

**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:** 75 (1956)

**Rubrik:** Procès-verbal de la 90ème assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

### **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:** 13.04.2026

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

Procès-verbal de la 90<sup>ème</sup> assemblée annuelle  
de la Société suisse des juristes

des 8, 9 et 10 septembre 1956  
à Crans s. Sierre

---

Séance du 9 septembre 1956

à la Grande Salle du «Bellevue», Montana

Président:

M. André Panchaud, juge fédéral, Lausanne

La séance est ouverte à 8 h. 30.

I.

Le président prononce le discours d'ouverture suivant:

Après le congrès d'Interlaken, l'an dernier, où nos collègues bernois avaient manifesté avec éclat leur art de l'hospitalité et de l'organisation, c'est aujourd'hui le Valais qui nous ouvre toutes grandes les portes de son pays, de ses demeures et de son amitié. Plusieurs d'entre nous ont encore en mémoire la réception chaleureuse que Sion fit en 1937 à la Société suisse des juristes. Et voici qu'à nouveau le cadre valaisan nous est réservé. Je pense – et vous penserez sans doute avec moi – que ce canton ne peut être que particulièrement propice à nos travaux. S'il est vrai que l'esprit juridique tend à réaliser l'harmonie entre ce qui est donné par la nature et ce qui est construit par l'esprit et l'effort de l'homme, où pourrions-nous trouver meilleure inspiration qu'en ce Valais, où la nature est riche et généreuse, mais où elle exige de l'homme un effort de cons-

truction parfois gigantesque? Les vignobles ont maîtrisé les pentes abruptes, les vergers l'ont emporté sur les marais, les bisses transportent la fécondité, les barrages accumulent l'énergie.

C'est par cet hommage à nos hôtes valaisans que je tiens à ouvrir la 90<sup>e</sup> assemblée de la Société suisse des juristes.

\*

Suivant une tradition à laquelle chacun est très attaché, votre Comité s'est fait un plaisir de convier à notre assemblée quelques invités d'honneur. Ce sont:

M. Markus Feldmann, président de la Confédération et chef du Département fédéral de justice et police.

M. Carlo Pometta, juge fédéral, représentant le président du Tribunal fédéral, M. Robert Petitmermet, empêché pour des raisons de santé.

M. Oscar Schnyder, conseiller d'Etat, chef du Département cantonal de justice et police du Valais.

M. André Germanier, président du Tribunal cantonal du Valais.

Et enfin M. Edouard de Steiger, ancien président de la Confédération.

J'ai d'autre part le regret d'annoncer que M. Pierre Mona, président du Tribunal fédéral des assurances, a été retenu chez lui au dernier moment par la maladie.

Nous saluons ces invités avec déférence, en les remerciant de leur présence et de l'intérêt qu'ils portent à notre société.

## II.

Sur proposition du président sont désignés comme secrétaires de l'assemblée:

M. *Edmond Troillet*, juge d'instruction, Le Châble, Valais et M<sup>e</sup> *Joseph Blatter*, avocat et notaire, Sion.

## III.

Le président donne ensuite lecture de son *rapport* pour l'année écoulée:

*Etat des membres*

Avec 63 admissions, contre 23 décès et 14 démissions, la société marque une légère augmentation de son effectif, qui passe de 1636 à 1662 membres.

Voici quelques brèves notes sur la carrière de nos collègues décédés:

D<sup>r</sup> *Emmy Henggeler*, née Mölich, avocate à Zurich, décédée le 14 février 1955. Docteur en droit en 1915, elle pratiquait le barreau en collaboration avec son mari, feu le D<sup>r</sup> Josef Henggeler (voir procès-verbal de la 86e assemblée, Actes 1952, page 365a). Membre de la société depuis 1916, elle présenta un rapport remarqué en 1916 sur «Le cinématographe et la liberté d'industrie».

D<sup>r</sup> *Josef Germann*, Bezirksamman à Bazenheid (St-Gall), décédé le 2 avril 1955. Docteur en droit et avocat breveté, il fut un magistrat aimé, comme préfet et juge d'instruction.

D<sup>r</sup> *Gottfried Bosshard*, directeur de la société d'assurance «Winterthur», décédé à Winterthur le 27 mai 1955, dans sa 80<sup>e</sup> année. Il commença sa carrière comme juge au Tribunal de district puis greffier de tribunal. C'est en 1898 qu'il entra à la «Winterthur» comme conseiller juridique. A côté de ses occupations privées, il fut membre de la Cour de cassation et en outre chargé d'un cours sur les assurances à la Faculté de droit, où il reçut le titre de docteur *honoris causa*. Il était membre de la Société suisse des juristes depuis 1901.

D<sup>r</sup> *Fritz Kellerhals*, directeur de la Société anonyme fiduciaire suisse, à Bâle, décédé le 28 août 1955. En 1914, il était greffier-substitut au Tribunal civil de Bâle, en 1921 préposé aux poursuites et faillites, en 1924 président du Tribunal civil. C'est en 1929 qu'il quitta la carrière judiciaire pour se vouer à la Fiduciaire suisse. Dès 1930 il appartint aux autorités de l'Eglise évangélique réformée, où il rendit d'éminents services. Son entrée dans notre société date de 1920.

D<sup>r</sup> *Eugen Wildi*, avocat à Zofingue, décédé le 15 septembre 1955. Après avoir été à Zofingue greffier de tribunal, il ouvrit en 1908 une étude d'avocat et notaire et participa par la suite à diverses luttes politiques et d'opinion.

*Hans Berner*, avocat à Berne, décédé le 24 septembre 1955. Mort prématurément à 54 ans, il a souffert longtemps d'une maladie de cœur qui réduisait son activité. Il était entré dans notre société en 1939.

*Charles Knapp*, docteur en droit, professeur à Neuchâtel, décédé le 9 octobre 1955 à l'âge de 53 ans. Il commença sa carrière comme consul suisse à Mulhouse puis fut appelé comme professeur à l'Université de Neuchâtel où il enseignait notamment le droit civil et le droit international privé. En 1941, il rapportait à la Société suisse des juristes sur «La division des effets du contrat dans le droit international privé de la Suisse». Sa collaboration à de nombreuses revues juridiques était considérable. Il était rédacteur de l'Annuaire suisse de droit international et rapporteur de cette publication pour le droit international privé. Ces dernières années, il préparait un traité systématique de droit civil suisse.

*Dr Alfred Keller*, avocat à Brugg, décédé le 20 octobre 1955. Il pratiqua le barreau à Zofingue puis, dès 1905, à Brugg. Il a été administrateur d'un grand nombre de sociétés industrielles.

*Alexandre Moriaud*, avocat à Genève, décédé le 8 novembre 1955, dans sa 85<sup>e</sup> année, membre de la Société suisse des juristes depuis 1910. Il fut conseiller d'Etat de 1924 à 1931, après avoir pratiqué le barreau depuis 1893 et présidé l'Ordre des avocats en 1923. Il fut également membre du Conseil des Etats de 1922 à 1931, juge-suppléant au Tribunal fédéral, président du Touring-Club suisse. C'était un homme qui occupait à Genève jusqu'en 1931 une place considérable dans la vie politique.

*Louis Perraudin*, avocat et notaire à Sierre, décédé le 15 novembre 1955, à l'âge de 47 ans. Il exerçait le barreau en collaboration avec son frère et était connu comme travailleur acharné; au surplus, débordant d'activité civique et sociale.

*Dr Hans von Grebel*, ancien président du Tribunal de district à Zurich, décédé le 4 décembre 1955. Il entra dans la carrière judiciaire en 1900 comme substitut de ce tribunal, puis devint juge en 1904. De 1916 à 1930 il présida le Tribunal des prud'hommes et en 1934 fut nommé président du Tribunal de district. Il fut encore accessoirement suppléant au Tribunal cantonal et membre de la Commission de surveillance des avocats. Il était entré dans notre société en 1908.

*Edwin Hirzel*, avocat à Meilen, décédé le 13 décembre 1955. Il pratiquait le barreau depuis 1901 et fut président de commune de 1906 à 1913.

D<sup>r</sup> *Fritz Hofstetter-Leu*, avocat à Hochdorf (Lucerne), décédé le 28 décembre 1955. Après des études à Strasbourg, Vienne, Bâle et Leipzig, il pratiqua le barreau d'abord à Sursee, puis dès 1908 à Hochdorf, avec une activité secondaire à Lucerne. Il rédigeait le «Seethaler Bote» et appartenait à notre société depuis 1911.

D<sup>r</sup> *Ernest Erny*, ancien conseiller d'Etat à Liestal, décédé le 1<sup>er</sup> janvier 1956. D'abord greffier, puis président du Tribunal cantonal, il fut nommé conseiller d'Etat en 1931 et se retira en 1950. Il était membre de notre société depuis 1916.

D<sup>r</sup> *Bruno Hartmann*, avocat à St-Gall, décédé le 12 janvier 1956, à l'âge de 80 ans. Il pratiquait le barreau depuis 1901 et était un homme de confiance de la grande industrie de la Suisse orientale. Au militaire, grand-juge du Tribunal de la 6<sup>e</sup> division puis d'un tribunal territorial. De 1921 à 1939, il fut vice-président de la Chambre d'accusation de son canton. Il appartenait à notre société depuis 1903. Il fut le président de la Fondation Janggen-Pöhn, qui a facilité la formation de maints jeunes universitaires.

*Charles Hotz*, avocat et notaire à Neuchâtel, décédé le 13 janvier 1956, à l'âge de 75 ans. Il pratiqua le barreau en collaboration avec feu Edouard Petitpierre puis M. Max Petitpierre et eut le privilège de former de nombreux stagiaires. Il était membre du synode et du conseil paroissial de son église. Il appartenait à notre société depuis 1929.

D<sup>r</sup> *Carl Bärlocher*, avocat à Flawil, décédé le 13 février 1956, à l'âge de 80 ans. Il présidait depuis plus de 40 ans, avec un entier dévouement, le comité de district de «Pro Juventute».

*Robert Loder*, juge d'appel à Berne, décédé le 28 mars 1956. De 1920 à 1932, il fut greffier de la Cour suprême, puis 6 ans substitut du procureur général et membre de la Cour depuis 1938. Il faisait partie de la Chambre des avocats depuis 1945. Il présida la Cour de cassation de 1945 à 1950 et le Tribunal de commerce depuis 1955.

*Jacques Le Fort*, docteur en droit, avocat à Genève, décédé le 3 avril 1956. Fils de magistrat, il fit ses études à Genève, en Allemagne et à Paris. Il pratiquait le barreau depuis 1918, en association avec M<sup>e</sup> Empeyta, puis M<sup>e</sup> Raymond Perrot. Il occupait une place en vue parmi ses confrères, qui lui confièrent le bâtonnat de l'Ordre des avocats de 1939 à 1941. Il présida le Consistoire de l'Eglise nationale protestante puis sa Commission exécutive. Très attaché à la Société suisse des juristes, dont il était membre depuis 1913, Jacques Le Fort fut appelé à sa présidence de 1949 à 1952. Il dirigea les débats des assemblées de Montreux, Lucerne et

Genève, imposant l'estime et le respect tant par sa valeur personnelle que par sa courtoisie.

Dr *Alfred Thalmann*, directeur de la société d'assurances «*Helvetia*», à Zurich, décédé le 3 avril 1956. Le défunt fit toute sa carrière dans cette entreprise d'assurances où ses qualités étaient grandement appréciées. Il appartenait à notre société depuis 1939.

Dr *Harry Zimmermann*, sous-directeur de la Société de banques suisses à Zurich, décédé le 18 mai 1956. Il fit toute sa carrière dans la banque, où il mit à profit de remarquables qualités juridiques. La Revue suisse de jurisprudence lui doit de nombreux articles sur des questions de droit bancaire. Membre de notre société depuis 1920, il présenta un rapport à l'assemblée de 1926 sur «*La comptabilité et le bilan dans le projet de droit des obligations*». Il travaillait ces dernières années à un commentaire sur le droit relatif aux chèques, qui devait paraître prochainement.

Dr *Albert Guhl*, avocat à Zurich, décédé le 9 juillet 1956 dans sa 75<sup>e</sup> année. Il pratiquait le barreau depuis 1909; sa forte personnalité faisait de lui un avocat en vue. Il a appartenu pendant 26 ans à la Commission d'examen des avocats et pendant 15 ans à la Cour de cassation comme suppléant. Depuis 1926, il était député au Grand Conseil, où il rendit d'éminents services, notamment comme membre de la Commission de rédaction et, en 1943/44, comme président. Entré dans notre société en 1927, il était un participant fidèle des assemblées et un animateur de nos débats.

Dr *Eugen Meyer*, ancien juge cantonal à Zurich, décédé le 29 mai 1956, à l'âge de 91 ans. Après avoir été dès 1895 juge au Tribunal de district, il fut élu en 1905 membre du Tribunal cantonal, où il se fit remarquer par son intelligence et sa force de travail. Durant 15 ans il présida avec distinction le Tribunal de commerce. Il avait pris sa retraite en 1931. Il était entré dans notre société en 1897.

Les 63 nouveaux membres, dont nous saluons l'entrée dans la société sont:

#### *Zürich*

Bohrhauer Robert, Lic. iur., Zürich

Desbiolles Marcel A. E., Dr., juristischer Beamter, Zürich-Enge

Hauser Willy, Dr., Rechtsanwalt, Winterthur

Jung Claude, docteur en droit, Zurich

Motschmann Richard, Dr., Zürich

Peter Hans, Dr., Rechtsanwalt, Oberrieden bei Zürich

Peter-Ruetschi Tina, Dr., Zürich

Schweickhardt Armin, Dr., Rechtskonsulent der Swissair, Zürich  
von Wyß David, Dr., Zürich

*Bern*

Leist Hans, Dr., Obergerichter, Bern  
Mottier Edgar, docteur en droit, chef de la Division de justice et  
police du Département fédéral de justice et police, Berne  
Ott Hans, Dr., Gerichtspräsident, Thun

*Luzern*

Wüthrich Hans, Bundesversicherungsrichter, Luzern

*Fribourg*

Darbella Jean, docteur en droit, professeur, Fribourg  
Piller Joseph-Daniel, avocat, Cormanon par Villars sur Glâne

*Solothurn*

Affolter Max, Dr., Fürsprecher und Notar, Olten

*Basel-Stadt*

Giovannoni Pierre, avocat, juriste à la Bâloise-Vie, Bâle  
Klein Frédéric-Edouard, privat-docent, Bâle  
Scheidegger Otto junior, Dr., Advokat, Basel  
Speiser Thomas M., Dr., Basel

*St. Gallen*

Boillod Paul M., Dr., St. Gallen

*Graubünden*

Maron Constantin, Dr., Rechtsanwalt, Chur  
Raschein Rolf, Dr., Rechtsanwalt, Chur

*Aargau*

Fahrländer Karl, Dr., Fürsprecher, Zofingen  
Knecht Max, Fürsprech, Döttingen

*Ticino*

Censi Bruno, avvocato e notaio, Lugano  
Felder Franco, avvocato e notaio, Lugano  
Gaja Fernando, avvocato, Pretore di Locarno-Città, Locarno  
Giovannini Alfredo, avvocato e notaio, Biasca

*Vaud*

Baudraz Louis-Georges, docteur en droit, avocat, Vevey  
Bolomey Pierre, docteur en droit, avocat, Lausanne

Chessex Marc, notaire, Territet-Montreux  
Contini Sylvain, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Courvoisier Aimé, notaire, Yverdon  
Debétaz Edouard, notaire, Yverdon  
Décombaz Marius, notaire, Vevey  
Derron Georges, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Fonjallaz Raymond, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Gardon Antoine, notaire, Renens  
Gonvers-Sallaz Armand, Dr. h. c., Lausanne  
Grassmann Louis, notaire, Lausanne  
Jordan Henri, notaire, Lausanne  
Lador Jacques, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Martin André, notaire, Renens  
Niess Henri, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Ramelet Pierre, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Rognon Roger, lic. en droit, notaire, Montreux  
Rüedi Albert, notaire, Renens  
Sandoz Claude, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Sattiva Henri, avocat stagiaire, Lausanne  
Savary Frédéric, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Servien Louis, docteur en droit, notaire, Yverdon  
Simon Eugène, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Voegeli Roger, docteur en droit, avocat, Lausanne  
Vuilleumier Jacques, docteur en droit, avocat, Lausanne

#### *Valais*

Blatter Joseph, avocat et notaire, Sion  
Zwissig Guy, avocat et notaire, Sierre

#### *Neuchâtel*

Bonhôte Charles, avocat et notaire, Peseux  
Ott Olivier, avocat, Neuchâtel

#### *Genève*

Buensod Jean-Paul, avocat, Genève  
Julliard Horace, lic. en droit, agent immobilier, Genève  
Lalive d'Epinay Pierre A., docteur en droit, professeur, Carouge  
Patry Robert, professeur, avocat, Genève

#### *Concours*

Le sujet de concours choisi pour l'année écoulée était  
«Le droit de superficie soumis à des conditions et à des  
charges; les restrictions qui en touchent le contenu et la

transmissibilité». Un seul travail a été présenté. Votre Comité l'a soumis à l'appréciation d'une commission, composée de MM. Plattner, juge fédéral, Klöti, ancien conseiller aux Etats, et Jäggi, professeur. Cette commission rapportera demain.

Votre Comité s'est demandé si l'intérêt pour les sujets de concours ne serait pas stimulé par la proposition de deux sujets annuels au lieu d'un, c'est-à-dire cumulativement un sujet de droit civil et un sujet de droit public. Mais ceci suppose un budget plus à l'aise que celui dont nous disposons actuellement.

### *Sujets de rapports*

Plus encore que les travaux de concours, c'est par les rapports présentés à l'assemblée annuelle que la Société suisse des juristes peut se flatter, selon la formule de ses statuts, de «faire progresser en Suisse la science du droit». Aussi est-ce la préoccupation majeure du Comité que de choisir des sujets appropriés et de désigner des rapporteurs compétents.

Nous croyons utile, plus que jamais, de diriger nos travaux du côté de l'actualité juridique, de façon que notre effort doctrinal soit une réelle contribution à l'œuvre du législateur, qu'il serve à la vie politique et sociale du pays. Ainsi les deux sujets de cette année – l'initiative de révision constitutionnelle et la propriété par étages – n'ont pas manqué d'éveiller l'intérêt de chacun dans le monde des juristes comme dans l'opinion publique. Ils peuvent avoir leurs répercussions l'un et l'autre sur le plan législatif. Nous nous réjouissons de ce que les quatre rapporteurs aient su faire à la fois un travail de critique et un ouvrage constructif. Que MM. Louis Dupraz et Werner Kägi, d'une part, et MM. Guy Flattet et Hans-Peter Friedrich, d'autre part, soient remerciés et félicités.

Pour l'année prochaine, nous avons fait choix de deux sujets dont l'actualité et l'importance ne vous échapperont pas non plus: «Le régime matrimonial doit-il être révisé?»

et «Le régime juridique des mines et les recherches de pétrole en Suisse». Nos rapporteurs sont choisis en la personne de MM. Werner Stocker, juge fédéral, de Zurich, et Henri Deschenaux, de Fribourg, pour le premier sujet, et MM. Anton Hagenbüchle, avocat à Frauenfeld, et Jacques Vuilleumier, avocat à Lausanne, pour le second.

Nous songeons déjà aux rapports à présenter dans deux ans, tant il est vrai qu'avec l'importance des problèmes abordés et l'encombrement de la vie quotidienne, les auteurs de travaux doivent être sollicités largement à l'avance.

Depuis plusieurs années et à diverses reprises, votre Comité a été frappé par le fait que l'acceptation des rapports implique pour leurs auteurs non seulement un important sacrifice de leur temps – on peut compter deux à quatre mois de travail entièrement occupés – mais aussi des charges financières toujours plus lourdes. Nous avons dû nous rendre compte en effet que le juriste d'une profession libérale, qui assume les frais généraux d'une étude d'avocat, par exemple, peut de moins en moins accepter la tâche de rapporteur. Comment lui demander de distraire plusieurs mois entiers de son activité lucrative pour les consacrer à un travail honorifique, s'il doit faire face pendant ce temps à des frais de loyer et de personnel notamment, qui ne souffrent pas d'interruption? Aussi avons-nous formé ce printemps, auprès du Fonds national de la recherche scientifique, une démarche qui se préparait depuis quelque temps déjà. Elle a été couronnée de succès. Ce fut, il faut le dire, grâce à l'appui de M. Hans Huber, ancien président de notre société, grâce aussi et surtout à la compréhension que nous avons immédiatement rencontrée auprès du Conseil du Fonds national, en particulier auprès de deux de ses membres, M. le professeur de Muralt, président, et M. Bénigne Mentha. Notre but n'était évidemment pas d'obtenir une rémunération de nos rapporteurs. Car nous persistons à voir dans leur travail une mission noble et désintéressée, un honneur. Ce que nous voulions pouvoir indemniser, ce n'est donc pas le

«lucrum cessans», mais bien le «damnum emergens». Or il fallait avant tout obtenir du Fonds national ce que les spécialistes de la procédure appelleraient une sentence en fixation de droit, je veux dire la reconnaissance du caractère de recherches scientifiques de nos rapports. Ce que le Conseil du Fonds national a fait par une toute récente décision. Par voie de conséquence, les rapporteurs de la Société suisse des juristes seront, dès 1957, mis sur le même pied que les chercheurs des sciences naturelles, médicales ou historiques. C'est ainsi que pour l'année prochaine le Fonds national a pris la décision suivante, que je suis heureux de vous communiquer: les deux avocats, chargés de rapports, recevront pour la couverture de leurs frais généraux pendant le temps nécessaire à leur travail, estimé à trois mois, la somme de 3000 fr. chacun; le magistrat et le professeur, chargés de rapports, recevront de leur côté un crédit pour les dépenses effectives et nécessaires (déplacements, dactylographie, collaborateur éventuel), selon un compte détaillé à remettre, mais au maximum 1000 fr. chacun. Une demande analogue pourra être renouvelée chaque année. Le Comité se félicite de l'appui que nos rapporteurs reçoivent ainsi du Fonds national pour la recherche scientifique. Il croit pouvoir compter à l'avenir, plus facilement que cela n'a été le cas ces dernières années, sur la collaboration des membres de la Société qui appartiennent au barreau ou au notariat.

### *Situation financière*

Ceci nous amène à dire quelques mots des finances de la société, qui ne laissent pas de causer quelque souci à votre Comité.

La cotisation, qui était encore de 5 fr. en 1941, a été portée à 15 fr. depuis peu d'années. Ce qui est certainement un obstacle au recrutement de jeunes membres. Mais c'est aussi une charge sérieuse pour ceux de nos collègues qui ont atteint l'âge de la retraite et sont ainsi de plus en plus enclins à démissionner, comme nous le constatons. Nous

aurions aimé réduire la cotisation des jeunes membres et celle de ceux qui auraient atteint 30 ou 35 ans de sociétariat. Mais nous ne pouvons songer à de telles mesures, si souhaitables soient-elles, car elles réduiraient sérieusement nos rentrées, ce qui est exclu eu égard aux dépenses auxquelles nous devons faire face.

Les dépenses de la société se sont en effet accrues dans des proportions considérables. Pour ne parler que des frais d'imprimerie, ceux-ci ont passé de 5400 fr. en 1941/1942 à 18 700 fr. en 1954/1955. Et ils vont atteindre les 25 000 fr., ce qui dépasse largement le montant total de nos recettes.

Il faudra insister, une fois de plus, auprès des rapporteurs pour demander d'eux, dans la mesure du possible, des travaux plus condensés. Mais l'expérience montre que cette exigence n'est souvent que platonique et que bien des sujets choisis appellent du reste des développements qui ne supportent pas d'être rognés par seul souci d'économie. On n'oubliera pas non plus que, dans une production juridique suisse relativement modeste, les rapports de la Société suisse des juristes forment une contribution substantielle, qui ne saurait être par trop rétrécie sans dommage irréparable pour notre droit national.

Là encore, une solution doit pouvoir être trouvée avec l'appui du Fonds national, lequel, pour d'autres productions scientifiques comparables, supporte une grande partie des frais d'impression. Des pourparlers à ce sujet sont en cours. Nous avons des raisons de penser qu'ils vont aboutir favorablement.

Ainsi votre Comité n'a pas la possibilité, pour le moment, de vous présenter une solution définitive du délicat problème financier. Le budget que notre trésorier présentera sera déficitaire. Le Comité a besoin de quelques mois encore pour mettre sur pied un budget équilibré.

### *Problèmes législatifs*

Un rapport présidentiel à la Société suisse des juristes serait incomplet s'il ne faisait une brève revue des pro-

blèmes législatifs les plus importants qui sont à l'étude sur le plan fédéral.

