben verschiedenster Art verbunden. Alle Verdienste aufzuzählen und zu würdigen ist hier nicht der Ort. Sie lagen hauptsächlich auf dem Gebiete des Erziehungswesens. Ein Politiker von ausgesprochen freisinniger Prägung, war er doch mehr als Parteimann. Sein ruhiges, sicheres und offenes Wesen, verbunden mit stattlicher Erscheinung, machten überall Eindruck und verschafften ihm in weiten Kreisen grosses Ansehen, und namentlich die Jugend, für die er so viel tat, zollte ihm hohe Verehrung.

Eine Gestalt, die sich schon der äusseren Erscheinung nach einprägte und die durch vielseitige Tätigkeit in weiten Kreisen bekannt war, ist mit *Karl Zurburg-Geisser* in Altstätten im November letzten Jahres im Alter von 71 Jahren einem Unfall erlegen, nachdem ihn ein Gehörleiden schon einige Jahre vorher gezwungen hatte, auf seine Ämter zu verzichten. Zurburg betrieb in Altstätten ein Advokaturbureau; er stand als Anwalt wegen seiner Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit in hohem Ansehen und war infolge seines Gerechtigkeitssinnes und seiner Herzensgüte allgemein geachtet und beliebt. Auch im öffentlichen Leben seiner Gemeinde, seines Bezirks, des Kantons und des Bundes spielte er eine bedeutende Rolle. In der engeren Heimat war es namentlich das Schulwesen, dem er seine Zeit und Kraft widmete. Er sass im kantonalen Verfassungsrat und Kantonsrat, den er in den Jahren 1915/17 präsidierte. Lange Zeit war er Mitglied und während 16 Jahren Präsident des Kassationsgerichts von St. Gallen. Im Jahre 1905 wurde er als Vertreter der katholisch-konservativen Partei in den Nationalrat gewählt, dem er bis 1925 angehörte und wo man ihn auf seinen Lieblingsgebieten hervortreten sah, dem der Rechtspflege und dem der Jagd.

Am 2. November 1928 starb unerwartet in Chailly ob Lausanne Dr. *Emil Huber* aus Hallau, 1868 in Solothurn geboren und dort aufgewachsen. Hier praktizierte er nach vollendeten Studien kurze Zeit als Anwalt und kam im Jahre 1899 als Sekretär zum Bundesgericht. Diesem leistete er als solcher und vom Jahre 1909 an als Gerichtsschreiber ausgezeichnete Dienste, indem er nach und nach bei allen Abteilungen die schwierige Arbeit der Redaktion von Urteilen besorgte. Daneben trat er mit einigen theoretisch und praktisch wertvollen Aufsätzen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht literarisch hervor, auch nach seinem im Jahre 1917 erfolgten Rücktritte von seinem Amte.

Mit Dr. *Emil Gassmann* in Solothurn hat die dortige Bürgergemeinde am 18. November 1928 ihren Ammann verloren. Gassmann hatte bis im Jahre 1919 in Solothurn ein Fürsprecher- und Notariatsbureau betrieben, mit dem lange Zeit die Vertretung einer Annoncenfirma verbunden war. 1919 wurde er Bürgerrat von Solothurn, 1925 Bürgerkommissär und 1926 Ammann der Bürgergemeinde. In allen seinen Stellungen hat er durch Tüchtigkeit und Gewissenhaftigkeit, sowie durch sein Wohlwollen die grösste Beliebtheit und allgemeine Achtung erworben.

Am 27. Dezember 1928 starb der kurz vorher in der Jahresversammlung in unsern Verein aufgenommene Dr. *Hans Staub* in Zürich im Alter von erst 34 Jahren. Er war im Jahre 1925 zum Polizeirichter der Stadt Zürich gewählt worden, in welcher Stellung er sich rasch die Achtung der Behörden, der Rechtsanwälte und des Publikums als gerechter, gütiger und verständiger Richter zu erwerben gewusst hat.

Mit *alt Bundeskanzler Dr. Ringier* ist im Januar 1929 das letzte Gründungsmitglied unseres Vereins heimgegangen. Ringier wurde als junger Fürsprech im Jahre 1868 neben Augustin Keller vom Kanton Aargau in den Ständerat abgeordnet, dem er bis 1877 angehörte und den er im Jahre 1875 präsidierte. Im Jahre 1881 wurde er zum Bundeskanzler gewählt und hat bis zum Jahre 1909 als solcher seine Dienste dem Bunde gewidmet und sein Amt in mustergültiger Weise versehen. Dasselbe gab ihm nicht Anlass, nach aussen besonders hervorzutreten, was auch nicht seiner Natur entsprochen hätte. Seine umfassende Bildung und sein scharfer Verstand machten ihn zu einem wertvollen Mitarbeiter unserer obersten Regierungs- und Verwaltungsbehörde. Diesen Eigenschaften verdankte er es, dass ihm das Präsidium der Schillerstiftung übertragen und dass er während des Krieges in die eidgenössische Presskontrollkommission berufen wurde, deren nicht leichte

Aufgabe Männer von unbestrittenem Ansehen, überlegenem Geist und festem Charakter erforderte.

Während Ringier mit einer schwachen Gesundheit ein hohes Alter erreichte, ist der von Kraft strotzende Fürsprecher *Emil Hügli* in Bern im Alter von 63 Jahren bald nach jenem einer tückischen Krankheit erlegen, mit der er heldenhaft während Jahren gekämpft hatte. Hügli hat sich, nachdem er im Jahre 1892 das bernische Fürsprecherexamen bestanden hatte, in Amerika mit der englischen Sprache und dem anglo-amerikanischen Recht vertraut gemacht und im Jahre 1894 in Bern seine Tätigkeit als Anwalt begonnen, der er bis ans Ende treu blieb. Er war vorbildlich in dem Bestreben, dem Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Dies und seine vornehme Art des Auftretens verschafften ihm Geltung und Ansehen, was sich darin bekundete, dass ihm schon in jungen Jahren das nicht leichte Amt eines Präsidenten des bernischen Gewerbegerichts übertragen und dass er im Jahre 1919 zum Mitglied und 1923 zum Präsidenten der bernischen Anwaltskammer berufen wurde. Seine Erkrankung und sein Heimgang wurde von allen, die mit der bernischen Rechtspflege in Beziehung stehen, aufrichtig beklagt.

Notar *Albert Gampert* in Genf, der in der Nacht vom 23. auf den 24. Februar 1929 starb, war ein Genfer bester Tradition in Haltung und Gesinnung. Neben seinem Notariatsberuf war er Mitglied und eine Zeitlang Präsident des Comptoir d'Escompte. Im Jahre 1894 wurde er in den Conseil Municipal und im Jahre 1907 in den Conseil Administratif gewählt, den er dreimal präsidierte und aus dem er im Jahre 1918 ausschied, um noch bis zum Jahre 1924 Mitglied des Conseil Municipal zu bleiben. Für Genf ist sein Name hauptsächlich mit der Entwicklung und Verwaltung der technischen Betriebe verbunden. Daneben lag ihm die Fortbildung des schweizerischen Rechts am Herzen. Er war ein überzeugter Anhänger der Rechts-

vereinheitlichung und hat sie als Mitglied der Expertenkommission für das Zivilgesetzbuch und als Referent über Fragen des Grundbuchrechts im Schosse unseres Vereins tätig fördern helfen. Dieses Interesse verschaffte ihm die Wahl zum Mitglied des Vorstandes und zum Präsidenten unseres Vereins. Das letztere Amt hat er in den Jahren 1919—1921 mit der gleichen Hingebung versehen, die ihn in allen seinen Stellungen auszeichnete. Der Vorstand hat ihm durch Herrn F. Martin am Grabe den Dank des Vereins für seine geleisteten Dienste aussprechen lassen.

Bald darauf, am 3. März, hat Genf einen Mann verloren, dessen Name weit über die Grenzen seiner Stadt und seines Kantons bekannt war, *Albert Maunoir*. Er wurde mitten aus einem tätigen Leben im Alter von 65 Jahren aus dem Leben gerafft. Ein Mann mit hervorragenden Geistes- und Charaktereigenschaften, wurde er in jungen Jahren nach vollendeten Rechtsstudien Substitut des Procureur Général, um sich nach fünf Jahren der Advokatur zu widmen, die er bis zu seinem Lebensende ausübte und in der er lange Zeit Mitglied des Conseil de l'Ordre des Avocats und in den Jahren 1924—1926 bâtonnier desselben wurde. Daneben trat er immer mehr im politischen Leben hervor als Vertreter der liberalen Genfer Tradition, die er in der demokratischen Partei und ihrer Presse und als Mitglied des Grossen Rates und des Nationalrates, in den er im Jahre 1914 eintrat, verfolgte und die er auch als Mitglied der Regierung vertrat, der er von 1903 an während 12 Jahren angehörte. Der Militärjustiz diente er in allen Stufen bis zum Vertreter des Oberauditors hinauf. In allen seinen Tätigkeiten verband er grosse Sachkenntnisse und Gewandtheit mit Pflichttreue und Gründlichkeit.

Im besten Mannesalter wurde am 2. März 1929 in Schwyz Dr. X. *Schnüriger* nach kurzer Krankheit aus

seiner amtlichen Tätigkeit und seinen vielfachen gesellschaftlichen Beziehungen abberufen. Schnüriger wurde, nachdem er in Bern doktoriert hatte, in Schwyz Amtsschreiber und damit das ständige Element des Bezirksamts, dem insbesondere die Strafuntersuchungen anvertraut sind. Dann wurde er Landschreiber und besorgte als solcher das Sekretariat des Bezirksrats und des Bezirksgerichts Schwyz. Er galt allgemein als sehr tüchtiger Beamter, huldigte daneben dem Alpen- und Skisport, und war persönlich allgemein beliebt, wozu sein Talent für Musik beigetragen haben mag.

Mit *Albert Gans* ist am 3. April in Genf „le plus scrupuleux des avocats, l'ami le plus passionné des oiseaux et le plus fervent cavalier" im Alter von 78 Jahren unerwartet in voller Gesundheit beim Reiten vom Tode ereilt worden. Seine geistige Vorliebe galt den Naturwissenschaften. Daneben betrieb er die Advokatur, aber nicht als Procédurier, sondern als gewissenhafter Berater, was ihm u. a. die Klientschaft des deutschen und des amerikanischen Konsulats eintrug.

Bei einem Erholungsurlaub ist in Baden-Baden am 27. Mai 1929 der Advokat und Notar Dr. *E. A. Köchlin-Burckhardt* aus Basel gestorben, der neben seinem Beruf als Verwaltungsrat verschiedener industrieller und Bankunternehmen tätig war und sich als Präsident des Basler Theatervereins um die Erhaltung und Entwicklung der darstellenden Kunst in Basel besonders verdient gemacht hat.

Dr. *Albert Ammann*, von Schaffhausen, der im Alter von 69 Jahren im Juni 1929 gestorben ist, stand sein ganzes Leben lang im Dienste der Rechtspflege. Von 1883—1889 war er unter Bundesrat Ruchonnet im eidg. Justiz- und Polizeidepartement tätig. Nach Schaffhausen zurückgekehrt, widmete er sich zunächst der Advokatur, um dann

jahrelang das Amt eines Bezirksgerichtspräsidenten zu versehen, wobei er strenge Rechtlichkeit mit menschlichem Fühlen glücklich verband. Lange Zeit war er Ersatzmann des Bundesgerichts; er wurde in früheren Jahren öfters einberufen und war im Gericht nicht nur wegen seines offenen und heiteren Wesens gerne gesehen, sondern auch wegen seiner Zuverlässigkeit hochgeschätzt. Daneben gehörte er von 1893—1921 dem Kantonsrate und von 1896—1928 dem Ständerate an, den er im Jahre 1905 präsidierte. Als Ständerat war er Mitglied vieler wichtiger Kommissionen und interessierte sich namentlich um die Entwicklung der eidgenössischen Rechtsgesetzgebung und der Bundesrechtspflege; insbesondere war er einer der wenigen, die sich der Angelegenheiten des Bundesgerichts näher annahmen.

Der jetzigen Generation kaum mehr bekannt, selber aber den Jungen stets zugetan, ist im Alter von 87 Jahren am 8. Juli in Genf *Albert Dunant* dahingeschieden. Nach seinen Studien, die ihn nach Deutschland und Frankreich führten, trat er 1867 in das damals weitbekannte Advokaturbureau Serment ein. 1870 wurde er Substitut des Procureur Général, 1874 Juge d'Instruction, 1875 Mitglied der Cour de Justice, um bald der Genfer Politik zum Opfer zu fallen, worauf er wieder die Advokatur betrieb. Von 1880—1883 bekleidete er die in Genf besonders wichtige Stelle des Procureur Général. 1883 wurde er als Vertreter der demokratischen Partei in den Staatsrat gewählt, dem er bis 1897 angehörte und in dem er meistens dem Justiz- und Polizeidepartement vorstand. Seit Jahren hat er sich allmählich von der Öffentlichkeit zurückgezogen; nur noch das Ehrenamt als Mitglied des Kassationsgerichts versah er, das er während zwei Amtsdauern präsidierte. Auch Dunant gehörte zu den Genfern, die vernunft- und gefühlsmässig in einer starken Eidgenossenschaft die Grundbedingungen und beste Gewähr für die Aufrechterhaltung und Eigenart der engern Heimat erblicken.

Am 10. August ist in Luzern Dr. *Josef Winiger* gestorben, der unserem Verein 40 Jahre lang angehört hat. Nach vollendeten Rechtsstudien war er mehrere Jahre in der luzernischen Rechtspflege als Obergerichtsschreiber tätig, um im Jahre 1892 als Redaktor und dann als Leiter des „Vaterland" die politische Bahn zu betreten. Er war von 1891 an Mitglied des Grossen Rates des Kantons Luzern und seit 1897 Mitglied des Ständerates; in beiden Behörden rückte er auf den Präsidentenstuhl. In der Presse und im Ratssaal vertrat er bestimmt, aber in sachlicher und vornehmer Art die Auffassungen und Bestrebungen der katholischen Kirche, wobei ihm das Verständnis für die Erfordernisse des paritätischen Staates nicht abging.

Am 19. August ist in Lausanne Notar *Albert Allamand* einer Herzkrise erlegen. Er führte ein weitbekanntes Notariats- und Geschäftsbureau. Allamand hat bei vielen Gründungen, insbesondere von Immobiliargesellschaften, als treibendes Element mitgewirkt und stand in einer grossen Zahl von Gesellschaften an leitender Stelle, was er seiner ausserordentlichen Geschäftsgewandtheit, seinem sicheren Auftreten und seinem liebenswürdigen Wesen zu verdanken hatte.

Ausgetreten sind aus unserem Verein die Herren: Gysler (Zürich), Feuz (Bern), Gautier (Tavannes), Walker (Solothurn), Töndury (Samaden), Schmidt (Aarau), Steger (Frauenfeld), Pedroni (Lugano), Bolens (Cossonay), Eperon (Vallorbes), Mercier (Lausanne), Vallotton (Morges), Guinand (Neuchâtel) und Frau Labhart (Romanshorn).

Diesen Verlusten stehen gegenüber folgende 65 *Aufnahmen* neuer Mitglieder durch den Vorstand, um deren Anwerbung sich namentlich das Organisationskomitee von Neuenburg, mit Herrn Béguin an der Spitze, verdient gemacht hat:

Dr. *G. Dubler-Wegmann*, Rechtsanwalt, Zürich.
Theodor Heusser, Rechtsanwalt, Zürich.
Georges Vautier, avocat et notaire, Fleurier.
Dr. *Albert Brauen*, notaire, Neuchâtel.
Dr. *G. Schoenberg*, Patentanwalt, Basel.
Dr. *Alfred Wyss*, Rechtsanwalt, Zürich.
Dr. *E. Blocher*, juge fédéral, Lausanne.
Dr. *René Dornier*, avocat, Fleurier.
Dr. *Arnold Bolle*, avocat et notaire, La Chaux-de-Fds.
Dr. *Maurice Clerc*, notaire, Neuchâtel.
Dr. *Armand Dupasquier*, avocat, Neuchâtel.
Paul Baillod, avocat et notaire, Neuchâtel.
Georges Béguin, licencié en droit, Neuchâtel.
Ernest Berger, avocat, Neuchâtel.
Max Berthoud, avocat, Neuchâtel.
Edmond-Jean Bourquin, avocat, Neuchâtel.
Georges de Dardel, avocat, Neuchâtel.
Alcide Droz, président du tribunal II, Neuchâtel.
Charles Hotz, avocat et notaire, Neuchâtel.
Francis Junier, avocat et notaire, Neuchâtel.
René Landry, notaire, Neuchâtel.
Charles-Edmond Ohnstein, avocat et notaire, Neuchâtel.
Louis Thorens, avocat et notaire, Neuchâtel.
Fréderic-André Wavre, notaire, Neuchâtel.
Alphonse Blanc, notaire, La Chaux-de-Fonds.
Louis Clerc, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Jules Dubois, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Adrien Etter, président du tribunal I, La Chaux-de-Fds.
Jean Hoffmann, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Benjamin Jeanmairet, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Alfred-Julien Löwer, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Marc Morel, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Edouard Schupbach, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Edouard Tissot, avocat, La Chaux-de-Fonds.
Eugène Wille, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds.
Charles Chabloz, notaire, Le Locle.
Robert Ecklin, avocat et notaire, Le Locle.

Michel Gentil, notaire, Le Locle.
Fritz Matthey, notaire, Le Locle.
Max Fallet, avocat et notaire, Peseux.
Alexandre Gicot, avocat, Le Landeron.
Casimir Gicot, avocat et notaire, Le Landeron.
René Leuba, président du tribunal, Boudry.
Jean-Pierre Michaud, avocat, Bôle.
Ernest Paris, avocat et notaire, Colombier.
Henri Chedel, avocat et notaire, Neuchâtel.
Paul-René Rosset, avocat, St-Blaise.
Dr. *W. Bierbaum*, Zürich.
Paul Guerchet, avocat, Genève.
Charles Knapp, Fürsprecher, Bern.
Français Perréard, avocat, Genève.
Numa Roulet, avocat, Le Locle.
Paul Charmillot, avocat, St. Imier.
Dr. *Georges-Jean Pfeiffer*, La Tour-de-Peilz.
Maurice E. Meyer, avocat, Lausanne.
Dr. *Hans Rüegg*, Sekretär d. Oberrekurskommission, Winterthur.
Julien Girard, notaire, La Chaux-de-Fonds.
Julien Rossiaud, notaire, Neuchâtel.
Hermann Dutroit, avocat, Genève.
Ed. Barde, avocat, Genthod, Genève.
Dr. *R. Hagnauer*, Zürich.
Bernard Jordan, Sekr. d. eidg. Steuerverwaltg., Bern.
Herbert Lokay, licencié ès sciences pol. et administrative, Neuchâtel.
Werner von Steiger, Fürsprecher, Bern.
Victor Gautier, licencié en droit, Genève.

Verehrte Kollegen!

Nach den Statuten bezweckt unser Verein:

„a) die Rechtswissenschaft in der Schweiz zu pflegen, insbesondere die Kenntnis des eidgenössischen Rechts und der kantonalen Rechte im Vaterlande zu verbreiten;

b) freundschaftliche Beziehungen unter den schweizerischen Juristen zu begründen und zu erhalten."

Diesen Zwecken dienen vorab die jährlichen Tagungen, an denen übungsgemäss in zwei Sitzungen neben den Verwaltungsgeschäften zwei juristische Themen behandelt werden und bei denen auch der Pflege der Geselligkeit Raum gelassen ist. Als der Vorstand vor einigen Jahren beabsichtigte, der Versammlung vorzuschlagen, dass die Tagungen nur alle zwei Jahre, abwechselnd mit den Zusammenkünften des schweizerischen Anwaltsverbandes, stattfinden sollten, zeigte es sich, dass eine solche Änderung der Versammlung nicht genehm war, was als gutes Zeichen für den Lebens- und Tätigkeitsdrang des Vereins gelten darf; auch für eine Abkürzung der Dauer der Tagungen waren die bisherigen Festorte nicht zu haben, was dem Bedürfnis der Geselligkeit entspricht, der die längere Dauer hauptsächlich zustatten kommt.

Für die diesjährige Jahresversammlung wählte der Vorstand kein gesetzgeberisches Problem, sondern zwei Themen über die Anwendung und Auslegung geltenden Rechts. Das schweizerische Ehescheidungsrecht und die Rechtsprechung darüber zeigen, wie das staatliche Recht sich mit verschiedenen konfessionellen und sittlichen Auffassungen abfinden kann und umgekehrt. Dem Beamtenrecht ist durch das eidgenössische Beamtengesetz auf dem Boden des Bundes eine positive Grundlage gegeben worden. Es handelt sich bei diesem Thema darum, die positive Ordnung unter allgemeine Gesichtspunkte zu stellen, was nicht nur für die Anwendung des Bundesgesetzes, sondern auch für das kantonale Beamtenrecht seinen Wert hat. Für beide Themen hat der Vorstand ohne Mühe geeignete Referenten gefunden. Ich möchte ihnen für ihre Bereitwilligkeit gleich jetzt bestens danken, besonders da einzelne derselben durch persönliche Verhältnisse in der Ausführung der übernommenen Aufgabe erheblich gehemmt waren.

Als Preisaufgabe wurde ausgeschrieben:

Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit.

In den letzten Jahren haben die Preisaufgaben stets nur wenige, etwa auch gar keine Bearbeiter gefunden, trotz anscheinend nicht ungünstigen Bedingungen. Hängt es an den letztern oder an Interesselosigkeit? Der Vorstand wird sich die Frage stellen müssen und vielleicht dazu kommen, Änderungen vorzuschlagen.

Für unseren Verein arbeitet ständig und am hingebendsten die Rechtsquellenkommission, mit dem hochverdienten Präsidenten Oberrichter Dr. Merz in Aarau an der Spitze. Ihrer sei heute mit aufrichtigem Dank besonders gedacht.

Die von unserem Verein unternommenen Vorarbeiten für einen eidgenössischen Zivilprozess, die nach dem Tode von Bundesrichter Schurter in den bewährten Händen von Prof. Fritzsche in Zürich liegen, sind soweit gefördert worden, dass man hoffen kann, dass im kommenden Jahre ein zweiter Band herauskomme; er soll die geschichtlichen Grundlagen des Zivilprozessrechts der Kantone bringen und wird sich mit der Entwicklung des Prozessrechts im 19. Jahrhundert beschäftigen. Es liegt in den Zeitverhältnissen begründet, wenn das Tempo dieser Vorarbeiten ein langsameres geworden ist; aber wenn auch das Ziel noch in der Ferne liegen mag, so darf doch die Aufgabe nicht fallen gelassen werden.

Ausser der Vorbereitung der Jahresversammlung hatte der Vorstand im wesentlichen nur unbedeutende Geschäfte zu erledigen. Zwei Angelegenheiten hatten immerhin eine etwas grössere Bedeutung, und ich möchte sie deshalb hier erwähnen. Die Commission suisse pour la coopération intellectuelle, ein Zweig der dem Völkerbund unterstehenden gleichnamigen internationalen Kommission, ersuchte durch ihren Präsidenten den Vorstand, sich durch einen Delegierten in der Kommission vertreten

zu lassen. Ein ähnliches Gesuch ging uns zu von dem Schweizer. Bund gegen die Schundliteratur. Der Vorstand hat einhellig die beiden Gesuche ablehnend zu beantworten beschlossen, weil die Vertretung des Vereins als solchen in derartigen Verbänden über den Vereinszweck hinausgehe und weil es für seinen Vertreter schwierig wäre, zu den von jenen Verbänden behandelten Fragen im Namen unseres Vereins Stellung zu nehmen. Es scheint überhaupt nicht leicht, solche Bestrebungen zu kartellieren, bietet doch schon auf dem Boden materieller Interessen der Zusammenschluss von Vereinen und Verbänden Schwierigkeiten und Gefahren, die bei Vereinigungen zu idealen Zwecken noch grösser werden. Bei dem Gesuche des Bundes gegen die Schundliteratur kam dazu, dass der Juristenverein in die Lage kommen kann, selbständig zu den Bestrebungen und allfälligen Vorschlägen auf jenem Gebiet Stellung zu nehmen. Und was die Coopération intellectuelle betrifft, so bestehen in der Schweiz zwei Vereinigungen für internationales Recht, die den Bestrebungen jener Kommission näher stehen als wir.

Damit soll nicht gesagt sein, dass sich der Schweizer. Juristenverein nicht auch mit Fragen des internationalen Rechts soll befassen dürfen, wie er dies ja auch schon getan hat. Die internationalen Beziehungen, die Beziehungen von Staat zu Staat, von Angehörigen des einen Staats zum andern und zu dessen Angehörigen, und diejenigen der in einem fremden Staat Wohnenden zu diesem und zu seinen Bewohnern, werden immer häufiger und verwickelter, und man sucht sie auf den Boden des Rechts zu stellen. Seit dem Weltkrieg insbesondere sucht eine umfassende Organisation diese Beziehungen rechtlich zu ordnen, mit dem Hauptziel der Erhaltung des Friedens. Das sind überaus schwierige Aufgaben, zumal da dabei stets, wie von jeher, das Bestreben herrscht, die Macht in das Gewand des Rechtes zu kleiden, und da ferner wahrhaft internationale Lösungen der gerade durch den Krieg und die Friedensschlüsse mächtig erstarkte Na-

tionalismus erschwert. Es ist so nicht zu verwundern, dass die Bestrebungen zur Festlegung internationaler Rechtsnormen, nicht nur auf dem Boden des Völkerrechts, sondern auch auf dem Boden des übrigen öffentlichen und auch auf dem des Privatrechts nur sehr langsam und mühsam Gestalt gewinnen. Einen grossen Fortschritt möchte ich hier immerhin erwähnen, den Abschluss von Schiedsverträgen zwischen Staaten und die Schaffung des Ständigen internationalen Gerichtshofes im Haag. Die Schweiz hat einen doppelten Grund, sich dieser Entwicklung zu freuen. Es liegt darin die sicherste Garantie ihrer internationalen Stellung, mit den Grundpfeilern der Neutralität und des Asylrechts, und sie darf darin eine Wiederholung der eigenen Entwicklung erblicken, die ebenfalls mit der Schaffung eidgenössischen Rechts, einer Gerichtsinstanz zur Schlichtung von Streitigkeiten unter den Gliedern, den entscheidenden Schritt zu friedlichem Zusammenleben und zum staatlichen Zusammenschluss der Bundesglieder tat. Das materielle Recht entwickelt sich dann gerade durch die Gerichtstätigkeit, sobald ihr nicht zu enge Schranken gezogen sind und wenn ihr auch eine rechtsgestaltende Funktion zugebilligt wird, was sich auch innerstaatlich, z. B. für die Schlichtung von Kollektivstreitigkeiten als notwendig erweist. Gerade diese Entwicklung zeigt, wie hoch das menschliche Denken und Fühlen die Idee des Rechts hält, was sie nicht nur ihrer äussern Funktion, der Aufrechterhaltung der Ordnung, sondern auch dem durch das Ethos gegebenen innern Gehalt verdankt. Wenn wir so diese Entwicklung nur freudig begrüssen können und wenn wir auch den uns berührenden übrigen Fragen des internationalen Rechts unsere Aufmerksamkeit schenken wollen, so geschieht dies doch wohl richtiger und wirksamer im Schosse des eigenen Vereins als durch Entsendung eines Vertreters in einen zusammenfassenden Verband.

Wir haben übrigens auf dem Boden der Erforschung und Entwicklung des schweizerischen Rechts noch Auf-

gaben genug vor uns. Die wirtschaftlichen und die geistigen Verhältnisse sind in stetem Wandel begriffen und das Recht, welches die Bedingungen des Zusammenlebens regelt, muss sich anpassen oder die Richtung geben. Unsere gegenwärtige staatliche Ordnung beruht wesentlich auf dem Gedanken einer engern organischen Zusammenfassung der Bundesglieder und auf einer weitgehenden Anerkennung der Rechtsgleichheit und der individuellen Freiheit. In beiden Beziehungen sind gegenwärtig andere Strömungen bemerkbar. Der Bund wird in vielem als lästig oder gar als feindlich empfunden, und man will ihm da und dort nicht einmal mehr die Zuständigkeiten lassen, die man ihm schon eingeräumt hat. Sprachliche und konfessionelle Zusammenhänge werden stärker betont und greifen auf das ganze Zusammenleben über. Wirtschaftliche Interessenverbände und Parteien verlangen mehr Einfluss und Beachtung. Zu einer Änderung der rechtlichen Grundlagen des Staates haben diese Bestrebungen bei uns bis jetzt nicht geführt, wenn man nicht die Einführung der Verhältniswahl für den Nationalrat darauf zurückführen will. Aber man muss sich doch fragen, wohin diese Strömungen führen und ob ihnen durch Änderung der Organisation der Grundlagen des Bundes Rechnung zu tragen sei. Jedenfalls dürfte sich eine Untersuchung über die Abgrenzung der Befugnisse von Bund und Kantonen empfehlen. Auch die Gedanken der Rechtsgleichheit und der individuellen Freiheit scheinen zu verblassen. Man ruft nach Autorität, Zusammenschluss und Führung. Wir sehen auf wirtschaftlichem Gebiete eine noch nie dagewesene Ansammlung und Verstärkung der kapitalistischen Kräfte, auf der andern Seite eine scharfe Kampforganisation der Arbeit. Wir sehen auf geistigem Gebiete die gewaltige Zusammenfassung des Katholizismus mit dem corpus juris canonici. Diese Entwicklungen schaffen neue Situationen und Spannungen. Und da ist es Sache des Rechts, Schranken zu setzen, Gegensätze auszugleichen, die Grenze zwischen

Freiheit und Zwang zu ziehen. Die hierüber in der BV aufgestellten Grundsätze sind durch die Entwicklung der Dinge zum Teil schon umgebogen worden, und man könnte wohl an eine allgemeine Erörterung dieser Fragen vom Standpunkte der Fortbildung des Verfassungs-, des öffentlichen und des Privatrechts denken. Und wie die Zeit neue Einblicke in das natürliche Geschehen zu gewinnen sucht, so strebt sie auch immer wieder danach, dem individuellen Leben und der geschichtlichen Entwicklung ihren Sinn zu geben. So hat die Rechtsphilosophie in der letzten Zeit einen breiten Raum unter den Arbeiten der Juristen eingenommen, was dem Bedürfnis entspringt, dem Wesen des Rechts und seinem Zweck sowie seinem Verhältnis zu Staat, Wirtschaft und Sittlichkeit näherzutreten. Auch in der Schweiz sind diesem Bedürfnis hervorragende Studien entsprungen. Ich erinnere an die Werke von Eugen Huber und Walter Burckhardt. Vielleicht dürfte sich auch der Juristenverein einmal auf dieses Gebiet wagen; denn mit allen Formen und Regeln ist es doch schliesslich die Idee der Gerechtigkeit, der wir näherzukommen suchen müssen.

II.

Zu *Sekretären* und zugleich zu *Stimmenzählern* werden gewählt die vom Vorstand vorgeschlagenen:

M. *Max Henry*, Président du Tribunal du Val de Travers,

Herr Dr. *H. George Camp*, Advokat, Zürich.

Als *Rechnungsrevisoren* werden bezeichnet:

M. *Charles Secretan*, Dr. en droit, avocat, Lausanne,

Herr Dr. *A. Lehmeier*, Advokat, Basel.

III.

Der Vorsitzende erteilt das Wort an Prof. *F. H. Mentha*, von Neuenburg, welcher der Versammlung eine Festgabe der Universität mit folgenden Worten überreicht:

„La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel se fait un plaisir d'offrir aux congressistes un „Recueil de Travaux" édités spécialement à leur intention. Ce recueil contient plusieurs travaux sur les sujets les plus divers, mais une place spéciale a été réservée à un des jurisconsultes neuchâtelois qui a le plus honoré son pays, Emer de Vattel. Je suis heureux de la preuve de vitalité que vient de donner la Faculté de droit de Neuchâtel et je souhaite aux juristes suisses de trouver à la lecture de ces travaux autant de plaisir que j'en ai trouvé moi-même."

Im Namen des Schweizerischen Juristenvereins dankt der Vorsitzende Prof. Mentha wie den Verfassern für die ideelle, wertvolle Gabe, die sich als Zeichen der Verbindung der Wissenschaft mit den Bestrebungen des Vereins darstellt.

IV.

Der Vorsitzende verliest folgenden *Bericht der Rechtsquellen-Kommission*, erstattet von deren Präsidenten, Herrn Oberrichter Dr. *W. Merz* in Aarau:

„Im Berichtsjahre ist ein Band Rechtsquellen (Oberamt Schenkenberg) zum Abschluss gekommen, womit das ehemals bernische Gebiet des Kantons Aargau erledigt ist. Vom zweiten Band der Genfer Rechtsquellen sind 22 Bogen gedruckt bzw. gesetzt; der Band dürfte daher nächstes Jahr zur Ausgabe gelangen. Das Stadtrecht von Estavayer, bearbeitet von Herrn B. de Vevey, ist nach Mitteilung des Herausgebers im Manuskript vollendet. In Vorbereitung befinden sich Band I (allgemeine Rechtsquellen) und II (Rechtsquellen der Ämter und Gemeinden) der Grafschaft Baden, bearbeitet von Herrn Dr. Welti und vom Berichterstatter. Trotz aller Bemühungen gelang es noch nicht, Mitarbeiter für die Fortsetzung der beiden Abteilungen Zürich und St. Gallen zu finden.

Die Kommission ersucht den Juristenverein, ihr wie bisher den Beitrag von Fr. 1000.— zu gewähren."

Die Versammlung beschliesst entsprechend dem Antrag.

V.

Es folgt die Diskussion über das Thema:

Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und -trennungssachen unter dem ZGB.

Le rapporteur français, M. *Albert Picot,* avocat à Genève, se réfère à son rapport imprimé et, pour le surplus, se bornera à reprendre quelques questions parmi les plus vivantes et les plus actuelles.

Les causes déterminées de divorce, indiquées aux art. 137 à 141 du CCS, créent la présomption que le lien conjugal est profondément atteint; cette présomption est-elle une présomption absolue (juris et de jure) ou une présomption relative (juris tantum)? La question est controversée, bien que le Tribunal Fédéral ait admis la seconde opinion dans un arrêt récent. Cet arrêt, rendu à propos d'un cas assez spécial, relevant de l'art. 139, est discutable et l'opinion qu'il énonce ne saurait être généralisée. Le co-rapporteur est sur ce point d'une opinion contraire; en développant le principe, seulement esquissé par le Tribunal Fédéral, il admet la possibilité pour l'époux défendeur de faire la preuve que, malgré la présomption, le lien conjugal n'est pas profondément atteint.

En ce qui concerne l'injure grave, la jurisprudence accuse une divergence entre les Tribunaux romands et ceux de la Suisse allemande sur le point de savoir si l'infidélité, sans qu'il y ait à proprement parler adultère, constitue une injure grave. Les Tribunaux de la Suisse romande l'admettent, considérant, avec la doctrine française, que l'époux qui s'abandonne aux caresses d'un tiers, offense l'époux innocent. Les Tribunaux de la Suisse allemande, par contre, voient dans un tel acte seulement une violation des devoirs conjugaux au sens de l'art. 142.

Il y a divergence aussi entre la doctrine et la jurisprudence du Tribunal Fédéral en ce qui concerne l'application de l'art. 142, al. 2. Le Tribunal Fédéral admet que l'exception formulée par cette disposition ne doit pas être

soulevée d'office par le Tribunal mais qu'elle doit être expressément invoquée par la partie qui s'en prévaut. Cette opinion du Tribunal Fédéral est juste; l'opinion contraire de la doctrine conduirait au système du droit allemand qui impose au Juge l'obligation d'examiner, d'office et dans tous les cas, la question de la faute.

La disposition relative au nom de la femme divorcée est trop absolue et donne lieu à des critiques. Il arrive fréquemment que la femme divorcée désire conserver le nom de son mari, soit pour porter le même nom que ses enfants, soit pour d'autres motifs tout aussi respectables. Mais il est aussi des cas où elle n'y tient pas du tout, par exemple lorsque son mari lui est devenu odieux ou qu'il a commis un délit infamant. Dans ces conditions on eut mieux fait de ne poser aucun principe impératif à cet égard et de laisser au Juge le soin de décider dans chaque cas particulier, comme le proposait la commission d'experts.

Le délai d'attente, à caractère pénal, ne doit être imposé qu'avec beaucoup de prudence. Puisque le législateur suisse a rejeté le système allemand de l'examen obligatoire de la question de faute, le Juge manquera souvent des éléments nécessaires pour décider avec certitude lequel des époux est coupable ou le plus coupable. Il risque alors de commettre une injustice si, insuffisamment renseigné, il punit un seul des époux.

Les indemnités et pensions alimentaires allouées après divorce soulèvent des questions d'une grande portée pratique. La disposition de l'art. 151 a sa base dans la faute aquillienne de l'époux coupable. Les dispositions des art. 152 et 153 ne reposent pas sur de simples considérations d'équité, comme le croit Gmür; elles sont des dispositions de droit de famille destinées à assurer dans une certaine mesure, la continuation des effets du mariage après le divorce. Cette considération permet de résoudre une question controversée; celle de savoir si le Juge peut augmenter la pension allouée à la femme divorcée.

La loi dit qu'il peut la réduire, elle ne dit pas s'il peut l'augmenter. Le silence de la loi sur ce point ne conduit pas nécessairement à une solution négative de la question; aucune de nos anciennes lois cantonales ne connaissait une pareille disposition permettant de réduire, mais non d'augmenter la pension. Et pourtant l'augmentation de la pension peut devenir une nécessité dictée par d'impérieuses raisons de justice et d'humanité.

Les enfants sont souvent les premières victimes du divorce de leurs parents; les Tribunaux devront prendre un soin tout particulier à éviter que les enfants ne deviennent un objet de disputes pour leurs père et mère. Pour cela il est essentiel de régler très minutieusement, lors du prononcé du divorce, les relations personnelles des enfants avec celui des parents auquel ils ne sont pas attribués. Le sort des enfants dépendra souvent de l'opportunité des mesures qui seront prises à cet égard.

Le vrai terrain de la lutte contre le divorce n'est pas le terrain judiciaire, mais celui des moeurs. Cependant la jurisprudence n'est pas sans effet sur les moeurs; si le divorce est trop facile, il se crée dans le public un état d'esprit qui voit dans le divorce une solution aisée lorsque le ménage passe par une phase difficile. C'est pourquoi le divorce ne doit jamais être prononcé à la légère.

Faut-il modifier la loi et supprimer le divorce? Non; ce n'est pas dans cette direction qu'il faut chercher le remède au mal du divorce. C'est au maintien de la famille que l'Etat doit vouer tous ses soins, mais le bonheur de la famille dépend aussi d'impondérables, de conceptions individuelles sur lesquelles l'Etat n'a aucune prise.

Entre les solutions extrêmes, les deux rapporteurs ont choisi la position moyenne. Tous deux rejettent le divorce par consentement mutuel, mais tous deux admettent aussi qu'il y a des cas où le divorce est un mal nécessaire. Le Tribunal Fédéral a montré dans sa dernière jurisprudence une tendance plus ferme qu'on peut approuver pleinement. Notre loi a un grand mérite, c'est d'avoir

évité la casuistique et fourni un cadre assez général pour permettre à toutes les conceptions de s'y incorporer.

Quand à la procédure, elle dépend surtout des cantons; mais presque partout elle laisse au Juge suffisamment de compétences pour instruire les procès en divorce suivant les principes qui lui paraissent les mieux appropriés. Il est indispensable que le Juge ait, avec les parties, un contact personnel, qu'il puisse discuter avec les époux dans le secret de son cabinet et faire valoir son influence personnelle en vue de la conciliation. Les pays scandinaves ont cherché la solution dans une prolongation des délais de procédure; cette méthode est bonne car elle donne et même impose aux époux le temps de la réflexion avant de prendre des décisions définitives et irrévocables.

Mr. Picot en revient à la conclusion de son rapport. La loi est bonne. Il appartient à tous ceux qui l'appliquent, juges et avocats, d'apporter dans l'examen des cas particuliers, un souci constant de l'idéal familial en cherchant à protéger les valeurs utiles qui peuvent encore être sauvées.

Der Korreferent, Herr Dr. *A. Seeger*, Fürsprech in Arbon, fasst zuerst den Inhalt seines gedruckten Referates zusammen und führt sodann aus:

Das Thema, das an der heutigen Tagung des Schweizerischen Juristenvereins zur Diskussion steht, ist kein Tummelplatz für dogmatische Spitzfindigkeiten und gelehrte Dialektik, für doktrinelle Interpretationskünste und -schwierigkeiten. Das Ehescheidungsrecht ist *Menschenrecht*. Es berührt den Menschen, wenn er aktiv zu ihm in Beziehung tritt, in seinem innersten Wesen, in seinem Glauben, seiner Weltanschauung, seiner Einstellung zu Staat und Kirche. Wenn wir heute über die Ehescheidung diskutieren, so tun wir das weniger mit den Mitteln juristischer Logik und Dialektik als mit menschlichen

Gründen und Argumenten, mehr als Menschen denn als Juristen.

Ich habe die Frage gestellt und sie zu beantworten versucht: Welchen Gebrauch macht der schweizerische Ehescheidungsrichter vom Ehescheidungsrecht des Zivilgesetzbuches? Entspricht die Anwendung unsres Ehescheidungsrechts dem wahren Wesen der Ehe als einer auf die Dauer berechneten seelischen, geistigen, geschlechtlichen und wirtschaftlichen Gemeinschaft und Genossenschaft von Mann und Weib? Denn darüber müssen wir uns klar sein: Gesetzgebung und Rechtsprechung müssen *diesem* Zwecke dienen, Ehen, die in ihrem innersten Wesen morsch sind und den Anforderungen, welche nach den leitenden Ideen der Zeit an die Ehe gestellt werden, nicht entsprechen, aufzulösen. Das schweizerische Zivilgesetzbuch wird dem Zwecke, der dem Ehescheidungsrecht innewohnt, nach meiner abgeschlossenen Überzeugung gerecht. Es ist in den Händen eines guten Richters ein taugliches Instrument zur Auflösung einer Verbindung, welche dem einen oder beiden Ehegatten unerträglich geworden ist. Das Gesetz mit seiner allgemeinen Klausel des Art. 142 vermag eine unendliche Fülle von Tatbeständen zu umfassen, und auch die speziellen Scheidungsgründe sind keine starren Formeln und Formen, in die sich nur ein ganz bestimmt umschriebener Tatbestand einzwängen liesse. Es wäre überdies ein Irrtum, wenn wir der *Fassung* des Gesetzes eine allzugrosse Bedeutung beimessen wollten. Denn nicht darauf kommt es an, ob das Gesetz mehr oder weniger strenge Anforderungen an den Tatbestand, der die Scheidung begründen soll, stelle, sondern auf den *Geist*, der das Gesetz handhabt. Der Richter und die Parteien zwingen vielfach dem Gesetze ihren Willen auf. Dem Scheidungsrecht des deutschen BGB wird nachgesagt, dass es die Ehescheidung erschwere. Im Deutschen Reich hat sich die Zahl der Ehescheidungen ohne Änderung der Gesetzgebung seit dem Ende des Krieges mehr als verdoppelt, in Frankreich mehr als verdreifacht, ohne

dass auch hier meines Wissens die Gesetzgebung geändert worden wäre. Gleiche Beobachtungen machen wir in allen europäischen Staaten.