1. Lors de l'assemblée tenue à Montreux en 1950, la Société suisse des juristes avait «chargé le Comité de poursuivre l'action tendant à renforcer les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral; il tiendra compte des propositions des rapporteurs ainsi que des opinions exprimées au cours des séances des 10 et 11 septembre 1950».

En ce qui concerne la réorganisation du *contentieux administratif*, je rappelle que le Département fédéral de justice et police s'est adressé au professeur Imboden, lequel lui a présenté un avant-projet en date du 8 août 1952. Cet avant-projet a été soumis à l'examen des sept départements. Dans l'année écoulée, il a été discuté au sein d'une conférence inter-départementale, sous la présidence du chef du Département de justice et police, puis remis à nouveau au professeur Imboden pour être revu définitivement.

2. Notre assemblée de 1950 s'était préoccupée aussi de l'extension de la *juridiction administrative* proprement dite, par transfert d'attributions de l'autorité hiérarchique supérieure au pouvoir judiciaire. A cet égard, il faut signaler tout d'abord les compétences juridictionnelles nouvelles que plusieurs lois récentes ont confiées au Tribunal fédéral; ainsi dans le statut de l'horlogerie, le statut de l'agriculture et le statut du lait. Mais le Département fédéral de justice et police envisage aussi, et à juste titre, pensons-nous, un examen systématique des matières susceptibles de recours juridictionnel. Cet examen est retardé, nous dit-on, par le fait que le Département des finances prépare actuellement une réorganisation complète de la juridiction fiscale.

3. A propos du contrôle de la *constitutionnalité des lois, arrêtés et décisions*, notre Comité, agissant toujours dans le cadre de la résolution de 1950, a pris connaissance d'un projet que le professeur Nef a établi en date du 15 janvier 1953, à la demande de l'autorité fédérale. Ce projet tend à

instituer un contrôle juridictionnel répressif des arrêtés fédéraux simples et des arrêtés du Conseil fédéral. Il ne semble pas que la question, dans les sphères gouvernementales, ait fait quelques progrès depuis trois ans.

En revanche, nous avons appris qu'un parti politique suisse se propose de lancer une initiative populaire dans le même sens, à peu de choses près, que le projet Nef: c'est-à-dire que le Tribunal fédéral pourrait être saisi, en application de l'art. 113 al. 1 de la Constitution, lorsque des droits constitutionnels des citoyens seraient violés par des arrêtés et décisions du Conseil fédéral ou de ses organes subordonnés. Ainsi se trouverait posée sur le plan politique la question du contrôle de constitutionnalité des actes de la Confédération. S'il n'appartient pas à la Société des juristes, politiquement neutre, de prendre position sur cette initiative, on ne peut s'empêcher de constater, à titre personnel, qu'elle est très exactement dans la ligne de la résolution de Montreux, laquelle prévoyait, à titre de programme minimum, «de renforcer, par l'institution d'un organe indépendant, le contrôle de la constitutionnalité des textes législatifs du Conseil fédéral» et «d'étendre à certains actes fédéraux le champ d'application du recours de droit public réservé actuellement aux actes cantonaux».

Quant au contrôle de la constitutionnalité des lois proprement dites, problème très discuté lors de l'assemblée de Montreux, il ne semble pas qu'il puisse trouver dans les milieux politiques un large crédit, du moins en tant que contrôle répressif avec effet obligatoire. C'est là évidemment une conséquence de l'institution suisse du referendum législatif. En revanche, un mouvement d'opinion se précise en faveur d'une solution déjà préconisée à Montreux, savoir la consultation préventive, avec effet facultatif, sur la question de constitutionnalité, consultation qui s'adresserait au Tribunal fédéral ou à un collège constitutionnel ad hoc. Le Conseil fédéral, lui, paraît s'être arrêté à une autre solution, toujours de contrôle préventif: c'est l'examen de la constitutionnalité des lois par une délégation

spéciale des Chambres, nommée pour toute la durée de la législature et composée de quatre membres de chaque Conseil. L'Assemblée fédérale va donc être saisie prochainement d'un projet de loi dans ce sens, qui modifierait la loi de 1902 sur les rapports entre les Conseils.

4. Enfin, un autre domaine de la législation fédérale avait suscité récemment l'attention et l'intérêt de notre assemblée. Je veux parler de la *responsabilité de la Confédération et de ses fonctionnaires*. L'on se souvient que, lors de l'assemblée de Coire en 1953, après les rapports de nos collègues MM. Kaufmann, professeur, et Graff, avocat, et en conclusion d'un débat nourri, la Société suisse des juristes avait pris une résolution demandant la revision de la loi de 1850 et l'introduction d'une responsabilité primaire de la Confédération, en précisant: «Cette responsabilité doit au moins couvrir les conséquences dommageables des actes ou omissions illégaux des agents de la Confédération, indépendamment de toute faute personnelle. Le législateur devra aussi étendre dans une large mesure les cas de responsabilité de la Confédération pour les conséquences dommageables d'actes de son administration légale.»

Depuis lors, votre Comité a été sollicité par le Département de justice et police de donner son avis, tout d'abord sur un avant-projet de 1954, puis sur un nouvel avant-projet d'octobre 1955. Ces deux avant-projets s'écartaient des solutions préconisées par la résolution de 1953. Le Comité le fit remarquer au Département, dans un mémoire motivé du 9 septembre 1954, qui s'élève en particulier contre la proposition de faire de la faute des fonctionnaires une condition de la responsabilité de la Confédération et qui regrette d'autre part que cette responsabilité ne soit pas étendue dans certains cas de dommages causés par des actes d'administration légale.

Dès lors ont paru, en juillet 1956, le projet de loi et le message du Conseil fédéral sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonc-

tionnaires. Nous avons eu la satisfaction d'y constater, qu'en correction de la position prise par les avant-projets, le Conseil fédéral retient dans son projet une responsabilité de la Confédération pour un «dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire». Sur ce point important, la proposition du Conseil fédéral répond donc pleinement au vœu qu'avait exprimé notre assemblée de 1953.

On ne peut pas en dire autant sur le second point, qui a trait au dommage causé par l'Etat dans son activité légale, spécialement quand l'acte légal a des conséquences particulièrement graves pour une personne isolée ou pour un petit groupe de personnes. Le projet reste muet. Mais il faut noter que le message ouvre une perspective que nous saluons comme un premier jalon: «en édictant de nouvelles prescriptions, nous dit-on, en vertu desquelles l'activité légale de l'Etat pourrait causer un dommage important aux particuliers, le législateur devra aussi décider si et dans quelle mesure les lésés devront être indemnisés. Il pourra aussi combler les lacunes existant dans le droit en vigueur.» Nous voyons là en effet un premier jalon, car il y a dans ces propos du Conseil fédéral un programme pour le législateur, dont on peut au moins espérer une réalisation systématique dans les années à venir. Signalons en passant une solution belge du même problème: le gouvernement statue librement quand, en dehors des cas spécialement prévus par la loi, une demande d'indemnité lui est adressée pour des conséquences dommageables extraordinaires de l'activité légale; mais il prend préalablement l'avis d'une commission permanente composée de magistrats, de hauts fonctionnaires et de représentants de l'ordre des avocats.

Que ce soit par des revisions législatives ou par un procédé inspiré de la pratique belge, il y a une solution suisse à trouver et à réaliser, qui réponde au sentiment du droit. La grandeur d'un Etat se mesure au souci qu'il a de réparer, s'il n'a pu les éviter, les inégalités dans les sacrifices que les

actes d'intérêt général demandent à la communauté. C'est par cette considération que je terminerai ce rapport. Car elle exprime, par delà la loi sur la responsabilité, le vieux commandement d'Ulpian: «suum cuique tribuere».

#### IV.

Le secrétaire de langue allemande donne ensuite connaissance du rapport de la commission sur les sources du droit.

*Bericht der Rechtsquellenkommission an den  
Schweiz. Juristenverein über das Vereinsjahr 1955/56:*

1. *Rechtsquellen des Kantons Bern: Stadt Bern IV zweite Hälfte* (äußere rechtliche Gestaltung des Staates von der Reformation bis 1798) ist erschienen. Druck, Einband und Warenumsatzsteuer kosteten Fr. 23 698.-; Deckung des Betrags ist erfolgt durch Beiträge des Friedrich-Emil-Welti-Fonds und des Staates Bern (Herausgeber: Prof. Dr. H. Rennefahrt, Bern).

*Rechtsquellen von Interlaken:* der Satz wird nächstens beginnen (Herausgeberin: Frau Dr. M. Graf-Fuchs, Wengen).

2. *Rechtsquellen des Kantons Fryburg: Notariatsformulare.* Der Herausgeber, Prof. Dr. A. Bruckner, Reinach bei Basel, hat zugesichert, er werde das Register bis 15. September abliefern.

Der Kanton Frybourg hat auf unser Subventionsgesuch vom 12./13. September 1953 noch nicht geantwortet.

3. *Rechtsquellen des Kantons Graubünden: Lex Romana Curiensis.* Wegen der Schwierigkeiten im Umbruch (synoptischer Druck der Lex mit ihren Vorbildern) und dadurch bedingten Autorkorrekturen werden die Druckkosten höher werden, als veranschlagt (Herausgeberin: Frau Dr. E. Meyer-Marthaler, Frauenfeld). Wegen der Druckkosten wird noch unterhandelt.

4. *Rechtsquellen der Stadt Schaffhausen*: Der Satz ist nach längerer Unterbrechung wieder aufgenommen worden (Herausgeber: Dr. K. Schib, Schaffhausen).

5. *Rechtsquellen des Kantons Wallis: Minutarium majus der Abtei St. Maurice*. Auf Veranlassung des Präsidenten der Sonderkommission, Prof. Dr. J. Graven, werden die Arbeiten zur Herausgabe durch Chorherrn J.M. Theurillat und Dr. G. Partsch wieder aufgenommen.

6. *Rechtsquellen des Kantons Zürich: Kaiserliches Landgericht in Zürich*. Über Bearbeitung und Finanzierung dieser als Sonderband in Aussicht genommenen Ausgabe wird später Beschluß gefaßt.

Namens der Rechtsquellenkommission:  
*Rennefahrt*

## V.

Le secrétaire de langue allemande donne connaissance du rapport de la Commission de recherches de la Société suisse des juristes.

*Bericht der Forschungskommission  
des Schweizerischen Juristenvereins für den Nationalfonds  
über das Vereinsjahr 1955/56*

Die Kommission ist im Berichtsjahr nur einmal, am 24. März 1956, zu einer Sitzung zusammengetreten. Sie hatte sich neben einem einzigen anderen Gesuche mit der Gewährung von Beiträgen an die Herausgabe der Referat-Abhandlungen unseres Vereins zu befassen. Sie hat das Gesuch des Vorstandes, es sei für die Referenten des bergrechtlichen Themas auf das Jahr 1957 ein Kredit von 8000 Fr. zur Entschädigung für finanzielle Aufwendungen und Einbußen, die mit der Ausarbeitung der Abhandlungen verbunden sind, zu gewähren, mit ihrer motivierten Empfehlung an den Nationalen Forschungsrat weitergeleitet.

Dieser hat dem Gesuch laut Mitteilung vom 6. Juni 1956 entsprochen.

Die Kommission fragte sich, ob es ihres Amtes sein könne, zu den Beschlüssen des Vorstandes über die Wahl der Themata und ihrer Bearbeiter für die Juristentage Stellung zu nehmen. Sollte dies der Fall sein, müßte sie selbstverständlich auch die Ablehnung eines Gesuches des Vorstandes beantragen können. Wollte oder könnte sie sich nicht in Gegensatz zum Vorstand stellen, wäre ihre Begutachtung wertlos. Andererseits scheint es weder nötig noch angemessen zu sein, daß der Nationale Forschungsrat bei der Behandlung von Gesuchen des Vorstandes des Juristenvereins auf die Meinungsäußerung der Forschungskommission abstelle, welche eine auf Vorschlag des Vorstandes gewählte und diesem in ihrer Bedeutung untergeordnete Kommission des Vereins ist. In dieser Hinsicht wird das Verfahren bei nächster Gelegenheit mit dem Nationalen Forschungsrat zu bereinigen sein.

Für die Forschungskommission

Der Präsident:

*Liver*

## VI.

Me Louis Dupraz, trésorier de la société, donne connaissance à l'assemblée du rapport annuel sur les comptes de l'exercice écoulé et du budget du fonds général pour l'année 1956/57.

*I. Fonds général*

<i>1. Compte de profits et pertes</i>	1955/1956
<b>Produits</b>	Fr.
Cotisations des membres . . . . .	23 115.—
Revenus des titres et intérêts bancaires . . . . .	269.38
Remboursement impôt anticipé . . . . .	95.05
Vente de publications . . . . .	1 087.40
Part de la Revue du droit suisse . . . . .	500.—
Plus-value sur titres . . . . .	235.—
Recettes diverses . . . . .	689.55
	<u>25 991.38</u>
<b>Charges</b>	
Frais d'impression fascicules . . . . .	15 384.75
Frais d'impression procès-verbal de l'Assemblée . . . . .	3 709.80
Frais d'impression bibliographie juridique . . . . .	1 484.10
Frais d'imprimés divers . . . . .	853.30
Frais de l'assemblée annuelle . . . . .	2 130.80
Frais de la commission de recherches scientifiques . . . . .	1 090.—
Frais divers . . . . .	498.08
Prix attribué à M. Piconi . . . . .	800.—
Bénéfice de l'exercice viré au compte Capital . . . . .	40.55
	<u>25 991.38</u>

*2. Bilan au 30 juin 1956**après clôture du compte de profits et pertes*

30 juin 1956

<b>Actif</b>	Fr.
Caisse . . . . .	177.20
Chèques postaux . . . . .	18 875.54
Banque Cantonale Vaudoise compte courant «A» . . . . .	3 734.20
Titres . . . . .	11 150.—
Débiteur «Fonds spécial» . . . . .	2 803.25
	<u>36 740.19</u>
<b>Passif</b>	
<b>Capital:</b>	
au 30 juin 1955 . . . . .	Fr. 36 699.64
virement du bénéfice	
de l'exercice . . . . .	<u>Fr. 40.55</u>
	<u>36 740.19</u>

*II. Fonds pour la publication des sources du droit suisse*

<i>1. Compte de profits et pertes</i>	1955/1956
<b>Produits</b>	Fr.
Revenus des titres et intérêts bancaires . . . . .	2 582.13
Remboursement de l'impôt anticipé . . . . .	829.60
Reprise de provisions . . . . .	2 803.25
	<u>6 214.25</u>
<b>Charges</b>	
Indemnités, frais de banque et divers . . . . .	265.23
Moins-value sur titres . . . . .	410.—
Frais de publications . . . . .	2 803.25
Bénéfice viré au compte Capital . . . . .	2 736.50
	<u>6 214.98</u>

*2. Bilan au 30 juin 1956*  
*après clôture du compte de profits et pertes*

30 juin 1956

<b>Actif</b>	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise compte courant «B» . .	55 352.50
Titres . . . . .	94 085.—
	<u>149 437.50</u>
<b>Passif</b>	
Créancier «Fonds général» . . . . .	2 803.25
Provision pour publications . . . . .	31 987.65
<b>Capital:</b>	
au 30 juin 1955 . . . . .	Fr. 111 910.10
virement du bénéfice	
de l'exercice . . . . .	Fr. 2 736.50
	<u>114 646.60</u>
	<u>149 437.50</u>

*III. Fonds du Dr Arnold Janggen*

<i>1. Compte de profits et pertes</i>	1955/1956
<b>Produits</b>	Fr.
Revenus des titres et intérêts bancaires . . . . .	506.01
Remboursement de l'impôt anticipé . . . . .	171.45
	<u>677.46</u>

<b>Charges</b>	Fr.
Frais de banque et droits de garde . . . . .	19.36
Moins-value sur titres . . . . .	190.—
Bénéfice de l'exercice viré au compte Capital . . .	468.10
	<u>677.46</u>

## 2. Bilan au 30 juin 1956

après clôture du compte de profits et pertes

30 juin 1956

<b>Actif</b>	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise compte courant «C» . .	3 103.80
Titres . . . . .	20 380.—
	<u>23 483.80</u>
<b>Passif</b>	
<b>Capital:</b>	
au 30 juin 1955 . . . . .	Fr. 23 015.70
bénéfice de l'exercice . . . . .	Fr. 468.10
	<u>23 483.80</u>

*Récapitulation de la situation de fortune de  
l'ensemble des fonds au 30 juin 1956*

	30 juin 1956	30 juin 1955	+ Augmentation - Diminution en 1955/1956
	Fr.	Fr.	Fr.
<b>Fonds général:</b>			
Compte Capital . . .	36 740.19	36 699.64	+ 40.55
<b>Fonds pour la publication des sources du droit suisse:</b>			
Compte Capital . . .	114 646.60	111 910.10	+ 2 736.50
Compte Provisions . .	31 987.65	34 790.90	— 2 803.25
<b>Fonds du Dr Arnold Janggen:</b>			
Compte Capital . . .	<u>23 483.80</u>	<u>23 015.70</u>	+ 468.10
	<u>206 858.24</u>	<u>206 416.34</u>	+ 441.90

*Budget*  
*pour l'exercice 1956-1957*

Recettes	Fr.	Fr.
1. Cotisations . . . . .	22 500.—	
2. Revenus divers . . . . .	500.—	
3. Commission du fonds national de recherches (remboursement des frais administratifs) . . . . .	300.—	
Dépenses		
4. Frais d'impression		
a) circulaires et autres imprimés . . . . .		1 200.—
b) liste d'adresses et adresses . . . . .		800.—
c) procès-verbal: 150 pages à Fr. 27.50 la page . . . . .		4 125.—
d) rapports (quatre). . . . .		25 000.—
5. Frais de l'assemblée générale . . . . .		2 000.—
6. Prix aux auteurs de travaux de concours		1 500.—
7. Frais d'administration . . . . .		1 500.—
8. Frais administratifs de la commission du fonds national de recherches . . . . .		300.—
9. Divers . . . . .		175.—
	23 300.—	36 600.—
<i>Déficit budgétaire pour l'exercice</i>		
<i>1956-1957</i> . . . . .	13 300.—	
	36 600.—	36 600.—

M<sup>e</sup> Philibert Lacroix, Genève, donne connaissance du rapport des contrôleurs des comptes.

*Rapport des contrôleurs des comptes*

Les *contrôleurs des comptes* soussignés ont examiné les comptes du trésorier pour l'exercice 1955/56 comprenant:

- a) le compte général de la Société suisse des juristes,
- b) le fonds pour la publication des sources du droit suisse,
- c) le fonds Dr Arnold Janggen.

Ces comptes concordent exactement avec les pièces justificatives qui nous ont été soumises; la preuve de l'existence de la fortune sociale nous a été produite sous forme d'états de titres, extraits de banque et extraits du compte de chèques postaux.

Nous vous proposons en conséquence d'approuver les comptes qui vous ont été présentés et de donner décharge à votre trésorier en le remerciant de son activité.

*Philibert Lacroix*  
*Dr. Ochsé*

## VII.

L'assemblée, sans discussion, donne décharge au Comité pour sa gestion, au trésorier pour la tenue des comptes de l'exercice écoulé et aux contrôleurs pour leur mandat. Elle adopte le budget présenté et réélit les mêmes contrôleurs.

Il n'y a pas de nominations nouvelles au sein du Comité ou des commissions.

Les affaires administratives prévues à l'ordre du jour sont liquidées et personne ne demande la parole pour des propositions individuelles. La séance administrative prend fin à 9 heures 20.

## VIII.

La discussion est ouverte sur le sujet

*«L'initiative de revision constitutionnelle»*

Me *Louis Dupraz*, rapporteur, avocat et député au Grand Conseil, Fribourg.

Je ne puis considérer ce volume sans ressentir, envers les membres, une gêne pour l'effort que je leur ai imposé, et l'obligation de leur présenter des excuses pour deux libertés prises, la première avec le sujet donné, la seconde avec la règle de la longueur coutumière des rapports.

Mais je crois pouvoir plaider les circonstances atténuantes.

Liberté avec le sujet imposé: L'initiative populaire, ou plus étroit encore dans sa teneur allemande: Rechtsfragen des Volksinitiativrechts. Je me suis expliqué sur ce point (rapport, pp. 264a/165a): il n'est pas possible de conclure et de proposer utilement en vue du redressement d'une procédure, en se bornant à l'examen d'une des modalités de son acte introductif. D'où l'extension de mes investigations à l'institution de revision telle qu'elle a été réalisée dans les 26 Etats suisses, pour ne traiter plus spécialement de l'initiative populaire qu'après l'avoir placée dans son cadre naturel.

Liberté avec la règle de la longueur. L'étude d'une institution juridique existante, nécessite la description de l'état de la question pour déterminer les points en discussion, les zones de déviation, les imperfections théoriques de l'institution et leurs conséquences pratiques; elle impose à l'auteur de rassembler les textes qui donnent corps à l'institution et en dirigent le mouvement, de fixer le sens de ces textes. Elle exige de plus l'examen des applications qui en ont été faites, la découverte des tendances politiques qui se sont manifestées dans les applications, l'appréciation de la rectitude des solutions de la pratique. Enfin, elle oblige encore l'auteur à déceler les véritables lacunes de l'institution, les moyens de les combler, à inventer les remèdes à apporter aux gauchissements nés d'un usage inconsciemment ou volontairement faussé, l'usage volontairement faussé étant une forme larvée de revision, inadmissible dans un régime de constitutions écrites (Burdeau, Traité de science politique, t. III, pp. 284/85). Tout cela est étranger à l'étude d'une institution à créer.

La restitution d'une institution à son but primitif ne va pas sans l'enlever à ceux qui ont distrait l'instrument de sa fin pour lui donner une fonction nouvelle, étrangère à celle que lui avait attribuée, dans l'ordonnance du pouvoir et de son exercice, le constituant. Cette dépossession, pourtant nécessaire, n'est pas le moindre des obstacles au redressement d'une institution.

On s'oppose aussi à cette restitution parce qu'elle impliquerait une emprise, «une extension de la volonté des morts sur le comportement des vivants» (rapport, p. 464a et note 262). A vrai dire, il ne s'agit pas de cela; *une constitution peut être toujours révisée, mais le prix de l'ordre constitutionnel se paye par le respect et l'emploi des normes de révision.*

Qu'on ajoute à tout cela, qui est le dossier des institutions existantes, les théories qui ont vu le jour pour justifier les altérations volontaires, tous les précédents qui en matière constitutionnelle n'ont ni la rigidité, ni la précision des arrêts de juridiction, et l'on apercevra aussitôt combien nombreux sont les aspects d'une institution, qui a plus de 120 ans de vie.

Autre circonstance atténuante. J'ai indiqué dans un chapitre qui est une introduction les méthodes à la disposition du publiciste: méthode spéculative et méthode positive, celle-ci se subdivisant en deux selon qu'elle a pour objet des types réalisés d'institutions constitutionnelles ou uniquement des règles de droit positif. J'ai pensé, avec d'autres, qu'en ces matières il est plus profitable «à la science juridique de fournir (d'abord) une sorte de recensement des représentations que les hommes se font» d'une institution (rapport, pp. 273a–275a); cette méthode est plus «réaliste, puisque les idées – même fausses –, que les gouvernés professent quant à la raison d'être des institutions, ont historiquement infiniment plus de force que l'analyse exacte, mais discrète, qu'en proposent les théoriciens». L'argumentation tirée des textes qui réalisent une institution aura toujours plus de force que les arguments d'école.

Cette méthode comporta l'étude successive des formes que prit la revision dans les 26 Etats suisses. Il ne fut cependant pas question de faire de l'histoire, car une institution appartient à l'étude du «*présent constitutionnel*» dès qu'elle apparaît avec le but et la fonction qu'elle a, dans la constitution en vigueur, conservés.

Le choix de cette méthode était d'autant plus impératif que les œuvres du pouvoir constituant sont «*d'avant le droit positif*» (rapport, p. 322a, note 85, p. 327a, note 93, p. 270a, note 7), puisque le fondement de tout le droit positif est précisément la constitution.

D'ailleurs, les possibilités du pouvoir institué, en matière de revision de la constitution, dépendent de l'organisation de base des fonctions du Pouvoir. La fonction revisionniste n'est qu'une de ces fonctions; bien qu'elle soit, avec le même titre juridique, la plus élevée en rang des fonctions du pouvoir, puisqu'elle est la fonction organisatrice des autres, elle fait partie de l'ordonnance du pouvoir et ne peut entreprendre sur le domaine de ces autres fonctions, la législative, l'administrative ou exécutive et la juridictionnelle.

Enfin, dernière circonstance atténuante, celle-là subjective: On sait les conditions de surcharge dans lesquelles les rapporteurs doivent élaborer et rédiger leurs rapports. Or, sans paradoxe, il ne faut jamais plus de temps que pour rédiger avec concision, écrire de manière que la suppression d'un seul mot change le sens.

\* \* \*

Par des voies différentes, les deux rapporteurs sont arrivés à la même conclusion: le pouvoir de revision, réglé par les normes de revision des constitutions, n'est pas sans limite; les limites à son action sont de fond et de forme (M. Kaegi, II, b, V, al. 1); elles sont des règles de droit (M. Kaegi, V, 2).

Cette conclusion peut étonner.

La théorie de l'absence de limites de fond, enseignée par la doctrine, dit-on, n'est-elle pas régnante en Suisse? Sans doute l'a-t-on professée à partir de 1891. Mais en y regardant de près, on constate que cette opinion, émise par quelques juristes dans l'enthousiasme provoqué par l'accroissement des droits du peuple, n'est pas aussi générale ni aussi absolue qu'on l'affirme, que ceux qui en ont été les inventeurs n'ont jamais pris la peine de la justifier, que ceux qui en ont été donnés comme partisans ne l'ont jamais été sans graves réserves ou sont, dans leurs derniers écrits, après avoir vu les conséquences d'un point de vue aussi libertaire, revenus à une conception plus proche des textes et des réalités. Ce retour vers un ordre, inconciliable avec une liberté totale, s'est marqué plus encore dans ces dernières années; mais plusieurs de ceux qui opéraient ce retour ont hésité devant ce qu'ils ont appelé le défaut de droit écrit et d'une notion dite matérielle de la constitution.

Or, les termes et les mots sont du droit écrit, de premières et, souvent, de suffisantes définitions; la notion du constitutionnel au sens matériel est donnée par les documents préparatoires des constitutions, par le texte du chapitre III de la constitution de 1848 (art. 111–114), repris textuellement dans les articles 118–121 de la constitution de 1874, et surtout par le texte du chapitre III (art. 118 à 123), sorti de la revision du 5 juillet 1891.

Pour qui lit en particulier l'art. 121 al. 2 *sans* préjugé, la revision par abrogation ou modification est une revision d'articles de la constitution, d'articles qui sont dans la constitution, sans qu'il y ait lieu de distinguer si ces articles contiennent des dispositions de nature constitutionnelle ou sont constitutionnels simplement quant à la forme; tandis que lorsqu'il s'agit de revision par introduction d'un article nouveau, cet article doit être constitutionnel. Or, il ne peut l'être quant à la forme puisqu'il n'est pas encore dans la constitution, *de* la constitution comme les articles à abroger ou à modifier. Si l'article nouveau est constitutionnel avant d'être *de* la constitution, *dans* la constitution, constitu-

tionnel quant à la forme, c'est qu'il l'est quant au fond.

Sans doute la thèse de la liberté absolue a-t-elle été lancée dans le monde politique et a-t-elle joui d'une faveur que ne méritait certes pas la justification qui en était donnée. Sans doute a-t-elle été reprise par les rédacteurs de rapports et messages et, à leur suite, par la plupart des rapporteurs des commissions des Conseils de l'Assemblée fédérale. Elle était si sacrée que la nier ou la combattre, c'était devenu un crime de lèse-majesté contre le peuple souverain.

Les conséquences de cette doctrine ont éclaté aussitôt que les promoteurs d'initiative se sont mis réellement au bénéfice de cette liberté absolue, c'est-à-dire ces toutes dernières années, en 1953 et en 1954, car les auteurs des initiatives antérieures déposées, depuis le 5 juillet 1891 jusqu'alors, se sont en vérité tenus dans la constitutionnalité.

Les demandes Rheinau I et Chevallier fournirent l'occasion de cet éclatement. Cette constatation détruit l'argument servi de la longue et constante pratique de l'Assemblée fédérale. La confusion – il serait faux de se le cacher – fut alors complète sur le préliminaire de la recevabilité et de la nullité: propositions contradictoires des majorités et minorités des commissions, propositions des majorités des commissions des conseils rejetées par ceux-ci, arguments valant pour l'initiative Chevallier, ne valant rien pour Rheinau, arguments principaux des uns considérés comme mineurs par les autres ou même comme dangereux ou encore délibérément abandonnés, renonciation à précéder l'arrêté fédéral de rejet de l'initiative Chevallier de considérants, alors que pour la première fois l'Assemblée fédérale prenait une décision de cette gravité au point de vue constitutionnel. Et pourquoi? Il n'est qu'à lire le procès-verbal du Conseil des Etats pour le savoir: On ne s'entendait pas sur les motifs de nullité.

Pourtant, la question de droit constitutionnel que posaient préliminairement les initiatives Rheinau I et Che-

vallier était, de l'avis unanime, une des plus importantes, si ce n'est la plus importante question de ce genre qui se soit jamais posée à l'Assemblée fédérale. Or, la décision dépendit du vote du Conseil national, où les deux propositions contradictoires de la majorité et de la première minorité de la commission recueillirent le même nombre de voix (82) que le président départagea en faveur de la première minorité. On comprend qu'on ait renoncé dans ces circonstances aux considérants et motifs.

Semblable dénouement ne peut résulter que d'un vice originel. Ce vice originel, c'est la théorie de la liberté absolue du pouvoir de revision.

Or, c'est à la thèse de l'existence de limitations de fond et de forme que conduit irrésistiblement l'étude des travaux préparatoires de 1848 (*contra* Message et rapport du CF du 4 mai 1954, FF, 1954, t. I, p. 718) et de 1891 (la constitution de 1874 s'est bornée à reproduire le chap. III de la constitution de 1848), comme aussi l'étude des textes en vigueur. Nous ne disons pas l'interprétation, mais l'étude; nous pourrions dire la simple lecture.

Ces limitations sont de droit écrit, quoiqu'on en dise, car elles sont *dans* la constitution (rapport, pp. 279a/280a).

\* \* \*

Rappelons pour introduire le débat nos conclusions en renvoyant à notre rapport pour l'argumentation qui les justifie.

Nous indiquerons chemin faisant les divergences secondaires qui nous séparent de notre honorable co-rapporteur, M. le prof. Kaegi.

1. L'Etat est engendré par un pouvoir constituant dit originaire, qui n'a aucun titre de droit positif parce qu'il est antérieur au droit positif. L'œuvre de ce pouvoir est la première constitution d'un Etat. Cette constitution est le fondement de tout l'édifice du droit positif, donc des normes de revision que contiennent toutes les constitutions modernes.

2. Le pouvoir constituant originaire est créateur ou initial, autonome et inconditionné. Il établit, par la première constitution, le titre de légitimation de tous pouvoirs institués. Parmi ces pouvoirs institués, il y a, à côté du pouvoir législatif, du pouvoir administratif et du pouvoir juridictionnel, comme un *primus inter pares*, le pouvoir de revision. Son organisation et son fonctionnement sont réglementés par les normes de revision de la première constitution. Le titre de validité des constitutions ou parties de constitution révisées réside dans la première constitution. Ainsi, la constitution de 1848 est le titre de validité de la constitution de 1874 et, à travers celle-ci et la revision partielle de 1891, de toutes les revisions partielles qui sont intervenues depuis 1874.

Dans la mesure où M. Kaegi astreindrait aussi le pouvoir constituant originaire au respect de ce qu'il appelle les «Grundnormen», les «Konstanten unseres Staates» (M. Kaegi, IIb, III et VIa), nous ne pourrions le suivre.

3. En revanche, le pouvoir constituant de revision est un pouvoir institué; il est réglementé par la constitution (Const. féd. chap. III, art. 118–123) qui en désigne l'organe, délimite la fonction et prescrit la manière dont il est exercé, par l'aménagement d'une procédure. Le «pouvoir de revision» excéderait-il son cadre que les actes qu'il posera en cet excès ne seront plus des actes de droit; ils ne seront *rien* constitutionnellement parlant; par rapport à la constitution existante, à laquelle le pouvoir de revision est soumis, ces actes seront «révolutionnaires». Le pouvoir de revision se sera substitué en ce faisant au pouvoir constituant originaire, mais il aura en même temps perdu son unique titre constitutionnel de légitimation; ses actes en auront perdu leur légitimité, quand ils n'entreprendront pas sur l'activité et dans le domaine réservé aux autres pouvoirs institués, troublant ainsi toute l'ordonnance du pouvoir.

Pour les deux rapporteurs, le pouvoir constituant de revision est un pouvoir limité par son institution même. Cette

institution découlant d'une constitution écrite, la réglementation organisatrice ou régulatrice du fonctionnement du pouvoir constituant de revision est de droit écrit. En régime de constitution écrite, nous ne pouvons, en revanche, admettre l'existence de règles non écrites (contra M. Kaegi: II, a, al. 2, VI, al. 3) ou de revisions par voie d'interprétation.

4. Le pouvoir de revision est mis en action par les détenteurs constitutionnels de la compétence d'initiative en revision. La compétence d'initiative qui leur est attribuée sera dite qualifiée lorsque le détenteur pourra exiger qu'il soit suivi à sa demande introductive jusqu'au vote de sanction (selon la CF, le vote de l'art. 123 al. 1), ou simple si le premier destinataire de la demande, motion ou proposition ne peut exiger une prise en considération et qu'il soit suivi jusqu'au vote de sanction.

5. La compétence d'initiative populaire ou, selon la Constitution fédérale, de 50 000 citoyens est une compétence d'initiative qualifiée, car lesdits citoyens peuvent exiger la suite jusqu'au vote de l'art. 123 al. 1 CF, si leur demande est régulière. Aussi parle-t-on de «droit d'initiative» en considération de l'aspect subjectif de cette compétence qualifiée.

Le «droit d'initiative» est un des aspects caractéristiques du régime démocratique des républiques suisses; il ne se différencie pas suivant qu'il est exercé en vue d'une revision partielle ou d'une revision totale de la constitution. Mais il n'est ni absolu, ni illimité dans ses possibilités de proposition. Il reste la forme subjective d'une compétence d'initiative qualifiée; il subit les servitudes particulières d'une telle compétence et de toute compétence en général (M. Kaegi, III). De telle sorte que les limites naturelles du pouvoir de revision se reportent sur la compétence motrice de la revision, sur le «droit d'initiative», *sans qu'on puisse pour autant parler de restriction ou d'abolition du «droit d'initiative»* du citoyen suisse; ce qui va jusqu'à ses limites

naturelles est limité, mais ni restreint ou partiellement aboli. C'est dans le même sens que se prononce M. Kaegi qui ne s'exprime toutefois qu'à l'égard du «droit d'initiative en revision partielle» (M. Kaegi, I et VI).

6. Le pouvoir de revision étant un pouvoir institué est, par nature et définition, c'est-à-dire de droit écrit, limité. A cette limitation naturelle s'en ajoutaient, dans les premières années de l'institution, d'autres qu'édictaient expressément les constitutions: ainsi l'interdiction de reviser certains articles ou d'entreprendre une revision avant un certain temps depuis la mise en vigueur de la constitution; ces périodes d'interdiction allaient en Suisse de 3 à 12 ans.

La Constitution fédérale n'a jamais contenu de limitation positive quant à l'objet de la revision, ni quant au temps. Bien au contraire, à cet égard-ci, l'art. 111 CF 1848 autorisa la revision «en tout temps». La revision de 1891, légalisant la revision partielle sur initiative populaire, s'est exprimée dans le même sens au sujet de la revision partielle, comme les constitutions cantonales. D'ailleurs, à défaut d'interdiction positive de revision, la revision en tout temps de toutes les parties de la constitution est de règle.

Cette constatation de principe est de la plus haute importance: si la revision partielle d'un article quelconque de la constitution est «en tout temps» possible (CF art. 118), il peut être, sans contrevenir à la constitution, demandé simultanément la revision de plusieurs articles de la constitution. Cette éventualité fut envisagée par le Conseil fédéral (message du 13 juin 1890, FF 1890, t. III, pp. 417–418); et c'est en vue de la régler que fut édicté l'art. 121 al. 3: «Si plusieurs dispositions différentes sont présentées ... pour être introduites dans la Constitution fédérale...»

L'exercice du droit d'initiative étant exercice de la compétence d'initiative, ce sera donc en restreindre l'étendue que de réduire la compétence d'initiative et partant le droit d'initiative à la faculté de présenter une seule proposition de revision. Aucune norme légale ne pourra donc, en pré-

sence du texte constitutionnel qui autorise la revision partielle en tout temps, interdire la simultanéité de demandes de revision portant sur des dispositions différentes.

7. Si la Constitution fédérale n'a jamais connu de limitation positive du pouvoir de revision de l'Etat fédéral, elle en édicte quatre pour les pouvoirs de revision des Etats cantonaux; ces quatre limites positives se lisent à l'art. 6 de la CF, dont la teneur n'a point changé depuis le 12 septembre 1848.

8. Quant à la limitation naturelle du pouvoir de revision, elle produit effet aussi bien pour le pouvoir de revision de l'Etat fédéral que pour celui de l'Etat cantonal; elle interdit au pouvoir de revision (dans le même sens M. Kaegi, avec cette nuance toutefois qu'il parle de «Grundnormen» au lieu de limitation naturelle: II, a, al. 2, 3, VI, a), sous peine de sortir de la compétence qui lui est attribuée et de poser ainsi des actes «inexistants» selon le droit:

- a) de modifier les normes constitutionnelles de revision et de se libérer de la réglementation que le pouvoir constituant original lui a imposée (M. Kaegi, VI);
- b) d'entreprendre une refonte de la constitution qui changerait le statut fondamental de l'Etat, sa forme et le type du régime politique (M. Kaegi, VI, a, al. 4);
- c) d'attenter aux droits individuels et libertés du citoyen, qui sont un reflet du régime politique, à l'égalité des citoyens devant la loi, à la personnalité civile du national (M. Kaegi, *ibidem*);
- d) d'entreprendre quelque chose qui ne relève pas de sa fonction propre, qui est, à l'exclusion de toute autre, de reviser la constitution, ainsi faire des lois, de l'administration ou du gouvernement, même sous la forme d'un programme d'administration ou de directions de politique intérieure ou extérieure (ainsi, exécutable ou non, peu importe, le programme d'administration et de gouvernement de l'initiative Chevallier) (M. Kaegi, sous l'angle plus étroit du «tatsächlich unmöglichen Inhalts», question qui ne se pose jamais pour un pouvoir d'exclusive élaboration de règles de droit: VI, c), de faire de la juridiction;
- e) d'entreprendre (aspect fonctionnel de la limitation de nature) autre chose que l'élaboration de règles de droit à matière consti-

tutionnelle (Verfassungsrechtssetzung) ainsi prendre des décisions ou demander que soient prises des décisions qui se caractérisent comme des actes juridiques (Rechtshandlungen) unilatéraux ou plurilatéraux d'administration ou de gouvernement, serait-ce l'abolition de l'acte d'un autre des pouvoirs institués de l'Etat (par exemple la disposition transitoire de l'initiative Rhéin au I) (M. Kaegi, VI, e);

- f) par voie de conséquence, il ne peut être, par la voie de la révision, touché à l'existence de l'Etat et à son mode d'existence, opérations qui ne relèvent pas du domaine de l'élaboration du droit, mais de l'acte juridique. Sans doute, l'opération réalisée trouvera-t-elle un reflet dans la constitution du ou des nouveaux Etats, mais ce sera le reflet d'un fait produit par un autre procédé qu'une révision (M. Kaegi, VI, d).

Ces mêmes restrictions s'appliquent au pouvoir de révision de l'Etat fédéral, eu égard aux Etats-membres: ainsi, l'Etat fédératif ne peut être dissous par le pouvoir de révision de l'Etat fédéral (M. Kaegi, VI, a, al. 4); les «libertés et droits individuels des Etats-membres» ne peuvent être réduits par révision de la CF ou l'égalité des Etats-membres devant la Constitution fédérale et la législation fédérale, supprimée; les droits subjectifs de cantons, nés de la constitution, abolis (CF art. 30, al. 3); les cantons, successivement vidés par révisions partielles des compétences qui n'ont point été déléguées au pouvoir fédéral lors de la dernière révision totale.

Le pouvoir de révision ne peut sortir des limites qu'implique la fonction de révision de la constitution par abrogation ou modification d'articles de la constitution ou par introduction d'un nouvel article à matière constitutionnelle, en entreprenant par exemple sur les compétences du législatif, de l'administratif ou exécutif et du juridictionnel fédéral.

9. Qu'est-ce qui est matière constitutionnelle à régler, objet, dans la terminologie de M. Kaegi, de la «rechtliche Grund-Ordnung der freien Gemeinschaft» (II, a)?

- a) les rapports de la personne, en tant que personne, et de la collectivité nationale, devenue Etat, en tant que collectivité nationale;

- b) les rapports fondamentaux d'organisation et d'exercice du pouvoir, l'appareil organique du pouvoir;
- c) les rapports des collectivités étatiques membres de l'Etat fédératif, en Suisse: les Cantons, et de l'Etat fédéral;
- d) les rapports fondamentaux d'organisation et d'exercice du pouvoir fédéral, l'appareil organique de ce pouvoir.

Sera règle à matière constitutionnelle ou règle constitutionnelle, par opposition à règle *de forme* constitutionnelle, toute règle ayant but et raison d'ordonner ces rapports (M. Kaegi, II, a).

10. Toute proposition qui n'aurait pour objet ni le remplacement de la constitution existante par une autre constitution, ni l'abrogation ou modification d'un article de la constitution, ni l'introduction dans la constitution d'un nouvel article à matière constitutionnelle, d'un article constitutionnel (CF art. 121 al. 2) ne serait point susceptible de reviser la constitution, en totalité ou en partie; la demande qui la contiendrait serait, comme demande de revision, irrecevable quant au fond.

11. Mais une demande, recevable quant au fond, doit encore revêtir certaines formes pour introduire efficacement la procédure de revision. Ces formes sont fixées par la constitution ou la loi au moyen de véritables «règles de droit» (Kaegi, V).

Elle doit tendre à la revision totale ou à la revision partielle.

Il y a des demandes qui peuvent tendre en apparence à une revision quantitativement partielle, mais dont l'effet serait une revision qualitativement totale. La demande en revision partielle peut se présenter sous trois modalités: introduction d'un article constitutionnel nouveau, abrogation ou modification d'article de la constitution (M. Kaegi, III et IV).

12. La demande devra respecter la règle de «la présentation distincte», nommée inexactement par la doctrine – qui

semble avoir la nostalgie des critères «matériels» si imprudemment abandonnés – la règle de l'«unité de la matière», lorsque «plusieurs dispositions différentes sont présentées pour être revisées ou pour être introduites dans la constitution» (CF, art. 121, al. 3).

13. Quelles seront les conséquences du franchissement des limites positives et de celui de la limite naturelle en l'un ou en l'autre de ses aspects? La réponse n'est pas douteuse:

Un pouvoir institué, qui excède la compétence qui lui a été attribuée, pose des actes «inexistants» selon le droit. En dehors de la compétence, l'acte d'un pouvoir institué est constitutionnellement le néant. Une demande d'initiative excessive est donc irrecevable quant au fond; ce qui n'existe pas selon la constitution ne saurait ouvrir une procédure réglée par la constitution.

14. Quelles seront les conséquences de l'inobservation des formes? La nullité de la demande, là où cette sanction est expressément prescrite par la constitution. En matière de réglementation de droits constitutionnels, le «législateur» ne saurait se substituer au «constituant» et frapper de nullité, par une disposition de ses lois, ce que le constituant, ordonnateur suprême des normes de revision, n'a pas jugé bon de frapper de nullité (moins strict: M. Kaegi, VIII, al. 2 et IX). Les formes de la demande, qui matérialise l'exercice du droit d'initiative en introduisant la procédure en revision, sont des conditions imposées à l'exercice de ce droit; *la réglementation de ce droit et de son exercice appartient au seul constituant.*

Ainsi en est-il en particulier de l'inobservation de la «règle de la présentation distincte». La constitution prévoit-elle expressément la nullité de la demande à propositions multiples, qu'une telle demande sera nulle; à défaut d'une disposition de sanction, la demande ne sera point nulle; les propositions différentes feront l'objet de délibérations et votes séparés (cf. la pratique de l'Assemblée

fédérale qui seule est, sur ce point, en harmonie avec la constitution).

15. Le contrôle préliminaire de la recevabilité et de la validité en la forme d'une demande d'initiative populaire appartient incontestablement de droit écrit à l'Assemblée fédérale; l'Etat fédéral suisse est une république démocratique représentative à deux institutions de démocratie directe, l'initiative populaire en revision de la constitution et le referendum législatif. De droit écrit aussi, puisque l'art. 71 CF attribue l'exercice de «l'autorité suprême de la Confédération» à l'Assemblée fédérale «sous réserve des droits du peuple et des cantons» (art. 89 et 123) (et non pas 121 comme on l'a répété maintes fois en 1954 et 1955 au sein de l'Assemblée fédérale).

A défaut de l'attribution de ce contrôle à une autorité déterminée, il appartient donc à l'Assemblée fédérale comme contrôle d'observation et d'application de règles de droit et non pas comme contrôle de la demande aux regards de sa plus grande ou moins grande opportunité sur quelque plan que ce soit ou de la plus ou moins facile exécutabilité des «mesures» qui seraient la mise en œuvre de la proposition contenue dans la demande (M. Kaegi, VII, VIII, al. 1, X, al. 2).

16. Nous avons suggéré dans notre rapport, après avoir énoncé notre unique conclusion *de constitutione lata*, qui est de revenir à la constitution, à la notion de constitution et du constitutionnel, d'instituer en droit constitutionnel fédéral un contrôle préalable des demandes d'initiative par le Tribunal fédéral, les questions préliminaires de recevabilité et de nullité d'une demande d'initiative populaire étant exclusivement des questions de droit. Cette formalité serait à remplir avant la présentation de la demande à la signature des citoyens. C'est la seule réforme ou innovation que nous proposons *de constitutione ferenda*, persuadés que nous sommes que cet examen préalable, combiné avec le retour *de constitutione lata* à la constitution et aux

notions de constitution et du constitutionnel, par opposition au législatif, à l'administratif, à l'exécutif et au juridictionnel, à la notion de matière constitutionnelle, serait le moyen simple et efficace de mettre de l'ordre dans le fonctionnement d'une institution, qui est une des deux institutions de démocratie directe de la démocratie fédérale, démocratie représentative à institutions de démocratie directe, en même temps une des institutions caractéristiques sur le plan mondial de la démocratie suisse. En ce faisant, on respecte la volonté du peuple constituant, qui n'est point celle des promoteurs d'une initiative, ni même celle des signataires d'une initiative.

Mais, il serait vain de créer uniquement un contrôle préalable sans revenir parallèlement à des critères de fond.

«On a beau être juriste, il est des cas où les considérations de forme cessent d'être convaincantes.» Les formes, sans le contenu qui leur donne seul une réalité, sont vite emportées par le vent de la politique.

Prof. Dr. W. Kägi, Berichterstatter, Zürich:

Jedes neue Volksrecht war zur Zeit seiner Einführung ein Experiment; die *direkte Demokratie* als Ganzes aber ist heute in der Schweiz kein Experiment mehr. Sie hat sich – durch ein einzigartiges historisches Geschick begünstigt – eingelebt und gefestigt. Sie ist in unserem föderativen Kleinstaat zur *selbstverständlichen Staatsform* geworden. Das heißt nun allerdings nicht, daß ihr Schwierigkeiten und Kämpfe erspart geblieben sind. Der Preis für die umfassende politische Freiheit will bezahlt sein! Aber sie durfte Belastungsproben bestehen, die für weniger tief verwurzelte Demokratien tödlich wirken müßten. Es ist auch unrichtig und unverantwortlich, solche Epochen gesteigerter Problematik jeweils gleich als «Staatskrise» – womit die Infragestellung der Legitimitätsgrundlage behauptet wird – zu qualifizieren.

Aber nicht minder gefährlich als jene Dramatisierung ist die *Verharmlosung der Problematik*, vor die sich die direkte

Demokratie in der Gegenwart gestellt sieht. Eine Reihe von soziologischen Faktoren wirken ihr entgegen; verschiedene Entwicklungstendenzen bedrängen sie. Ist in andern Staaten meist die Atrophie des Demokratischen zum Problem geworden, so ist es in der Schweiz da und dort die Hypertrophie.

Während langen Jahrzehnten war das selbstverständliche Leitwort der Verfassungspolitik die «*Ausweitung der Volksrechte*». Diese wird auch in Zukunft nach einzelnen Richtungen noch möglich sein. Aber wir sind doch sehr deutlich an die *Grenzen* der direkten Demokratie erinnert worden. Und die große verfassungspolitische Aufgabe unserer Zeit heißt nicht so sehr Ausweitung als vielmehr *Verwirklichung* der Demokratie. In diesem Zusammenhang hat sich in den letzten Jahren auch die Frage der Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung neu gestellt. Der Vorstand des Schweiz. Juristenvereins hat ein Thema gewählt, das sich förmlich aufdrängte.