Daraus folgt, dass nicht die Gesetzgebung allein die Zahl der Ehescheidungen bestimmt, sondern die leitenden Ideen einer Zeitepoche, die ja letzten Endes auch den Inhalt eines Gesetzes bestimmend beeinflussen. So schuf die liberale Weltanschauung des 19. Jahrhunderts eine liberale Ehegesetzgebung. Unter dem Einfluss konservativer Kreise gingen die Bestrebungen dahin, die Ehescheidung im neuen Recht des schweizerischen ZGB zu erschweren, und es ist nicht zu verkennen, dass eine strengere Auffassung bei der endgültigen Feststellung des Gesetzesinhalts die Oberhand gewann. Allein dann kam der Krieg und die Nachkriegszeit und damit eine Umwandlung vieler Werte, vor allem auch moralischer Werte, welche auch am Institut der Ehe nicht spurlos vorübergegangen ist. Nicht dass die *Zwecke* der Ehe sich wesentlich gewandelt hätten. Es gibt wohl kaum eine soziale Institution, welche so wenig dem Zweckwandel unterworfen ist wie die Ehe. Aber die *Ideale* bleiben nicht ewig, vor allem nicht der Glaube an Ideale. Und so will mir scheinen, es sei mehr das Schwinden des Glaubens an die Ideale der in der christlichen Weltanschauung verankerten bürgerlichen Ehe, das auch der Ehe als einer rechtlichen Institution die Kraft benimmt, die ihr von Staates und Gesetzes wegen zukommen sollte. Im Wandel der sittlichen Anschauung kann weder der Gesetzgeber noch der Richter, der doch auch ein Kind seiner Zeit ist, gegen den Strom schwimmen. Und so kommt es, dass ein Gesetz, das bei seinem Inkrafttreten den Ideen der Zeit entsprochen haben mag, vom Prozesse der historischen Entwicklung überholt, seine Wirkung nicht mehr in dem Masse auszuüben vermag, die ihm der Gesetzgeber beilegen wollte. Der Zukunft zugewandte Vorstellungen verdrängen die der Vergangenheit angehörenden und so erleben wir die paradoxe Tatsache, dass die Zahl der Ehe-

scheidungen absolut und relativ zunimmt, trotzdem das neue Gesetz gegenüber dem frühern Rechtszustand eine Erschwerung der Ehescheidung hatte herbeiführen wollen. Nicht die Gesetzgebung können wir darum verantwortlich machen, wenn die Ehescheidungen zahlreicher werden, sondern vorwiegend den *Sinn der Zeit*, neue Anschauungen, neue Ideale.

Ich bitte zu entschuldigen, wenn mein Referat nicht hält, was der Titel verspricht. Die Bearbeitung sämtlicher Kapitel des Ehescheidungsrechts nach der von mir beobachteten Methode der Darstellung würde den mir für das schriftliche Referat gesteckten Rahmen beträchtlich überschritten haben. So sah ich mich mit Rücksicht auf Raum und Zeit zur Beschränkung gezwungen. Dabei musste zum vorneherein das grosse Gebiet der *Statutenkollision*, des internationalen Privatrechts auf dem Gebiete der Ehescheidung, in Wegfall kommen. Der Verzicht darauf fiel mir um so leichter, als die Literatur das umfangreiche Thema ziemlich ausgiebig behandelt. Ich erinnere an die Arbeiten von Stauffer, Baer, Kaufmann und andere. Auch habe ich die *güterrechtliche Auseinandersetzung* und das *Scheidungsverfahren*, den *Gerichtsstand der Ehescheidungsklage* und die *Zuständigkeit des Richters für vorsorgliche Massnahmen* nicht in den Kreis der Betrachtungen gezogen; einzelne Teile des Ehescheidungsrechts, wie *die Leistungen bei der Scheidung und das Scheidungsverfahren* sind im Zusammenhang mit andern Kapiteln berührt worden. Ich war darum sehr erfreut und beruhigt, als ich in der Arbeit meines verehrten Herrn Mitreferenten die Lücken ausgefüllt sah.

Der Referent spricht dann kurz, in Anlehnung an sein schriftliches Referat und unter Verweisung auf dieses über einige Fragen zur Rechtsprechung der *speziellen Scheidungsgründe* und des *generellen Grundes der tiefen Zerrüttung*, über die *materielle Konkurrenz der Scheidungsgründe*, das *Eheverbot* und *die Trennung*, die *Gestaltung der Elternrechte und die Abänderung des Scheidungsurteils.*

Er unterstreicht nochmals seine Thesen und schliesst das Referat mit einigen Worten allgemeinen Inhalts:

Ich glaube, dass ich den Sinn meiner Aufgabe, über die Rechtsprechung in Ehescheidungssachen zu referieren, nicht richtig und voll erfasst hätte, wenn ich mich darauf beschränkt hätte, diese nur objektiv darzustellen und mich der Kritik dazu zu enthalten. Das Ergebnis dieser Kritik im allgemeinen sowohl als im einzelnen ist in meinen Thesen enthalten (Verlesung einzelner Thesen).

Ich bin damit am Ende meiner Ausführungen, die nur Bruchstücke aus dem grossen Gebiet des Ehescheidungsrechts geben konnten. Auf die mündliche Begründung meiner Thesen muss ich verzichten und auf das schriftliche Referat verweisen, das vielleicht dann und wann in der Praxis einen Dienst leisten wird. Im ganzen habe ich den Eindruck, dass der schweizerische Richter, soweit ich ihn in der von mir geprüften Judikatur an der Arbeit gesehen habe, das ihm anvertraute Gut des schweizerischen Ehescheidungsrechts gut verwaltet. Im übrigen wird man auch ihm das „errare humanum est" zugute halten müssen. Bei der Scheidung geht es um Menschliches, Allzumenschliches, und wenn der Richter oft geneigt ist, dem in unglücklicher Ehe lebenden Gatten Hilfe zu gewähren, den unschuldigen Kläger zu schützen gegen den schuldhaften Beklagten und ihn zu verurteilen, so dürfen wir ihm das nicht verübeln. Denn der Mensch mit seinen seelischen und materiellen Nöten steht dem Richter (namentlich dem erstinstanzlichen) näher als das Institut der Ehe und die bald wahren, bald scheinbaren und falsch verstandenen Interessen des Staates. Es ist in den psychologischen Gesetzen begründet, dass der Richter als Mensch mit seelischen Regungen immer geneigt sein wird, die Ehescheidung zu erleichtern. Wir sollen ihn daran nicht durch das Phantom eines unerreichbaren Ideals hindern und auch daran denken, dass ein strenges Gesetz und eine strenge Scheidungspraxis die *Zahl* der unglücklichen Ehen nicht vermindert. Das Übel verlangt andere Heilmittel. Der

Staat hat kein Interesse an möglichst vielen, sondern an möglichst *guten* Ehen. Das müssen wir uns vor Augen halten. Sei der Richter gerecht *und* menschlich. Dann wird er nicht fehlgehen.

Es folgt die weitere Diskussion:

Mr. *Coquoz*, avocat à Martigny, estime, soit qu'il s'agisse d'interpréter la loi, soit qu'il s'agisse d'émettre des voeux pour sa modification, qu'il y a lieu surtout de ne pas perdre de vue la haute portée morale et sociale du mariage et de s'inspirer des considérations judicieuses qui ont créés la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral.

Il voit dans les exposés des rapporteurs deux thèses contradictoire.

L'une, celle de Mr. Picot, envisage le divorce comme un mal nécessaire dont il doit être fait usage avec beaucoup de circonspection, surtout en causes indéterminées: l'antidote n'est pas à chercher dans la loi ou la jurisprudence, mais dans la morale et les moeurs.

L'autre, celle de Mr. Seeger, voudrait ouvrir plus grandes encore les écluses du divorce qu'il considère en bien des cas non pas comme un mal, mais comme une bénédiction.

Entre les deux thèses, il préfère celle de Mr. Picot. L'orateur, contrairement à l'opinion de Mr. Seeger, qui conteste l'opportunité de la séparation de corps, voit dans cette institution un réel avantage. Il conteste la portée qu'on veut attribuer à ce sujet à la statistique qui est loin d'être un critère absolu.

S'il y a, même dans les cantons catholiques, moins de demandes tendant à la séparation de corps, il ne faut pas en conclure que c'est la séparation qui est inopportune, mais que le niveau moral des époux plaideurs a baissé.

Il a longtemps cru, lui aussi, avec beaucoup de juges, à la notion de la „vie commune insupportable".

Mais il en est revenu, et citant l'un ou l'autre exemple typique, choisis dans sa longue pratique professionnelle,

il croit qu'on ne peut jamais dire d'une manière absolument certaine, que la vie commune est devenue impossible. Dans les ménages apparament les plus désunis, un revirement est toujours possible. Mr. Picot a parfaitement raison lorsqu'il recommande au juge une grande prudence dans le prononcé des divorces.

Il faut se rappeler une fois que nous avons une loi qui protège le mariage et tolère le divorce et non un code qui protège le divorce et tolère le mariage.

Dr. *Emil Ems*, Gerichtspräsident in Murten, führt aus: Mein lieber Heidelberger Kommilitone, Herr Dr. Seeger, mit dem ich im heissen Sommersemester 1911 oft den herrlichen Odenwald durchstreifte, wird es mir nicht übel nehmen, wenn ich seinen Thesen entgegentreten muss.

Als Hauptgrundsatz stellt er folgende Behauptung auf: „Die Ehe ist eine menschliche Einrichtung und als solche mit menschlichen Mängeln und Schwächen behaftet, die zu ertragen über ein gewisses Mass hinaus einem Ehegatten nicht zugemutet werden darf."

Dagegen erlaube ich mir, zwei Stellen aus einem soeben erschienenen Schriftwerke wörtlich anzuführen: „Denn wenn auch ein Eheschluss ein menschlicher Entschluss und ein Ehebund ein so recht menschliches Lebensverhältnis ist, so ist doch die Ehe selbst keine menschliche Erfindung, sondern Gottes Stiftung. Ihr wisst, was für eine Bewandtnis es mit einer Stiftung hat. Der Genuss ihrer Rechte und Vorteile ist gebunden an den Willen des Stifters, der sie in einer Stiftungsurkunde niedergelegt hat. Wer nun in den Genuss dieser Rechte eintritt, wer sozusagen in diese Stiftung eintritt, der ist gebunden durch den Willen des Stifters. Er hat kein Verfügungsrecht über die Stiftung selbst. Sie ist vor ihm und unabhängig von ihm. Er kann wählen, ob er in sie eintreten will oder nicht. Aber einmal eingetreten mit eigenem Willen, gilt nicht mehr sein, sondern des Stifters Wille. So ist's mit der Ehe. Was richtige Ehe sei, ist gänzlich unabhängig

von Menschen, das ist gegeben mit der Eheordnung Gottes, die ein Teil seiner Schöpfungsordnung ist, und wir erkennen diese wie alle seine Ordnungen in jener „Urkunde", in der er uns seinen Willen überhaupt kundgibt. Über die Ehe sich besinnen kann darum rechtmässigerweise nur heissen, über diese göttliche Eheordnung sich besinnen. . ."

„Die von Gott gestiftete Ehe, die einzige Ehe, die recht ist, ist als unbedingte und darum unlösliche Gemeinschaft gestiftet. Darum hört das Schwanken auf, und damit ist grundsätzlich Ehemisere ausgeschlossen. . ."

Sie werden vielleicht glauben, es handle sich hier um einen Kommentar zum Codex iuris canonici, nein, meine Herren, es sind Auszüge aus dem Zwingli-Kalender 1930, herausgegeben von einem Kreis zürcherischer Pfarrer, verlegt bei Fr. Reinhardt in Basel, Seite 26 und 27.

Wenn ich es für angezeigt fand, Ihnen diesen Passus vorzulesen, so geschah es nur zum Beweis, dass die grosse Mehrheit des Schweizervolkes an der Überzeugung von der Unauflöslichkeit der Ehe festhält.

Damit soll nicht gesagt sein, dass wir uns nicht dem bestehenden Rechte unterwerfen und lobend anerkennen, dass im Zivilgesetzbuche einige wertvolle Konzessionen gemacht worden sind.

Jedoch ist die Ehescheidung dennoch ein Übel im Gegensatz zur Ansicht von Herrn Dr. Seeger, der sie fast als eine Wohltat, als ein Gut darstellt, wenn er behauptet: „Die Häufigkeit der Scheidungen kann ebensosehr als Beweis für ein verfeinertes sittliches Empfinden und für gesteigerte Anforderungen an Gehalt und Zweck der Ehe gelten."

Im Gegensatze dazu finden wir die Ansicht des Herrn Dr. Picot viel sympathischer, wenn er die Scheidung als ein „mal nécessaire", als ein notwendiges Übel darstellt. Freilich sind wir auch mit ihm nur darin einig, dass sie ein Übel ist, wir finden, dass ein Staatswesen ganz gut ohne ein solches Übel bestehen kann.

Deshalb und gestützt auf die Erfahrungen einer mehr als 15jährigen Gerichtspraxis, in der wir die mannigfachen Übel der Ehescheidungen genau kennen lernten, werden wir uns zur Richtschnur nehmen, die Scheidungen möglichst einzudämmen.

Das grösste Unheil der Scheidung ist nämlich die Möglichkeit der gesetzlichen Wiederverheiratung, wobei es dem schuldigen Eheteile möglich wird, am Arme des Mitschuldigen, in aller Öffentlichkeit zu paradieren und höhnisch den schuldlosen Eheteil anzulächeln, von der traurigen Lage der auseinandergerissenen, unschuldigen Kinder gar nicht zu reden.

Dr. *Hans Abt*, Appellationsgerichtspräsident in Basel: Beide Referate verdienen für die grosse Arbeit alles Lob. Als langjähriger Ehepräsident kann ich mich indessen nicht mit allen Thesen des Korreferenten, die m. E. praktisch auf eine Erleichterung der Ehescheidung hinauslaufen, einverstanden erklären. So muss ich einmal die These ablehnen, dass der Richter an den von den Ehegatten geltend gemachten Paragraphen *gebunden* sei. Es gibt nur einen Anspruch auf Scheidung (bzw. Trennung) schlechthin, nicht aber aus einem bestimmten Grunde. Der Richter ist wohl an die Tatsachen materiell, die ihm die Parteien vorlegen, gebunden, nicht aber an die daraus abgeleiteten Rechtsschlüsse. Der allgemein anerkannte Rechtsgrundsatz, dass die Anwendung des Gesetzes auf den Tatbestand ausschliesslich Sache des Richters ist, gilt auch hier, nach der bekannten römischen Rechtsparömie: Da mihi factum, dabo tibi jus. Das ist deswegen wichtig, weil die Parteien oft versuchen, den Tatbestand unter einen offensichtlich unzutreffenden Gesetzesartikel zu bringen. Sie machen z. B. schwere Misshandlung, Ehebruch usw. geltend, wollen aber doch nach Art. 142 ZGB geschieden sein. Das will der Gesetzgeber nicht, schon wegen der Bestimmung über die Wartefrist nicht, die ja nach dem Scheidungsgrund verschieden ist. Diese

Auffassung von der Subsumierungspflicht des Richters ist übrigens durch das Bundesgericht längst entschieden. In Praxis II. 27 hat es erkannt, dass der Grund der Scheidung von den Parteien nicht zum selbständigen Gegenstand einer Berufung gemacht werden könne.

Auch mit der These, dass die *Wartefrist* nur in besonders schweren Fällen aufzuerlegen sei, kann ich mich nicht befreunden, da sie dem klaren Willen des Gesetzgebers in Art. 150 widerspricht. Wohl ist es richtig, dass mit Auferlegung von Wartefristen überall da Zurückhaltung zu üben ist, wo es zweifelhaft sein kann, ob ein persönliches Verschulden der Ehegatten vorliegt, z. B. bei Vorliegen besonderer Charakteranomalien, bei Ehestreit aus weltanschaulichen, religiösen, konfessionellen Differenzen oder wo der Ehestreit von aussen in die Ehe getragen worden ist. Auch überall da, wo eine „erhebliche Verletzung wichtiger ehelicher Pflichten" (B.G.) vorliegt, muss eine Wartefrist ausgesprochen werden. Sie ist auch keineswegs ein Racheakt (vindictum spirans), schon deswegen nicht, weil sie ja der Disposition der Parteien völlig entzogen und ausschliesslich in die Hand des Richters gelegt ist. Sie hat den Zweck, den Ehegatten den sittlichen Ernst der Ehe zum Bewusstsein zu bringen (Gmür) oder wie das B.G. sagt: sie stellt die Sühne dar für begangenes Unrecht und ist ein Mittel zur Läuterung und Besserung der Ehegatten. Sie ist endlich ein Schutz gegen skandalöse Vorgänge, wo z. B. ein Ehemann aus einer Ehe hinausspringt, um schon in den nächsten Tagen eine neue Ehe zu schliessen.

Noch ein Wort zum Art. 142 ZGB. Während unter dem früheren Recht eine Ehe als zerrüttet galt, wenn deren Fortsetzung mit dem Wesen der Ehe unerträglich war, ist sie jetzt als zerrüttet anzusehen, wenn den Ehegatten der Fortbestand der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zuzumuten ist. Man wollte damit eine Verschärfung der Scheidungspraxis erreichen, hat sie aber — wie alle Welt weiss — nicht erreicht. Einmal deswegen nicht,

weil der Richter, um zu wissen, ob das weitere Zusammenleben den Ehegatten zuzumuten ist, dieselben viel besser nach Veranlagung, Erziehung, Geistesart, vor allem den moralischen Eigenschaften kennen sollte, als es in der Regel der Fall ist, dann aber vor allem deswegen, weil über das Mass desjenigen, was ihnen noch zuzumuten ist, immer zwei verschiedene Auffassungen bestehen werden. Die einen sagen: die sittliche Freiheit der Persönlichkeit verlangt die Scheidung; auch der Staat hat kein Interesse an zerrütteten Ehen. Die anderen, meist religiös Beeinflussten sagen: Dies ist ein falsch verstandener Freiheitsbegriff; wie auf anderen Gebieten (Schulzwang, Militärpflicht) dem einzelnen aus höheren Interessen nicht persönliche Freiheit gelassen werden kann, so muss man auch von Ehegatten im Interesse der Familie und der Kinder Opfer verlangen, sie müssen versuchen, der Schwierigkeiten Herr zu werden, ihre Fehler und Mängel gegenseitig zu ertragen und zu vergeben. Man muss dies um so mehr verlangen, weil sehr häufig nicht vom unschuldigen, sondern vom schuldigen Ehegatten die Lösung des Ehebandes erstrebt wird. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, dass die Frau eines Trinkers sittlich weit höher handelt, wenn sie, statt zu scheiden, an der Ehe festhält, um den Kindern wenigstens einen Teil des Verdienstes des Ehemanns zuzuhalten und ihm selbst eine letzte moralische Stütze zu sein (Huber, Erl. zum V.E.).

Der Referent hat zur Vermeidung der erschreckend ansteigenden Scheidungsziffer den Vorschlag gemacht, der Richter möge die eingereichten Scheidungsklagen einige Monate liegen lassen, um so den Ehegatten Zeit zu geben, auf voreilige Entschlüsse und zur Vernunft zurückzukommen. Die Absicht ist sehr gut, aber der Vorschlag leidet an zwei Nachteilen. Einmal birgt er die Gefahr in sich, dass in der Wartezeit Leidenschaftsausbrüche möglich sind; dann aber ist er rein passiv. In diesem kritischen Stadium nützt aber nur aktives Eingreifen von unparteiischer, wohlwollender Seite. Wir

haben in Basel das Institut der Eheaudienzen, wo die Ehegatten schon vor Einleitung von Rechtsschritten ihre Beschwerden vorbringen können. Der Richter ladet wenn nötig den anderen Ehegatten ebenfalls vor, mahnt, warnt, stellt beiden ihre Pflichten vor Augen und hat sehr häufig die Genugtuung, dass sich dabei die Ehegatten wieder versöhnen und das eheliche Leben neu beginnen. Diese Institution sollte in allen Kantonen eingeführt werden, denn sie wirkt ausserordentlich viel Gutes und verhindert vorzeitige Scheidungen. Dass manche Geschiedene sich wieder heiraten, gibt zu denken.

Mr. *R. Petitmermet*, Président du Tribunal de Vevey, croit que la divergence signalée par le rapporteur français entre la doctrine et la jurisprudence au sujet de la portée de l'art. 142 al. 2 disparait si l'on veut bien ne pas perdre de vue que le principe de la Verhandlungsmaxime ne vaut que pour le fait et non pour le droit. Le juge doit s'en tenir aux faits allégués par les parties. Par contre il n'est pas limité aux moyens de droit que celles-ci font valoir. Si donc, il apparait sur la base des faits apportés aux débats par les parties que celle d'entre elles qui demande le divorce est la plus coupable, le juge appliquera nécessairement la règle de l'art. 142 al. 2. Mais il est au pouvoir des parties de ne pas faire état des circonstances qui seraient de nature à faire écarter la demande en vertu de cette disposition, et le juge n'a pas alors à rechercher d'office si de telles circonstances existent ou non.

Mr. *Henri Le Fort*, Juge à la Cour Civile de Genève, insiste avec Mr. Picot pour qu'en principe on ne sépare jamais les enfants; en les attribuant tous à la mère ou tous au père on réussit à leur conserver, dans une certaine mesure, une vie de famille et un foyer. Il faut tenir compte aussi de la nationalité; si le père est Suisse et la mère étrangère, il y a avantage pour l'enfant à ce qu'il soit confié à son père, même si celui-ci a plus de torts que la

mère. Il est très important de régler minutieusement les rapports personnels de l'enfant avec celui des parents auquel il n'est pas attribué. On évitera ainsi bien des difficultés dont l'enfant aurait à pâtir. Quand le père ou la mère, à qui l'enfant a été attribué, devient indigne ou incapable d'exercer la puissance paternelle c'est, d'après la jurisprudence du Tribunal Fédéral, au Juge qu'il incombe de modifier son jugement en ce qui conserne l'attribution de la puissance paternelle; mais dans l'intervalle, l'Autorité Tutélaire devra prendre d'office les mesures nécessaires quant à la garde des enfants.

Mr. *Martin-Achard*, avocat à Genève: Les juristes doivent vouer tous leurs soins à la protection de la famille. Ce dont il faut se garder, c'est de faire intervenir le Tribunal trop tôt; des actes de procédure engagés prématurément, une action en divorce, même rejetée par le juge, peuvent faire un mal irréparable en séparant définitivement des époux dont le lien conjugal n'était pas irrémédiablement détruit. Il faut attacher une grande importance à la conciliation et à l'influence personnelle du juge conciliateur. Pour cela ce dernier doit avoir avec les époux un contact personnel et pouvoir discuter avec eux dans le silence de son cabinet. On doit regretter à cet égard que le juge conciliateur ne soit pas mieux armé et n'ait pas à sa disposition davantage de moyens pour faire aboutir la conciliation. Il faudrait, pour l'instruction des procès en divorce, une procédure spéciale permettant au juge d'être plus près des justiciables.

Mr. *P. Aeby*, professeur à l'Université de Fribourg, un adversaire convaincu du divorce, a été heureux de voir Mr. le rapporteur Picot en proposer l'application de la manière la plus restrictive. Il constate dans le rapport du Dr. Seeger cette affirmation singulière que le niveau moral des pays qui ne connaissent pas le divorce est inférieur à celui des pays qui l'ont introduit. Il demande à

Mr. Seeger si cette allégation repose sur des données statistiques ou autres observations scientifiques. Si oui, il désire les connaître. Il compare la Russie qui admet le divorce par consentement mutuel à l'Italie qui ne l'admet pas du tout et se demande lequel de ces deux pays est celui où le niveau moral est le plus haut.

Dr. *J. Kaufmann*, Zürich, unterstützt die Ausführungen von Appellationsgerichtspräsident Dr. Abt. Er kritisiert die Praxis einzelner Bezirksgerichte im Kanton Zürich, welche allzu leicht die Scheidung aussprechen, vielfach auf Grund einer einzigen mündlichen Verhandlung und ohne Nachprüfung der von den Parteien aufgestellten Behauptungen; es sollte nie auf Grund einer einzigen Verhandlung sofort das Urteil gefällt werden; wünschenswert wäre in jedem Falle eine Referentenaudienz, in der der Referent mit den Ehegatten sprechen und eine Versöhnung versuchen, zum mindesten aber den Tatbestand besser abklären könne. Die Leichtigkeit, mit der vielerorts die Ehe geschieden werden könne, verleite zur leichtfertigen Eingehung der Ehe. Richter und Anwälte könnten zur Verhinderung voreiliger Scheidungen vieles beitragen.

Bundesrichter *J. Strebel* in Lausanne glaubt, dass eine allzu leichte Praxis in der Fällung von Scheidungsurteilen deshalb gefährlich sei, weil durch sie im Volke der sittliche Ernst und die hohe Auffassung von den ehelichen Pflichten zerstört werde. Durch eine Erleichterung der Ehescheidung wird auch die Eheschliessung wesentlich leichter gestaltet.

Mr. *Maurice Trottet*, avocat à Genève, fait une différence essentielle suivant que les époux ont ou n'ont pas d'enfants; puisque la loi ne fait pas la différence, la jurisprudence devrait le faire en se montrant stricte pour les ménages avec enfants et plus large pour ceux que n'en ont pas.

A la fin de la discussion Mr. le rapporteur *Picot* tient à se borner aux constatations suivantes: Je suis d'accord

avec l'éloge de l'idéal familial énoncé par MM. Coquoz, Ems et Aeby. Je crois par contre que ces orateurs ont eu tort de rechercher un antagonisme entre les deux rapporteurs. Ceux-ci sont sur le même terrain: opposition au divorce par consentement mutuel, opposition à la suppression complète du divorce. Les divergences qui existent entre eux sont de l'ordre juridique dans quelques questions spéciales.

Mr. Abt a raison d'admettre que le système scandinave des délais prolongés ne constitue qu'une mesure négative. Il faut ajouter à cette action l'intervention du juge soit au moment de la conciliation, soit pendant l'instance en divorce.

Le rapporteur est d'accord avec Mr. Abt et Mr. Martin-Achard que les cantons doivent chercher, par la procédure, à mettre les plaideurs en contact plus direct avec le juge.

Mr. Strebel a eu raison de signaler tous les inconvénients du divorce pour une famille. Une enquête poursuivie par Mr. le Dr. Veillard à Lausanne a révélé encore la misère des femmes divorcées qui n'arrivent pas à recouvrer la pension fixée par le Tribunal.

Le divorce est un malheur. On doit s'efforcer d'en réduire le nombre et d'en limiter les effets.

Herr Dr. *Seeger* nimmt in folgender Weise Stellung zu den gefallenen Voten: Ich wundere mich nicht und ich bin auch nicht überrascht, dass gegen meine allgemeinen Thesen Sturm gelaufen wurde. Hoffentlich hätte man, wenn die Diskussion noch weiter gegangen wäre, nicht noch schwereres Geschütz aufgefahren. Meine Thesen sind gar nicht so gefährlich, wie sie aussehen. Sie sprechen meist Selbstverständlichkeiten aus, und ich habe mich nachträglich gefragt, ob es überhaupt notwendig gewesen sei, die Thesen, soweit sie allgemeinen Charakter haben, aufzustellen. Allein die Selbstverständlichkeiten werden uns oft erst bewusst, wenn wir sie formulieren, und schliesslich schadet es nichts, wenn solche bei Gelegenheit wieder in Erinnerung gerufen werden. Wenn Sie meinen Thesen auf den Grund gehen, so werden Sie finden, dass sie keine

Revolutionierung der Ehescheidungspraxis bezwecken und keine solche im Gefolge haben können. Es sollte mit ihnen nur der Tendenz, die Ehescheidung mit Argumenten zu erschweren, die keineswegs allgemeine Anerkennung und Billigung finden, entgegengetreten werden. Es wundert mich, dass kein einziger Diskussionsredner sich mit der These des Herrn Picot befasste, nach welcher gegen die Klage aus einem besondern Scheidungsgrund nur die Einrede des Rechtsmissbrauches gegeben ist, nicht aber der Beweis zugelassen werden soll, dass durch den Eintritt des besondern Scheidungsgrundes keine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses bewirkt worden sei. Der Beweis oder das Eingeständnis eines speziellen Scheidungsgrundes schafft nur eine praesumtio iuris für die tiefe Zerrüttung, nicht eine praesumtio iuris et de iure. Die Absolutheit der speziellen Scheidungsgründe vermag die Ehescheidung weit mehr zu begünstigen als alle meine allgemeinen Thesen zusammen.

Soweit meine Thesen mit moralischen und religiösen Überlegungen angegriffen wurden, muss ich mir eine Erwiderung versagen. Eine Diskussion auf dieser Basis wäre angesichts der Unterschiede des Glaubens und der Weltanschauung fruchtlos und unerschöpflich. — Gegen meine Auffassung bezüglich der Trennung und der Strafwartefrist kann nicht mit einzelnen Beispielen argumentiert werden. Es mag Fälle geben, wo die Trennung eine heilsame Wirkung ausübt. Es bleiben aber immer noch die weitaus zahlreicheren Fälle, wo die Trennung den beabsichtigten Zweck verfehlt und oft zu Verhältnissen und Zuständen führt, die den heutigen Auffassungen über die Geschlechtsmoral widersprechen. Wohl ist es stossend, wenn ein wegen Ehebruchs geschiedener Ehegatte morgen schon seine Konkubine heiratet. Aber ebenso anstössig erscheint es, wenn während der Wartefrist der geschiedene Ehegatte (oder die Gattin) mit der Rivalin (oder dem Rivalen) des andern Ehegatten in illegitimen Beziehungen lebt. Und das kann die Wartefrist nicht verhindern. — Es

erscheint mir mehr als fraglich, ob die Erschwerung der Ehescheidung ein Mittel zur Verhütung leichtsinniger Eheabschlüsse sei. Diejenigen Nupturienten, welche unüberlegt und leichtsinnig die Ehe eingehen, sind sich des Mangels der Voraussetzungen zu einer guten Ehe meist nicht bewusst oder machen sich darüber keine Gedanken. Dass viele Ehen geschlossen werden im Hinblick auf die leichte Möglichkeit der Scheidung, das möchte ich allen Ernstes bezweifeln. Eine solche Ehe wäre auch nicht mehr wert, als dass sie geschieden würde. — Man darf auch das Interesse des Staates an der Ehe nicht überschätzen. Wohl ist die Familie die Zelle des Staates und dessen Grundlage. Merkwürdigerweise erblickt man aber immer nur im Überhandnehmen der Ehescheidungen eine Gefahr für den Staat; mit dem Zölibat zahlloser Männer und Frauen befasst man sich viel weniger. Der heutige Staat würde nicht zugrunde gehen, wenn wir noch 10% weniger Ehen hätten. Es ist viel besser, dass die bestehenden Ehen gut, als dass sie möglichst zahlreich seien. Das Populationsinteresse des Staates hat mit der Ehescheidung wenig gemein. Der kleine Prozentsatz der Scheidungen im Verhältnis zur Zahl der bestehenden Ehen beeinflusst die Bevölkerungszahl nicht, und Ehen, die scheidungsreif sind, heben die Zahl der Geburten eines Landes auch nicht stark, abgesehen davon, dass wir heute nicht wie nach dem Dreissigjährigen Kriege ein besonderes Bedürfnis nach einer Vermehrung der Bevölkerung haben. Gewiss hat der Staat ein Interesse daran, dass die Kinder in der Ehe auferzogen werden. Allein dieses Interesse ist in erster Linie ein finanzielles, also kein eminent sittliches, und schliesslich ist es fraglich, ob Kinder in einer unglücklichen und zerrütteten Ehe seelisch und körperlich besser gedeihen, als wenn sie in einer guten Anstalt oder an einem Drittort auferzogen werden. Die Tendenz, das Interesse des Staates in Ehescheidungssachen über dasjenige des Individuums zu stellen, ist darum nicht über allen Zweifel erhaben. — Ich gebe zu, dass meine zweitletzte These

diskutabel ist. Indessen steht dem „da mihi factum, dabo tibi ius" das „ne eat iudex ultra petita partium" entgegen. Wenn die Parteien trotz Vorliegens besondrer Scheidungsgründe sich auf die allgemeine Zerrüttung der Ehe berufen und die Scheidung aus Art. 142 verlangen, so kann der Richter nicht ohne Verletzung des Verhandlungsprinzips die Klage aus einem Grunde zusprechen, der von den Parteien gar nicht zum Gegenstand des Klagebegehrens gemacht und vielleicht von ihnen gar nicht in erster Linie als ehezerrüttend empfunden worden ist. Der Antrag auf Scheidung aus einem speziellen Grunde oder aus dem allgemeinen Grunde gehört zum Inhalt des Klagebegehrens, das der Richter nicht ex officio im Urteilsspruch abzuändern befugt ist. — Mit Bezug auf meinen Satz im Referat, der sittliche Durchschnitt der Ehe sei, wenigstens theoretisch gesprochen (der Beweis ist gar nicht zu führen), in Ländern ohne Scheidung tiefer als in Ländern, welche die Scheidung kennen, und es herrschen in Ländern mit untrennbaren Ehen keineswegs bessere sittliche Zustände, einen Vergleich zwischen Russland und Italien zu ziehen geht nicht an. Man kann nicht Ungleiches miteinander vergleichen. Die Vergleichsobjekte müssen sich ähnlich sein. Wir müssen nach dem Massstabe europäischer kultureller, sittlicher, sozialer und rechtlicher Anschauungen und Verhältnisse rechnen. Es geht nicht an, das heutige Russland mit Italien in Vergleich zu setzen. Ausserdem bin ich über das moralische Niveau in Italien und Russland nicht völlig orientiert. — Die praktischen Bedürfnisse drängen dazu, der Vormundschaftsbehörde gewisse Kompetenzen zur Regelung der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern nach der Scheidung auch in Abänderung des Scheidungsurteils zu geben. Allein es fehlt dazu angesichts des Art. 157 ZGB die gesetzliche Grundlage. — Die Forderung, dass der Richter im Ehescheidungsprozess mit den Parteien persönlich Fühlung nehme und sich von ihrem Charakter und ihrer Gesinnung ein Bild sollte machen können, ist be-

gründet. Der Verkehr zwischen Richter und Parteien im Ehescheidungsprozess sollte nicht nur durch die Anwälte vermittelt werden. Da wo der Ehescheidungsprozess sich nach dem Untersuchungsverfahren abwickelt, ist die persönliche Beziehung wenigstens zwischen dem Untersuchungsrichter und den Parteien gewährleistet, womit anderseits die Gefahr einer einseitigen Beeinflussung des Richterkollegiums zugunsten oder zuungunsten einer Partei als Folge der subjektiven Einstellung des Untersuchungsrichters zu den Parteien nicht zu verkennen und nicht zu unterschätzen ist.

Obwohl in der Diskussion meine Thesen, soweit sie allgemeiner Natur sind, keine Verteidiger gefunden haben, bin ich in meiner Überzeugung nicht irre geworden. Ich habe keinen Grund, meine Position in irgendeinem Punkte aufzugeben. Einzelne meiner Thesen decken sich nicht mit kirchlichen Anschauungen und Lehrsätzen. Aber vom Standpunkte des geltenden Rechts aus besehen und im Hinblick auf die Bedürfnisse und Notwendigkeiten des Lebens sind sie nicht anfechtbar.

Der Vorsitzende, Bundesrichter Dr. *Merz*, konstatiert in seinem Schlusswort, dass die gesetzliche Ordnung und die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Ehescheidungssachen keine grundsätzliche Kritik gefunden haben. Die Kritik richte sich mehr gegen die Rechtsprechung einzelner kantonaler Gerichte. Er verdankt die gefallenen Voten und namentlich die Arbeit der beiden Referenten. Sie stehen grundsätzlich auf dem gleichen Boden und unterscheiden sich mehr in der Tendenz. Während die Mehrzahl der Votanten sich zu der strengern Auffassung des Herrn Referenten bekannten, neigt er eher der Auffassung und den Thesen des Korreferenten zu.

Der Vorsitzende stellt fest, dass eine Entschliessung und Abstimmung nicht beantragt worden ist, was auch nicht der Zweck der Diskussion war, und schliesst die Sitzung um 12 Uhr.

Sitzung vom 17. September 1929.

Vorsitzender:

Herr Bundesrichter Dr. *V. Merz*, Lausanne.

Eröffnung der Sitzung um 8¾ Uhr.

VI.

Mr. *Frédéric Martin*, avocat, caissier de la Société, présente les comptes pour l'exercice écoulé (1er juillet 1928 au 30 juin 1929).

Compte Ordinaire.

Les *recettes* se sont élevées à		fr. 11,071.25
se décomposant comme suit:		
Cotisations	fr. 8,638.—	
Intérêts des capitaux et en compte-courant	„ 2,433.25	
	11,071.25	
Les *dépenses* se sont élevées à		„ 8,159.90
se décomposant comme suit:		
Frais généraux	fr. 3,440.45	
Frais d'impression	„ 3,219.45	
Subvention aux Sources du droit	„ 1,000.—	
Prix de concours	„ 500.—	
	fr. 8,159.90	
Laissant par conséquent un boni de . . .		fr. 2,911.35
La *fortune* de la Société qui était au 30 juin 1928 de		fr. 54,873.30
s'est augmentée de l'excédent des recettes sur les dépenses	fr. 2,911.35	
plus-value sur titres	„ 347.10	„ 3,258.45
Elle est donc au 30 juin 1929 de		fr. 58,131.75
Soit en compte-courant . . .	fr. 5,559.10	
valeur des titres	„ 52,457.—	
dû par la caisse	„ 115.65	
Total égal	fr. 58,131.75	

Fonds spécial pour la publication des „Sources du Droit suisse“.

Les recettes de l'exercice se sont élevées à			fr. 9,176.75
soit subventions 3000 + 1000 =		fr. 4,000.—	
Intérêts des capitaux et du compte-courant	fr. 5,225.20		
moins frais de garde	„ 48.45	„ 5,176.75	
		fr. 9,176.75	

Comme il n'y a eu aucune publication à payer en 1928, cette somme a été porté en compte capital.

Ce compte qui était au 1er juillet 1928 de	fr. 116,312.25
s'est augmenté de	„ 9,176.75
plus-value sur les titres	„ 669.50
Il est donc au 1er juillet 1929	fr. 126,158.50

Représenté par:

En compte-courant	fr. 9,486.—
valeur des titres	„ 116,592.—
dû par la caisse	„ 80.50
	fr. 126,158.50

Mr. le Juge fédéral Merz remercie Mr. Frédéric Martin et donne la parole à Mr. le Dr. *Lehmeier*, avocat à Bâle qui, au nom des vérificateurs de comptes, déclare que la comptabilité a été trouvée en ordre parfait. Il propose à l'assemblée d'adopter les comptes, ce qui a lieu sans discussion.

VII.

Le caissier présente le *Budget* pour l'année 1929/1930.

Dépenses:

Frais généraux et frais d'administration .	fr. 3,500.—
Frais d'impression	„ 8,000.—
Subvention au fonds de publication des sources du droit	„ 1,000.—
Prix	„ 500.—
	fr. 13,000.—

Recettes:

Cotisations	fr. 8,500.—
Intérêts des capitaux	„ 2,500.—
	fr. 11,000.—
Déficit	„ 2,000.—
	fr. 13,000.—

Fonds spécial pour la publication des Sources du droit.

Recettes:

Intérêts des capitaux	fr. 5,100.—
Subvention de la Confédération	„ 3,000.—
Subvention de la Société	„ 1,000.—
	fr. 9,100.—
Dépenses	„ 9,000.—
Solde	fr. 100.—

Le budget est adopté.

VIII.

Im Namen des aus den Herren Advokat Dr. *H. Burckhardt* in Basel, Professor *Guisan* in Lausanne und Bundesrichter Dr. *Oser* bestehenden Preisgerichts referiert Herr Bundesrichter Oser über die eingegangene Preisarbeit betreffend das Thema: „Der Erbvertrag nach ZGB".

„Es ist nur eine Arbeit eingegangen, und zwar in französischer Sprache.

In dieser sucht — bei einem Umfang von weniger als 50 Seiten — der Verfasser eine systematische Darstellung des Gegenstandes zu geben und sich mit den auftauchenden Fragen, insbesondere wie sie in ihren Kommentaren von Escher und Tuor und in der Dissertation von Graf aufgeworfen werden, auseinanderzusetzen.

Obwohl er sich unnützer geschichtlicher und rechtsvergleichender Ausführungen enthält, kann in dieser Ausdehnung eine tiefgründige Behandlung nicht erwartet werden. Wir bekommen aber eine erwünschte Zusammen-

stellung der im Gesetz auseinanderliegenden und nicht überall in den letzten Konsequenzen überdachten Vorschriften.

Die Einteilung bietet mit ihren „généralités“ und „clauses spéciales“ gegenüber dem System von Gross wohl kaum einen Fortschritt, aber sie ist wenigstens so durchgeführt, dass es nicht schwer hält, die Stellen der behandelten Streitfragen zu finden.

Gegenüber Gross stand dem Verfasser die neuere Rechtsprechung und der Kommentar von Tuor zu Gebote, die er reichlich benützt hat.

Die Behandlung ist im ganzen klar und die vom Verfasser vorgebrachten Ansichten sind, wenn nicht durchgehends im Ergebnis überzeugend, so doch zumeist in den streitigen Partien vertretbar. Es ist in einem kurzen Bericht wohl nicht am Platze, die Ausführungen besonders zu erwähnen, denen das Preisgericht nicht zu folgen vermag, oder die Punkte zu bezeichnen, die, obwohl zum Thema gehörig und von gewisser praktischer Bedeutung, der Verfasser übergangen hat. Erwähnt werden muss aber, dass gerade in manchen praktischen Fragen die Arbeit ungenügend orientiert. Man vernimmt z. B. nichts über die Verbreitung des Instituts in den verschiedenen Kantonen, und die Frage der Form insbesondere bedürfte der Erweiterung und Vertiefung. Es fehlt dem Verfasser nicht an gesundem Sinn und juristischer Anlage, aber es mangelte ihm offenbar die Zeit zu tieferer Durchdringung. Eine Veröffentlichung auf Kosten des Vereins können wir daher nicht vorschlagen, wir beantragen dagegen einen Aufmunterungspreis von 3—500 Franken.“

Es wird dem Antrag entsprechend Beschluss gefasst und gemäss Antrag des Vorstandes dem Verfasser ein Preis von Fr. 400.— zuerkannt. Auf eine Drucklegung wird verzichtet und die Arbeit dem Verfasser zur Verfügung gestellt.

Die Eröffnung des versiegelten Umschlags mit der Aufschrift „Voluntates hominum audire volumus, non

jubere" ergibt als Verfasser: Mr. le Dr. *Jean Carrard*, avocat, Lausanne.

IX.

Der Vorsitzende schlägt vor, an Herrn alt Bundesrichter Dr. *Leo Weber* in Bern ein Sympathietelegramm zu senden, was die Versammlung genehmigt.

X.

Es folgt hierauf die Diskussion über den zweiten Verhandlungsgegenstand der diesjährigen Tagung:

Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis.

Le co-rapporteur, Mr. le Professeur *Roger Secretan*, de Lausanne, commence par s'excuser de n'avoir pu, faute de temps, faire imprimer son rapport. Il a été chargé de présenter, non un second rapport — qui, dit-il, eut été inutile après la vaste étude de Mr. ImHof —, mais un simple co-rapport qu'il n'a pu entreprendre qu'après avoir lu le travail du rapporteur principal. Ce co-rapport porte sur une seule question, la question de principe qui domine toute la matière, celle de la *nature* de la situation juridique des fonctionnaires.

La question de la nature juridique du lien unissant le fonctionnaire public à l'Etat a donné lieu, donne encore lieu à d'ardentes controverses. Son intérêt dogmatique est évident. Son importance pratique n'est pas moins grande. Il s'agit, en effet, d'examiner quelle théorie, parmi toutes celles proposées, explique de la façon la plus satisfaisante les phénomènes concrets que révèle l'étude des textes législatifs et des jugements. Le juriste doit s'efforcer, par l'observation et l'analyse, de ramener à un principe commun les manifestations fragmentaires et souvent contradictoires du droit des fonctionnaires. Car ce principe doit servir à éclairer et à vivifier les règles de droit positif; il permet de les interpréter sainement; il fait ressortir les

grandes lignes de l'évolution des idées et il facilite l'élaboration des dispositions que réclament les besoins nouveaux.

§ 1. *Le contrat civil.*

Nous ne nous arrêterons guère à cette première théorie, dont l'intérêt est essentiellement historique. Certains auteurs ont voulu établir un rapprochement entre la situation du fonctionnaire et celle du salarié privé. Le consentement des deux parties résulterait, d'un côté de la nomination, de l'autre de l'acte de candidature ou de l'acceptation. Cet accord de volontés serait générateur d'un contrat de travail (ou d'un mandat), les parties s'engageant, l'une à remplir les devoirs de la charge, l'autre à servir un traitement et à assurer au fonctionnaire divers avantages, matériels ou honorifiques.[1])

Pareille théorie correspond à la réalité politique d'une certaine époque, celle qui va de la féodalité à la chute de l'ancien régime. Dans la période féodale, en effet, les fonctions publiques ont un caractère patrimonial. Les services qualifiés aujourd'hui de publics ne sont que les services privés du prince ou de ses vassaux. Les gérants de ces services apparaissent, dès lors, comme des serviteurs personnels, qu'il est impossible, juridiquement, de distinguer des domestiques de maison. Dans la suite, l'idée de l'Etat vient à naître, elle se développe et elle arrive même à monopoliser le concept de pouvoir souverain. On voit, alors, se dessiner la notion de fonction publique. Mais le fonctionnaire n'en garde pas moins le caractère d'un employé ou officier engagé au service du prince, et non de la collectivité. La théorie du contrat de travail, ou celle du mandat, s'applique donc assez exactement à la nature de tels rapports.