Was soll in der kurzen mündlichen Einleitung zum gedruckten Referat gesagt werden? Vielerlei Anliegen möchten sich vordrängen, vor allem einige Ergänzungen und Korrekturen. Nicht mehr zu korrigieren ist leider die späte Fertigstellung; dafür kann ich mich lediglich entschuldigen. Möglich und notwendig wären dagegen eine Reihe von Nachträgen und Verbesserungen. Ich habe mich aber nach reiflicher Überlegung entschlossen, statt dessen noch einmal zu versuchen, ganz kurz den *Kern der Problematik* zu verdeutlichen und zu zeigen, worauf es bei der Lösung dieses großen Verfassungsproblems vor allem ankommt.

Gestatten Sie mir einleitend eine Bemerkung zum Bericht meines verehrten Korreferenten, M<sup>e</sup> Dupraz. Da ich mit meiner Arbeit erst sehr spät beginnen konnte, war die geplante Fühlungnahme nicht mehr möglich. Ich wußte also in meiner Arbeit nur, daß Herr Dupraz französisch schreiben wird, und ich vermutete überdies, daß seine alte Liebe zur Geschichte ihn auf jenem Wege an die aktuelle

Problematik heranzuführen würde. Also wahrlich bloß ein Minimum an Koordination! Sein Bericht wurde mir in den letzten Tagen zu einer freudigen Überraschung. Ich sage das nicht nur deshalb, weil wir – zum Teil mit abweichender Begründung – in allen *grundlegenden* Fragen wie in den meisten Einzelfragen zu den gleichen Schlußfolgerungen kommen, sondern vor allem auch deshalb, weil hier jene grundsätzliche Stellungnahme zu einer wichtigen Verfassungsfrage von *welscher Seite* gegeben wird, auf die wir seit langer Zeit gewartet haben – mit Besorgnis und Ungeduld gewartet haben!

Ausgangspunkt der Auseinandersetzung ist die extreme These, wonach die *Satzungsgewalt des Volkes* – und das heißt praktisch stets: die Mehrheit der an einer Verfassungsabstimmung teilnehmenden Aktivbürger – *unbeschränkt und unbeschränkbar* ist. Für diese «absolutistische» oder wie ich lieber sagen möchte «dezisionistische» Auffassung ist das Recht schließlich nichts anderes mehr als der in der souveränen Entscheidung (= Dezision) sich äußernde Wille der jeweiligen Mehrheit. Die Rechtssetzungsgewalt ist allmächtig: *Es gibt keinerlei Schranken des Inhaltes*. Es gibt aber – folgerichtigerweise – schließlich auch keine Schranken der Form und des Verfahrens mehr. Der «souveräne» Wille muß in *jeder* Form respektiert werden. Es ist die demokratische Version des Gewaltprinzips: «Wer kann, der darf!»

Über die ungeheure Macht dieser Vorstellung darf man sich nicht täuschen. Sie wird gestützt durch eine große *absolutistische Tradition*: vom Mythos des *pouvoir constituant*, der unnormierbar normierenden verfassungsgebenden Gewalt. Sie wird getragen von einem starken demokratischen Pathos: Der Wille, der sich über alle Formen und Normen hinwegsetzt, erscheint als der urwüchsig demokratische. Es ist eine jener «*idées fausses, mais claires*», deren unwiderstehliche Macht schon Alexis de Tocqueville vorausgesagt hat: Die Evidenz des Simplistischen (nicht des Einfachen!). Hierin liegt auch die Er-

klärung für den schweren Stand, den die Idee des Rechtsstaates im Kampfe mit allen absolutistischen Positionen – auch mit dem demokratischen Absolutismus! – immer wieder hat. Diese extreme Position wird heute allerdings selten in solcher Geschlossenheit und dogmatischen Folgerichtigkeit vertreten. Aber sie tritt in den Auseinandersetzungen über die Volksinitiative in diesen letzten Jahren doch in vielen einzelnen Stellungnahmen sehr deutlich zutage.

Dieser «deziisionistischen» Auffassung ist das, was ich als die *rechtsstaatliche* Auffassung bezeichnen möchte, entgegenzustellen. Sie behauptet einmal die Bindung an die Form – und Verfahrensvorschriften, sodann aber die Bindung an bestimmte inhaltliche Schranken. Das erstere findet noch ziemlich weite Zustimmung. Es ist die Erkenntnis, daß demokratische Willensbildung nur in einem geordneten («konstitutionellen») Verfahren und in geordneten Formen möglich ist. Hier gibt es im einzelnen viele Probleme und Streitfragen; aber grundsätzlich ist das kein Problem. Die Revisionsnormen sind *Rechtsnormen*. (Ich möchte vorschlagen, daß wir die Diskussion darüber, ob die Revisionsnormen wirklich Rechtsnormen sind, auf jene Zeit verschieben, wo wir die Probleme in der Rechtswissenschaft wieder suchen bzw. synthetisch herstellen müssen. Vorläufig sind uns in der zweiten Hälfte des 20. Jh. – auch in der Schweiz – noch einige *wirkliche* Probleme gestellt!) Das Bundesgesetz über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. Revision der Bundesverfassung vom 27. Januar 1892/5. Oktober 1950 konkretisiert diese Verfahrensnormen. Auch hier handelt es sich grundsätzlich um Rechtsnormen – gleicherweise verbindlich für Behörden und Bürger – und nicht um bloße Ordnungsvorschriften. Der Zweck dieser Vorschriften ist klar: einerseits die Gewährleistung der *Freiheit* in der Ausübung dieser Rechte, andererseits aber auch die Gewährleistung der *Klarheit* der demokratischen Willensbildung.

Das große Problem aber sind die *inhaltlichen Schranken* der Verfassungsrevision und der Volksinitiative. Die Auffassung, welche inhaltliche Schranken ablehnt, stützt sich vor allem auf folgende Argumente: a) Einmal auf die *Materialien*. In den Verfassungsdiskussionen von 1847/48, 1872/74 und 1891, insbes. in der politischen Kampfliteratur jener Zeit, wurde die Schrankenlosigkeit der verfassunggebenden Gewalt und auch der Revisionsgewalt wiederholt – und zum Teil sehr nachdrücklich – betont. b) Sodann auf den *Verfassungstext*. In unserer Bundesverfassung gibt es keine Normen, die ausdrücklich als unveränderlich erklärt werden, und in den Revisionsnormen gibt es keine ausdrücklichen Revisionsverbote («Unantastbarkeiten»). Historisch und systematisch wird also durch diese positivistischen Thesen die Unbegrenztheit der verfassungsändernden Gewalt (des «pouvoir de revision») behauptet. Mit dieser Verneinung rechtlicher Schranken werden zwar die Grundwerte der bestehenden Verfassung keineswegs verneint, wohl aber wird behauptet, daß der «Souverän» (die verfassungsändernde Gewalt) jedesmal frei darüber zu entscheiden hat. Eben deshalb aber kann im Wege der Volksinitiative auch *jede* Revision anbegehrt werden. Es ist die These, die in der Literatur vor allem etwa von *Walther Burckhardt* vertreten worden ist. Sie wurde – sehr apodiktisch – im bundesrätlichen Bericht zur Rheinau-Initiative I verfochten. In diesem Sinn und Geist konnte auch der Berichterstatter der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission feststellen: «Eine Volksinitiative kann eben schlechterdings alles verlangen»!

Ich habe demgegenüber in meinem gedruckten Referat – wie schon in früheren Arbeiten – die Auffassung zu begründen versucht, daß es in unserer Bundesverfassung *auch inhaltliche* Schranken der Revision und der Volksinitiative gibt. Und zwar sind es die Schranken des *absoluten Verfassungssystems*, d.h. der unveränderlichen Grundnormen, die rechtlich unsere freie Rechtsgemeinschaft konstituieren und gewährleisten, also die Freiheitsrechte, die Rechtsgleich-

heit, das föderalistisch-bündische Prinzip, die Grundprinzipien des Rechtsstaates und das demokratische Prinzip; die Totalrevision als Schranke der Partialrevision; die Schranke des tatsächlich unmöglichen Inhaltes: die Schranke der staatlichen Existenz und die Schranke des nicht-verfassungswesentlichen Inhaltes. Eine Volksinitiative, welche diese Grundnormen verletzt, ist grundsätzlich ein verfassungswidriger Akt. Die Bundesversammlung als oberste Behörde hat die Aufgabe – ein bedeutsames Stück Verfassungsrechtspflege! – eine Initiative, die *offensichtlich verfassungswidrig* ist, als ungültig zu erklären.

Damit wird nicht eine «naturrechtliche» Auffassung dem «positiven Recht» gegenübergestellt, sondern ich bin überzeugt – und finde mich gerade in dieser Grundauffassung in völliger Übereinstimmung mit Me Dupraz –, daß die Grundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft gar nicht anders verstanden werden kann. Der Nachweis, daß die Revisionsgewalt in unserer Bundesverfassung schrankenlos sei, ist weder historisch noch systematisch möglich. Für eine sinngemäße Auslegung ist die verfassungsändernde Gewalt vielmehr eine *begrenzte* Zuständigkeit und die Volksinitiative ein *formell und inhaltlich begrenztes* Recht.

Darf ich zum Schluß noch einen grundsätzlichen Gedanken zum *Problem der Fortbildung der Rechtsordnung* anfügen? Die neuere Rechtssoziologie hat immer wieder darauf hingewiesen, daß eine gesunde Rechtsordnung sowohl der Stabilität wie der Beweglichkeit bedarf. Kein menschlicher Gesetzgeber vermag eine positivrechtliche Ordnung zu setzen, die im ganzen wie im einzelnen den Anspruch auf unveränderliche, ewige Geltung zu erheben vermöchte. Ausdruck dieser Einsicht sind die *Revisionsvorschriften*, welche die Anpassung an die sich ändernden Verhältnisse im Wege eines geordneten friedlichen Verfahrens ermöglichen wollen. In der Schweiz kann die Initiative dazu sogar vom Volke ausgehen.

Es hat Zeiten gegeben, die aus einem erstarrten Konservatismus heraus nur das Anliegen der Unveränderlich-

keit sahen und die Entwicklung zu verhindern suchten. Unsere Zeit ist von einer anderen Gefahr bedroht. «*Dynamik*» ist das große Wort. Ob dem Anliegen der «*Dynamik*», der Anpassung an den raschen Wandel, wird leicht das andere, für die Verfassung des Staates ebenso bedeutende Anliegen der «*Statik*», der Erhaltung, übersehen. Die revidierbare Verfassung ist eine Notwendigkeit; eine «*dynamische*» Verfassung aber ist nicht nur eine *contradictio in adiecto*, sondern ein Unsinn. *In jeder Verfassung muß es etwas Unveränderliches, Dauerndes, Unantastbares geben.* Wir versuchten nachzuweisen, daß das auch für unsere Verfassung gilt. Diese unveränderlichen, unantastbaren Normen – das absolute Verfassungssystem – stehen als *höheres Verfassungsrecht über* allen anderen Rechtsnormen. An ihnen findet auch die Volksinitiative ihre Schranke.

Damit will die notwendige Entwicklung der Rechtsordnung in keiner Weise unterbunden werden. Wir wollen die freie offene Auseinandersetzung mit neuen Ideen. Der frische Wind des Non-Conformismus tut unserem Gemeinwesen gerade heute not. Die freie Opposition – eine verfassungstreue, konstruktive Opposition – ist eine Lebensnotwendigkeit für die moderne Demokratie.

Aber diese Freiheit darf nicht zu einer *Entblößung der Grundordnung* führen. *Lorenz v. Stein* hat von der franz. Verfassung von 1795 gesagt: «Ihr Charakter war, daß sie nichts vertrat, sondern alles zuließ!» *Richard Thoma* hat noch 1930 behauptet, daß die verfassungsändernde Gewalt der Weimarer Verfassung rechtlich auch «die Grundsäulen der Verfassung» umstürzen könne! Ähnliches wollen viele von unserer BV und ihren Revisionsbestimmungen sagen. Das ist aber nicht unsere schweizerische Auffassung von der Verfassung und Verfassungsrevision. «*Verfassung*» ist ihr nicht die Form für irgendwelche Inhalte, im Sinne einer «*Blankoverfassung*». «*Verfassungsrevision*» ist ihr nicht ein wertneutrales Verfahren zur Durchführung irgendwelcher Änderungen. «*Verfassung*» ist vielmehr die Grundordnung der freien Gemeinschaft, durch ganz bestimmte unantast-

bare Grundnormen konstituiert und geprägt, auf ganz bestimmte unabänderliche Grundwerte ausgerichtet. «Verfassungsrevision» aber ist ein Verfahren, das im Rahmen dieses absoluten Verfassungssystems Änderungen ermöglichen soll.

Die Vertreter der Schrankenlosigkeit berufen sich demgegenüber immer wieder auf zwei Argumente: einerseits auf die Freiheit, andererseits auf das Vertrauen in das Volk.

Ja, es geht wirklich und vorbehaltlos darum, daß die *freie* Ausübung der Volksrechte – dem Einzelnen und der Gesamtheit – durch den Rechtsstaat gewährleistet wird. Alles, was mithelfen mag, diese Freiheit in Zukunft noch besser zu verwirklichen, verdient unsere Unterstützung. Aber was heißt hier «Freiheit» im Sinne unserer Grundordnung? Ist es die «Freiheit» des momentanen willkürlichen Beliebens? Ist es die «Freiheit», *jederzeit* die Abänderung *jeder* Rechtsnormen anbegehren zu können? Ist es die «Freiheit», die Volksinitiative für politische Kundgebungen, als Plattform für Nationalratswahlen, als Mittel der Opposition, der politischen Erpressung, der Verwirrung der öffentlichen Meinung zu verwenden?

Die *antike Demokratie* hat noch klar um die Notwendigkeit der Begrenzung gewußt. Durch verschiedene Vorkehren hat sie versucht, den Nomos, die Grundordnung, gegen leichtfertige Änderungen zu sichern. Wie ernst man es damit genommen hat, wird deutlich an einer Bestimmung, die dem großen Gesetzgeber von Katana, Charondas, zugeschrieben wird: Wer die Änderung eines Gesetzes beantragte, mußte seinen Kopf in eine Schlinge legen. Wurde seinem Revisionsantrag stattgegeben, so war er frei; wurde er verworfen, so wurde die Schlinge zugezogen.

Wir können dieses Verfahren nicht übernehmen (jedenfalls nicht mit rückwirkender Kraft, da sonst zu viele Köpfe – oder zumindest Hälse! – in den Schlingen bleiben würden). Aber es steht ein großer Gedanke dahinter und die gleiche Frage muß uns *heute* beschäftigen: Wie können wir *die Verantwortung* für die Verfassungsrevision neu wecken

und aktualisieren? Das ist nicht primär eine Frage gesetzgeberischer Reform, sondern einer grundsätzlichen Praxis. Es ist – im Interesse der Demokratie und des Rechtsstaates – nötig, daß gewissen Volksinitiativen nicht stattgegeben wird, eben jenen Initiativen, die *offensichtlich* die *Grundnormen* unserer Verfassung verletzen. Sunt denique certae fines!

Aber nun noch das andere Argument: Die Vertreter der These, wonach selbst die offensichtlich verfassungswidrigen Volksbegehren dem Volk unterbreitet werden müssen, weisen immer wieder darauf hin, daß man *Vertrauen in das Volk* haben müsse. Es ist zunächst sicher richtig, daß die Demokratie – und zumal die *direkte* Demokratie – auf solchem Vertrauen beruht. Und wir dürfen für *unsere* Demokratie ohne Überheblichkeit doch wohl feststellen, daß der Souverän dieses Vertrauen verdient – in viel höherem Maße verdient, als es ihm etwa in der Dringlichkeitspraxis der dreißiger Jahre oder im schleppenden Abbau des Notrechtes entgegengebracht worden ist!

Aber wir müssen diese Frage des Vertrauens klarer stellen. Ein *erstes*: «Vertrauen in das Volk» kann in einer freien Gemeinschaft nie heißen: *blindes, schrankenloses* Vertrauen, das z. B. die Frage der sachlichen Kompetenz überhaupt nicht mehr stellt. Es gibt gewisse Entscheidungen – ich erwähne als extreme Fälle etwa Urteile in Zivil-, Straf- und Verwaltungsstreitigkeiten –, zu denen dem Volk einfach die Zuständigkeit fehlt. Ein *zweites*: «Vertrauen in das Volk» darf auch in der direkten Demokratie nicht heißen: Mißtrauen gegenüber den *volksgewählten* Behörden! Die dauernde Wachsamkeit gegenüber den Behörden ist zwar eine Lebensbedingung der Demokratie. Aber auch die direkte Demokratie kommt *nicht ohne Repräsentation* aus. Der Kampf gegen die Autorität der volksgewählten Behörden ist noch keine «Demokratisierung».

Man hat in diesen letzten Jahren oft gefordert, daß man auch in der Volksinitiative, die gegen die Grundnormen der bestehenden Verfassung verstößt, «den Volkswillen respek-

tieren» müsse. Wir fragen demgegenüber: Darf der *Wille der Initianten* einfach mit dem «*Volkswillen*» identifiziert werden? Und wie steht es mit der Respektierung jener höchsten und klarsten Äußerungen des Volkswillens, wie sie *in der Verfassung* – zumal in den *Grundnormen* der Verfassung – niedergelegt ist?

So ist auch dieses Problem der Volksinitiative letztlich eine Frage der *Achtung der Verfassung* – nun aber nicht einfach im Sinne der Legalität, als Befolgung der jeweiligen Satzung, sondern als Treue zu den *konstituierenden Grundnormen*. Das *absolute Verfassungssystem* ist – um das Wort zu verwenden, das uns für alle Zeiten an den letzten Ernst erinnern müßte – das «*réduit*» der *freien Rechtsgemeinschaft*.

Herr Präsident, meine Damen und Herren, damit sind die vielen Einzelprobleme noch nicht gelöst; aber es ist doch der *Kern der Problematik* und der *entscheidende Ansatzpunkt für eine Lösung* deutlich gemacht. Es ist der Versuch, von der Theorie her einen Beitrag zu leisten zur Erhellung eines ernststen Verfassungsproblems. Die schwierigere Aufgabe aber ist die praktische Verantwortung.

M. *Albert Picot*, avocat, ancien conseiller d'Etat et aux Etats (Genève).

M. Picot se présente à ses auditeurs comme un témoin qui a suivi *ab ovo* les débats sur les initiatives de Rheinau et Chevallier, étant membre des commissions du Conseil des Etats sur ces deux objets.

A ce titre il rend hommage aux travaux des deux rapporteurs, notamment au rapport de M. W. Kägi qui est allé aux principes et a abouti à des thèses précises. A propos des débats parlementaires on a parlé de «*juristerei*» et la presse s'est montrée sévère.

C'est une erreur; aux Etats les débats ont été très sérieux et des hommes comme MM. Klöti, Schoch, Stüssi ont été sur le même plan que MM. Kägi et Dupraz.

La thèse adverse – droit souverain des initiants – a été soutenue, la main sur le cœur, par M. Adrien Lachenal au

milieu d'une certaine ironie, car on s'étonnait de voir l'aristocratique député si persuadé que le peuple ne pouvait se tromper.

L'argumentation de non-recevabilité s'appuyait sur des arguments péremptoires autant pour l'initiative de Rheinau que pour celle dite Chevallier.

Pour Rheinau on ne pouvait considérer comme initiative constitutionnelle une proposition de décision de destruction des travaux d'une usine établie sur la base d'une concession régulièrement consentie par le Conseil fédéral.

Pourrait-on admettre que, par voie d'initiative, le peuple pourrait révoquer un conseiller national régulièrement élu ou libérer le condamné d'une cour pénale? Une initiative peut-elle avoir un effet rétroactif? Une initiative peut-elle prendre une mesure en opposition avec l'article 4 de la constitution qui proclame l'égalité des citoyens devant la loi et libérer par exemple les contribuables dont les noms commencent par A, B et C de tout impôt.

L'initiative Rheinau demandait l'annulation d'une concession internationale et la violation du traité germano-suisse de 1929. Il n'est pas admissible qu'un traité qui n'a pas été l'objet du referendum de l'art. 89, 3, soit ensuite révocable par une initiative.

Pour l'initiative Chevallier il n'y avait pas besoin de remonter si haut. Les initiants, comme des enfants, avaient tout ignoré des textes constitutionnels et légaux sur la matière: clause de retrait, texte principal, unité de la matière. L'initiative était même inexécutable.

Pour M. Picot l'Assemblée fédérale a une compétence indiscutable. Elle ne peut renvoyer au peuple que de vraies initiatives, c'est-à-dire des initiatives constitutionnelles. Sa tâche est difficile, car, dans cette matière, le politique et le juridique peuvent se confondre. Aussi faut-il envisager avec faveur le projet d'initiative du parti libéral en faveur d'un contrôle par le Tribunal fédéral.

En résumé l'initiative constitutionnelle n'est pas là pour créer une force totalitaire donnant à la majorité le droit de

s'accorder toute fantaisie. Les rapporteurs ont eu raison d'admettre des limites qui sont les normes de base de la constitution. Contre le positivisme juridique il faut faire valoir l'état fondé sur le droit.

Dr. *Robert Briner*, Herrliberg bei Zürich:

Ich habe den Herrn Präsidenten gebeten, mir in dieser Diskussion das Wort zu erteilen, um als mehr praktisch und zum Teil politisch tätiger Jurist dem Vorstand des Schweiz. Juristenvereins dafür zu danken, daß er sich nicht gescheut hat, das heutige, etwas dornenvolle Thema auf die Traktandenliste zu setzen; und um namentlich den beiden Herren Referenten dafür zu danken, daß sie das Problem nicht – was ja für sie einfach gewesen wäre – durch mehr formelle Überlegungen umgangen, sondern frontal angepackt und dadurch einer Lösung näher gebracht haben: Einer Lösung, die nach meiner Überzeugung auch den Bedürfnissen der Praxis entspricht.

Wir haben aus dem deutschsprachigen Referat entnommen, daß Bundesrat Numa Droz das Jahr 1892, in welchem die Volksinitiative auf Partialrevision eingeführt wurde, geradezu als den Übergang zur Demagogie bezeichnete. Wir sind vielleicht geneigt, diese Äußerung unter jene zahlreichen Warnungen und Befürchtungen einzureihen, die sich glücklicherweise nicht bewahrheitet haben. Allein ich weiß nicht, ob wir mit einer solchen Beurteilung nicht zu früh wären. Es ist richtig, die Volksinitiative auf Partialrevision hat während einer guten Generation zu keinen ernsthaften Mißbräuchen geführt. Aber was ist eine Generation, gemessen am Leben eines Staates und an der Entwicklung der Demokratie? Wir blicken auf das Regime herab, das unserem demokratischen Rechtsstaat voranging, auf das sogenannte Ancien Régime, weil es nach zwei- oder dreihundert Jahren zu Mißbräuchen führte, die als unerträglich empfunden wurden. Wenn wir Juristen indessen nicht den Mut aufbringen, auch unserm Souverän gegenüber auf den Forderungen des Rechtsstaates zu beharren, so

helfen wir mit, auch unserer Demokratie einen letalen Faktor einzupflanzen, der sich früher oder später auswirken muß. Niemand weiß, wann dies der Fall sein wird. Die geschichtliche Erfahrung zeigt aber, daß noch jede Staatsform an der Übertreibung ihrer eigenen Prinzipien zugrunde gegangen ist.

Verehrte Damen und Herren! Sollte die These vor der materiellen Schrankenlosigkeit der Verfassungsinitiative, die der Bundesrat in seiner Rheinaubotschaft vertreten hat, allgemeine Anerkennung finden, so würden sich viele Interessengruppen in unserem Lande nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet fühlen, die Volksinitiative auf Partialrevision zur Durchsetzung jedes beliebigen materiellen Postulates zu benützen, solange dieses Vorgehen nur politisch einigermaßen aussichtsreich erschiene. Sagen Sie nicht, es sei Sache der Interessengruppen, hier Zurückhaltung zu üben und Mißbräuche zu vermeiden. Es ist die Hauptaufgabe des Rechts, die notwendigen Grenzen zu setzen, und das Recht kann sich dieser Aufgabe nicht gerade hier, an einem Schlüsselpunkt der Rechtsordnung, entschlagen. Im übrigen halte ich es für eine Illusion, zu hoffen, daß eine freiwillige Disziplin genügen wird. Vergessen wir nicht: die Verfassungsinitiative ist erst daran, als Mittel der Tagespolitik entdeckt zu werden. Ist sie erst einmal richtig entdeckt, so sehe ich nicht, wie wir die Entwicklung ohne die Anerkennung *rechtlicher* materieller Schranken im Zügel halten können.