Cette théorie a laissé des traces jusque dans le droit britannique moderne. On sait, en effet, que, pour l'Anglais,

---

[1]) Perriquet, Les Contrats de l'Etat, p. 144, n° 473, 909, etc. — Dareste, La Justice administrative, 2e éd., p. 388.

l'Etat se confond, jusqu'à un certain point, avec la Couronne. Les fonctionnaires de toute une catégorie sont, en conséquence, assimilés à des serviteurs du monarque („Servants of the Crown"). Une ancienne règle du droit anglais voulant que le contrat de travail soit considéré comme dissous de plein droit au décès de l'employeur, on admettait, il y a peu de temps, qu'à la mort du Roi, les fonctionnaires voyaient tomber leurs pouvoirs et leurs titres, et qu'ils devaient être confirmés par le successeur. Cette tradition ne put être écartée que par un „Act" spécial, voté lors de l'avènement d'Edouard VII.

Dans les pays continentaux, moins traditionnalistes, la notion du pur contrat civil d'engagement de fonctionnaire a été ruiné déjà lors de la disparition du pouvoir personnel du prince. Lorsque s'est constitué l'Etat moderne, basé sur la souveraineté du peuple et l'autorité de la loi, les fonctionnaires sont devenus les serviteurs de la communauté, les gérants de la chose publique. Le contrat, si contrat il y a, se conclut, dès lors, aujourd'hui, avec l'Etat agissant dans l'exercice de sa mission d'intérêt général. Il n'y a donc plus place, en tout cas pour un contrat *de droit privé*. Le débat de poursuit exclusivement dans le champ clos du *droit public* (Suisse, C. O art. 362; TF18 février 1915, RO 41 II p. 181; 21 mars 1924, RO 50 I p. 69 ss. c. 5).

Le débat est dorénavant circonscrit au droit public, mais il n'en continue pas moins. A côté des contrats privés existent, en effet, des contrats administratifs (p. ex., concession de service public, contrat de travaux publics, marché de fournitures, etc.). L'engagement du fonctionnaire constitue-t-il un de ces contrats, et la situation juridique du fonctionnaire est-elle, dès lors, contractuelle? Ou bien faut-il voir dans la nomination un acte unilatéral de l'autorité, qui soumet le fonctionnaire à un état général et impersonnel, créé par les lois et les règlements? Tels sont les deux pôles de la question, les deux solutions extrêmes entre lesquelles viennent s'insérer bien des combinaisons moyennes.

Dans la situation juridique du fonctionnaire, quel qu'il soit, l'on doit reconnaître l'existence de deux éléments: un élément contractuel — nous ne disons pas: un contrat — et un élément légal et règlementaire.

L'élément contractuel réside dans le fait que — sauf rares exceptions — le lien unissant le fonctionnaire à l'Etat est un lien volontaire. Nul n'est obligé, de nos jours, de devenir fonctionnaire; l'agent n'est au service de l'administration que parce qu'il l'a bien voulu; et, d'autre part, il faut que l'autorité ait consenti à désigner le candidat, acte purement volontaire lui aussi, puisque l'administration n'est jamais obligée d'opérer une nomination, même en faveur de qui remplit toutes les conditions voulues.

Mais, à côté de cet élément contractuel, on discerne, du premier coup d'oeil, dans la situation du fonctionnaire un élément statutaire, non moins accentué. Les droits et les obligations du fonctionnaire découlent, en effet, des lois et des règlements. Ces textes ne sont pas immuables; ils peuvent être modifiés, suivant les circonstances, au cours de l'engagement, et le fonctionnaire n'est fondé qu'à réclamer le bénéfice des dispositions en vigueur. D'autre part, le fonctionnaire ne traite pas d'égal à égal avec l'autorité; il subit le pouvoir disciplinaire de l'administration et n'est pas libre de démissionner quand il lui plait.

§ 2. Le contrat de droit public.

La théorie de la convention purement privée étant écartée, les défenseurs de la thèse contractuelle sont, aujourd'hui, forcés d'admettre que le contrat dont ils parlent est, à tout le moins, un acte soumis à l'empire du droit public, un contrat „sui generis" obéissant à des règles spéciales (contrat de droit public, contrat de service public, de fonction publique, de puissance publique).[2])

---

[2]) Laband, Staatsrecht. — Kammerer, La Fonction publique d'après la législation allemande, p. 76 et suiv. — Nézard, Théorie juridique de la fonction publique. — Laferrière, La Juri-

Plusieurs théories voisines, mais distinctes, ont été édifiées sur ce thème. Réduites à leurs éléments essentiels, on peut les caractériser comme suit:

L'engagement du fonctionnaire présente ce trait commun avec le contrat que les droits et les obligations des deux parties résultent d'un *échange de consentements*. Certains auteurs réduisent vraiment par trop le rôle de l'acceptation. En prenant le terme de „fonctionnaire" dans son sens restreint, en s'abstenant, dès lors, d'y faire rentrer les soldats, les jurés, les témoins, on est bien forcé de convenir que, de nos jours, nul n'est obligé d'entrer dans les cadres de l'administration.[3]) Neuf fois sur dix, l'aspirant a sollicité la place, et la nomination ne déploie d'effets qu'après avoir été acceptée.[4]) Il est donc impossible de considérer l'acceptation comme le consentement donné à un acte unilatéral de réquisition;[5]) une réquisition qui n'est point obligatoire et qui ne saurait être exécutée par la force, ne constitue pas une réquisition.

L'engagement des fonctionnaires, s'il comporte un échange de consentements, comme le contrat civil, se distingue néanmoins de celui-ci quant aux *effets*. En droit privé, la manifestation concordante des volontés fixe l'objet du contrat, c'est-à-dire détermine librement les droits et les obligations des parties, sous réserve des dispositions d'ordre public. Or, les charges et les avantages du fonctionnaire ne dérivent pas de l'acte de nomination et de l'acceptation. Ils sont fixés d'avance, de façon générale et impersonnelle, par les lois et les règlements qui régissent la fonction. L'autorité ne saurait, en principe, faire au

---

diction administrative, 2e éd. t. I, p. 618 et suiv. — Demartial, Le Statut des fonctionnaires. — Combothecra, Manuel du droit public du monde civilisé, n° 500.

[3]) Dans le Bas Empire romain, les „Curiales" étaient obligatoirement attachés, de père en fils, à leur fonction.

[4]) Cf. note 19.

[5]) Sic. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 11e éd., t. II, p. 592.

fonctionnaire une situation autre que celle qui résulte desdits textes. L'individu nommé n'a que le choix d'accepter ou de refuser la position légale et règlementaire qui lui a été conférée. Bien plus, l'autorité a le pouvoir de modifier la loi du service et, partant, la situation juridique du fonctionnaire. Il y a donc institution d'un régime légal par l'effet du consentement.

Les auteurs partisans de la thèse contractuelle ont baptisé ce complexe: „contrat de droit public, contrat de service public, contrat de fonction publique". Nombreuses et diverses sont les théories. Pour les uns (Laferrière, Combothecra), la circonstance que l'Etat est une personne souveraine légitime le droit qui lui appartient de modifier la situation initiale du fonctionnaire; le contrat serait un contrat de droit public parce que passé avec la puissance souveraine et dans l'intérêt public. Demartial voit la caractéristique de l'institution dans le fait que, d'une part, il y a échange de consentements, donc contrat, mais que, d'autre part, les conditions de ce contrat sont fixées par un acte unilatéral d'autorité. Les éléments du contrat résultent donc de la loi et du règlement, non point de l'accord des volontés. Pareil accord établit seulement, à la charge des parties, une obligation bilatérale de se conformer à la législation existante.[6]) Les auteurs allemands, enfin (Laband, Kammerer), ont voulu analyser comme suit la nomination du fonctionnaire: selon eux, il faut distinguer, d'une part le contrat de service public, qui investit l'individu de la qualité de fonctionnaire et fonde les diverses obligations de l'Etat au traitement, à la pension de retraite, etc., — d'autre part, l'attribution unilatérale, par l'administration, de la compétence du fonctionnaire dans un emploi déterminé.

La théorie de la nomination contrat de droit public est aujourd'hui abandonnée, sinon par la jurisprudence,

---

[6]) Conseil d'Etat français, conclusions Tardieu dans l'affaire Winkell, 7 août 1909, et conclusions Corneille dans l'affaire Desrumeaux, 5 mai 1911.

du moins par la presque totalité de la doctrine. Les auteurs s'accordent pour condamner cette conception. Ils élèvent contre elle de nombreux griefs:

Le contrat, dit M. Duguit,[7]) est une *catégorie juridique bien déterminée.* Quand il y a contrat, un certain effet de droit se produit; il ne se produit que lorsqu'il y a contrat et il se produit toujours lorsqu'il y a contrat. Or, cet effet ne se rencontre pas, en l'espèce. D'ailleurs, *l'idée de service public exclut celle de contrat.*

M. Rolland[8]) insiste sur l'antinomie en question: Ce qui est en jeu, lors de la nomination d'un fonctionnaire, c'est la gestion du service, c'est-à-dire le bien commun. Or, on ne saurait concevoir qu'il y ait là matière à contrat. Autrement, l'on risquerait de subordonner l'intérêt général à l'intérêt particulier.

L'objection, toute générale, devient pressante pour ceux qui n'admettent pas d'une façon illimitée la personnalité morale de l'Etat. En effet, une partie importante de la doctrine restreint la personnalité de l'Etat à l'exercice des seuls droits privés. Or, la nomination d'un fonctionnaire rentre dans l'exercice de la puissance publique. Cette nomination ne saurait donc faire l'objet d'un contrat, puisque (pour la doctrine dont nous parlons) le fonctionnaire n'a, en face de lui, lors de la nomination, *aucune personne juridique capable de contracter.* La construction mixte de Laband elle-même (voir plus haut) fait dépendre d'un contrat l'attribution de la qualité de fonctionnaire. Cette doctrine s'expose, par conséquent[9]) au reproche d'unir deux notions qui, historiquement, se sont succédées: d'une part la conception féodale, d'après laquelle la puissance publique est un droit patrimonial appartenant au seigneur et pouvant être l'objet de conventions privées, d'autre part, la conception moderne, qui considère la souveraineté

---

[7]) Traité de droit constitutionnel, 2e éd. t. III, p. 118.

[8]) Précis de droit administratif, 2e éd., p. 58.

[9]) Duguit, op. cit., t. III, p. 121.

comme hors du commerce juridique, incessible, inaliénable et impropre à faire l'objet de contrats avec des particuliers.

Passons sur une autre critique,[10]) celle qui consiste à relever que tout contrat implique une discussion, un *débat* ou, du moins, la possibilité d'un débat, alors que pareille possibilité est exclue lors de l'engagement du fonctionnaire: le phénomène d'absence de discussion n'est, en effet, pas étranger à certains contrats civils. Le point capital est que, sans débat ou après débat, il intervienne entre les parties un *échange contractuel de consentements.* Or, on a fait valoir[11]) contre la thèse contractuelle, que tous les phénomènes de consentements ne se ramènent point au contrat. Il ne faut pas voir, a-t-on dit, dans l'arrêté de nomination et dans l'acte de candidature ou dans l'acceptation du fonctionnaire un échange contractuel de consentements, parce que ces deux manifestations de volonté ne sont point la *cause* l'une de l'autre. La décision du gouvernement n'est pas déterminée par l'offre du candidat ou par son acceptation. Cette résolution est déterminée par la nécessité de pourvoir au service public. Seulement, pour assurer un bon recrutement de son personnel, l'autorité subordonne l'exécution de son décret à une condition: l'acceptation du fonctionnaire désigné. Cette acceptation n'est donc pas, de la part de l'agent, la prise en considération d'une offre de contracter, mais une adhésion à une mesure unilatérale de l'autorité. Le fonctionnaire accepte bien sa nomination; le plus souvent, même, il l'a sollicitée. Mais il l'accepte comme une loi ou une ordonnance, non comme la pollicitation d'un contrat.[12])

Cette argumentation nous paraît fragile. Aussi bien, certains maîtres autorisés de la science juridique française ont-ils aujourd'hui renoncé à contester qu'il y ait échange

---

[10]) Rolland, Précis de droit administratif, 2e éd., p. 58. — Hauriou, dans Sirey 1907, 3. 49.

[11]) Hauriou, dans Sirey 1899, 3. 105 et 1907, 3. 49. — Hauriou, Précis, t. II, p. 592.

[12]) Cf. ImHof, p. 254a à 259a.

de consentements.[13]) L'accord n'est donc pas fait, sur ce point, entre les adversaires de la théorie contractuelle.

Tous se rencontrent, en revanche, pour affirmer que, même si elles constituent un accord de volontés, un échange de consentements, la nomination et l'offre (respectivement l'acceptation) ne donnent pas naissance à un contrat, car ce ne sont pas elles qui déterminent les droits et obligations réciproques des parties. Cette objection revient à dire qu'il manque au prétendu contrat un élément essentiel: *la détermination de son objet.*

En droit civil, et sous réserve de l'ordre public, les intéressés fixent librement les charges et les prérogatives qu'ils assument l'un vis-à-vis de l'autre. Or, la nomination d'un fonctionnaire ne donne pas lieu à détermination individuelle des droits et devoirs des deux intéressés. Droits et devoirs sont fixés d'avance, de façon générale et impersonnelle, par les lois et les règlements; la volonté des „parties" est étrangère à l'établissement de cette situation; elle ne saurait créer, au profit ou au détriment du fonctionnaire, une position spéciale, différant de celle des autres fonctionnaires de la même catégorie.[14]) La source des obligations assumées de part et d'autre réside donc dans des textes émanant de la puissance publique, et non dans la volonté des intéressés, ce qui exclut l'idée de contrat.

De plus, le contrat de droit privé constitue la loi des parties et il n'y peut être dérogé que d'un commun accord.

---

[13]) Duguit, op. cit., t. III, p. 116. — Jèze (Cours de droit public, Théorie générale de la fonction publique, 1927, p. 140 ainsi que: Principes généraux du droit administratif, le Fonctionnement des services publics, p. 424) et Bonnard (Précis élémentaire de droit administratif, p. 226) admettent également l'existence d'un accord de volontés.

[14]) ImHof, p. 261a, n° III in fine. Cf., dans le même sens, pour la France: Tribunal des Conflits, 27 décembre 1879, aff. Guidet; 4 juillet 1896, aff. Bergeon; Conseil d'Etat, 4 août 1916, aff. Pingal; 29 mars 1923, aff. Bourdeix; 19 novembre 1924, aff. Quilichini; Hauriou, Précis, t. II, p. 593; Rolland, Précis, p. 59; Bonnard, Précis élém., p. 227.

Au contraire, la situation du fonctionnaire ne reste pas nécessairement immuable. Fixée par les lois et les règlements, elle subit le contre-coup des modifications apportées ultérieurement à ces textes. A moins de donner sa démission, le fonctionnaire doit donc supporter les changements qui viendraient à limiter ses prérogatives ou à augmenter ses charges. Mais, en retour, il bénéficie immédiatement des dispositions nouvelles plus favorables qui seraient statuées par les lois et les règlements. On peut soutenir que le droit, pour l'autorité, de porter atteinte aux conditions primitives est notablement restreint, pendant la période d'engagement, à l'égard des fonctionnaires nommés pour une durée déterminée, tels les fonctionnaires fédéraux (sic, ImHof, p. 277a—279a). Ce droit existe, du moins, sans réserve, à l'encontre des agents désignés pour un temps indéterminé.[15]) Il a, d'ailleurs, été proclamé par le Tribunal fédéral, sur le terrain des principes généraux. Dans une série d'arrêts récents, la Cour fédérale constate, en effet, que le principe de l'inviolabilité de la propriété (soit des droits acquis) posé par certaines Constitutions cantonales, ne trouve pas son application en matière de droit public et qu'il ne garantit, dès lors, pas aux fonctionnaires le maintien de leurs traitements.[16]) Le Tribunal fédéral déclare également que l'article 4 Constitution fédérale ne met pas, en principe, obstacle à ce que le statut des fonctionnaires soit modifié.[17])

---

[15]) En ce qui concerne la France, par exemple, voir: Hauriou, Précis, t. II, p. 593 et note 1, p. 594; Hauriou dans Sirey 1899, 3. 105; Bonnard, op. cit. p. 226; Rolland, op. cit. p. 59; Conclusions Tardieu dans l'affaire Winkell, reproduites dans Jèze, Principes généraux du droit administratif, p. 173; Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2e éd. t. III, p. 105, 106 et 119.

[16]) RO 50 I p. 69; arrêt (non publié) du 4 novembre 1927, Société des Retraités des corps de police du canton de Genève, Aubert et consorts. Arrêt (non publié) du 6 octobre 1928, Aubert, Burdet et Loup contre Etat de Genève.

[17]) RO 50 I p. 69 et suiv. „. . . On ne saurait reconnaître au fonctionnaire le droit d'exiger que le régime légal sous lequel il a

Résumons ces critiques: La théorie suivant laquelle la nomination du fonctionnaire résulterait d'un contrat de droit public est aujourd'hui abandonnée par la majorité de la doctrine, pour l'un ou l'autre des motifs suivants: L'idée de service public est inconciliable avec celle de contrat; — le prétendu contrat est impossible, faute de personnalité capable de contracter, puisque la nomination émane de l'Etat puissance publique et non de l'Etat personne morale; — on ne retrouve dans le recrutement des fonctionnaires aucun des éléments constitutifs du contrat: possibilité d'une discussion, échange de consentements, fixation des droits et obligations des parties; les intéressés seraient liés par des règles qu'ils n'ont pas déterminées et que le législateur pourrait modifier à tout instant; or, par définition, le contenu d'un rapport contractuel ne peut varier que du gré des deux parties.

Ces objections sont, il faut le reconnaître, décisives pour autant que l'on part de la notion civiliste du contrat. Nous rechercherons, dans la suite, si la situation juridique

---

été nommé demeure sans changement pendant la durée de ses fonctions. Il résulte de la nature même des choses que son statut peut et doit être adapté aux circonstances générales du moment et que, lorsque celles-ci se modifient, le législateur peut donc lui faire subir des modifications correspondantes sans que l'Etat soit tenu de compenser, par le paiement d'une indemnité, tout sacrifice qui, dans l'intérêt public, peut lui être imposé. Ce que l'article 4 Constitution fédérale exige, c'est seulement que, d'une part, les changements apportés se justifient réellement par des considérations d'intérêt public, et, d'autre part, qu'ils ne lèsent pas outre mesure les intérêts légitimes des fonctionnaires . . ."

Arrêt du 4 novembre 1927, cité plus haut: „. . . Le droit de l'Etat d'abroger une loi pour la remplacer par une nouvelle est un principe indiscuté du droit public. Aucun texte constitutionnel, fédéral ou cantonal, ne permet d'attribuer à une loi un caractère définitif et immuable. Le législateur peut revenir sur un acte législatif lorsqu'il a pour cela des motifs plausibles, tirés, soit de l'intérêt public, soit d'une modification des circonstances qui ont fait adopter la loi antérieure, soit d'une situation économique et fiscale différente . . ."

du fonctionnaire ne pourrait pas être fondée sur une conception nouvelle et assouplie du contrat, conception mise au jour par les phénomènes de la vie moderne et vers laquelle paraît tendre la jurisprudence de ces dernières années.

Avant d'en venir là, résumons la doctrine opposée.

§ 3. *L'acte unilatéral.*

(Théorie de la situation légale et règlementaire.)

Dans cette troisième conception, qui, actuellement, prévaut en doctrine — qu'il s'agisse de la France, de l'Allemagne ou de l'Italie[18]) — la nomination (ou l'élection) du fonctionnaire est un acte unilatéral de puissance publique, acte soumis à une condition[19]): que le bénéficiaire

---

[18]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3e éd., t. II, p. 147 et suiv. — Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8e éd., p. 192 et suiv. — Rolland, op. cit. p. 59. — Bonnard, op. cit. p. 225 et suiv. — Jèze, Principes généraux, p. 424 et suiv. — Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, t. II, p. 406 et suiv. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2e éd., t. III, p. 96, 105 et suiv. — Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 11e éd., t. II, p. 597 et suiv. — Hauriou, notes dans Sirey 1892, 3. 17; 1894, 3. 33; 1899, 3. 105. — Journal officiel de la Société des Nations, 6e année, n° 10, p. 1441 et suiv.

En Suisse, le TF a laissé jusqu'ici ouverte la question de savoir s'il y a contrat de droit public ou acte unilatéral; il semble incliner vers la seconde solution (RO 50 I 69 et suiv.). Dans un arrêt non publié, du 29 janvier 1927 (Hottenberg contre Commune de Fleurier), la Section de droit public considère, entr'autres, ce qui suit: „Pour décider si un individu revêt la qualité de fonctionnaire, il y a lieu d'examiner, notamment: a) si l'emploi a été conféré au titulaire en vertu d'un contrat purement civil, débattu et signé entre parties égales en droit, ou si la nomination dont il s'agit émane d'une autorité publique, exerçant les droits souverains de l'Etat; b) . . ."

[19]) Cette condition est-elle une condition suspensive ou résolutoire? Le droit positif fédéral semble commander la première solution (sic. ImHof, p. 255a). Mais, en France, comme la nomination produit certains effets juridiques avant toute acceptation, il faut considérer le refus comme une condition résolutoire de l'acte.

accepte, expressément ou tacitement, la situation à lui conférée.

Ce n'est point l'acte unilatéral de l'autorité, ni la manifestation de volonté de l'agent, qui *créent* la situation juridique de celle-ci. La nomination a pour effet d'*appliquer* au fonctionnaire une situation déjà existante, établie pour le poste, par des lois et des règlements. Elle investit le particulier d'un statut à l'élaboration — sinon à l'application — duquel sa volonté n'a eu aucune part. Tous les droits et les devoirs du fonctionnaire ont, en effet, été déterminés unilatéralement et d'avance, de façon générale et impersonnelle, par les autorités législatives et réglementaires. La situation qui en résulte est donc purement légale et réglementaire; elle n'a rien de contractuel. En agréant sa nomination, l'agent se place dans une position comparable à celle de la femme qui contracte mariage, de l'étranger qui sollicite sa naturalisation, du député qui accepte un mandat parlementaire: ces personnes se trouvent, comme lui, investies d'un statut comportant des droits et des devoirs particuliers que les conventions ne sauraient modifier (ainsi, suivant le régime matrimonial, l'administration des apports de la femme par le mari, l'obligation du citoyen de fournir le service militaire, l'inviolabilité des membres du Parlement).