Erlauben Sie mir nach diesen mehr praktisch-politischen Überlegungen noch zwei rechtliche Überlegungen.

Erstens. Die Bundesverfassung kennt den Grundsatz, daß zwar die Verfassungsinitiative, nicht aber die Gesetzesinitiative zulässig sein soll. Läßt man nun zu, daß auf dem Wege sogenannter Verfassungsinitiativen Bundesgesetze geschaffen oder abgeändert werden, so verstößt man offensichtlich gegen diesen eindeutigen Grundsatz. Das kann aber nicht die Meinung der Verfassung sein. Diese Überlegung scheint mir besonders schlagend, weil sie eine rein

logische Überlegung ist und sich damit gegen den Formalisten in uns wendet.

Zweitens. In Art. 2 der Einleitung zum ZGB heißt es: «Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.» Dieser Grundsatz gilt unbestrittenermaßen nicht nur für das Zivilrecht, sondern für unser ganzes Rechtssystem. Es ist nicht einzusehen, weshalb er gerade an einem der Schlüsselpunkte dieses Systems entbehrlich sein sollte. Ich bin zwar mit den Referenten durchaus einig darin, daß sich die materiellen Schranken der Verfassungsinitiative nicht allein aus dem Grundsatz des Rechtsmißbrauchs ableiten lassen. Allein dieser Hinweis scheint mir doch zu zeigen, daß es nicht richtig sein kann, die Bundesversammlung, welche die Abstimmung über eine Volksinitiative anzuordnen hat, von jeder materiellen Verantwortung freizusprechen. Vielmehr ergibt sich daraus m. E., daß die Bundesversammlung ihre Mitwirkung jenen Vorstößen versagen muß, die einen offensichtlichen Mißbrauch eines unserer wichtigsten Volksrechte darstellen.

Ob de lege ferenda die Kompetenz eher dem Bundesgericht zu übertragen wäre, ist eine andere Frage. Ich neige zu dieser Ansicht.

In dieser Diskussion kommt es jedoch nicht auf Einzelfragen an, sondern auf das Prinzip. Die Zeiten sollten, scheint mir, vorbei sein, da die Juristen ihre Wissenschaft und ihre Kunst dazu benützten, irgendwelchen Absolutismen das nötige juristische Instrumentarium zu liefern. Der Moment scheint mir gekommen, wo wir uns darauf konzentrieren sollten, für den freiheitlichen Rechtsstaat – und es gibt nur einen freiheitlichen Rechtsstaat – einzutreten.

Dr. *Paul Siegenthaler*, Fürsprecher, Bern:

Es mag vielleicht auch einem Juristen einer kommunalen Verwaltung gestattet sein, sich hier über eine Frage des eidgenössischen Rechts zu äußern, ohne daß ihm dabei Überheblichkeit nachgeredet wird. Vielmehr geht es darum, in einem bedeutenden Problem des schweizerischen Staats-

rechtes zu einer Erkenntnis zu gelangen, im Bewußtsein, daß das wissenschaftliche Bemühen im Suchen und Erkennen des Wahren und Richtigen besteht.

Ich spreche über die materiellen Schranken der Verfassungsinitiative und gehe davon aus, daß im Postulat des Rechtsstaates nicht nur der Schutz der Freiheitsrechte und der Grundrechte enthalten sein kann, sondern auch der Schutz der verfassungsmäßigen Kompetenz. Sinn einer Kompetenzordnung, einer Verfassung ist es, die Organe zu bestimmen, die zu den staatlichen Funktionen zuständig sind, die also zuständig sind zur Schaffung von verbindlichem Recht, sei es als Gesetz, als Verwaltungsakt oder als Urteil. Solange eine Kompetenzordnung besteht, solange durch die staatlichen Funktionen auf dem Wege der Gesetzgebung, der Vollziehung oder der Rechtsprechung verbindliches Recht entstehen soll, solange ist es nicht der Sinn der Verfassung, daß in einem anderen Verfahren wiederum aufgehoben werden kann, was in Ausübung verfassungsmäßiger Kompetenzen verbindliches Recht geworden ist. Wenn es der Wille der Verfassung wäre, daß die Erlasse der Gesetzgebung, der Vollziehung und der Rechtsprechung in einem anderen Verfahren außer Kraft gesetzt werden könnten, müßte dies nicht nur in einer ausdrücklichen Norm der Verfassung statuiert sein, sondern es müßte überdies das Wesen der Kompetenz geändert werden, indem durch die Ausübung einer Kompetenz nicht mehr verbindliches Recht entstehen könnte. Mit Rücksicht auf das Wesen der Kompetenz und auf die durch die Bundesverfassung getroffene geltende Kompetenzordnung, liegt der Schluß nahe, daß das Institut der Verfassungsinitiative nicht gegeben ist zur Aufhebung der Erlasse der Gesetzgebung, der Vollziehung und der Rechtsprechung.

Eine Verfassungsinitiative, die gegen geltendes Gesetzesrecht, gegen einen rechtskräftigen Verwaltungsakt und gegen ein rechtskräftiges Urteil gerichtet ist, steht deshalb im Widerspruch zur Verfassung und sollte als verfassungswidrig von der zuständigen Instanz zurückgewiesen werden.

Es muß übrigens mit allem Nachdruck darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Zulässigkeit von Verfassungsinitiativen, die gegen geltendes Gesetzesrecht, rechtskräftige Verwaltungsakte und Urteile gerichtet sind, zu einer Lahmlegung der staatlichen Funktionen führen müßte, weil durch eine Verfassungsinitiative – es sei wiederholt – außer Kraft gesetzt werden könnte, was in Ausübung verfassungsmäßiger Kompetenzen verbindliches Recht geworden ist; das ist aber sicherlich nicht der Sinn der Verfassung.

Wenn nun eine derartige Initiative nicht zurückgewiesen, sondern der Volksabstimmung unterbreitet und zur Verfassungsnorm erhoben wird, kann die Problematik nicht übersehen werden, die nun dadurch entsteht, daß im Sinne der Kompetenzordnung eine Norm der Verfassung einem Erlaß der Gesetzgebung, der Vollziehung und Rechtsprechung nicht vorgehen, daß also die Rangfolge Verfassung-Gesetz nicht zutreffen soll. Diese Problematik liegt im Wesen des organisatorischen Rechtes, das die staatlichen Funktionen bestimmt und die Organe einsetzt, die zur Schaffung von Verhaltensrecht zuständig sind, von Recht also, das Geltung beansprucht und Geltung beanspruchen soll und muß. Diese Problematik ist auch in der Bundesverfassung in Art. 113 Al. III erkannt worden. Der Hinweis auf Art. 113 Al. III wird hier nicht gemacht zur Begründung der hier vertretenen Auffassung von den materiellen Schranken der Verfassungsinitiative, sondern bloß zur Bestätigung derselben. Art. 113 Al. III BV bestimmt, daß für die Rechtsprechung nicht die Bundesverfassung maßgebend ist, sondern die Bundesgesetze, die allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse und die genehmigten Staatsverträge; dazu kommen im Sinne von Giacometti die Vollziehungsverordnung, die delegationsmäßige Bundesverordnung, die Vollmachtenverordnung und der einfache Bundesbeschluß. Der Vorrang dieser Erlasse vor der Verfassung ist – darin sind sich Burckhardt, Giacometti und Fleiner einig – ein allgemeiner Grundsatz des Schweize-

rischen Bundesstaatsrechtes. Es wäre ja widerspruchsvoll, wenn diese Erlasse durch eine auf dem Wege der Verfassungsinitiative entstandene neue Norm der Verfassung außer Kraft gesetzt werden sollten, in der Rechtsverwirklichung aber der Bundesverfassung im Sinne von Art. 113 Al. III doch vorgehen müßten.

Aus diesen Gründen erkenne ich im geltenden Gesetzesrecht, im rechtskräftigen Verwaltungsakt und im rechtskräftigen Urteil eine materielle Schranke der Verfassungsinitiative. Diese Schranke besteht mit Rücksicht auf das Wesen der Kompetenz und auf die geltende Kompetenzordnung ohne ausdrückliche Norm. Aus den gleichen Gründen ist auch das Argument von Giacometti unzutreffend, wonach jedes Begehren Gegenstand einer Verfassungsinitiative sein könne, weil eine Legaldefinition der Verfassung fehle. Das Fehlen einer Legaldefinition der Verfassung steht dem Sinn der Verfassung nicht entgegen, daß in Ausübung verfassungsmäßiger Kompetenzen verbindliches Recht entsteht, das durch eine Verfassungsinitiative nicht außer Kraft gesetzt werden kann.

Es muß abschließend noch die Frage aufgeworfen werden, welche Instanz zur Wahrung der geltenden Kompetenzordnung, zur Wahrung der Schranken der Verfassungsinitiative, d.h. zur Zurückweisung einer verfassungswidrigen Initiative im hier dargelegten Sinne zuständig ist. Die Bundesversammlung hat nach geltendem Recht die Verfassungsinitiativen entgegenzunehmen und zu prüfen; sie ist zur Gesetzgebung zuständig, die hier als eine Schranke der Verfassungsinitiative erkannt wurde. Die Bundesversammlung übt außerdem nach Art. 71 BV die oberste Gewalt im Bunde aus. Diese Rechtslage veranlaßt mich, die Bundesversammlung ebenfalls zur Zurückweisung von verfassungswidrigen Initiativen zuständig zu erachten, eine Kompetenz, die auch ihrer staatspolitischen Bedeutung entspricht. Ob dabei das Gutachten des Bundesgerichts einzuholen ist, ist eine andere Frage.

Walther Burckhardt, dessen lichten Geistes hier ehrend

gedacht sei, schrieb in seiner «Methode und System des Rechts», daß in der obersten Instanz das Bewußtsein der Pflicht und die moralische auctoritas die rechtliche Bindung ersetzen müsse. Dieser Grundsatz gilt vor allem für die Bundesversammlung im Falle der Zurückweisung von verfassungswidrigen Initiativen. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht – wir befinden uns hier an der Grenze der rechtlichen Erfassbarkeit –, sondern vielmehr um eine Frage ihrer ethisch-politischen Verantwortung. Keinesfalls ist es aber, wie es in der letzten Zeit so oft den Anschein machte, eine Frage der opportunistischen Rücksichtnahme.

Wir leben in einem Zeitalter der Infiltration und des indirekten Vorgehens gegen die westliche Weltordnung, sowohl auf politischem und rechtlichem wie auch auf strategischem Gebiet. Eine Methode auf rechtlichem Gebiet ist die schrankenlose Initiativpraxis, weil sie unter dem Deckmantel der Demokratie zur Lahmlegung und Immobilisierung der staatlichen Funktionen führt und gegen jede staatliche Ordnung gerichtet ist. Auf diese Gefahr hinzuweisen, hielt ich für eine Aufgabe des Juristen.

Dr. *Walter Hildebrandt*, Fürsprech, Bülach:

Gegenüber der Stellung des französischen Referenten erfüllen mich Bedenken, weil die Verfassung mir als stetiges Produkt der frei waltenden Rechtsüberzeugung des Volkes erscheint. Der deutsche Referent, Herr Professor Kägi, steht – übrigens zusammen mit Herrn Dupraz – auf dem Boden der rechtsstaatlichen Demokratie. Die demokratische Mehrheit ist darnach nicht rechtlich schrankenlos in ihrer Rechtsetzung, sondern an grundlegende Rechtsnormen gebunden. Offenbar wird dabei vorausgesetzt, daß die Verfassungsform der Demokratie bereits selber der unbedingte Ausdruck dieser grundlegenden Rechtsnormen sei, gewissermaßen zwingend aus diesen vorbestehenden Rechtsnormen hervorgehe. Wir sollten aber wohl von der Demokratie doch etwas bescheidener denken; die Geschichte

leitet uns dazu an. In der Geschichte nämlich wird deutlich, daß die Demokratie einfach die Gestaltwerdung gewisser Rechtsüberzeugungen des Volkes ist. Zugegeben: man kann diese Rechtsüberzeugungen als ideal, als christlich, als naturrechtlich zwingend, als bewährt und unaufgebbar betrachten. Jedoch: vergessen wir nicht, daß es doch nur die Rechtsüberzeugungen eines Volkes in einer bestimmten Zeit sind! Rechtsüberzeugungen aber können sich ändern. Sogar dann können sie sich ändern, wenn wir von ihrer Richtigkeit überzeugt sind und wir sie um keinen Preis aufgeben wollen. Von dieser Erkenntnis aus muß ich mich gegen die Verabsolutierung der Demokratie, gewisser rechtsstaatlicher Auffassungen und namentlich der Verfassung wenden. Die Demokratie und ihre rechtsstaatlichen Grundsätze stehen und fallen mit der Rechtsüberzeugung des Volkes. Gegen ihre Änderung ist kein Kraut gewachsen. Selbst die Besten des Volkes, namentlich auch die besten Rechtsgelehrten können dagegen nichts ausrichten. Der Entscheid über die Geltung und Verwirklichung von Rechtsüberzeugungen ist nämlich kein Gegenstand des Rechtes mehr, sondern ein Gegenstand der Politik, und die Rechtslehre setzt erst wieder ein, wenn das Recht gesetzt ist. An Stelle der sich abzeichnenden Absolutheit der Verfassung müssen wir uns mit einem anderen Prinzip, das ich das Prinzip der *Wahrheit der Verfassung* nenne, bescheiden. Die Verfassung soll die Rechtsüberzeugung des Volkes jederzeit wahr zum Ausdrucke bringen. Umgekehrt muß sie von dieser Rechtsüberzeugung getragen sein, um überhaupt Geltung beanspruchen zu können.

Von hier aus ergeben sich Folgerungen für die Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung. Dieses Volksinitiativrecht an sich schon ist nur zu verstehen aus dem Bedürfnisse einer Wandlung der Rechtsüberzeugung des Volkes gegenüber der einmal festgesetzten Verfassung. Unsere geschätzten Referenten sind indessen davon überzeugt, daß neben den formellen Schranken des Initiativrechtes auch materiell-rechtliche Schranken bestehen. Be-

greiflich, denkt man, daß die einmal verfaßte Demokratie sich selber zu schützen trachtet! Aber – und hierauf müssen wir den Finger legen – die bundesstaatliche Demokratie schützt sich in Tat und Wahrheit gar nicht durch materielle Schranken der Verfassungsrevision. Die behaupteten Schranken sind lediglich Rechtsansichten. Sie werden zwar als dem Geiste der Verfassung innewohnend vertreten; ich möchte sie aber unter den Satz aus Goethes «Faust» stellen:

«Was ihr den Geist der Zeiten heißt,  
Das ist im Grund der Herren eigner Geist,  
in dem die Zeiten sich bespiegeln.»

Noch mehr: gegenüber dem Urvorgang einer sich anhebenden Änderung der Rechtsüberzeugung im Volke stellen sich die behaupteten Schranken sogar bloß als Äußerungen einer bestimmten, in der demokratischen Diskussion natürlich erlaubten *Politik* dar. Daß es Politik ist, daran ändert auch ein etwaiger hoher sittlicher und juristischer Gehalt der Äußerungen nichts. Verfassungsrevision ist nun wirklich ein Urvorgang neuer Rechtsbildung. Selbstverständlich dürfen sich die Vertreter materieller Schranken in einem Abstimmungskampfe gegen eine Initiative in aller Freiheit vernehmen lassen. Wer wollte sich aber anheischig machen, mit Schranken alten Rechtes die Bildung neuen Rechtes zu verhindern? Sind wir Juristen schon etwas wie Historiker – und zwar Historiker von der gefährlicheren Sorte, weil unsere mit bereits historischen Sätzen begründeten Urteile das Leben der Gegenwart geltend ordnen –, so müssen wir uns doppelt davor hüten, auch die Zukunft historisch festzulegen. Die Bundesverfassung tut das jedenfalls wohlweislich nicht. Es wäre ein Widerspruch in sich selbst. Wo das aber versucht und getan wird, da ersteht vor uns das Bild einer – gegen politische Krankheiten gewiß nicht unanfälligen – *Gewalt über dem Volke*, welche das Volk im Zaum halten möchte, politisch im Zaum halten möchte, gleichgültig ob aus den besten oder aus den schlechtesten Beweggründen. Dann aber haben wir gerade das

Hauptstück an der «Demokratie» nicht mehr, dann haben wir die Selbstbestimmung des Volkes nicht mehr. Demgegenüber darf man doch darauf trauen, daß sich das Volk auch ohne materiell-rechtliche Schranken des Initiativrechtes innerhalb der sittlichen Schranken zurechtfinde. Wenn man übrigens schon von Gefahren für die Verfassung reden will, dann wäre auch die kalte Umdeutung von Verfassungsbestimmungen ohne Initiative als Gefahr in Betracht zu ziehen.

Nun sei aber noch der praktische Fall einer Initiative betrachtet! In den beiden Referaten ist mehrfach die «*Rheinau-Initiative*» angezogen worden. Da ich leiblich und geistig nahe bei Rheinau wohne, müssen Sie mir verzeihen, wenn auch ich diesen roten Faden aufgreife. Die «Rheinau-Initiative» galt bekanntlich dem Schutze der Stromlandschaft Rheinfall-Rheinau oder anders betrachtet: sie wollte das Freiheitsrecht des Volkes auf diese Landschaft wahren. Die Herren Referenten halten anscheinend dafür, daß diese Initiative die Schranken des Initiativrechtes überschritten habe. Zugegeben sei, daß die «Rheinau-Initiative» staatsrechtlich eine ungewohnte Erscheinung war. In ihrer Eigenartigkeit hatte sie aber auch einen mindestens ebenso eigenartigen Anlaß: den säkularen Einbruch der Technik in eine schönste, nach Ansicht der Initianten geschützte Naturlandschaft des Vaterlandes, und zwar mit staatlicher Bewilligung. Indem die Bundesversammlung die Initiative zur Volksabstimmung brachte, hat sie so gehandelt, wie sie nicht anders handeln durfte. Trotz des ablehnenden Volksentscheides förderte die Initiative nun offensichtlich wenigstens die Bildung einer neuen Rechtsüberzeugung auf dem Gebiete des Schutzes der Natur. Zurückweisung der Initiative hätte das Stillstellen dieser Rechtsentwicklung bedeutet. Die Initiative hatte also politische, sittliche und sogar rechtliche Bedeutung. Behauptete Rechtsgüter wurden gegeneinander abgewogen. Da durfte kein Rechtsgut von vorneherein als das gewichtigere gewertet werden, indem man zu seinen Gunsten eine materielle Schranke anbrachte.

Der Ausgang der Initiative beweist, daß materielle Schranken eine Gefahr für die Rechtsentwicklung und für die Wahrheit der Verfassung darstellen.

*Die Wahrheit der Verfassung, ihre Übereinstimmung mit der Rechtsüberzeugung des Volkes habe ich als oberstes Prinzip bezeichnet.* Darin wissen wir uns einig mit den einsichtsvollen Worten Gottfried Kellers, der uns dartat: «Eine Verfassung ist keine stilistische Examenarbeit. Die sogenannten logischen, schönen, philosophischen Verfassungen haben sich nie eines langen Lebens erfreut. Wäre mit solchen geholfen, so würden die überlebten Republiken noch da sein, die sich einst bei Rousseau Verfassungen bestellten, weil sie kein Volk hatten, in welchem die wahren Verfassungen latent sind bis zum letzten Augenblick. Uns scheinen jene Verfassungen die schönsten zu sein, in welchen ohne Rücksicht auf Stil und Symmetrie ein Konkretum, ein errungenes Recht neben dem anderen liegt, wie die harten glänzenden Körner im Granit, und welche zugleich die klarste Geschichte ihrer selbst sind.» (Basler «Sonntagspost» 1864.)

*M. Maurice Battelli*, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève:

Les discussions qui se sont engagées au sujet des limites du droit d'initiative populaire ont montré qu'il s'agit là d'un domaine où les éléments politiques et juridiques sont étroitement liés entre eux. Dans leurs excellents rapports, MM. Kaegi et Dupraz ont tous deux reconnu que le droit d'initiative populaire, en matière constitutionnelle, était soumis à des limites d'ordre matériel. Il est heureux que la question ait été nettement posée, en quelque sorte «à froid», sur le terrain purement scientifique. En effet, lorsque des problèmes concrets sont en discussion, leur aspect politique passe au premier plan, et s'impose fréquemment à ceux qui les examinent. On l'a bien vu à propos de l'initiative de Rheinau et de l'initiative Chevallier. Il en a souvent été de même dans les cantons. C'est ainsi

qu'à Genève, une initiative «pour le renouvellement du Conseil d'Etat» a été soumise à la votation populaire, le 5 avril 1936, alors que l'*Abberufungsrecht* est inconnu du droit genevois. Au surplus, l'initiative demandait que le gouvernement fût soumis à réélection au cours de l'année 1935!

M. Kaegi a cherché à déterminer, avec précision, les domaines dans lesquels le droit d'initiative populaire en matière constitutionnelle ne peut pas s'exercer valablement. Son analyse, très serrée, apporte de solides arguments à la discussion. Il a eu raison d'attirer l'attention sur les divers aspects d'un problème fort complexe. Certaines des idées qu'il énonce seront sans doute longuement discutées.

Il n'est guère possible de tracer une limite précise entre la revision totale et la revision partielle de la Constitution. Le vote des «articles économiques», en 1947, n'a-t-il pas eu une portée aussi vaste que la revision totale de 1874?

D'autre part, une certaine confusion existe entre la Constitution et la loi ordinaire. On peut constitutionnaliser certaines dispositions comme, par exemple, le système électoral. Avant 1918, le législateur était libre de déterminer le mode d'élection du Conseil national. Depuis lors, la représentation proportionnelle lui est imposée (art. 73 révisé de la Cst. féd.).

Dans un pays libéral, l'individu (ou, si l'on préfère, la personne humaine) doit être le but, l'Etat le moyen. Il n'en reste pas moins que, de nos jours, les droits individuels subissent de nombreuses restrictions, en partie inévitables. Que l'on songe aux tendances dirigistes, qui ont pour conséquence un contrôle accru de l'Etat dans le domaine économique et social, sans parler des nationalisations.

Enfin, il paraît difficile d'empêcher que des revisions constitutionnelles de durée limitée soient proposées par voie d'initiative populaire, du moment que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale proposent périodiquement le vote d'additifs constitutionnels.

En revanche, il convient de mettre l'accent sur la notion de séparation des pouvoirs. L'initiative populaire a pour

but d'assurer au peuple et aux cantons le pouvoir suprême, mais non pas un pouvoir absolu. Un Etat fondé sur le droit ne saurait admettre une complète confusion des pouvoirs, au nom de la souveraineté populaire. Il appartient à l'Assemblée fédérale, compétente pour examiner si, à la forme, une initiative populaire a abouti, de se prononcer également sur la recevabilité, quant au fond, des demandes présentées. Il va sans dire que les Chambres doivent s'interdire de limiter artificiellement l'exercice d'un droit démocratique fondamental, mais il est de leur devoir d'assurer le respect de la Constitution, loi fondamentale de la Confédération suisse.

*Oscar Odermatt*, Fürsprech und Notar, juristischer Sekretär des Justiz-Departements, Solothurn:

Trotzdem auch die Verfassung dem von Heraklit geformten Naturgesetz  $\pi\acute{\alpha}\nu\tau\alpha \rho\acute{\epsilon}\epsilon\tilde{\iota}$  (panta rhei) unterliegt, anerkennen wir die unantastbaren, gleichsam sakrosankten Grundnormen, wie dies von beiden Referenten zutreffend ausgeführt wurde. Bei aller Leidenschaft für die Freiheit im Rechtsstaat lassen wir außer den von keiner Seite bestrittenen formellen auch die materiellen Schranken der Volksinitiative auf partielle Verfassungsrevision gelten. Gerade sie sind es, die uns die Freiheit erhalten. Sie wirken ähnlich einer Lawinenverbauung gegen drohende Gefahren.

Wir haben mit Genugtuung vernommen, daß nicht daran gedacht wird, das Initiativrecht des Volkes einzudämmen (vgl. Seite 877 a, These I Abs. 2). Wir wollen nur den Aktionsradius dieses Rechts bestimmen, was sicher wertvoll ist. Irgendeinen Katalog in der Verfassung über die Einschränkungen lehnen wir ab. Er wurde übrigens auch nicht postuliert. Wir haben schon übergenug Schranken. Wenn die Entwicklung im gleichen Stil fortschreitet, erhalten wir den Schranken- und Verbotsstaat. Wir kennen Praktiker, die annehmen, er sei bereits da.

Wenn auch Lachenals Ausspruch vom unfehlbaren Volk übertrieben ist, brauchen wir doch nicht allzu ängstlich

zu sein. Unsere stimmberechtigten Schweizer Bürger – und so wage ich zu hoffen: auch dereinst die stimmberechtigten Schweizer Bürgerinnen – verdienen Vertrauen. Wie oft schon haben die Aktivbürger ein erstaunlich feines Sensorium für den Rechtsstaat erwiesen, etwa als sie völlig unnötige Verbotsgesetze ablehnten oder der hypertrophierten Verbandspolitik den heilsamen Dämpfer aufsetzten.

Besondere Freude dürfen wir empfinden über Kägis These X (Seite 881 a): die Verfassungstreue. Unsere Magna Charta ist trotz etlicher Verunreinigungen im Grunde eine freiheitliche Verfassung. Ich schließe daher mit dem abgewandelten klassischen Zitat Catos, das uns als Leitlinie dienen mag: *Ceterum censeo libertatem esse colendam!*

Dr. *Martin Usteri*, Zürich:

Die folgenden Ausführungen befassen sich lediglich mit drei Gedankenkreisen. Sie stellen ein Diskussionsvotum dar. Sie erheben daher nicht Anspruch auf wissenschaftliche Vollständigkeit.

Gestatten Sie zuerst eine Bemerkung zur Frage der Methode in der Staatsrechtslehre: Beide Referenten geben eine Auslegung der Bundesverfassung und versuchen also, das *positive Recht* zu erkennen. Damit haben sie sich auf den Boden eines richtigverstandenen *Positivismus* gestellt. Dieser besteht eben darin, daß der eigentliche Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis das positive Recht sein soll. Daher ist der These von Prof. Kägi: «Es geht hier gar nicht um die Frage ‚positives Recht oder Naturrecht‘, sondern um die richtige Auslegung unserer *positivrechtlichen* Grundordnung» voll zuzustimmen. Das Problem materieller Schranken der Verfassungsrevision soll daher nicht mittels außerrechtlicher Maßstäbe, sondern ausschließlich auf Grund des positiven Rechts in Angriff genommen werden.

Geht man von dieser Fragestellung aus, sind dann aber auch an den *Nachweis* materieller Schranken diejenigen Anforderungen zu stellen, die man gemeinhin an den Nach-

weis von Rechtsnormen stellt. Die Existenz materieller Schranken muß mit dem positiven Rechtsmaterial belegt werden können, wobei das positive Rechtsmaterial zugebenermaßen nicht nur aus den Materialien, sondern auch aus weiterem soziologischem Material besteht. Und da in diesen schwer erforschbaren Grenzregionen der Verfassungsrevision die Gefahr besteht, daß eine bloß wünschbare Norm als positivrechtlich gegeben hingestellt wird, müssen die Anforderungen an die Beweisführung besonders strenge sein.

Dieser *Beweisführung* nun stehen im wesentlichen zwei Möglichkeiten offen: Entweder kann aus dem inneren Sinn unzweifelhaft gegebener Normen auf weitere Normen zwingend geschlossen werden, oder es kann eine bisher nicht erkannte Norm als ausdrücklich gegebene Norm aufgezeigt werden.

Die *grundsätzliche These* materieller Schranken der Verfassungsrevision in der Bundesverfassung darf unter den dargestellten Gesichtspunkten als bewiesen gelten: Das Grundnormengefüge oder absolute Verfassungssystem ist rechtlich unrevidierbar. Nun aber stellt sich die schwierige Frage, welcher *Inhalt und Umfang materieller Schranken* positivrechtlich nachgewiesen werden kann. Und da scheint mir vor allem der Beweis nicht gelungen zu sein, daß die Bundesverfassung als Schranke der Verfassungsrevision den Begriff der «Verfassungsmaterie» enthalte. Schon die Abgrenzung zwischen generell-abstrakten und individuell-konkreten Normen ist eine quantitative. Diese – besonders von Prof. Giacometti bewiesene – These wurde durch die Referate nicht widerlegt. Was gar als verfassungswesentliche generell-abstrakte Normen und was nicht als solche anzusprechen sei, vermochten die Referenten nicht mit einer praktisch zu handhabenden klaren Formel zu umschreiben.

Diese Kritik wird m. E. noch deutlicher, wenn man die Frage nach dem zuständigen Organ für die Sanktionierung der nachgewiesenen Schranken gegenüber den Initianten

ins Auge faßt. De lege lata sind die Referenten der Auffassung, die Kompetenz stehe *selbstverständlich* der Bundesversammlung zu. Dem ist m.E. jedoch nicht so. Positivrechtlich besteht keine stillschweigende Kompetenz der Bundesversammlung, denn die Bundesversammlung ist zwar als oberste Gewalt im Bunde eingesetzt, aber sie ist durch ausdrückliche Verfassungsvorschrift nur «unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone» als oberste Gewalt eingesetzt. Es besteht daher m.E. eine echte *Verfassungslücke*; und zwar eine echte Lücke im Sinne Walther Burckhardts. Und diese Lücke nun ist gemäß dem obersten Wert unseres Verfassungssystems, nämlich dem Wert der Freiheit, zu füllen. Entsteht zwischen Initianten und der Bundesversammlung über die Anwendung der materiellen Schranken ein Streit, so stellt dies m.E. einen Kompetenzkonflikt dar. Die Verfassung enthält aber, wie gesagt, kein Organ zur Entscheidung dieses Kompetenzkonfliktes. Das Organ, das diesen Kompetenzkonflikt lösen soll, muß daher das die Freiheit am ehesten garantierende Organ sein. Das ist aber die Mehrheit von Volk und Ständen selbst. Ein anderes Vorgehen erscheint daher als illegal.

In den rechtspolitischen Folgerungen stimmen nun die Referenten nicht überein. Während Herr *Dupraz* eine Verfassungsrevision vorschlägt, lehnt Herr Professor *Kägi* diesen Gedanken entschieden ab. Dies deshalb, weil «ein solcher Revisionsvorstoß in der Gegenwart keinerlei Chancen der Verwirklichung» habe. Es wird lediglich eine «grundsätzlichere Praxis der Bundesversammlung» verlangt.

Dazu ist nun noch kurz zweierlei anzumerken. Erstens *ist* die Praxis der Bundesversammlung insofern *grundsätzlich*, als sie jegliche Schranken der Verfassungsrevision konsequent abgelehnt hat. Wie aus den Verhandlungen des Nationalrates über die Chevallier-Initiative hervorgeht, wurde auch dieses Volksbegehren von der Mehrheit des Nationalrates *lediglich aus formellen Gründen* als ungültig angesehen. Die Praxis der Bundesbehörden war daher –

wenn auch in einem zu der hier unterstützten Auffassung gegenteiligen Sinn – durchaus grundsätzlich.

Zweitens aber scheint es unter dem Gesichtspunkt der *recht verstandenen demokratischen Legitimität* höchst fragwürdig zu sein, einerseits materielle Schranken anzuerkennen, andererseits dagegen vor entsprechenden ausdrücklichen Verfassungsvorschriften infolge völliger Aussichtslosigkeit ihrer Annahme zu warnen. Gibt man damit nicht zu, daß die eigene positivrechtliche Auslegung der Verfassung den Wertanschauungen von Volk und Ständen widerspricht? Verlegt man auf solche Weise nicht die *Souveränität* von Volk und Ständen auf ein anderes Organ, vom höchsten Organ auf das zweithöchste? Das ist aber das Wesen des *Staatsstreiches*, daß ein niederes Organ *die Souveränität usurpiert*. Und wenn die politischen Bundesbehörden von Fall zu Fall über die materielle Zulässigkeit von Volksbegehren zu entscheiden hätten, dann läge wiederum ein Dezisionismus, genau so ein Voluntarismus vor – nur daß es sich nicht mehr um den Willen von Volk und Ständen, sondern um den Willen der Behörden handelte. Das vorgeschlagene Vorgehen erscheint daher als *illegitim*.

Dr. *Thomas M. Speiser*, Advokat, Basel:

Ich bin Herrn Professor Battelli sehr dankbar, daß er in seinem Votum auf die Problematik der transitorischen Verfassungsgesetzgebung in der Form von Verfassungszusätzen hingewiesen hat, deren Geltungsdauer zeitlich beschränkt ist.

Herrschende Lehre und Praxis, denen sich offenbar auch die Referenten angeschlossen haben, gehen nämlich davon aus, daß in der Kompetenz zur partiellen Revision der Bundesverfassung auch diejenige zum Erlaß befristeter Verfassungsbestimmungen enthalten sei. Ja, der Bundesrat und ihm folgend die Bundesversammlung haben bei der Behandlung der Rheinau-Initiative die Auffassung vertreten, daß der Verfassungsgesetzgeber außer der Kompetenz zum Erlaß befristeter Verfassungsbestimmungen auch

das Recht habe, die Bundesverfassung im Einzelfalle zu durchbrechen.

Was eine derartige Verfassungspraxis bedeutet, ist ohne weiteres erkennbar, wenn man sich überlegt, wie die Bestimmungen der Bundesverfassung aussehen müßten, falls sie dem Verfassungsgesetzgeber die Kompetenz zur Suspension bzw. Durchbrechung der Bundesverfassung explicite zuerkennen würden.

Art. 118 BV müßte statt

«Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden»

lauten:

«Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert, *im Einzelfalle durchbrochen* oder *suspendiert* werden.»

In Art. 121 BV der, wenigstens soweit die Initiative in Frage steht, eine Legaldefinition des Begriffes der Partialrevision aufstellt, müßte statt

«Die Volksanregung umfaßt das von 50 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern gestellte Begehren auf Erlaß, Aufhebung oder Abänderung bestimmter Artikel der Bundesverfassung»

lauten:

«Die Volksanregung umfaßt das...Begehren auf Erlaß, Aufhebung, Abänderung, *Durchbrechung* oder *Suspension* bestimmter Artikel der Bundesverfassung.»

Sie können sich unschwer vorstellen, wie die in- und ausländischen Koryphäen der Rechtsstaatslehre die schweizerische Bundesverfassung beurteilen würden, wenn der Wortlaut der vorgenannten Bestimmungen mit der effektiven Verfassungspraxis in Übereinstimmung gebracht würde.

Daß diese Frage der transitorischen Verfassungsgesetzgebung nicht leicht genommen werden darf, zeigt sich schon

darin, daß gerade die beiden Initiativen, die Anlaß zur heutigen Diskussion gegeben haben, dem Erfordernis der unbestimmten Dauer nicht genügt haben und schon deshalb hätten ungültig erklärt werden müssen.

Forscht man den Gründen dieser erstaunlichen Kompetenzausweitung nach, so dürfte in erster Linie die Überlegung mitspielen, die «bloße» Suspension oder Durchbrechung eines Verfassungsartikels gehe weniger weit als die dauernde Aufhebung oder Abänderung desselben. Diese Argumentation ist indessen unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten grundsätzlich verfehlt. Richtig ist vielmehr das Gegenteil: Die Suspension oder gar die Durchbrechung von Verfassungsbestimmungen im Einzelfalle geht unvergleichlich viel weiter als die Verfassungsgesetzgebung auf unbestimmte Dauer. Statt *auf Grund der Verfassung* im Sinne einer stabilen Grundordnung des Staates wird *mittels der Verfassungsgesetzgebung von Fall zu Fall* regiert. Die *Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates* werden nicht mehr respektiert.

Weit schwerer als die eben kritisierte Argumentation des «in maiore minus» dürfte indessen der Umstand wiegen, daß der ordentliche Verfassungsgesetzgeber, d.h. Bundesrat und Bundesversammlung, seit Jahrzehnten die Kompetenz zur Setzung transitorischen Rechtes auf der Verfassungsstufe völlig unangefochten, ja mit ausdrücklicher Billigung der Rechtswissenschaft, für sich in Anspruch nehmen. Die Ursprünge dieser Verfassungspraxis reichen mitten in das Vollmachtenregime des Ersten Weltkrieges hinein. Damals wurde eine typische Notmaßnahme, die erste Kriegssteuer, die dem Bund die Mittel zur Deckung der Mobilisationsausgaben verschaffen sollte, dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen unterstellt. Dieses Vorgehen wurde später, namentlich unter dem Eindruck des Dringlichkeitsregimes der dreißiger Jahre noch lange als Großtat der schweizerischen Demokratie gepriesen. Rechtlich besehen handelte es sich keineswegs um eine normale Fortbildung des Verfassungsrechtes, sondern um

die plebiszitäre Legitimierung einer willkürlich aus dem Zusammenhang des Vollmachtenrechtes gerissenen Notmaßnahme. Mit ebensoviel Recht hätte man auch die beiden Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 der Abstimmung von Volk und Ständen unterbreiten können. Beide Beschlüsse wären vermutlich mit noch überwältigenderem Mehr angenommen worden als die erste Kriegssteuer, wiewohl auch diese Vorlage eine eindrucksvolle Mehrheit von Volk und Ständen auf sich vereinigt hatte.

Mit dieser vermeintlichen «Legalisierung» einer notrechtlichen Maßnahme auf dem Gebiete des Finanzhaushaltes des Bundes ist indessen eine verhängnisvolle Entwicklung eingeleitet worden, deren Folgen wir heute mehr denn je zu spüren bekommen. Ist es doch allen Anstrengungen zum Trotz seither nicht mehr gelungen, dem Finanzhaushalt des Bundes eine dauernde verfassungsmäßige Grundlage zu geben. Wohl sind, unterbrochen durch das Dringlichkeitsregime der dreißiger Jahre und das Vollmachtenregime des Zweiten Weltkrieges, immer wieder Anläufe zu einer dauernden Neugestaltung der Finanzverfassung des Bundes unternommen worden, jedoch vergeblich. Lediglich eine Reihe von Übergangsordnungen sind periodisch von Volk und Ständen angenommen worden, und heute erscheint es immer fraglicher, ob es jemals gelingen wird, dem Bunde eine dauernde Finanzverfassung zu verschaffen.

Mittlerweile hat sich die Öffentlichkeit derart an die Institution der transitorischen Verfassungszusätze gewöhnt, daß bedenkenlos versucht werden konnte, auch im Wege der *Volksinitiative* zeitlich beschränktes Verfassungsrecht zu setzen (Kriseninitiative, Volksbegehren zum Schutze der Mieter und Konsumenten, Rheinau- und Chevallier-Initiative u. a. m.).

Wie kann nun diesem Mißbrauch des Initiativrechtes entgegengewirkt werden? Einmal, indem Bundesrat und Bundesversammlung ihre bisherige zurückhaltende Praxis hinsichtlich der Prüfung von Volksbegehren grundsätzlich

aufgeben und im Sinne der Ungültigerklärung befristeter Verfassungsinitiativen neu orientieren. Denkbar wäre sodann eine entsprechende Revision des Bundesgesetzes von 1892/1950 über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betreffend Revision der Bundesverfassung, wobei die Schranken der Initiative auf Partialrevision im Rahmen der einschlägigen Verfassungsvorschriften näher umschrieben werden könnten. In beiden Fällen stehen Bundesrat und Bundesversammlung freilich vor der Gewissensfrage, ob sie gewillt sind, sich selber an dieses Verbot der transitorischen Verfassungsgesetzgebung zu halten. Denn in der direkten Demokratie würde es kaum verstanden, wenn Regierung und Parlament auf diesem Gebiet mehr Rechte für sich beanspruchen, als sie dem Volke zubilligen wollen. Nachdem Art. 89<sup>bis</sup> BV den Weg zur Schaffung transitorischen Verfassungsrechtes für den *Notfall* geöffnet hat – und ohne Not sollte die Bundesverfassung weder suspendiert noch durchbrochen werden –, könnte unseren obersten Behörden wohl zugemutet werden, durch weise Selbstbeschränkung das Ihrige zur Erhaltung unseres Rechtsstaates beizutragen.

Me *Marcel Regamey*, docteur en droit, avocat,  
Lausanne:

Les deux idées qui font le centre des beaux exposés de MM. Dupraz et Kaegi sont dignes de recueillir l'assentiment général des juristes: il existe des normes générales à la base des constitutions de tout Etat civilisé et plus particulièrement de la Constitution fédérale, d'une part; il faut distinguer, d'autre part, entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant institué par la Constitution elle-même.

Le pouvoir constituant du peuple et des cantons se trouve ainsi n'être plus un pouvoir total, sans limites. Il est remplacé dans son cadre juridique.

Ces principes sont d'autant plus nécessaires que la Confédération suisse a son fondement dans une alliance,

facteur moral qui comporte d'emblée la reconnaissance de règles supérieures s'imposant aux confédérés. Ainsi que M. le professeur Kaegi le relève à la page 118 de son exposé, l'abolition des principes fondamentaux de notre Constitution enlèverait à la Confédération elle-même sa raison d'être comme Etat. Il n'en va pas de même des communautés naturelles, qui, gémissant sous le joug des pouvoirs totalitaires, n'en subsistent pas moins comme Etats nationaux. Mais notre Confédération est inséparable de certaines normes; sans elles, elle ne peut subsister.

La difficulté commence cependant dès que l'on veut préciser quelles sont ces normes. Le «respect de la personne humaine», principe tout général qu'on ne saurait contester, donne déjà lieu à des interprétations différentes dans les deux grandes traditions spirituelles, la tradition libérale et la tradition catholique, qui se partagent la Suisse. Pour le libéralisme, l'individu, sa liberté, son développement, est fin de la société. Pour la tradition catholique, l'individu est subordonné à la communauté dont il est une partie, la communauté étant elle-même subordonnée à la personne, c'est-à-dire à l'élément spirituel de la nature humaine.

Si, descendant des principes, on s'attache aux institutions juridiques qui sont censées les réaliser dans la vie collective, on ne peut que difficilement attribuer à ces institutions la valeur éternelle des principes dont elles dépendent.

Prenons, par exemple, les libertés individuelles consacrées par la Constitution. Ce n'est qu'à la fin du dix-huitième siècle, en France, et au milieu du dix-neuvième, en Suisse, que le besoin de liberté a adopté cette expression juridique. Les fondateurs de la Confédération, les rédacteurs et défenseurs des franchises des cantons entrés ultérieurement dans la Confédération n'étaient pas moins soucieux de s'assurer leur liberté personnelle à l'égard de l'Etat mais ils s'en faisaient une tout autre conception juridique. De même la participation des citoyens aux affaires publiques n'a pas toujours eu la forme démocratique actuelle.

Les fondateurs de la Confédération et les défenseurs de nos franchises n'étaient pas moins attachés à ce principe que les citoyens d'aujourd'hui mais ils lui donnaient une forme juridique bien différente.

Le fédéralisme est, cela va de soi, une des bases de notre Confédération. Mais il a subi de telles atteintes depuis 1848 et spécialement depuis quarante ans, que le principe de l'art. 3 de la Constitution, qui conserve aux cantons la compétence générale et n'accorde à la Confédération que des compétences limitativement énumérées, n'a guère plus qu'une portée théorique. A quel moment, le principe fédéraliste serait-il atteint au point que le fondement même de notre droit public serait compromis ?

Il serait donc singulièrement présomptueux de proclamer intangibles des institutions juridiques qui ont profondément changé avec le temps et qui évolueront encore certainement dans un sens que nous ne pouvons prévoir à longue échéance.

Les thèses concordantes des deux rapporteurs reconnaissant à l'Assemblée fédérale la compétence d'examiner le caractère constitutionnel des initiatives populaires quant au fond, c'est-à-dire leur conformité aux principes fondamentaux de la Constitution, nous paraissent très discutables au regard de l'art. 121 de la Constitution et de la pratique constante des Chambres. Si l'Assemblée fédérale devait faire sienne cette interprétation et refuser de transmettre au peuple et aux cantons une initiative populaire, par ailleurs régulière en la forme, le sentiment public y verrait certainement un acte de force, presque un coup d'Etat. Seul un danger grave et imminent pour l'existence même de la Confédération pourrait, à notre avis, justifier une telle intervention du Parlement.

Aussi bien, M. le professeur Kaegi ne veut-il reconnaître à l'Assemblée fédérale le droit d'arrêter, pour des raisons de fond, la marche normale d'une initiative populaire qu'en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la Constitution. Or ce ne sont pas les violations manifestes

qui sont les plus dangereuses car elles apparaissent manifestement comme telles au peuple lui-même. Ce sont au contraire souvent des initiatives apparemment conformes à l'esprit de la Constitution qui, dans leurs effets, sapent les principes essentiels de notre droit public. La Confédération serait sans défense contre ces atteintes sournoises.

Même si la protection juridique des principes fondamentaux sur lesquels est construite la Confédération ne nous paraît guère possible à l'égard des abus de l'initiative populaire, nous pensons qu'il est important et utile que le monde des juristes dans son ensemble reconnaisse et proclame que la souveraineté du peuple est doublement limitée par les principes généraux de tout Etat civilisé et par les constantes particulières de notre droit public.

Dr. *Felix Weber*, Bundesvizekanzler, Bern:

Die Diskussion über die Rheinauinitiative und die Chevallierinitiative hat schließlich in einen derartigen Dschungel von Vorschriften, Präjudizien und Meinungen der verschiedensten Juristen, Politikern und Journalisten geführt, daß es ein verdienstliches Unternehmen unseres Vorstandes war, zwei Pfadfinder zu beauftragen, uns einen Weg heraus und vielleicht zurück zu zeigen. Wenn auch die Zeit nicht ausreichte, die beiden Berichte gründlich zu studieren, so konnte man sich doch beim Lesen in der Diagonale schon ein Bild über die weiterhin bestehende Problematik machen. Der welsche Referent ist Schritt für Schritt in das Dickicht eingedrungen, hat Felsen überklettert und mit dem Buschmesser das Dickicht gelichtet und hat so seinen Weg gefunden, während der deutsche Referent gewissermaßen im Helikopter aufgestiegen ist und uns eine imponierende Gesamtschau des Geländes übermittelt hat. Auch in der Kartographie werden diese beiden Methoden nebeneinander verwendet und ergänzen sich gegenseitig ausgezeichnet. Es schiene mir nun schade, und die Mühe und den Aufwand nicht wert, wenn wir heute über diese Berichte diskutieren würden, um dann nächstes Jahr wieder zu

einem andern Thema überzugehen. Die Frage scheint mir so wichtig und so aktuell, daß es sicher viele von uns begrüßen würden, wenn der Vorstand sich entschließen könnte, sie auf der Traktandenliste zu belassen, mit dem Ziel, zu einer Meinungsbildung des Juristenvereins zu gelangen, die ihren Niederschlag in einer Reihe von Thesen finden würde, denen die Versammlung des nächsten Jahres zustimmen könnte. Vielleicht könnte man dann auch die Verhandlungsguillotine etwas weniger energisch betätigen. Die erwähnten Thesen sollen die Grundlage für eine Eingabe an die Behörden aber auch für eine weitgehende Aufklärung der Öffentlichkeit bilden. Es ist ja schon so, wie Herr Prof. Kägi in seiner Einleitung sagt: «Die Anschauungen der Wissenschaft und des Volkes – oder doch der großen Mehrheit des Volkes – über diese Grundfragen müssen sich in den relativ ruhigen Zeiten der politisch-staatsrechtlichen Entwicklung klären und festigen, wenn sie die Bewährungsprobe in unruhigen Zeiten bestehen sollen». Herr Professor Kägi lehnt jedoch einen Revisionsvorstoß zur schriftlichen Fixierung der materiellen Schranken in der Verfassung ab, hauptsächlich mit der Begründung, daß er auf eine Sturzflut des Mißtrauens stoßen würde, eines Mißtrauens, das heute sehr leicht geweckt und genährt werden kann. Wenn die Schlagwörter «Abbau der Demokratie», «Bevormundung des Volkes», «Restauration der repräsentativen Demokratie», «Attentat auf den Souverän», mobilisiert würden, dann wird auch das reinste rechtsstaatliche Wollen auf verlorenem Posten stehen. Nun besteht aber tatsächlich das Hauptproblem darin, wie man unserm Volke, unsern Stimmbürgern solche Gedankengänge, sofern man ihnen selber zustimmt, verständlich machen und von der weitverbreiteten Idee der *Schrankenlosigkeit der demokratischen Entscheidungsgewalt* abbringen kann. Für viele unserer Mitbürger bedeuten diese Wege eine Neuorientierung und eine Schwenkung um 180 Grad, so daß die politischen Konsequenzen auch sehr wohl überlegt werden müssen. Es genügt nicht, die Mitglieder des Juristenver-

eins zu überzeugen von der Richtigkeit der gefundenen Lösungen, sondern der Souverän muß es glauben, dem in dieser Frage das letzte Wort zukommt. Es schiene mir eine verdienstvolle Aufgabe des Juristenvereins zu sein, wenn er die Initiative ergreifen würde und, sofern er sich selbst zu einem klaren Standpunkt durchgerungen hat, mit andern staatsbejahenden Vereinigungen und mit den politischen Parteien Kontakt nehmen wollte, um die längst notwendig gewordene Kopfklärung auf breitester Front herbeizuführen. In unserer Demokratie kann die Erziehung des Staatsbürgers nicht von der Behörde ausgehen. Sie ist Aufgabe der politischen Parteien, die aber in Fachfragen wie der vorliegenden auf die Juristen angewiesen sind. Ich bitte den Vorstand, diese Anregung entgegenzunehmen und zu prüfen und eventuell jetzt schon eine Kommission zu bestimmen und zu beauftragen, für die nächste Tagung des Juristenvereins in volkstümlicher Sprache die Thesen für den erwähnten Zweck auszuarbeiten. Sollten sich wider Erwarten bei den Bemühungen einer solchen Kommission schon Schwierigkeiten zeigen, im Juristenverein eine Einigung über die wichtigsten Grundfragen zu erzielen, so wäre die Zeit, die man aufwendet, um die Probleme zu Boden zu reden, doch nicht verloren. Mindestens würden solche Anstrengungen Ihnen allen einen schwachen Begriff dessen vermitteln, was unsern Bundesräten tagtäglich zugemutet wird. Gute Ideen und senkrechte Auffassungen haben ist gut, sie überzeugend formulieren zu können ist noch besser, aber sie in der Politik des Alltags durchzusetzen ist das, was erst den Fortschritt bringt.