Non seulement la situation du fonctionnaire ne découle pas de la nomination et de l'acceptation, mais elle n'est point individuelle. Elle n'est pas faite pour Mr. X. ou Mr. Y. Les droits et les charges qui compètent à ces personnes sont ceux que les lois et les règlements ont organisé pour tous les fonctionnaires du même ordre. Ils sont donc uniformes pour l'ensemble de la catégorie et ne sauraient être discutés au moment de la nomination (voir supra, note 14).

Les partisans de la doctrine dont nous rendons compte font valoir que, mieux que les théories contractuelles, elle correspond aux faits décelés par l'observation. Si la situation juridique du fonctionnaire est une situation

purement légale et réglementaire, elle ne sera modifiée que par changement des textes qui la déterminent; le fonctionnaire ne pourra demander un réajustement de son statut que dans la mesure où les citoyens sont en droit de réclamer la modification des lois et des règlements.[20]) L'autorité sera libre d'amender en tout temps, même contre le gré du fonctionnaire, les dispositions qu'elle a édictées. Et toute loi ou tout règlement qui modifie, en plus ou en moins, la situation d'une catégorie d'agents s'appliquera à l'ensemble des agents de la catégorie, aussi bien à ceux déjà nommés qu'à ceux à venir. Or, c'est bien là ce que révèle, grosso modo, l'étude du droit positif continental (voir supra, note 15). En d'autres termes, le fonctionnaire ne peut invoquer de situation subjective (contractuelle); il n'a pas de „droit acquis" général au maintien du régime existant (voir supra, notes 16 et 17). Mais les textes légaux et réglementaires, eux, pourront valablement garantir aux agents qu'en aucun cas leur situation ne sera amoindrie (sic Statut fédéral, art. 41, 45 al. 5 et 71 al. 3) ou qu'elle ne le sera que dans certaines circonstances déterminées (ibid. art. 55). Si un fonctionnaire venait, néanmoins, à être lésé, il aurait le droit d'attaquer la mesure prise; mais le fondement de son recours serait, alors, la violation d'une disposition légale, non l'atteinte à la „loi du contrat" ou à de prétendus „droits acquis" issus des principes généraux.

D'autres conséquences remarquables découlent encore de l'idée d'acte unilatéral de puissance publique et de situation légale ou réglementaire:

---

[20]) „La vérité est donc que le fonctionnaire est traité par le droit administratif comme étant en principe un citoyen, avec lequel il n'a été fait aucun „negotium juris" particulier. Ce citoyen est soumis à des règlements spéciaux; il peut aussi invoquer en sa faveur des règlements spéciaux... Mais il reste toujours, au fond, un simple citoyen, et il a ceci de commun avec le simple citoyen qu'il n'a vis-à-vis de l'Etat ou de la commune qui l'emploie d'autres droits à invoquer que ceux qu'il tire de lois ou de règlements" (Hauriou, note dans Sirey 1894, 3. 33).

Dans cette conception, tout d'abord, les prérogatives et les charges du fonctionnaire sont établies en vue d'un intérêt général, celui du bon fonctionnement des services publics, que l'autorité a pour mission de gérer, et non dans l'intérêt particulier du titulaire de la fonction.

Pareil intérêt explique et légitime la situation prépondérante faite à l'administration et les droits spéciaux qui lui sont reconnus à l'encontre des agents: pouvoir hiérarchique, pouvoir disciplinaire, droit de modifier la loi du service, faculté de supprimer l'emploi (éventuellement, sous réserve d'indemnité).

La théorie de la situation légale conduit, d'autre part, à exclure toute délégation de compétences. Le fonctionnaire tient ses pouvoirs de la loi et non de l'autorité qui l'a nommé. La compétence constitue pour le fonctionnaire un pouvoir légal et réglementaire; elle est inhérente à la fonction et n'a pas le caractère d'un droit subjectif, d'une chose patrimoniale dont l'agent puisse disposer au profit de tiers: les compétences légales ne se délèguent jamais. Il n'y a pas délégation, même lorsqu'un employé supplée tel ou tel de ses collègues, puisque l'assistance mutuelle est imposée aux fonctionnaires;[21]) la compétence du suppléant découle donc elle aussi de la loi, et non d'une prétendue délégation.

Enfin, si les droits et les devoirs du fonctionnaire et de l'administration avaient été déterminés par contrat, ils seraient relatifs aux seules parties contractantes et ne pourraient être opposés qu'à elles. La théorie de la situation légale implique, au contraire, des charges et des prérogatives vis-à-vis de tous; elle fait comprendre pourquoi les manquements du fonctionnaire à ses obligations professionnelles pourront entraîner sa responsabilité, non seulement envers l'administration, mais encore à l'égard des tiers.

En résumé, les fonctionnaires ne passent pas de contrat. Ils ne sauraient, en tout cas, être assimilés aux

[21]) Statut fédéral, art. 21, al. 2.

employés du droit privé, engagés par contrat de travail; le droit d'association et de grève pourra, dès lors, légitimement, être restreint à leur égard. Sans doute, si l'on ne considérait que l'intérêt personnel de l'agent, une situation subjective, d'origine contractuelle, apparaîtrait préférable à certains points de vue. Le fonctionnaire serait en mesure de discuter les éléments de sa situation et d'obtenir des améliorations, au besoin sous menace de grève. Des avantages particuliers pourraient être concédés aux individus de valeur exceptionnelle. Et la situation du fonctionnaire aurait un caractère plus stable, puisqu'elle ne serait susceptible d'être modifiée qu'avec le consentement de l'intéressé.[22]) Mais, si l'intérêt légitime du fonctionnaire a longtemps été négligé (on doit le reconnaître), il ne saurait cependant primer les intérêts du service. Or, un régime contractuel ne serait guère favorable au bon fonctionnement du service: le droit de discuter les éléments du contrat et d'obtenir une situation particulière ou des améliorations générales, lors de l'entrée en charge ou en cours d'exercice, pourrait jeter le trouble dans l'administration; il créerait des inégalités et développerait le favoritisme. Enfin et surtout, pour pouvoir apporter au service les modifications commandées par l'expérience et par les besoins changeants de l'intérêt général, l'autorité devrait obtenir préalablement l'adhésion des intéressés, chose inadmissible.

La théorie de la nomination acte unilatéral, entraînant pour le fonctionnaire l'application d'une situation purement légale et réglementaire, a donc, disent ses partisans, le double mérite d'assurer le bon fonctionnement des services publics et de rendre compte, mieux que tout autre, des faits concrets, tels qu'ils résultent de la législation en vigueur.

Nous avons ainsi résumé à grands traits les doctrines extrêmes: celle basée sur l'existence d'un contrat (contrat

---

[22]) Cf. Bonnard, op. cit. p. 228.

civil ou contrat „sui generis") et celle qui voit dans la nomination un acte de puissance publique de l'autorité. L'une et l'autre ont leurs points forts et leurs faiblesses. Actuellement, la théorie de la situation légale a supplanté celle du contrat. Mais il s'en faut de beaucoup qu'elle soit admise sans restrictions. Divers juristes estiment, en effet, que les deux grandes conceptions opposées font violence à la réalité des choses. Nous allons examiner ces critiques en rendant compte des théories secondaires qu'elles ont provoquées.

§ 4. *La théorie éclectique.*

(Distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion.)

Certains auteurs français[23]) ont fait valoir qu'exactes en elles-mêmes, les théories classiques pèchent, toutes deux, par excès de généralisation, qu'elles ne peuvent s'appliquer telles quelles à tous les agents de l'Etat et qu'en définitive, le problème doit être résolu par une distinction.

Il est des fonctions qui constituent une participation au pouvoir de commander. Un préfet, un juge, un agent de police, détiennent une fraction de l'autorité souveraine. Leurs pouvoirs n'ont pas de base contractuelle; en effet, ils les tiennent de la puissance publique; or, d'un côté, celle-ci n'agit que par voie unilatérale, et, d'autre part, l'exercice de l'autorité ne saurait faire l'objet de contrats. Les fonctions en cause sont donc conférées dans des conditions légales, par un acte unilatéral des gouvernants. La théorie moderne trouve ici son application.

Mais, par contre, un grand nombre de fonctionnaires n'exercent aucune autorité sur les citoyens; il suffit de penser aux ingénieurs, aux professeurs, aux employés

---

[23]) H. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, 10e éd., p. 46 et suiv. — Nézard, Théorie juridique de la fonction publique.

de chemins de fer de l'Etat, aux innombrables dactylographes, secrétaires et copistes des bureaux. Ces individus — quelque utile qu'ils puissent être — ne disposent pas du droit de commander. Ils accomplissent pour la personne morale Etat, soit des actes matériels, soit des actes juridiques de patrimonialité, donc, en définitive, exactement les mêmes actes que font tous les jours les particuliers pour la défense de leurs intérêts, soit des actes de gestion.

MM. Berthélemy et Nézard ont basé sur ce critère des *actes* d'autorité et des actes de gestion leur distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion. Les premiers seraient investis d'une situation légale par un décret unilatéral de la puissance publique. Les autres passeraient un simple contrat de travail de droit privé avec l'Etat personne morale. En effet, observe Mr. Berthélemy (op. cit. p. 48): „Lorsqu'une Compagnie de chemins de fer recrute des agents, les actes qui sont accomplis de part et d'autre sont-ils différents de ceux qui sont accomplis pour le recrutement des agents du réseau de l'Etat? Les ingénieurs des industries minières, les professeurs ou répétiteurs des grands établissements libres d'enseignement ne sont-ils pas nommés par des procédés identiques à ceux qui ont cours dans les services publics, et sans qu'il y ait discussion sur le travail et sur le traitement? Ce qui constitue, ici, une situation contractuelle peut-il constituer, là, un statut légal? — Quelle différence y a-t-il entre la nature juridique de la fonction des agents du téléphone et la nature juridique de celle qu'ils occupaient avant que les téléphones fussent un service public? Aucune, évidemment.

On ne manquera pas de rapprocher cette remarque des considérations émises récemment par Mr. Eichenberger dans la „Schweizerische Juristen-Zeitung".[24]) Notre compatriote souligne l'analogie frappante qui existe entre la

[24]) 26e année (1929—1930), n° 3, p. 37 et suiv.

condition juridique de certains fonctionnaires et celle de divers employés privés (caissier de banque, chef de gare d'un chemin de fer privé, secrétaire d'une association économique). Il en tire la conclusion que, dans son essence, le „contrat de droit public" ne diffère pas du contrat de droit privé, et qu'on doit, dès lors, tendre à l'unification du régime et surtout du contentieux des deux groupes d'institutions.

Mr. Eichenberger voit dans certains salariés des „fonctionnaires privés". Les défenseurs de la théorie éclectique considèrent, à l'inverse, toute une catégorie de fonctionnaires comme des employés et ils veulent appliquer à ceux-ci les dispositions du contrat de travail. L'énonciation de ce double point de vue suffit à montrer que les deux grandes divisions: droit public et droit privé, dans lesquelles on a l'habitude de classer les rapports juridiques, comportent, chacune, une gradation et que leurs frontières, par endroits, se touchent. Nous estimons, toutefois, que les conclusions de Mr. Eichenberger dépassent ses prémisses. Car, si la situation de *certains* employés se rapproche, en effet, de celle des fonctionnaires, les salariés privés n'en demeurent pas moins, dans leur très grande majorité, soumis à des règles absolument différentes: ils peuvent donner et recevoir leur congé, dans des délais fixés; ils ne sont soumis à aucun pouvoir disciplinaire et leur traitement ne saurait être réduit pendant la durée du contrat. Le rapprochement fait par M. Eichenberger reste, cependant, très suggestif; il forme l'antithèse de la doctrine éclectique. Revenons à cette doctrine.

Les faits, quoi qu'en dise Mr. Berthélemy, n'ont guère consacré la distinction proposée. Sans doute, le Code pénal français (art. 222 et 224) et l'art. 31 de la loi sur la presse, du 29 juillet 1881, ne répriment spécialement que les outrages, violences et diffamations contre des „citoyens chargés d'un ministère de service public", termes qui, dans la conception courante, visent les seuls agents dépositaires de l'autorité publique. Mais cette restriction se

comprend aisément: le législateur a voulu faciliter l'exercice de la contrainte sociale envers les particuliers. Il n'en résulte pas que les agents de gestion soient, vis-à-vis de l'Etat qui les nomme, dans une situation juridique différente de celle des fonctionnaires d'autorité. — Nous reconnaissons, par contre, volontiers, une certaine signification aux art. 123 à 126 du Code pénal français; ces articles (qui ne sont d'ailleurs jamais appliqués) répriment les coalitions entre „individus ou corps dépositaires de quelque partie de l'autorité publique". — En revanche, on ne peut, à notre avis, tirer, pour la question qui nous occupe, d'enseignement utile du fait que la loi de 1910 sur les retraites ouvrières s'applique aux „salariés" de l'Etat, des départements et des communes; le texte légal et les motifs des arrêts montrent que l'on a désigné par là les individus engagés au service de la collectivité par contrat de travail. Or, nul n'a jamais mis en doute que l'Etat ait le droit de conclure et qu'il conclue, en fait, des contrats civils avec son personnel subalterne, auxiliaire ou temporaire (cf. Statut fédéral, art. 62); ce personnel n'a pas la qualité de fonctionnaire; on ne saurait donc déduire de la loi de 1910 que le législateur français ait étendu l'empire du droit civil aux agents de gestion, c'est-à-dire à la grosse masse des fonctionnaires. Aussi bien a-t-il fallu un texte spécial pour pouvoir soumettre les employés des chemins de fer de l'Etat au régime du contrat de travail (loi du 21 mars 1905).

L'influence de la doctrine de Mr. Berthélemy peut être décelée, par contre, dans les idées émises, en 1924, à l'Institut de droit international, à propos des privilèges et immunités diplomatiques des agents de la Société des Nations. L'Institut a proposé, en effet, de distinguer, au point de vue de l'ampleur des immunités, les agents de *gestion* de la Société et ceux qui „accomplissent, pour son compte ou son contrôle, des actes de *fonction* de nature politique ou administrative" (Annuaire 1924, p. 101, 113, 179). On retrouve dans cette formule — les allusions faites

en séance ne laissent aucun doute à cet égard — l'écho attardé de la théorie éclectique.[25])

Echo attardé disons-nous, car, après avoir joui d'une certaine faveur, la doctrine dont nous parlons a été presque complètement délaissée. La législation et les arrêts ne l'ont point admise. Elle ne survit plus, aujourd'hui, que grâce à l'autorité de Mr. Berthélemy, l'éminent doyen de la Faculté de droit de Paris. Que lui objecte-t-on donc?[26])

On a fait remarquer, d'abord, que la nomination s'effectue de façon identique, qu'il s'agisse de fonctionnaires dits d'autorité ou de fonctionnaires dits de gestion. Comment cet acte toujours semblable pourrait-il créer des situations juridiques différentes: ici une situation contractuelle, là une situation légale?

L'erreur de la théorie éclectique, d'autre part, a été de transposer dans le domaine de la fonction publique la distinction des *actes* d'autorité et des actes de gestion. Cette distinction (qui n'a, elle-même, point échappé à la critique) n'engendre pas nécessairement une distinction parallèle entre les fonctionnaires, car son sens et sa portée sont différents.

Il serait, d'ailleurs, souvent bien difficile de faire le départ entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion. En effet, la plupart des fonctionnaires font à la fois des actes de commandement et des actes dépourvus de ce caractère. Pour prendre un exemple chez nous, un préfet ou un président de commune, agents d'autorité dans beaucoup de cas, passent également des contrats

---

[25]) La répartition du personnel de la S.d.N. en agents de fonction et agents de gestion ne donnerait pas nécessairement les mêmes résultats que la distinction actuellement admise dans les rapports de la Société avec la Suisse, distinction basée sur l'importance de l'emploi.

[26]) Voir: Esmein, Eléments de droit constitutionnel, 7e éd., t. II, p. 120 et suiv. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2e éd., t. III, p. 10—14. — Rolland, Précis de droit administratif, 2e éd., p. 58. — Larnaude, dans la Revue pénitentiaire, juin 1906.

de location ou de vente. Et, par contre, un fonctionnaire des douanes, agent de gestion, dresse aussi à l'occasion des procès-verbaux. La situation de beaucoup de fonctionnaires serait, ainsi, très délicate à établir.

Cette objection pratique est grave. Car, si une personne officielle peut, à la rigueur, apparaître aux administrés, tantôt sous l'aspect d'un fonctionnaire d'autorité, tantôt sous les traits d'un fonctionnaire de gestion, elle ne saurait, vis-à-vis de l'Etat, qu'être l'un ou l'autre. Ses droits, ses charges, ne peuvent évidemment découler, selon l'heure, d'un contrat ou des dispositions de la loi. Il faut donc rechercher quel élément prédomine chez le fonctionnaire.

Or, tous les fonctionnaires, quels que soient les actes qu'ils accomplissent, présentent un même caractère distinctif: celui de travailler pour l'Etat et d'agir dans l'intérêt public et général. „Ce n'est point la similitude de la besogne matérielle accomplie par le fonctionnaire et par l'employé des particuliers qu'il faut considérer: c'est la qualité de celui qu'ils servent, l'Etat d'un côté, maître nécessairement impérieux, et, d'autre part, un particulier avec lequel on discute sur le pied d'égalité" (Esmein, loc. cit.). La mission donnée par l'Etat est toujours accomplie en vue de l'intérêt public; c'est par leur but que deux travaux apparemment identiques diffèrent, en réalité, profondément. Et c'est le but qu'ils poursuivent, l'intérêt qu'ils s'efforcent de satisfaire qui donne, par contre, à deux agents très divers de l'administration leur commune qualité de fonctionnaire. Le tracé d'un plan par l'ingénieur cantonal ou municipal a pour objet la gestion d'un service public aussi bien que l'ordre de police donné par le préfet au propriétaire d'une usine dangereuse. Chacun pourvoit, dans sa sphère, à la satisfaction d'un besoin public. Ils sont, l'un et l'autre, des organes de l'action administrative. Tous deux tiennent, dès lors, leurs pouvoirs de la loi. Ensemble, ils se distinguent donc de l'employé privé par la nature même de leurs fonctions, et, contre cette différence

capitale ne saurait prévaloir aucun rapprochement artificiel tiré d'une similitude de forme dans le travail accompli.

Enfin, conséquence pratique importante, soumettre les fonctionnaires de gestion au régime du contrat de travail aboutirait à traiter la grosse masse des agents comme des employés ou des ouvriers privés. Il faudrait donc leur reconnaître le droit de former sans restrictions des syndicats et de se concerter pour mettre fin au contrat. Or, la nation a droit à la continuité des services publics et elle ne peut admettre qu'ils soient interrompus un instant. Je n'insiste pas sur cette question, qui sort du cadre que je me suis tracé.

§ 5. De quelques autres théories.

La distinction entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion étant écartée, faut-il en rester à la notion d'acte unilatéral appliquant une situation légale et règlementaire? Sans doute, s'il faut choisir entre elle et la théorie du contrat. Nous avons déjà exposé, en effet, pour quelles raisons la doctrine contractuelle doit, selon nous, être aujourd'hui rejetée, du moins si l'on prend le terme de contrat dans le sens communément admis.

a) Bien que la théorie de l'acte unilatéral de puissance publique nous paraisse conforme aux faits et plus exacte, juridiquement, que les théories contractuelles, nous ne saurions dissimuler que, pratiquement, elle est, suivant le cas, de nature à donner une prépondérance exagérée à l'autorité contre l'agent. Certains juristes allemands ont par trop insisté sur les prérogatives de l'administration. Ils reviennent avec une prédilection particulière sur le droit de l'Etat d'imposer le service public au citoyen (Zwangsdienst), droit dont la portée est, aujourd'hui, purement théorique. A les lire, remarque un de leurs adversaires, „on croirait presque que l'administration, lorsqu'elle a besoin de prendre un particulier à son service, lui intime purement et simplement un ordre, lui impose un poste,

l'y installe bon gré mal gré et l'assujétit à des règles strictes qu'elle transformera à sa fantaisie. Pas de discussion! Même s'il accorde généreusement pensions, traitement et avantages, l'Etat reste le maître absolu; il a tous les pouvoirs que suggère le principe autoritaire de la réquisition. Un tel procédé sent la botte et la cravache."

La nécessité de garanties contre le favoritisme, les abus, l'arbitraire, est apparue toujours plus forte, à mesure que triomphaient les idées démocratiques, puis que se développait le mouvement syndicaliste. Pareil besoin se justifie, d'ailleurs, par le caractère moderne de la fonction publique; de charge d'honneur, assumée au service personnel du prince, la fonction s'est transformée en un métier, en une carrière sur laquelle l'agent est en droit de compter pour toute son existence, à la condition de remplir fidèlement son devoir (TF 30 novembre 1928, RO 54 I 445; cf. art. 41 des Statuts de la caisse d'assurance des fonctionnaires fédéraux).

Il n'est pas dans nos intentions d'analyser ici les diverses espèces de garanties que la jurisprudence, puis les lois ont, de plus en plus largement, accordées aux fonctionnaires. Nous nous contenterons de signaler que le désir d'assurer aux agents une juridiction impartiale a amené divers cantons, et le Tribunal fédéral lui-même, à considérer, dans certains cas, comme des causes civiles les différends relatifs aux traitements et les demandes de dommages-intérêts pour révocation injustifiée.[27]) Quelques

---

[27]) TF, 7 février 1920, RO 46 I p. 149 et suiv.