Wir sollten uns nicht nur erbauen,  
wir sollten auch die Kost verdauen,  
zum besten Grundsatz uns bekehren  
und für die Überzeugung wehren.

M<sup>e</sup> *Agénor Krafft*, avocat, D<sup>r</sup> en droit, Lausanne:

Après les interventions de MM<sup>es</sup> Usteri et Regamey je puis me contenter de 3 brèves remarques.

1. On nous propose tout d'abord l'examen préalable des initiatives, pour la forme, par le Tribunal fédéral comme on l'a réalisé, sous une autre forme, pour les brevets d'invention. Je crois pouvoir dire qu'une telle procédure ne serait jamais admise par le peuple suisse. Pour lancer une initiative il faut beaucoup de temps, de dévouement du moins lorsqu'elle n'émane pas d'organisations puissantes. S'il fallait maintenant exiger de ces citoyens qu'ils entament une procédure devant le Tribunal pour obtenir l'exequatur, avec les frais que cela pourrait comporter et la procédure qui serait nécessaire, l'opinion publique rejettera cette proposition comme une sorte de brimade. Sans doute l'on comprend le but d'une telle proposition qui serait juridiquement dans l'intérêt des initiateurs mais l'initiative populaire étant considérée comme un droit essentiel et populaire on se heurtera à une opposition contre ces exigences de forme qui devraient être réduites au minimum ou même disparaître complètement.

2. Pour ce qui en est des thèses des rapporteurs sur les exigences de fond et des limitations qu'on voudrait introduire, l'on comprend également l'idée essentielle de ces postulats qui cherchent à assurer au pays certaines garanties de continuité et de stabilité.

Mais d'une part comme jusqu'à aujourd'hui ces exigences n'ont pas été stipulées on considérera nécessairement ces propositions comme un retour en arrière et personnellement j'y suis opposé. Sans doute les distinctions qu'on voudrait introduire soit l'exigence de propositions dans le cadre constitutionnel et l'intangibilité de certains principes de base seraient conformes à la définition donnée par Benjamin Constant de la liberté soit le triomphe de l'individualité non seulement sur l'autorité qui voudrait gouverner par le despotisme mais «sur les masses qui réclament le

droit d'asservir la minorité à la majorité» mais jusqu'à aujourd'hui, à part les décisions récentes des Chambres fédérales, l'on a fait confiance absolument au peuple suisse.

Ce dernier se considère comme majeur et comme le seul arbitre souverain.

Il considère que ce que ses ancêtres ont fait il peut le défaire ou le changer. Il n'admettra jamais qu'on lui impose des principes intangibles et qu'on puisse considérer que toute initiative ne serait pas valable quant au fond.

Si par exemple une initiative était lancée pour demander que le bouddhisme soit la seule religion reconnue en Suisse, un tel texte, qui serait en contradiction avec d'autres principes de la Constitution, ne saurait être écartée que par un vote populaire avant lequel la presse et l'opinion publique auront toute liberté d'expliquer au peuple les conséquences d'une acceptation d'une telle initiative.

En résumé il me paraît exclu que l'on puisse accepter les barrières qu'on nous propose.

On a dit que la Chambre des communes anglaise avait le droit de prendre n'importe quelle décision sauf celle de transformer un homme en femme.

En Suisse nous considérons que c'est au peuple suisse seul qu'appartient un tel pouvoir.

Il ne faut pas oublier non plus l'origine et le but de l'initiative. Cette dernière est une soupape de sûreté pour éviter la révolution. Nous en sommes fiers dans nos ouvrages de droit public et dans nos rapports avec l'étranger. Comme l'a dit M<sup>e</sup> Regamey la décision des Chambres fédérales sur l'initiative Chevallier est en réalité un coup d'Etat. C'est précisément pour éviter la répétition de semblables coups d'Etat qu'il faut retourner au principe de la liberté absolue. Si nous freinons ce rouage, nous ouvrons la porte à la révolution que nous proclamons impossible en Suisse à cause de l'existence de ce droit essentiel qui doit rester intact et sans réserve.

3. Enfin je m'étonne que l'on ait pas remarqué jusqu'à maintenant que le droit d'initiative n'est au fond qu'un

droit de pétition collectif. L'on ne saurait supprimer le droit individuel de pétition qui doit rester illimité. Comment peut-on concevoir une limitation au droit d'initiative qui relève du même principe, la souveraineté absolue du peuple.

Pour la pétition le pouvoir législatif en décide. Pour l'initiative c'est le peuple seul qui doit juger. En poussant le raisonnement à l'absurde cela signifie sans doute que le peuple suisse a le droit au suicide mais il faut faire confiance à ce dernier et s'il veut faire une bêtise ce n'est pas à nous juristes à l'en empêcher par des principes de droit qui seront rejetés par ceux qui ont l'orgueil de leur liberté.

*Gerold Meier*, Rechtsanwalt, Schaffhausen:

Nicht nur die kurze Redezeit, die dem Votanten zur Verfügung steht, sondern auch der knappe Zeitraum, der den Mitgliedern unseres Vereins zum Studium der umfangreichen Referate zugemessen war, führt notwendig dazu, daß ich mich nur mit dem deutschsprachigen Referat auseinandersetzen kann.

An den Anfang stelle ich die Zustimmung zu den ebenso scharfsinnigen wie grund-ernst-gehaltvollen Ausführungen über die wesentlichen Normen unserer Verfassung; von der Auffassung des Referenten trennt mich einzig eine in diesem Zusammenhang scheinbar nebensächliche, für die Verfassungspraxis aber eminent entscheidende Divergenz in der Frage der Zuständigkeit. Diese Frage der Zuständigkeit ist positivrechtlich nicht gelöst; die Lösung muß deshalb gesucht werden: Soll der Verfassungsgeber (Volk und Stände) selbst darüber entscheiden, ob eine Initiative mit den wesentlichen Normen unserer Verfassung übereinstimmt, oder ist das Sache einer vom Verfassungsgeber eingesetzten Behörde, z.B. der Bundesversammlung?

Die Gründe, die mich dazu führen, dem Bundesrat (in seiner Botschaft zur Rheinau-Initiative) zu folgen und für die Prüfung der Frage der Vereinbarkeit einer Initiative mit den Grundnormen unseres Staates den Verfassungs-

geber selbst als allein zuständig zu erachten, sind unter anderen die folgenden, wobei ich der knappen Redezeit wegen auf die Darlegung der rechtstheoretischen Gründe verzichte und mich auf solche der verfassungsmäßigen Opportunität beschränke:

Einmal erwähnt der Referent selbst, daß das Parlament, dem er diese Aufgabe zudenkt, als Hüter der Verfassung schon schwer versagt hat; erinnern wir uns nur im Bund etwa an den massiven Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel oder im Kanton etwa daran, daß – um aus meinem eigenen Erfahrungskreis zu sprechen – von 17 Initiativen im 20. Jahrhundert nur deren 9 erledigt wurden, während die übrigen unerledigt in einer Schublade verstauben. Daß der Verfassungsgeber selbst das Amt des Hüters der Grundwerte der Verfassung unrichtig ausgeübt hätte, ist vom Referenten meines Erinnerns nicht behauptet worden und könnte wohl schwerlich belegt werden. Konkret historisch hat sich somit der Verfassungsgeber selbst als der bessere Hüter der Grundnormen, an die er sich selbst halten will, erwiesen als das Parlament. Die Geschichte lehrt uns auch, daß der Mißbrauch des Rechtes zur materiellen Überprüfung von Initiativen so sehr zu befürchten ist, daß auf die Dauer mit einer Entwertung des Initiativrechtes zu rechnen wäre.

Neben dieser Begründung der geschichtlichen Erfahrung möchte ich aber eine zweite, meines Erachtens gewichtigere stellen: Der Referent wagt selbst nicht, die Grundnormen allgemeingültig vollinhaltlich sprachlich festzuhalten. Der Umfang dieser Normen steht nicht fest, was die Gefahr eines Mißbrauches der materiellen Überprüfungsbefugnis besonders deutlich werden läßt. Um ein Beispiel zu nehmen: Die Rheinau-Initiative wäre nach der Auffassung des Referenten wohl nicht zur Abstimmung gelangt. Nach der Auffassung der Initianten war sie die Erhebung einer gesetzlich schon verankerten Grundnorm auf die formelle Stufe der Verfassung: «Naturschönheiten sind zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt,

ungeschmälert zu erhalten», oder allgemein gesagt, die Formulierung des Gebotes des Schutzes der heimatlichen Landschaft. Und damit die Norm ihre Verwirklichung finde, wurde in einer Übergangsbestimmung deren Anwendung auf eine konkrete Landschaft – den Rhein zwischen Rheinfluss und Rheinau – angefügt. Gerade in diesem Fall, nämlich im Falle der Bestimmung eines Territoriums, das als Freizone zu gelten hätte, war die Konkretisierung auf einen bestimmten Fall nach der Überzeugung der Initianten zulässig; wie es zulässig ist, ein bestimmtes Territorium in der Bundesverfassung als Sitz der Bundesregierung festzuhalten und wie der Schweiz. Bund für Naturschutz beabsichtigt, dem Nationalpark verfassungsmäßigen Schutz angedeihen zu lassen.

Gestatten Sie mir übrigens den kleinen Exkurs: Die Initianten handelten überdies in der Überzeugung, sich gegen begangenes, absolut unzweideutig feststellbares, schwerwiegendes Unrecht aufzulehnen. Sie machten gewissermaßen von dem vom Referenten selbst anerkannten Widerstandsrecht gegen offenkundiges schwerstes Unrecht Gebrauch. Und bedenken Sie, mit dem ersten Bolzen schossen sie die Initiative ab; wäre er am Ziel vorbeigegangen – d.h. wäre die Abstimmung nicht durchgeführt worden –, dann hätte der zweite Bolzen im Köcher wohl dem gegolten, der ihnen in der rechtswidrigen Verletzung des Heimatbodens zum Geßler geworden war; und aus der Bahn der Legalität wäre die Ausübung des Widerstandsrechtes in die Illegalität gedrängt worden. So kann die Institution der Initiative einmal eine Aufgabe erfüllen, die ebenfalls höchst erwünscht ist. Ist es nicht eine der vornehmsten Aufgaben des Juristen, für ein elementares Rechtsbedürfnis die geeignete Form zu finden? Die römischen Juristen waren uns jedenfalls darin meisterliches Vorbild. Die Aufgabe, die das Initiativrecht hier zu erfüllen hatte, war die Ermöglichung eines legalen Widerstandes gegen großes Unrecht der höchsten Behörde, was im konkreten Fall zu einer Legalisierung des begangenen

Unrechtes und einer faktischen Befriedung in einer schweren Autoritätskrise geführt hat. Diese Aufgabe würde die Bundesversammlung der Initiative sicher nicht zubilligen, wenn ihr die materielle Prüfungsbefugnis zugestanden würde.

Doch zurück zur Hauptargumentation: Wenn schon der Umfang der Grundrechte nicht feststeht (gehört z.B. der Schutz der heimatlichen Landschaft nach Ansicht des Referenten nicht dazu?), so steht noch viel weniger fest deren Anwendungsbereich. Die Grundnormen schränken sich z. Teil gegenseitig ein. Erst die konkrete Verfassungspraxis legt die Schnittpunkte fest, wo die eine Norm noch Geltung hat, die andere nicht. Es ist denn auch nicht zu befürchten, daß eine künftige Initiative eine Grundnorm als solche aufheben will, indem sie beispielsweise den folgenden Text zum Inhalt wählt: «Die Freiheitsrechte gelten mit Annahme der vorliegenden Initiative durch Volk und Stände als abgeschafft.» Viel eher sind Verfassungsänderungen zu befürchten, welche die Grundnormen in ihrem Anwendungsbereich einschränken: so z.B. die Übertragung der direkten Steuerhoheit auf den Bund und damit die Einschränkung des föderalistisch-bündischen Prinzips. Wäre durch eine solche Initiative die Verfassung verletzt? Liegt bloß ein Grenzfall vor, in welchem die Vorlage nach der Auffassung des Referenten dem Volk zu unterbreiten ist? Ich bin leider davon überzeugt, daß das Parlament dann geneigt ist, zu erkennen, es liege keine Verletzung einer Grundnorm oder doch nur ein Grenzfall vor, wenn die politische Mehrheit die Neuerung wünscht. Wird der Antrag von einer Gruppe gestellt, die im Parlament nur wenige Vertreter hat, dann besteht die Gefahr, daß das Parlament relativ schnell bereit ist, von einer klaren Verletzung der Verfassung zu sprechen. Der Referent stellt selbst fest (p. 814a), daß die Rechtsanwendung – und man kann wohl beifügen: ganz besonders auf diesem Gebiet – unentrinnbar eine Aufgabe der persönlichen Verantwortung ist, und da kann, auch ohne die Wirkung von Demagogie, bei ernst-

haftester Prüfung, der Entscheid des Parlaments anders ausfallen als der des Verfassungsgebers. Ein Beispiel dafür ist gewiß die Initiative für die Rückkehr zur direkten Demokratie.

Der Souverän, das Volk, soll also die Würde, die es sich historisch in den Verfassungen von 1848, 1874 und 1891 selbst gegeben hat, behalten! Damit tritt aber die Bedeutung der Erziehung des Volkes zu verantwortungsbewußten Staatsbürgern wieder in den Vordergrund: Diese existenzielle Notwendigkeit der Volkserziehung gibt ja der Demokratie einen entscheidenden Vorzug, ihre ganz besondere Würde, was der Referent selbst am Anfang seiner Darlegungen festhält. Diese Erziehung, bei der vor allem an Erziehung durch Vorbild in der politischen Betätigung zu denken wäre, ist die vordringlichste Aufgabe, die sich die politische Elite des Vaterlandes zu stellen hat, nicht die Usurpation der politischen Grundrechte des Volkes!

Le président pose la question de savoir si l'assemblée désire voter une résolution.

Dr. *Georg Leuch*, alt Bundesrichter, St-Prex widersetzt sich dem Antrag, eine Resolution zu fassen, da die Vereinsmitglieder infolge des verspäteten Erscheinens der gedruckten Referate keine Zeit gehabt hätten, die aufgeworfenen Fragen gründlich zu studieren.

Le président constate que personne ne propose de résolution.

Me *Louis Dupraz*, rapporteur, répond brièvement à quelques-uns des orateurs. A son avis il appartient maintenant aux hommes responsables de la politique d'envisager une solution qui tienne compte suffisamment de l'aspect juridique du problème de l'initiative de revision constitutionnelle, tel qu'il a été exposé de façon concordante par les deux rapporteurs.

La séance est close à 12 h. 30.

---

Séance du 10 septembre 1956

*Président:* M. André Panchaud, juge fédéral, Lausanne.

IX.

M. le juge fédéral Plattner présente le rapport du jury sur l'attribution du prix de concours de 1956.

*Bericht des Preisgerichtes*

Zum Thema: «Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen sowie Beschränkungen des Inhalts und der Übertragbarkeit» ist eine einzige Arbeit eingegangen. Sie trägt das Motto: «Differenzierung des Hauptbucheintrages zur Verdinglichung der Nebenabreden». Das Preisgericht, das sich aus den Herren a. Ständerat Dr. Klöti, Zürich, Prof. P. Jäggi, Freiburg, und dem Sprechenden zusammensetzt, ist der Auffassung, es sei der Arbeit ein erster Preis zuzuerkennen, sie sei druckreif und verdiene gedruckt zu werden.

Wir beantragen Ihnen daher, dem Verfasser einen ersten Preis von Fr. 600.– und dazu laut § 10 des Reglementes Fr. 500.– aus dem Fond Janggen zuzuerkennen, ferner einen Druckkostenbeitrag von Fr. 500.–.

L'assemblée adopte ces propositions.

Puis le président, procédant à l'ouverture de l'enveloppe cachetée, constate que le lauréat est Dr J. Stöcklin, avocat et notaire Bâle.

X.

La discussion est ensuite ouverte sur le deuxième objet des travaux de l'assemblée:

*La propriété par étages*

Dr. *Hans-Peter Friedrich*, Berichterstatter, Advokat und Notar, Privatdozent, Basel:

Zum ersten Male seit dem Inkrafttreten des ZGB selbst (also nicht des OR) steht heute dessen Teilrevision zur Diskussion, wenn man von den Retouches absieht, welche im Gefolge von Spezialgesetzen (z. B. des neuen Landwirtschaftsrechtes) notwendig geworden sind. Daß fast ein halbes Jahrhundert verstrichen ist, bis der Ruf nach Änderung eines wichtigen Grundsatzes unserer Sachenrechtsordnung gebieterisch zu vernehmen war, stellt Gesetzgeber und Rechtsprechung ein gutes Zeugnis aus. Diese haben offenbar verstanden, das Zivilrecht im engeren Sinne den auf weite Strecken in grundlegender Weise veränderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen anzupassen.

Um so mehr muß man sich fragen, weshalb heute gerade *dieser Teil* der Kodifikation als revisionsbedürftig bezeichnet wird.

Das Wesen des Sachenrechtes als eines absoluten Rechtes bringt es mit sich, daß der Wille der Beteiligten bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen nur im beschränkten Maße beachtet werden kann. Aus der Notwendigkeit, Umfang und Inhalt der dinglichen Rechte Dritten gegenüber durch das Gesetz selbst zu umschreiben, wird das in neuerer Zeit vermehrt betonte Prinzip des Typenzwanges der dinglichen Rechte abgeleitet. Die Bemühungen, Ersatzformen für das «verbotene» Stockwerkseigentum zu finden, mußten deshalb bald zur Feststellung führen, daß nur der Gesetzgeber in der Lage sei, dem neu zutage getretenen Bedürfnis nach eigentumsmäßiger Aufteilung von Gebäuden Rechnung zu tragen.

Wenn sich aber der Rahmen des Gesetzes für diese neu aufgekommene Form des Grundbesitzes als zu eng erweist, so hat dies auch einen *rechtshistorischen* Grund. Das Verbot des Stockwerkseigentums im ZGB (und dem ihm als Vorbild dienenden BGB) ist zu einem guten Teil durch die schlechten Erfahrungen bedingt, welche mit solchen Rechts-

verhältnissen gemacht worden sind. Die dogmatische Begründung für das Verbot hat man aber dem *römischen Recht* entnommen. Heute ist jedoch unbestritten, daß der dort geprägte Satz «*superficies solo cedit*» auf einem Syllogismus beruht. Er drängt sich weder aus logischen noch aus sachlichen Gesichtspunkten auf, wie bereits die Anerkennung des Baurechtes zur Genüge beweist. Das römische Recht hat noch in einem weitem Sinne der Verbreitung von Stockwerkseigentum in jüngster Zeit entgegengewirkt. Das Miteigentum, wie es im ZGB geregelt, ist deswegen als Grundlage für eine Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer ungeeignet, weil unser Recht dieser Gemeinschaft, von den sachlich bedingten Zwangsgemeinschaften abgesehen, keinen dauernden Bestand gibt. Darin kommt die individualistische Einstellung des römischen Rechtes zum Ausdruck; die Gemeinschaft der Miteigentümer war, schon kraft des allein maßgebenden Einstimmigkeitsprinzipes, nicht als etwas Dauerndes denkbar; sie war stets für eine baldige Auflösung bestimmt. Die Nachwirkungen dieser Konzeption im geltenden schweizerischen Sachenrecht sind unverkennbar. Sie erklärt auch, weshalb sich die Ordnung der Miteigentumsgemeinschaft keiner besondern Aufmerksamkeit des Gesetzgebers erfreute. Es ist kein Zufall, wenn heute die Bestimmungen über das Miteigentum als ungenügend empfunden werden.

Immerhin möchte ich behaupten, daß der Schöpfer des Zivilgesetzbuches mit dem Stockwerkseigentum nicht so unnachsichtig verfahren wäre, wenn der Verein zur Förderung des Wohnungseigentums nicht erst vor einigen Monaten gegründet worden wäre, sondern schon vor 1907 auf die Verbreitung und Bedeutung dieser Institution in einigen Teilen unseres Landes hätte aufmerksam machen können! Vorab wäre natürlich der Kanton Wallis zu erwähnen gewesen, wo wir dieses Jahr, ein besonders glückliches Zusammentreffen, tagen. Die Kraft, mit der sich das Stockwerkseigentum in diesem Landesteil, und zwar bemerkenswerterweise in städtischen wie in ländlichen Gegenden

erhalten hat, beeindruckt jeden, der sich mit dem Problem befaßt. Wir verstehen, daß der Entscheid des Bundesgerichtes vom 13. Dezember 1955 in diesem Kanton mit einiger Sorge zur Kenntnis genommen worden ist. Es scheint mir denn auch als selbstverständlich, daß bei der erwogenen Revision des Zivilgesetzbuches auf die rechtliche Sanierung dieser zahlreichen alten Stockwerkseigentumsverhältnisse Rücksicht genommen werden muß.

Die Diskussion um das Institut des Stockwerkseigentums im weitern Sinne bewegt sich im wesentlichen um zwei zentrale Fragen. Die erste geht dahin, ob sich das Bedürfnis nach Aufteilung von Wohnungen in separates Eigentum auf die Dauer geltend machen wird. Gelangt man zu deren Bejahung, so ist weiter zu erwägen, ob das geltende Recht trotz des Verbotes des eigentlichen Stockwerkseigentums Mittel und Wege offen läßt, um diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen.

In bezug auf den zuerst genannten Punkt, also gewissermaßen die *Diagnose des Sachverhaltes*, gehe ich mit meinem welschen Kollegen durchaus einig. Das sich in den letzten Jahren abzeichnende Bestreben nach Besitz einzelner Teile eines Gebäudes, also vornehmlich einzelner Wohnungen, kann nicht allein durch die außerordentlichen Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkte seit Beendigung des zweiten Weltkrieges erklärt werden. Es ist nicht richtig, wenn behauptet wird (Lange, Juristische Wochenschrift 1950, S. 204), der Gedanke des Stockwerkseigentums tauche, von historischen und juristischen Außenseitern vorgetragen, in bestimmten Zeitabständen immer wieder auf. Es sind vielmehr gewisse soziale und wirtschaftliche Wandlungen grundsätzlicher Art eingetreten, welche es begreiflich machen, wenn immer mehr das Bedürfnis empfunden wird, statt ein ganzes Haus zu kaufen oder ein Stockwerk zu mieten, eine *Wohnung* zu Eigentum erwerben zu können. Gewiß ist dieser Wunsch durch den gegenwärtigen Wohnungsmangel intensiviert worden. Gefördert wird er zudem durch die fortbestehenden Eingriffe des Staates in die freie

Bildung der Mietpreise und die dadurch geschaffene unnatürliche Diskrepanz zwischen Mieten für Alt- und Neuwohnungen. Sicher wird die Nachfrage nach Stockwerkseigentum in Zeiten rückläufiger Konjunktur geringer sein als heute. Das Bemühen, trotz der erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten, welche unter dem geltenden Recht der Begründung von Stockwerkseigentum im weitern Sinne entgegenstehen, solche Verhältnisse zu schaffen, darf als Indiz dafür angesehen werden, daß der Gedanke auf wirtschaftlichen Realitäten beruht. Die Société d'actionnaires-locataires hätte sich überhaupt nicht durchsetzen können, wenn nicht ein erhebliches Bedürfnis nach Erwerb einzelner Wohnungen zu eigenem und dauerndem Recht bestehen würde.