TF (Section de droit public), 29 janvier 1927, Hottenberg contre Commune de Fleurier (non publié): „De ce que le différend appelle, matériellement, l'application du droit public cantonal, et non du droit privé, il ne s'ensuit, toutefois, pas que la cause doive nécessairement être soustraite aux tribunaux civils. Dans son arrêt du 7 février 1920 (RO 46 I p. 150), le TF a reconnu que les compétences de la juridiction civile ne sont point, par principe, restreintes aux litiges de droit privé. Soit à teneur de dispositions légales, soit en vertu d'une tradition historique précisant les normes générales de la procédure, les attributions

auteurs ont voulu justifier cette tendance; tout en admettant que la nomination du fonctionnaire soit soumise au droit public, comme acte d'intérêt général, ils ont soutenu que ses effets économiques (traitement, pension, indemnités) rentreraient dans le droit civil, parce que touchant aux intérêts privés du fonctionnaire.[28]) Le Tribunal fédéral ne va, toutefois, pas aussi loin; il reconnaît que sa jurisprudence est fondée sur des motifs d'opportunité et qu'elle n'a plus, aujourd'hui, de base scientifique.[29]) En définitive,

---

du juge ordinaire — dit le TF — peuvent parfaitement bien s'étendre à des litiges qui, au point de vue strictement théorique, ressortiraient au droit administratif. Lors donc que la juridiction civile se saisit de tels litiges, l'instance fédérale ne peut intervenir (ni en vertu de l'art. 4 ni en vertu de l'art. 58 Const. féd.) si l'arrêt de compétence s'appuye sur des conceptions traditionnelles et s'il n'existe pas d'autre instance indépendante, constituée en dehors des organes administratifs. Statuant en premier et dernier ressort, le TF a, lui-même, maintenu jusqu'ici une interprétation large de la notion de *différend de droit civil* de l'art. 48 OJF, et il est entré, partiellement tout au moins, en matière sur une série d'actions en paiement de salaire ou en dommages-intérêts pour renvoi prétenduement injustifié, intentées par des fonctionnaires cantonaux ou fédéraux (voir RO 4, p. 319; 9 p. 212; 12 p. 713; 13 p. 347 et 535; 40 II p. 84; 41 II p. 183; arrêt Erath contre Etat de Fribourg, du 31 mars 1919)."

Le TF ajoute toutefois que la ligne de démarcation entre les litiges de droit civil et ceux de droit public a actuellement tendance à se déplacer et le droit administratif à englober certains problèmes qui rentraient, autrefois, dans le droit privé. „On ne voit, dès lors, pas comment le TF pourrait empêcher un canton de renvoyer à l'autorité ou à la juridiction administrative la connaissance de problèmes qui, par leur nature, appellent l'application du droit public."

[28]) Voir Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes, dans „Annalen des Deutschen Reiches" 1885, p. 194; G. Meyer, Staatsrecht, p. 116. — Cf. Fleiner, Institutionen, 8e éd., p. 55, sur les traces laissées par les institutions du droit civil dans le droit moderne (public) des fonctionnaires.

[29]) TF (Ie Section civile), 27 décembre 1927, Commune de Fleurier contre Hottenberg (non publié): „La recourante ne saurait, enfin, faire valoir que le TF interprète dans un sens large le terme de „différend de droit civil" de l'art. 48 OJF. Cette jurisprudence

le traitement — et même les pensions de retraite[30]) — sont régis par le droit public; c'est seulement au point de vue de la compétence qu'il faut envisager comme civils les différends relatifs à ces avantages, lorsqu'ils font l'objet d'actions portées directement devant l'instance fédérale.

b) Il est encore, parmi le fouillis des doctrines, une autre théorie mixte que nous voulons mentionner au pas-

---

dérive, en effet, de certaines conceptions traditionnelles, qui datent d'une époque où le droit administratif n'avait point encore acquis son développement présent. Son but est de garantir au justiciable une instance impartiale et indépendante, pour diverses catégories de litiges dans lesquels l'administration serait, sans cela, fréquemment juge de sa propre cause (RO 46 I p. 150; 49 II p. 416). C'est pourquoi le TF distingue soigneusement, à cet égard, les différends dans lesquels il est appelé à statuer comme instance unique, et ceux qui lui sont déférés par la voie du recours en réforme (RO 40 II p. 86, cons. 3). Sur le terrain de l'art. 56 OJF, il s'en tient à la notion étroite de ‚cause civile' . . ."

TF (Section de droit public), 6 octobre 1928, Aubert, Burdet et Loup contre Etat de Genève (non publié): „Toutefois, malgré ce caractère prédominant de droit public des rapports litigieux, le TF n'en a pas moins, pour des motifs d'opportunité, en considération de la nature pécuniaire de la demande, admis que les actions formées par les fonctionnaires et employés relativement à leur traitement doivent être envisagées comme des contestations civiles au sens de l'art. 48 OJF."

[30]) Arrêt du 6 octobre, précité: „Le lien juridique entre les demandeurs et l'Etat de Genève revêt un caractère de droit public. En ce qui concerne les traitements des fonctionnaires et leurs rapports de service avec l'Etat, ce caractère a déjà été reconnu par la jurisprudence du TF . . . Il ressort, en outre, de ces dispositions de la législation fédérale qu'une distinction entre traitement et pension ou prestations d'une caisse d'assurance légalement organisée n'est, dans la règle, pas admise et que celles-ci doivent, logiquement, être réglées par le même droit que celui qui règle les rapports de service du fonctionnaire à l'égard de l'Etat." Quelle conception que l'on se fasse des pensions, „elles n'en sont pas moins étroitement dépendantes des rapports juridiques qui existent entre Etat et fonctionnaire et qui rentrent dans l'organisation de l'Etat." Le TF ajoute qu'il n'existe point de motif plausible de ne pas appliquer ce principe général aux rapports des fonctionnaires cantonaux avec l'Etat cantonal.

sage; c'est celle de Mr. Hauriou.[31]) Le professeur de Toulouse, récemment décédé, est, comme nous l'avons vu, un partisan déterminé de l'idée de situation légale. Il repousse avec force les théories contractuelles, de même que la distinction des agents d'autorité et des agents de gestion. Il n'en estime pas moins désirable d'accorder aux fonctionnaires des garanties contre les abus dont ils peuvent être victimes. L'originalité de sa doctrine est de faire intervenir dans la fonction publique l'idée de droit réel. Mr. Hauriou considère, en substance, qu'il existe des fonctionnaires privilégiés, titulaires de sortes de droits de propriété spéciaux sur certains éléments de la fonction. La propriété dont il s'agit n'a pas un caractère illimité; elle est hors commerce, viagère et ne porte que sur quelques-uns des avantages de la fonction (droit du professeur à un certain poste et à un certain enseignement, par exemple). L'autorité reste maîtresse de la fonction; elle conserve, notamment, le droit de nommer, de règler l'avancement, de supprimer ou de modifier l'emploi.

c) L'heure presse et me force à condenser mes dernières observations; qu'on veuille bien m'excuser. Je ne puis, cependant, conclure sans avoir signalé en quelques lignes un retour offensif de la doctrine contractuelle.

En 1927, Mlle Bichoffe a présenté à la Faculté de droit de Paris une thèse pleine de mérite, intitulée: Fonction publique et Contrat. Bien qu'il repousse la théorie éclectique et combatte celle de la condition légale, bien qu'il voie dans la jurisprudence française une adhésion, tout au moins partielle, à la doctrine du contrat et qu'il relève dans la situation du fonctionnaire divers éléments contractuels,[32]) le propos de l'auteur n'est pas de plaider la cause du contrat civil ou du contrat de droit public. L'intérêt de l'étude de Mlle Bichoffe réside dans la recherche d'une

---

[31]) Note dans Sirey 1892, 3. 17. — Précis, 11e éd., t. II, p. 600 et suiv.

[32]) Nous faisons nos réserves sur ces deux derniers points.

construction unitaire, basée sur une théorie nouvelle des contrats en matière administrative.

Cette théorie, encore hésitante, prend elle-même son point d'appui dans la doctrine moderne relative à la concession de service public,[33]) doctrine que, très sommairement, l'on peut résumer comme suit:

La concession de service public comporte deux éléments. En premier lieu, une adhésion sans débat du particulier à une réglementation préexistante; l'autorité fixe, en effet, par voie unilatérale les conditions dans lesquelles le service sera organisé, puis exploité, c'est-à-dire, notamment, l'étendue des prestations à fournir au public; or, pareil élément se retrouve dans la situation du fonctionnaire. D'autre part, la concession implique un contrat, de nature essentiellement économique, dont le but est d'assurer la rémunération du concessionnaire. L'administration établit, de cette façon, l'équilibre financier initial de l'entreprise et elle garantit, dans une certaine mesure, au concessionnaire le maintien de cet équilibre. Or, la concession — on en peut dire autant de la fonction publique — est dominée par le principe de la continuité et du bon fonctionnement du service. Celui-ci ne souffre aucune interruption et il doit s'améliorer progressivement. La conception du contrat administratif acte complexe comportant deux éléments, l'un réglementaire, l'autre contractuel, laisse donc à l'administration les mains libres pour perfectionner le service, par voie de mesure unilatérale, s'imposant en tout temps au concessionnaire; cette théorie fonde, également, l'obligation du concessionnaire de continuer à gérer l'entreprise, quelles que puissent être les circonstances. Par là se trouve satisfait

---

[33]) On consultera avec fruit sur ces questions: Duguit, Les Transformations du droit public, p. 133 et suiv. — Jèze, Principes généraux du droit administratif, Le Fonctionnement des services publics, 3e éd., p. 350. — Bonnard, Précis élémentaire de droit administratif, p. 340 et suiv. — Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 11e éd., t. II, p. 793 et suiv.

l'intérêt général, qui veut que le service continue à fonctionner et qu'il fonctionne toujours dans les meilleures conditions possibles. Mais, d'autre part, l'autorité a implicitement garanti au concessionnaire l'équilibre financier de l'entreprise, l'équivalence approximative des prestations. Cet équilibre est rompu lorsque des évènements imprévisibles (p. ex. la dépréciation de la monnaie), ou l'intervention de l'Etat lui-même, viennent imposer au concessionnaire des charges sensiblement plus onéreuses et forcer ainsi l'un des termes de l'équation. L'Etat est, alors, tenu à indemnité, et, de cette manière, les intérêts légitimes de l'individu sont sauvegardés. La théorie administrative plus souple de l'imprévision[34]) remplace donc la notion civiliste rigoureuse de la force majeure. Et, de son côté, la théorie de la modification de la loi du service par la volonté unilatérale de l'administration supplante l'axiome du droit privé selon lequel le contrat, oeuvre des parties, ne saurait être modifié que du consentement de celles-ci. On se trouve donc en présence d'une nouvelle conception du contrat, caractérisée par la primauté du but (assurer le service) sur la volonté des stipulants.

Il est aisé de comprendre tout le profit que la théorie de la fonction publique peut tirer de pareilles idées. Elles semblent propres à l'édification d'un système qui laisserait intacte la liberté d'action de l'autorité, tout en conférant aux fonctionnaires les garanties économiques auxquels ils ont droit, notamment en cas de hausse extraordinaire du prix de la vie.

Concluons:

Eliminant d'emblée le système du contrat de droit privé (§ 1), et sans nous arrêter à la théorie éclectique (§ 4), nous refusons d'admettre l'existence d'un „contrat de droit public", au sens donné à ce terme par la doctrine

---

[34]) Voir: L. Jacquemard, La Théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés, thèse Alger 1928.

traditionnelle (§ 2). Nous estimons, *de lege ferenda*, que la théorie de la condition légale gagnerait à être amendée par l'idée de l'équivalence nécessaire des prestations (§ 5 lit. c). Sur le terrain du droit positif, nous nous en tenons au principe que la nomination et l'acceptation investissent le fonctionnaire d'une situation objective déterminée par les lois et les règlements.

Das Wort erhält der Referent, Herr Regierungsrat Dr. *A. ImHof*, zur Ergänzung seines gedruckten Berichtes. Er führt folgendes aus:

Während sich der Herr Korreferent auf die Erörterung einer einzelnen Frage, die Frage nach der Rechtsnatur des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, beschränkt hat, greift das gedruckte Referat weiter aus und versucht eine Darstellung des ganzen Institutes. Dem Verfasser, der durch widrige Umstände in seiner Arbeit stark gehemmt war, sind freilich die Mängel des Referates sehr bewusst; namentlich wäre es notwendig gewesen, die Gesamtheit der kantonalen Gesetzgebung eingehender zu berücksichtigen, als es ihm möglich war, und erwünscht wäre es gewesen, wenn das Gebiet, auf dem die öffentliche Verwaltung im Beamtenrecht nach freiem Ermessen entscheidet, einer nähern Darstellung hätte unterzogen werden können, da dies Gelegenheit geboten hätte, die Fortentwicklung des Beamtenrechtes zu beobachten. Auch so ist das Referat umfangreicher geworden, als das für seinen Zweck dienlich sein mag. Es fragt sich nun, ob die Versammlung das von Herrn Korreferenten behandelte Problem in den Mittelpunkt der Diskussion stellen will oder sich auch mit andern Problemen befassen will. Für den zweiten Fall sollen heute einige wichtige Punkte bezeichnet werden, deren Abklärung dem Referenten besondere Schwierigkeiten bereitet hat.

In den Bereich der vom Herrn Korreferenten vorgetragenen Erörterungen gehört der Zweifel, ob man überhaupt von einem Gegensatz zwischen dem öffentlich-

rechtlichen und dem privatrechtlichen Dienstverhältnis sprechen soll. Das Referat bejaht dies und lehnt auch die Anwendung des Privatrechtes in Fällen ab, wo die öffentlich-rechtlichen Vorschriften Lücken zu zeigen scheinen. Dagegen darf nicht übersehen werden, dass die Kantone durchaus frei sind, von der Ausbildung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses Umgang zu nehmen und dass sie auch frei sind, obligationenrechtliche Normen zum Bestandteil ihrer öffentlich-rechtlichen Regelung zu machen. — Bestritten ist der Begriff des öffentlichen Bediensteten; als solchen betrachten wir eine Person, die ein öffentliches Amt unter Befehlsgewalt ausübt. Die Befehlsgewalt ist dabei von der disziplinarischen Verantwortlichkeit zu unterscheiden, die bestehen kann, auch wenn der Amtsträger nicht öffentlicher Bediensteter ist. Nicht alle Ämter werden von öffentlichen Bediensteten versehen, aber jeder öffentliche Bediensteter hat ein Amt, auch wenn es nur vorübergehend bestehen soll; der Zweifel, ob es nicht öffentliche Dienstleistung gebe, die sich nicht als Amtsausübung charakterisiert, scheint nicht gerechtfertigt.

Die Begründung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses geschieht durch einseitige behördliche Verfügung, für welche, falls nicht Amtszwang besteht, die Zustimmung des Anzustellenden regelmässig verfahrensrechtliche Voraussetzung ist. Diese Zustimmung als Vertragskonsens zu betrachten, liegt keine Notwendigkeit vor; es ist durchaus keine vereinzelte Erscheinung, dass die Zustimmung des beteiligten Privaten als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verwaltungsaktes auftritt, sondern das kommt bei Verfügungen vor, bei denen niemand im entferntesten an einen Vertrag denkt. Wenn es privaten Unternehmungen vielfach möglich ist, den Inhalt ihrer Dienstverträge einseitig zu bestimmen, trotzdem sie auf den Abschluss von Verträgen angewiesen sind, so liegt das an ihrer wirtschaftlichen Überlegenheit. Es folgt daraus nicht, dass auch das Gemeinwesen Verträge

abschliesse, wenn es bei seinen Verfügungen die Zustimmung des Anzustellenden verlangt; denn ihm eignet rechtliche Überlegenheit.

Bei der Erörterung der Rechte und Pflichten, die durch das Dienstverhältnis begründet werden, ist namentlich das Problem zu erwägen, wieweit mangels gesetzlicher Grundlage durch behördliche Verfügung dem Bürger Pflichten auferlegt werden können (seine Zustimmung vermag hier die Grundlage zu bilden) und wieweit ihm Rechte eingeräumt werden können (es ist an die Schranken des Budgetrechtes zu denken). In bezug auf die Pflichten mag auf den Zweifel hingewiesen werden, ob für das schweizerische Recht mit Grund die Existenz einer Treupflicht angenommen wird. Das Referat bejaht die Frage, weil nur diese Annahme die Gesamtheit der an den öffentlichen Bediensteten gestellten Anforderungen erklärt; doch darf die Treupflicht nicht auf romantische Weise gedeutet werden. Unter den Mitteln zur Dienstpflichtbestimmung ist das interessanteste der Dienstbefehl, der zu befolgen ist, nicht weil das vom Beamten Geforderte rechtmässig, sondern weil es befohlen ist.

Die Bestimmung der der Befehlsgewalt gezogenen Schranken und die Einrichtungen zum Schutze vor einer Überspannung der Dienstgewalt gewinnen angesichts der Erscheinung, dass für den öffentlichen Bediensteten eine solche Gehorsamspflicht besteht, ihre besondere Bedeutung.

Von der Verantwortlichkeit der öffentlichen Bediensteten wird heute höchstens nach einer Richtung die Rede sein können; die strafrechtliche und die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit sind auch im Referate nur gestreift worden. Was die disziplinarische Verantwortlichkeit anbelangt, so mag an zwei Streitfragen erinnert werden, zu denen das Referat Stellung nimmt, die Frage, ob ein Diszplinarverfahren durch Abbitte des fehlbaren Bediensteten gegenstandslos wird (soweit ihm ein Anspruch auf Entlassung zusteht), und die Frage, ob der Bedienstete Anspruch auf ein Disziplinarverfahren besitzt. Das Referat

bejaht die eine und verneint die zweite Frage, erklärt jedoch in bezug auf die zweite die Einräumung eines Anspruches für wünschenswert.

Von den Rechten der öffentlichen Bediensteten sind die Vermögensrechte die wichtigsten. Persönliche Rechte spielen eine weniger bedeutende Rolle, doch hat das Referat den Versuch gemacht, etwa für Erscheinungen wie den Anspruch auf Urlaub eine rechtliche Konstruktion vorzuschlagen, die die Erkenntnis ihrer Natur fördern könnte. Sie werden als individuelle Freiheitsrechte verstanden, ein Begriff, der uns aus dem Verfassungsrecht geläufig ist. — Der Besoldungsanspruch ist kein Essentiale des Rechtsverhältnisses; er kann fehlen und bedarf stets ausdrücklicher Feststellung, wenn er nicht unmittelbar durch Gesetz begründet wird. Doch kann ein Anspruch auf solche Feststellung bestehen. Bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen liegt die Versuchung besonders nahe, zweifelhafte Fragen (z. B. Zulässigkeit der Verrechnung und des Verzichtes) nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu lösen, während nähere Prüfung ergibt, dass diese Grundsätze der Natur des Rechtsverhältnisses nicht gerecht werden.

Alle Fragen, die mit der Beendigung des Dienstverhältnisses zusammenhängen, erhalten im schweizerischen Recht ihre besondere Färbung durch das Institut der Amtsdauer, nach deren Ablauf die Verwaltung rechtlich völlig frei ist, ob sie eine Erneuerung des Dienstverhältnisses eintreten lassen will oder nicht. Diese Freiheit ist unbestreitbar, es macht sich aber die Tendenz geltend, sie zu beseitigen, was nicht als richtig anerkannt werden kann. Während der Amtsdauer darf der Beamte in der Regel nur bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen aus dem Amt entfernt werden; es ist aber ein zweites Charakteristikum des schweizerischen Rechts, dass die Entlassung, die verfügt wird, ohne dass eine dieser Voraussetzungen erfüllt wäre, nicht ungültig ist, sondern nur durch Entschädigung gutgemacht wird. Bundesrechtlich

ist allerdings eine Aufhebung der unrechtmässigen Entlassung nunmehr für den einen Fall möglich, dass sie zur Strafe im Disziplinarverfahren verfügt wurde. Aber es ist im positiven Rechte keine Garantie für die Anwendung des Disziplinarverfahrens vorhanden. Eine Entlassung, die nicht zur Strafe verfügt wird, kann deshalb vom Richter nicht aufgehoben werden. Es zeigt sich hier, dass die Entwicklung des Beamtenrechts noch nicht formal abgerundet ist. Wir werden von dem Gedanken allmählich loskommen müssen, dass der Staat eine Entlassung als ungerechtfertigt erklären könne, ohne daraus die Konsequenz ihrer Aufhebung zu ziehen. Damit wird freilich nicht empfohlen, es sollte jede Entlassung, die jetzt als ungerechtfertigt angesehen werden und deshalb zur Zusprechung einer Entschädigung führen müsse, inskünftig vom Richter aufgehoben werden können. Die richtige Ordnung wäre vielmehr die, dass unter gewissen Voraussetzungen eine Entlassung ohne Entschädigung, unter andern Voraussetzungen eine Entlassung nur gegen Entschädigung zulässig ist; dass aber, wenn weder die Voraussetzungen der einen noch die der andern Art erfüllt sind, Entlassung überhaupt nicht gültig verfügt werden kann. Als ungültig wäre eine Entlassung aufzuheben, wenn die dafür angeführten Gründe überhaupt nicht vorhanden sind oder wenn es als Ermessensmissbrauch erscheint, sie als wichtige Gründe zu bezeichnen. Die Voraussetzungen näher zu erörtern, unter denen bei einer unanfechtbaren Entlassung ein Entschädigungsanspruch zuzuerkennen ist, erlaubt die vorgerückte Zeit nicht mehr, ebenso müssen die übrigen mit der Beendigung des Dienstverhältnisses zusammenhängenden vermögensrechtlichen Ansprüche ganz übergangen werden; es wird dafür auf das gedruckte Referat verwiesen.

Die Punkte, die hier hervorgehoben werden konnten, geben aber, zusammen mit den Ausführungen des Herrn Korreferenten, doch Stoff genug zu einer fruchtbaren Diskussion; der Referent gesteht, dass er von dieser mehr

Förderung für unsere Erkenntnis erwartet, als er durch seine Arbeit hat bieten können.

Mr. *Jean Roulet*, avocat à Neuchâtel, ouvre la discussion. Il indique quelques cas spéciaux dans lesquels il est difficile de distinguer entre le fonctionnaire et l'employé de droit privé. Ainsi, le dentiste scolaire, engagé par une commune, discute avec celle-ci les conditions de son engagement comme il discuterait les termes d'un contrat privé; ici nous sommes en présence d'un véritable contrat et l'élément de droit public n'intervient que par le fait de la fixation du traitement par voie budgétaire chaque année. Une école ménagère est fondée par un comité de dames qui l'organise sur le type d'une société ou d'un établissement de droit privé; dans la suite cette école est reprise par la commune; quelle est la situation du personnel de cette école? Enfin un inspecteur de la pêche qui ne doit pas tout son temps à ses fonctions, discute avec l'Etat les conditions dans lesquelles il peut s'intéresser à d'autres affaires; en résulte-t-il que cet inspecteur de la pêche n'est pas un fonctionnaire?

Mr. *Jacques Le Fort*, avocat à Genève, signale, à propos du devoir de fidélité relevé par Mr. ImHof, le cas du fonctionnaire communiste. Le fait d'appartenir au parti communiste oblige à appliquer les décisions de l'Internationale communiste; or, le programme de celle-ci, adopté par son Vème Congrès mondial le 1er septembre 1928, comporte le „renversement violent de tout l'ordre social traditionnel". Il y a donc pour le fonctionnaire communiste incompatibilité absolue entre son devoir vis-à-vis de l'Etat et les engagements qu'il a pris envers son parti. Sur le terrain fédéral la question est tranchée par la loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires qui interdit (art. 13) aux fonctionnaires de faire partie d'associations poursuivant des buts dangereux pour l'Etat. Mais il y a

des cantons qui gardent à leur service des fonctionnaires affiliés au Parti communiste; cela dénote de leur part une extraordinaire inconscience.

Mr. *Albert Picot*, avocat à Genève, fait des réserves au sujet de la théorie de Mr. Secrétan, qui élimine complètement la notion du contrat. Cette théorie tend à rendre l'Etat encore plus puissant vis-à-vis du fonctionnaire qui lui est subordonné. Dans un ouvrage récent, le professeur Fleiner a distingué entre le „Volksstaat" et le „Beamtenstaat"; dans ce dernier, l'ensemble des fonctionnaires constitue un corps de professionnels vivant de la vie de l'Etat qui, des on côté, ne peut se passer d'eux; dans le „Volksstaat" les fonctions publiques sont exercées par des citoyens qui n'en font pas l'essentiel de leur activité. Les cantons suisses sont restés des „Volksstaat" tandis que la Confédération tend de plus en plus à devenir un „Beamtenstaat". Ce qu'on peut reprocher à la théorie de Mr. Secretan c'est d'être un peu trop „Beamtenstaat". Il est dangereux de s'engager dans cette voie qui abandonne le terrain du droit privé pour celui du droit public. Or, le droit privé est celui des solutions claires et équitables tandis que le droit public se contente souvent de solutions arbitraires ou obscures. La question des garanties dûes aux fonctionnaires ne doit pas reposer sur des motifs d'opportunité mais sur une théorie juridique solide. La théorie de Mr. Secretan va trop loin dans les concessions au pouvoir absolu et arbitraire de l'Etat. Il est dans l'intérêt du service que l'Etat respecte les droits individuels, la dignité humaine des fonctionnaires et que les promesses à eux faites soient respectées comme en matière de contrat. Je me suis toujours étonné de voir l'Assemblée fédérale et notamment le Conseil des Etats, être faible en matière de traitements, mais par contre, résister avec opiniâtreté à des demandes bien naturelles de garanties légitimes dans le domaine des droits individuelles des fonctionnaires.

Herr Regierungsrat Dr. *H. Kaufmann* (Solothurn): Herr Regierungsrat Dr. ImHof hat in seinen heutigen mündlichen Ausführungen, schärfer als dies im gedruckten Referat geschehen sein dürfte, sich zur Auffassung bekannt, dass gegenüber einem Beamten, der selbst seinen Rücktritt erklärt, ein Disziplinarverfahren ohne weiteres in Wegfall zu kommen habe. Diese allerdings auch anderwärts vertretene Lösung scheint mir weder logisch zu sein, noch der Natur und Bedeutung des Dienstverhältnisses zwischen Funktionär und Staat oder Gemeinde zu entsprechen. Der Beamte, der sich verfehlt hat, vielleicht ohne dass eine strafrechtliche Verfolgung und Ahndung Platz greifen kann, soll nicht, wenn sich das administrative Ungewitter über ihm zusammenzieht und die disziplinarrechtliche Behandlung eingeleitet werden will oder vielleicht bereits in Durchführung begriffen ist, selbst die Entlassung, d. h. die Auflösung des Dienstverhältnisses, anscheinend aus eigener Entschliessung, durch ein „Demissionsgesuch" anbegehren können. Es soll ihm meines Erachtens nicht freistehen, sich bei seinem Weggang aus dem öffentlichen Dienst nach aussen in der Form des Ausscheidens dem pflichtgetreuen und intakten, in Ehren zurücktretenden Funktionär gleichzustellen. Diese Unterscheidung und das entsprechende Verfahren ist, nebenbei bemerkt, jedem Verein gegenüber Mitgliedern, die sich schwere Unkorrektheiten zuschulden kommen lassen, geläufig.

Dabei handelt es sich natürlich keineswegs um die Durchführung eines Disziplinarverfahrens gegen einen Beamten *nach* seinem Rücktritt. Denn mit dem Demissionsgesuch ist das Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis eben nicht perfekt; zur Beendigung des Dienstverhältnisses muss vielmehr die Entgegennahme und Gutheissung des Entlassungsgesuches durch die Behörde hinzukommen. Bis diese erfolgt ist, untersteht der Funktionär der Verantwortlichkeitsgesetzgebung und dem darauf beruhenden Disziplinarverfahren. Eine Erledigung von Fällen, in welchen nach der Sachlage eine disziplinarrechtliche Ent-

lassung geboten ist, durch einfaches Akzeptieren der „Demission" und Behandlung des Fehlbaren als Demissionär würde das Ansehen der Beamtenschaft in der öffentlichen Meinung kaum heben.

Die zweite Bemerkung wendet sich gegen jene Forderung, die seinerzeit aus den Kreisen des Bundespersonals in bezug auf die rechtliche Situation bei Ablauf der Amtsdauer erhoben wurde. Man postulierte, der Funktionär müsse gegenüber einer allfälligen Nichtwiederwahl bei Beendigung der Amtsdauer die gleichen Sicherungen haben wie gegenüber der unfreiwilligen Entlassung während der Amtsperiode. Ein solches Begehren steht meines Erachtens in Widerspruch mit der demokratischen Regelung der periodischen Wahl der öffentlichen Beamten und Angestellten auf eine begrenzte Zeit. Nicht umsonst hat in Staaten, welche die Lebenslänglichkeit der Anstellung in Verwaltung und Rechtspflege kennen, die gesamte Frage der Disziplinargewalt für die Inhaber der Stellen eine ganz andere Bedeutung als dort, wo das Dienstverhältnis mit der drei-, vier- oder fünfjährigen Amtsdauer zu Ende geht und in allen Fällen eine Neuwahl durch das Volk, das Parlament oder eine Verwaltungsbehörde zu erfolgen hat. Die Bezeichnung der entscheidenden Instanz und die Regelung des Disziplinarverfahrens wird in jenen Ländern eine weitgreifendere und ungleich grössere Tragweite haben. Auf dem Boden der periodisch wiederkehrenden Ernennung auf eine gesetzliche Amtsdauer würde den Wahlinstanzen im Falle der Berücksichtigung des erwähnten Postulates das Recht der freien Entschliessung, in Widerspruch zu dem der zeitlich begrenzten Wahl zugrunde liegenden demokratischen Gedanken, tatsächlich entzogen. Dies hätte zur Folge, dass, ungeachtet allfällig eingetretener Verschiebungen in der parteipolitischen Stärke, den veränderten Machtverhältnissen in Volk, Parlament oder Verwaltungsbehörde für die Bestellung des Beamtenkörpers auf die neue Amtsperiode jede Auswirkung versagt wäre, wobei die Frage, ob es sich

um sachlich berechtigte Mutationen in der Besetzung von Stellen handelt, hier ganz ausser Betracht fallen darf. Vor allem aber wäre der Behörde, abgesehen von diesem Moment, die Möglichkeit einer Änderung aus triftigen Gründen behufs besserer Besetzung des Amtes entzogen, da und dort vielleicht zum nicht geringen Schaden des Dienstes. Es ist nicht anzunehmen, dass sich das Volk diese capitis deminutio gefallen liesse, welche die Demokratie in einer ihrer wichtigsten Grundlagen, dem Wahlrecht, kaltstellen würde.

Ein anderer Gedanke läuft allerdings mit dieser Ordnung parallel: Die Wünschbarkeit der Statuierung eines finanziellen Anspruches des ungerechtfertigterweise nicht bestätigten Funktionärs. Die Gewährung einer solchen Entschädigung entspricht zweifellos der Billigkeit und der modernen Rechtsauffassung. Das solothurnische Recht hat hiefür Bestimmungen in den Statuten seiner staatlichen Beamtenpensionskasse; ein Beamter, welcher eine zehnjährige Dienstzeit hinter sich hat, besitzt danach bei unbegründeter Wegwahl „ohne eigenes Verschulden" das Recht auf einen Ruhegehalt im entsprechenden Prozentsatz der Invaliditätspension, nach fünf Jahren den Anspruch auf eine einmalige Abfindung. Im Bund enthalten die Statuten der Versicherungskasse ähnliche Bestimmungen für den Fall der Nichtwiederwahl ohne eigenes Verschulden nach 15- bzw. 5jähriger Dienstzeit. Eine derartige Zuerkennung von Entschädigungen seitens des Gemeinwesens gegenüber ohne eigenes Verschulden weggewählten Beamten bedeutet einen nicht hoch genug zu wertenden beamtenrechtlichen Fortschritt. Die Institution wird insbesondere bei Volkswahlen, in welchen die Wegwahl unter Umständen aus politischen Gründen und sehr abrupt erfolgen kann, für das Staats- und Gemeindepersonal von grösster ökonomischer Bedeutung sein. Denn dem nicht bestätigten Beamten, der in seiner öffentlichen Stellung vielleicht die Fühlung mit seiner frühern Tätigkeit als Advokat, Arzt, Ingenieur etc. zum Teil verloren hat,

wird es in vielen Fällen nicht oder nur allmählich möglich sein, mit dem frühern Erfolg die private Praxis wieder aufzunehmen. Doch mit der Realisierung des Gedankens der Entschädigung soll es sein Bewenden haben. Seine Verankerung im Beamtenrecht weist den Weg auch in der Frage der Wahl auf Amtsperioden. Er wahrt tunlichst die wirtschaftlichen Interessen der Beamten, er sichert aber auch das Recht der wählenden Instanz auf freie Entschliessung bei Ablauf der Amtsdauer behufs Durchführung der periodischen Wiederwahl, zur Erhaltung einer Institution, die im Aufbau unseres Staatswesens nicht ausgeschaltet werden darf.

Mr. *G. J. Pfeiffer*, Dr. en droit, La Tour-de-Peilz: On est en présence du dilemne suivant: ou bien le fonctionnaire a des droits vis-à-vis de l'Etat et alors n'est plus souverain; ou bien, l'Etat est souverain, mais alors le fonctionnaire n'a pas de droits. La théorie de Mr. Secretan se rapproche plutôt de celle de l'Etat souverain. Il semble d'ailleurs difficile de concevoir, logiquement, que le fonctionnaire puisse avoir des droits envers l'Etat souverain contre lequel il ne peut exister, de par la nature même des choses, aucune sanction véritablement assurée.

Mr. *Max Reutter*, Conseiller Communal à Neuchâtel, fait remarquer, en ce qui concerne le premier des cas particuliers signalés par Mr. Jean Roulet, que la discussion qui peut avoir lieu entre un dentiste scolaire et l'autorité communale, ne porte pas sur les conditions du contrat, mais sur celles du cahier des charges; par conséquent, l'acte de nomination conserve son caractère d'acte unilatéral de l'autorité; ce n'est pas un contrat.

Mr. *V. Defage*, docteur en droit, avocat à Monthey, estime que si l'autorité de l'Etat doit être respectée, il faut que, de son côté, l'Etat respecte les droits de ses sub-

ordonnés. C'est pourquoi l'Etat doit donner à ses fonctionnaires les garanties qui leur sont légitimement dues.

L'idée que les intérêts généraux dont l'Etat est le gardien et que le pouvoir législatif traduit en règles juridiques, doivent être, à l'égard des individus, exclusivement interprétés par l'autorité exécutive et administrative, est périmée. L'intérêt général exige impérieusement, au contraire, qu'il soit tenu compte des droits individuels et que ceux-ci soient sauvegardés et respectés, d'autant plus que, d'autre part, l'ordre social contemporain ne se conçoit pas sans la justice, dans tous les domaines où elle peut pénétrer. Et s'il est un domaine où cette pénétration doit être effective, c'est bien l'Etat, qu'il s'agisse de la Confédération, des cantons ou des communes, pour le respect des droits individuels.

Das Wort erhalten die Referenten für ihre Schlussbemerkungen:

Herr Regierungsrat Dr. *A. ImHof:* Die meisten Votanten haben sich zu den Darlegungen des Herrn Korreferenten geäussert. Auf die Ausführungen von Herrn Le Fort wäre zu erwidern, dass es sich wohl in der heutigen Diskussion nicht empfiehlt, den von ihm berührten Rechtsfall zu entscheiden, die Gefahr läge nahe, dass wir dabei in politische Erörterungen gerieten. Herrn Regierungsrat Kaufmann gegenüber ist zu bemerken, dass die Anwendung einer Disziplinarstrafe die Verweigerung der nachgesuchten Entlassung nicht zu rechtfertigen vermag, weil es keinen Sinn hat, dienstlichen Zwang auszuüben, wo der Fehlbare zum Austritt bereit ist. Die Entlassung hat natürlich nicht in allen Ehren zu erfolgen, wo sie in Anerkennung begangener Verfehlungen nachgesucht wird. Wenn Herr Dr. Picot ausführte, man sollte das öffentliche Dienstverhältnis dem Privatrecht unterstellen, da nur dieses wirkliche subjektive Rechte kenne, so muss gegen diese Auffassung im Namen des öffentlichen Rechts protestiert werden. Das öffentliche Recht ist echtes Recht, nicht

verkappte Willkür, so gut wie das Zivilrecht. Es gibt subjektive öffentliche Rechte so gut wie subjektive Privatrechte. Die Praxis des Bundesgerichts stellt das für die Vergangenheit ausser Zweifel und wir hoffen, die verwaltungsgerichtliche Praxis werde das in Zukunft auch auf Gebieten deutlich machen, wo bisher noch Zweifel mochten erhoben werden können. Dass die subjektiven öffentlichen Rechte oft nicht leicht zu bestimmen und zu begrenzen sind, dass vielmehr über ihren Umfang Streit bestehen kann, ist eine Eigenschaft, die sie mit vielen Privatrechten teilen, bei denen man auch auf richterliches Ermessen angewiesen ist: es mag nur auf den Schadensersatzanspruch verwiesen werden. Das öffentliche Recht ist auch auf die Institute des Privatrechts nicht angewiesen, wenn ihm die Aufgabe gestellt wird, ein subjektives Recht zu begründen. Es bedarf dazu weder der Möglichkeit, Verträge zwischen Verwaltung und Bürger abzuschliessen, noch braucht ein vertragsrechtliches Element in die ihm eigenen Institute eingeführt zu werden, wie es der Herr Korreferent anregt. Damit soll nicht bestritten werden, dass manche von den Fragen, die den Herrn Korreferenten zu dieser Anregung veranlasst haben, noch der Abklärung bedürfen. Die Lage eines Beamten oder eines Konzessionärs bei Entwertung des Geldes ist im Referat nicht behandelt worden. Aber es lassen sich vielleicht auch öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte geltend machen, die in solchen Fällen die „Äquivalenz" der Leistungen unter Umständen zu sichern vermögen.

Mr. le professeur *R. Secretan:* Quand les membres d'un collège administratif (conseil municipal par exemple) se distribuent les dicastères communaux, il n'y a pas là délégation de compétences. La répartition des services communaux étant prévue par la loi, c'est de la loi et non du collège que les conseillers tiennent leurs pouvoirs.

Le cas de l'école particulière reprise par l'Etat ne présente pas non plus de difficulté. Il se peut que, vu du

dehors, la situation du personnel semble n'avoir point subi de modifications. En réalité, cette situation s'est profondément transformée. Pour des motifs d'intérêt général (désir d'exercer un contrôle direct, nécessité d'assurer la continuité et la régularité des prestations, etc.), l'établissement privé a été érigé en service public; ses employés ont, dès lors, perdu leur qualité de salariés pour acquérir celle de fonctionnaires publics, avec toutes les conditions de ce nouveau statut (interdiction de faire grève, soumission à un pouvoir disciplinaire, etc.), conditions dictées par l'intérêt général qui a déjà déterminé la transformation de l'entreprise.

Il est certain, toutefois, que la qualification juridique des personnes travaillant pour l'Etat peut, suivant les circonstances, être délicate à établir. Les fonctions publiques, pas plus que les emplois civils, ne se présentent sous un type uniforme. Il y a, chez les uns et chez les autres, une gradation, une échelle, et, sur divers points, les deux catégories se rapprochent jusqu'à paraître se confondre. On rencontre, par exemple, dans la vie civile, notamment dans les grandes entreprises, des employés supérieurs dont la situation est fort semblable à celle des fonctionnaires (voir l'article de M. Eichenberger). Et, d'autre part, la situation de certains fonctionnaires est très voisine, en apparence, de celle des salariés. C'est pourquoi il est si difficile de poser un critère à la fois assez général et assez précis pour qu'il embrasse tous les fonctionnaires et seulement les fonctionnaires. Plus les fonctionnaires se multiplient, plus ils se diversifient. D'ailleurs, l'administration n'a pas que des fonctionnaires à son service; elle engage souvent par contrat du personnel auxiliaire, temporaire ou purement manuel. Il arrive même que, pour des considérations personnelles (obtenir ou conserver, à des conditions spéciales, la collaboration d'un agent très qualifié ou indispensable), l'autorité passe un contrat avec le titulaire d'un poste qui, normalement devrait être occupé par un fonctionnaire. Tel est le cas, sauf erreur, d'un des

hauts chefs de division actuels de l'administration fédérale. Peut-être l'exemple cité par Mr. Roulet rentre-t-il dans cette catégorie? Il faudrait connaître les pièces du dossier pour pouvoir en juger. Dans notre rapport, nous avons essentiellement visé la condition juridique de la grosse masse des fonctionnaires, particulièrement des agents des grandes administrations publiques.

On vient d'attaquer la théorie à laquelle, soit M. ImHof soit nous-mêmes, nous avons adhéré. On a soutenu, en substance, que le droit civil était seul en mesure d'assurer l'égalité des prestations, d'éviter l'arbitraire et de donner aux fonctionnaires les garanties légitimes. Sans doute — et nous l'avons dit dans notre rapport — la théorie de l'acte unilatéral, poussée à l'extrême, peut conduire à une prépondérance exagérée de l'administration. Ce n'est, toutefois, point un motif suffisant pour revenir, sous prétexte d'équité, à des doctrines qui ne cadrent, ni avec la législation positive, ni avec la jurisprudence et qui aboutiraient, nous croyons l'avoir montré, à des conséquences inadmissibles. Certains droits légitimes des fonctionnaires ont été, trop longtemps, négligés. Des garanties doivent être données aux agents et des devoirs précis doivent leur être imposés. Or, c'est sur le terrain du droit public, et non du droit privé, qu'il faut rechercher l'équilibre des droits et des obligations des fonctionnaires. La construction de droit public que nous adoptons laisse intacte la liberté d'action de l'autorité; elle met — chose essentielle — l'administration en mesure d'assurer la continuité et le perfectionnement graduel du service, ce que la théorie contractuelle ne permettrait pas, et elle donne, en cas de conflit, le pas à l'intérêt général sur l'intérêt particulier de l'agent. Mais le fonctionnaire n'est pas pour cela désarmé. Le droit public n'est plus aujourd'hui synonyme d'arbitraire; il tient déjà mieux compte des droits légitimes des individus: le principe de l'irresponsabilité de l'Etat pour les actes de puissance publique n'est-il pas, aujourd'hui, fortement entamé? et, en matière

d'actes administratifs, ne voit-on pas, ailleurs, s'élaborer, petit à petit, une jurisprudence féconde qui tend à concilier les intérêts *de service* de l'administration avec les intérêts *pécuniaires* des administrés? C'est dans cette voie là qu'il faut chercher, et non pas en revenant, sous l'influence du droit civil, aux notions contractuelles, périmées pour ce qui concerne les rapports du fonctionnaire avec l'Etat. La première chose à faire est de reconnaître qu'au point de vue patrimonial et contrairement à ce qu'a jugé le Tribunal fédéral, les fonctionnaires cantonaux peuvent avoir des droits acquis. Les Etats qui ne réussissent pas à mettre sur pied un statut légal construisent, pièce après pièce, leur droit des fonctionnaires par la voie des arrêts (et nous aurions beaucoup à gagner à nous inspirer, „mutatis mutandis", de l'admirable jurisprudence du Conseil d'Etat français, notamment de sa théorie du „détournement de pouvoir"). L'Allemagne, aujourd'hui la Suisse, ont, au contraire, résolu la question sur le terrain législatif et elles ont apporté aux fonctionnaires des avantages que d'aucuns jugent exagérés. Certes, le statut des fonctionnaires fédéraux marque un gros progrès; mais il peut encore être perfectionné. Et, de leur côté, le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral auront à l'interpréter et à l'appliquer. Or, gouvernants, juges et législateurs doivent avoir une doctrine à la base de leur action. Que doit être cette doctrine? c'est ce que l'on a cherché à préciser aujourd'hui. Pour nous, quelque embryonnaire qu'apparaisse encore le droit administratif au regard du droit civil, nous nous refusons à confondre ce qui doit être tenu séparé. Et nous avons confiance dans la souplesse et dans l'équité des solutions que peut fournir le droit public. Il n'est pas vrai que droit public signifie arbitraire et oppression. Pour ne citer qu'un exemple, la théorie administrative de l'imprévision dans les marchés publics n'a-t-elle pas sauvegardé, en France, des intérêts privés légitimes que le principe civiliste de la force majeure aurait, au contraire, impitoyablement foulés aux pieds? De même, l'idée de

l'équivalence des prestations ne serait-elle pas, mieux que le rigide: „pacta sunt servanda", en mesure de permettre l'adaptation de la situation du fonctionnaire des conditions d'existence profondément modifiées? Il n'est pas besoin pour cela de revenir à la notion de contrat. Nous maintenons, dès lors, les conclusions auxquelles nous sommes arrivés.

XI.

Der Vorsitzende verliest ein Danktelegramm von alt Bundesrichter Dr. Monnier und dankt hierauf mit einigen Worten den Referenten und den Votanten, sowie dem Organisationskomitee in Neuchâtel. Für den nächstjährigen Versammlungsort liegen keine Anmeldungen vor; er soll vom Vorstand bestimmt werden.

Neuchâtel, den 17. September 1929.

Der Präsident: Dr. *V. Merz*, Bundesrichter.

Die Sekretäre: *Max Henry*, Président du Tribunal du Val-de-Travers.

Dr. *H. George Camp*, Rechtsanwalt.