Es scheint mir sodann in diesem Zusammenhange durchaus zulässig zu sein, auf die große, ja man darf wohl sagen, umfassende Verbreitung des Institutes *im Auslande* zu verweisen. Öfters ist zwar der Einwand zu hören, daß die Verhältnisse in unserem Lande wesentlich anders liegen. Das Stockwerkseigentum hat in verschiedenen Staaten in der Zeit seit dem zweiten Weltkrieg wegen der umfangreichen Zerstörungen von Wohnbauten einen großen Aufschwung genommen. Man wird also die Entwicklung in Deutschland, Österreich und Spanien, vielleicht auch noch in Holland, für die Frage eines echten und fortdauernden Bedürfnisses nach Einführung des Stockwerkseigentums an sich, also nicht für die Ausgestaltung der rechtlichen Grundlagen, ihrer Bedeutung nach nicht überschätzen dürfen. Um so mehr Gewicht darf der Verbreitung des Stockwerkseigentums in andern Ländern, also etwa in Italien, in Belgien und sodann in den südamerikanischen Städten beigelegt werden. Dort ist der Aufschwung im wesentlichen nicht durch außerordentliche Umstände bedingt. Die Rechtsgrundlagen und die Erfahrungen in den ausländischen Staaten werden aber auch als Beleg dafür angerufen, daß es möglich ist, eine Ordnung zu schaffen, welche ein gedeihliches Zusammenleben der Stockwerkseigentümer

gewährleistet. Mit bemerkenswerter Regelmäßigkeit hört man aus dem Auslande Stimmen, welche bestätigen, daß dort Streitigkeiten unter den Stockwerkseigentümern recht selten sind.

Nach meiner Ansicht darf davon ausgegangen werden, daß die Voraussetzungen für die Bildung von Stockwerkseigentum in der Schweiz nicht wesentlich anders liegen als im Auslande.

Die Ansichten der Referenten scheiden sich bei der Frage, *in welcher Weise* den Bestrebungen auf Schaffung von Stockwerkseigentum in irgendeiner Form Rechnung getragen werden kann.

Prof. Flattet glaubt, wenn ich richtig verstehe, daß die Société d'actionnaires-locataires im wesentlichen den aktuellen Bedürfnissen zu genügen vermöge. Demgemäß sei eine Änderung des Zivilgesetzbuches, welche das Verbot des Stockwerkseigentums im engern Sinne beseitigen würde, zwar nicht unerwünscht, aber nicht notwendig. Wenn gewisse Vorurteile überwunden sind, erwarten die Anhänger der Société d'actionnaires-locataires, daß dieses Gebilde selbst in ländlichen Gegenden Eingang finden werde.

Sollte sich erweisen, daß die Begründung von Stockwerkseigentum über den Umweg der Mieter-Aktiengesellschaft durchaus gangbar ist, wäre in der Tat nicht zu bestreiten, daß eine Änderung unserer Zivilrechtskodifikation sich in weit geringerem Maße aufdrängt. Dies veranlaßt mich, kurz das *echte Stockwerkseigentum*, wie es mittels Änderung des ZGB ermöglicht werden sollte, mit dieser «schuldrechtlichen Form» zu konfrontieren.

Es ist nun nicht zu bestreiten, daß sich schuld- und sachenrechtliche Konzeption auf weiten Strecken decken. Beide müssen insbesondere die Organisation der Gemeinschaft, also vorweg Art und Weise der Willensbildung besonderes Augenmerk schenken. Ich habe im schriftlichen Referat bei der Skizzierung des eigentlichen Stockwerkseigentums, wie es bei einer Revision des ZGB eingeführt werden könnte, auf die Parallelen zum Gesellschaftsrecht

bereits hingewiesen. Durchaus zutreffend ist ferner, daß der Stockwerkseigentümer so wenig wie der Mieter-Aktionär unbeschränkter Herr und Meister seiner Wohnung sein kann. Von einer völlig freien Ausübung der mit dem Eigentum verbundenen Befugnisse kann keine Rede sein. Bei beiden Formen braucht es vielmehr eine gewisse positive Einstellung zur Gemeinschaft der Bewohner des Hauses, einen gewissen «esprit de copropriété», der, als Korrelat, mit einer erheblichen Beeinträchtigung des freien Verfügungsrechtes verbunden ist.

Weiter sei eingeräumt, daß die Société d'actionnaires-locataires dem Aktionär weitgehend wirtschaftliche Befugnisse vermittelt, wie sie auch der Stockwerkseigentümer besitzt. Dabei wäre es falsch, die Stellung des Aktionärs mit derjenigen eines Alleineigentümers zu vergleichen, nachdem unbestritten ist, daß die Rechte des Stockwerkseigentümers durch die Befugnisse der andern Beteiligten in empfindlicher Weise eingeschränkt werden. Allein, und hier beginnen meine Bedenken, um dem Mieter-Aktionär eine Stellung zu vermitteln, die sich mit derjenigen des Stockwerkseigentümers vergleichen läßt, bedarf es eines Apparates, dessen Aufbau deswegen nicht einfach sein kann, weil er sich Rechtsformen bedient, die nicht darauf zugeschnitten sind. Die Aktiengesellschaft läßt sich wohl vielerlei Zwecken anpassen. Die mit ihr notwendigerweise verbundenen Förmlichkeiten und Kosten, angefangen von der Gründung bis zur Führung der Bücher und Bestellung der notwendigen Organe, stehen aber leicht in einem Mißverhältnis zum Ziele, welches damit erstrebt wird.

Die Nachteile, welche die Société d'actionnaires-locataires in vielen Fällen als durchaus ungeeignet erscheinen lassen, sind weniger rechtlicher oder dogmatischer als vielmehr *wirtschaftlicher* Natur.

Die Mieter-Aktiengesellschaft wird in den meisten Kantonen im Vergleich zum direkten Grundbesitz *höheren Steuerlasten* ausgesetzt sein. Soweit eine einmalige Ersparnis der Handänderungsabgabe bei Eigentumswechsel ein-

tritt, kann dies die Mehrbelastung aus der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung nicht aufwiegen. Unabgeklärt ist auch, wie weit nicht zusätzliche Steuerverpflichtungen aus der Erfassung sogenannter verdeckter Gewinnausschüttungen entstehen können. Nach den gegenwärtigen Erörterungen über eine grundsätzliche Neugestaltung des schweizerischen Steuersystems kann auch nicht erwartet werden, daß sich in dieser Beziehung Wesentliches ändern wird.

Das zweite entscheidende Hindernis, das einer weiteren Verbreitung des Stockwerkseigentums in der Form der Mieter-Aktiengesellschaft entgegensteht, sehe ich in der Tatsache, daß die *Finanzierung* solchen Wohnungsbesitzes nur zu erschwerten Bedingungen möglich ist. Grundpfandsicherheit kann dem Gläubiger nicht der einzelne Mieteraktionär, sondern allein die Gesellschaft anbieten. Damit fällt ein wichtiger Vorzug des echten Stockwerkseigentums dahin; der Einzelne kann die Finanzierung seines Wohnungsbesitzes nicht individuell, also nach der persönlichen Leistungsfähigkeit gestalten.

Der Mieter-Aktionär kann zwar die ihm gehörenden Aktien sowie die ihm gegenüber der Gesellschaft zustehenden Darlehen beleihen lassen. Gegen solche Sicherheiten kann kein Geld zu Bedingung von Grundpfandkrediten aufgenommen werden; das bedeutet vor allem, daß *höhere Zinssätze* zugestanden werden müssen. Ich halte es aber für ausgeschlossen, daß die Hypothekarinstitute sich bereitfinden, solche Beteiligungen zu den üblichen Konditionen zu belehnen. Vielerorts würde einem solchen Entgegenkommen gesetzliche oder doch reglementarische Bestimmungen entgegenstehen. Die Gleichstellung zwischen Belehnung von echtem Stockwerkseigentum mit der Beteiligung an einer Société d'actionnaires-locataires wäre auch sachlich nicht gerechtfertigt; denn vom Standpunkte des Kreditgebers aus gesehen, ist die Sicherheit des Unterpfandes keineswegs die gleiche. Stets muß damit gerechnet werden, daß das Grundstück selbst von der Aktiengesellschaft zugunsten Dritter verpfändet wird. Das statutarische

Erfordernis der Einstimmigkeit aller Aktionäre, das nach den Ausführungen von Prof. Flattet regelmäßig vorgesehen ist (wirtschaftlich den negativen Hypothekenklauseln bei Obligationen-Anleihen vergleichbar), schließt diese Möglichkeit selbst dann nicht vollständig aus, wenn die von ihm erwogenen Vorsichtsmaßnahmen verwirklicht werden könnten. Letzteres müßte übrigens für verschiedene Kantone ernstlich bezweifelt werden. Da sodann der Wert der verpfändeten Aktien und Darlehen nicht allein von allfälligen Grundpfandschulden abhängt, sondern auch vom Umfange weiterer Verpflichtungen der Aktiengesellschaft, besteht keine Gewißheit, daß die anfänglich bestehende Sicherheit erhalten bleibt; mit der Gewähr, daß eine Verpfändung des Grundstückes selbst ausgeschlossen ist, wäre also dem Kreditgeber keineswegs gedient. Sodann müßte dieser auch stets mit der Möglichkeit rechnen, daß die Gesellschaft *im Einvernehmen* mit den Aktionären Verpflichtungen eingeht und über ihre Mittel zweckwidrig verfügt. Um vor Überraschungen solcher Art gefeit zu sein, müßte die Bank die Verhältnisse der Aktiengesellschaft, gleich wie bei einem kommerziellen Kredit, laufend überwachen. Für die damit verbundenen vermehrten Aufwendungen und Risiken müßte der Geldgeber einen Ausgleich in einem höheren Zinssatz suchen.

Gerade weil ich dem Problem der Hypothezierung des Stockwerkseigentums für dessen praktische Verwirklichung erhebliche Bedeutung beimesse, glaube ich besonders auf diesen großen, wenn nicht entscheidenden Nachteil des Systems der Société d'actionnaires-locataires hinweisen zu müssen; daß sich diese Rechtsform in einigen Städten der welschen Schweiz gleichwohl durchzusetzen vermochte, vermag die Bedenken nicht zu zerstreuen.

Endlich glaube ich auch, daß *psychologische Faktoren* einer größeren Verbreitung der Société d'actionnaires-locataires entgegenstehen. Die Figur der Aktiengesellschaft setzt erhebliches Verständnis für wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhänge voraus. Die Erfahrung zeigt, wie oft

der Aktionär die Gesellschaft mit sich selbst identifiziert. Die Mißachtung der vielfachen, mit der Aktiengesellschaft verbundenen Ordnungspflichten setzt die Beteiligten sodann der Gefahr von zivil- und strafrechtlichen Folgen aus. So erscheint mir denn auch die Zurückhaltung gegenüber der Gründung von Sociétés d'actionnaires-locataires in vielen Gegenden der Schweiz als recht verständlich. Im besondern vermag ich die Erwartung nicht zu teilen, daß sich diese Rechtsfigur auch in kleinern, oder gar in ländlichen Verhältnissen wird durchsetzen können. Ich bin mir dabei durchaus bewußt, daß auch das echte Stockwerkseigentum nicht mit einigen wenigen Regeln auskommt. Im Hinblick auf einfache und kleinere Verhältnisse muß deshalb eine subsidiäre gesetzliche Ordnung geschaffen werden, welche die Beteiligten vor umfangreichen vertraglichen Abmachungen dispensiert.

Gelangt man zur Überzeugung, daß auch in unserem Lande die Möglichkeit der Begründung von Stockwerkseigentum gegeben sein sollte, so wird man sich mit der Société d'actionnaires-locataires nicht abfinden können. Nachdem zugleich als feststehend betrachtet werden muß, daß andere geeignete Ersatzformen nicht zur Verfügung stehen, folgt darum die Notwendigkeit einer *Abänderung und Ergänzung unserer Sachenrechtsordnung* selbst. In welcher Richtung die gesetzgeberischen Maßnahmen gehen müssen, habe ich in meinem Referat im einzelnen aufgezeigt.

Hier möchte ich allein wiederholen, daß *die Gründe*, welche nach der Jahrhundertwende zum Verbot des Stockwerkseigentums Anlaß gegeben haben, entweder nicht stichhaltig waren oder doch heute überholt sind. Nichts, insbesondere nicht der Umstand, daß es sich um dingliche, also um absolute Rechte handelt, steht im Wege, hier der Parteiautonomie nicht die Tür offen zu lassen. Wenn der Ruf nach dem Stockwerkseigentum sogar in gewissem Umfange einer Modeströmung entspringen sollte – was höchstens in beschränktem Umfange zutrifft –, so rechtfertigen

doch die Gründe, welche heute zu dessen Gunsten vorge-  
tragen werden, das Eingreifen des Gesetzgebers.

Ich habe Wert darauf gelegt, Ihnen in meinem schrift-  
lichen Referat eine möglichst konkrete Vorstellung von der  
*Art und Weise* zu geben, wie das Stockwerkseigentum in  
unser Zivilrecht eingebaut werden könnte. Dabei scheint  
mir in Anbetracht der früheren Zweifel die Feststellung von  
besonderer Bedeutung, daß sich das Institut mit unserm  
*Grundbuchsystem* durchaus verträgt. Das bedeutet zugleich,  
daß auch die Verpfändbarkeit des Stockwerkseigentums  
den Anforderungen des modernen Grundpfandkredites  
durchaus entspricht.

Bei *näherer Betrachtung* unseres Institutes erkennt man  
rasch, daß es notwendig ist, sich von der Vorstellung eines  
Alleineigentums an einem Gebäudeteil gründlich zu lösen.  
Stockwerkseigentum im modernen Sinne wäre richtiger als  
Stockwerk*smiteigentum* zu bezeichnen. Wenn man von  
dogmatischen Distinktionen absieht, lassen sich etwa fol-  
gende *charakteristische Merkmale* hervorheben:

- mit dem dinglichen Recht am einzelnen Stockwerk oder  
an der einzelnen Wohnung ist untrennbar ein Anteil an  
einer *Miteigentumsgemeinschaft* verbunden. Im Mit-  
eigentum stehen nicht allein der Grund und Boden, son-  
dern alle Gebäudeteile, die der gemeinsamen Benützung  
dienen oder die für den Bestand des Gebäudes unerläß-  
lich sind. Es ist heute unbestritten, daß mit bloßen  
Dienstbarkeiten, welche nur den Zugang zu einem  
Stockwerk sicherstellen, nicht gedient wäre.
- diese *Miteigentumsgemeinschaft* muß rechtlich und wirt-  
schaftlich als die *präponderierende Komponente* ange-  
sehen werden. Die Rechtsbeziehungen unter den Stock-  
werkseigentümern erklären sich denn auch vorwiegend  
aus dieser Miteigentumsgemeinschaft und erst in zweiter  
Linie aus dem nachbarrechtlichen Verhältnis.
- mit dem so beschaffenen Eigentum sind in erheblichem  
Umfange *Pflichten*, und zwar sowohl Unterlassungs- wie

Leistungspflichten gegenüber der Gemeinschaft und deren Mitgliedern verbunden.

- die *grobe Verletzung* dieser Pflichten muß bis zum Verlust des Eigentumsrechtes selbst führen können. Zuzugeben ist, daß in dieser Beziehung die Société d'actionnaires-locataires eine subtilere Sanktion ermöglicht, weil dort nur der Mietvertrag mit dem vertragsbrüchigen Mieter-Aktionär aufgelöst und die betreffende Wohnung für dessen Rechnung an Dritte vermietet zu werden braucht. So wird dem widerstrebenden Gemeinschaftler nicht das Recht als solches, sondern allein dessen *Ausübung* vorenthalten. Der Entzug des dinglichen Rechtes selbst bei grobem Verstoß gegen die Gemeinschaftspflichten ist aber keineswegs eine mit dem Begriff des Eigentums unvereinbare Sanktion. Es sei darauf verwiesen, daß unserem Recht die Ausstoßung aus der Gemeinschaft nicht unbekannt ist. Im besondern hält sich z.B. niemand darüber auf, daß der Kollektivgesellschaftler aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden kann; die Kaduzierung von Aktien ist sogar eine entschädigungslose Enteignung privatrechtlicher Natur.

Angesichts dieser beträchtlichen Abweichungen von der klassischen Eigentumskonzeption ist immerhin die *Frage* zu stellen, ob es gerechtfertigt ist, eine Rechtsfigur zu schaffen, welche ihrem Namen nach Alleineigentum verspricht, in Wirklichkeit aber die *Beteiligung* an einer besonders gearteten Gemeinschaft verschafft. Die Antwort hierauf fällt nicht schwer: Im Unterschied zum geltenden Recht soll das Stockwerkseigentum ein übertragbares und vererbliches dingliches Recht am Teil eines Gebäudes einräumen, das dem Berechtigten unbeschränkte Benützung gewährleistet. Daß dieses Recht, gleichgültig, ob man ihm noch den Namen Eigentum gibt oder nicht, seinem Inhalte nach dem «gewöhnlichen» Eigentum nicht mehr gleichsteht, ist nicht entscheidend. Der Stockwerks-«Eigentümer» erwartet nicht, in jeder Hinsicht wie ein Alleineigentümer

schalten und walten zu können. Es wird ihm normalerweise durchaus genügen, kraft dinglichen Rechtes die Sache nutzen und darüber verfügen zu können. Die mit dem Eigentum verbundene Befugnis, die Sache verändern oder in einer vom Üblichen abweichenden Weise gebrauchen und nutzen zu dürfen, spielt wirtschaftlich eine untergeordnete Rolle, zumal bei modernen Wohnbauten, an denen sich nachträglich etwa wie früher, durch Um- und Anbauten wenig mehr grundlegend ändern läßt.

Nur mit dem Erwerb *eines dinglichen Rechtes* am Teil des Gebäudes wird die Möglichkeit selbständiger Verfügung in juristisch-technischem Sinne, also vorab der Verpfändung, geschaffen. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es aber unerheblich, ob das dingliche Recht *de lege ferenda* als ein unbeschränktes oder als ein beschränktes aufgefaßt und ausgestaltet wird. Unserem Recht ist die Verfügung über beschränkt dingliche Rechte in der für Grundeigentum vorgesehenen Form nichts Fremdes.

Im Zusammenhang mit der Rechtfertigung des gesetzgeberischen Eingriffes ruft uns der Ort, an dem wir tagen, den Entscheid des Bundesgerichtes vom 13. Dezember 1955 in Erinnerung, welcher für die altrechtlichen Stockwerkseigentumsverhältnisse im Wallis eine schwierige Lage geschaffen hat. Auch wenn die Vereinbarungen über die Umwandlung altrechtlichen Stockwerkseigentums in Miteigentum wegen Irrtums über einen erheblichen rechtlichen Sachverhalt angefochten werden können (was ich durchaus bejahe), so ist damit nur das Damoklesschwert der jederzeitigen Auflösbarkeit der Gemeinschaft beseitigt, nicht aber eine Form gefunden, in der das altrechtliche Verhältnis im Grundbuch eingetragen werden kann, welche den Anforderungen des modernen Liegenschafts- und Hypothekenverkehrs entspricht. Die bloße *Anmerkung* altrechtlichen Stockwerkseigentums entzieht solchen Grundbesitz der dinglichen Verfügung nach den Formen des neuen Rechtes. Pfandrechte müßten also gemäß den Vorschriften des alten kantonalen Rechtes begründet werden. Damit entgingen

dem Pfandgläubiger die Vorzüge des Gutgläubenschutzes und des für das Grundbuch geltenden positiven Rechtskraftprinzipes. Diesen Nachteilen sucht die These zu begegnen, Art. 114 der Grundbuchverordnung habe nur die Eintragung des altrechtlichen Stockwerkseigentums im Grundbuch, nicht aber eine Umwandlung dieses Rechtsverhältnisses selbst beabsichtigt. Wenn auch durch die Ablehnung dieser Auffassung durch das Bundesgericht eine unerfreuliche Lage entstanden ist, so kann ich doch die Kritik, welche von meinem französisch sprechenden Kollegen in dieser Hinsicht am bundesgerichtlichen Entscheid geübt wird, nicht teilen. Seine Argumentation, welche auch diejenige des Walliser Kantonsgerichtes war, mißt der zitierten Bestimmung der Grundbuchverordnung zu großes Gewicht bei. Der Bundesrat hätte die ihm im ZGB eingeräumte Verordnungskompetenz bei weitem überschritten, wenn er im Sinne einer singulären übergangsrechtlichen Norm die Darstellung altrechtlicher Stockwerkseigentumsverhältnisse in der Form des neuen Miteigentums hätte ermöglichen wollen. Daß die fragliche Bestimmung eine solche Tragweite gehabt habe, erscheint auch deswegen als unwahrscheinlich, weil die Übergangsbestimmungen zum ZGB selbst die *Anmerkung* altrechtlichen Stockwerkseigentums vorsehen. Der Gesetzgeber hat kaum für diese Rechtsform, deren Neubegründung von ihm sogar als unerwünscht angesehen worden ist, zwei verschiedene Arten der Darstellung im Grundbuch vorsehen wollen. Gegen die These spricht auch, daß Art. 114 der Grundbuchverordnung nicht eine *bestimmte* Form der Eintragung vorschreibt, sondern nur ein – in der Praxis als nicht brauchbar befundenes – Beispiel gibt. Endlich übersehen die Kritiker des bundesgerichtlichen Entscheides, daß Art. 114 Abs. 2 sich nicht allein auf das Stockwerkseigentum bezieht, sondern auch das *Eigentum an Bäumen* auf fremden Boden zum Gegenstand hat. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, daß auch für diese Durchbrechung des Grundsatzes «*superficies solo cedit*» eine Ordnung hätte getroffen werden sollen, welche

die frühere Rechtslage zwar bestehen ließe, die Eintragung im Grundbuch jedoch in einer dem neuen Rechte entsprechenden Form gestatten würde. Wie ich bei der Erläuterung des in Art. 114 enthaltenen Hinweises auf Art. 781 ZGB näher ausgeführt habe, kann diese Bestimmung keine andere Bedeutung haben, als den Beteiligten einen *Hinweis* zu geben, wie das dingliche Recht, welches nicht mehr begründet werden kann, umzugestalten ist, daß es vor dem neuen Recht Bestand haben kann.

Vielleicht ist es ein glückliches Zusammentreffen, wenn unser höchstes Gericht in einem Zeitpunkte das Ungenügen der wichtigsten Ersatzform für Stockwerkseigentum feststellte, zu dem die Auffassung bereits erheblichen Boden gewonnen hat, daß unser Immobiliarsachenrecht zu eng geworden ist, um den neuen wirtschaftlichen Bedürfnissen zu genügen. Ich sage «wirtschaftliche Bedürfnisse» und «Änderung unseres Sachenrechts», bin mir aber bewußt, daß die Auseinandersetzung, die über das Stockwerkseigentum in Gang gekommen ist, von einer höheren Warte aus betrachtet, um die *Stellung des Privateigentums in unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung* geführt wird. Niemand rüttelt zwar heute am Grundsatz des Privateigentums, und doch zeigen sich, zumal beim Grundbesitz, Erscheinungen, welche geeignet sein könnten, das Individualeigentum von innen heraus zu untergraben. Das Stockwerkseigentum wäre ein geeignetes Mittel, um etwa die zunehmende Zusammenballung des Grundeigentums in der Hand einer kleinen Zahl von Personen und Gesellschaften zurückzudämmen. Diesem Ziele kommt man mit der Ausgabe von Miteigentumszertifikaten an Immobilientrusts nicht näher. Deren Inhaber fühlt sich keineswegs als Grundeigentümer, sondern nur als Wertpapierbesitzer. Allein mit dem Erwerb direkten Grundeigentums könnte das Gefühl des Einzelnen, am Boden mitberechtigt zu sein, neu geweckt werden.

Solche Erwägungen anzustellen, wird Sache des *Gesetzgebers* sein, wenn er sich zur Frage der Einführung des Stockwerkseigentums auszusprechen hat. Hier mag zum

Abschluß nochmals die Frage gestreift werden, ob die unverkennbaren Vorteile, welche die Bildung von Stockwerkseigentum mit sich bringt und die gewiß durch die Bedenken, die vorgebracht worden sind, nicht aufgewogen werden, den Eingriff in die bewährte Sachenrechtsordnung unseres Zivilgesetzbuches in einer Zeit zu rechtfertigen vermag, der für gesetzgeberische Leistungen im allgemeinen kein gutes Zeugnis ausgestellt wird. Die Frage mag um so mehr am Platze sein, als *Eugen Huber* für das Immobiliarsachenrecht die gesetzgeberische Konzeption mit besonderer Gründlichkeit erarbeitet hat. Wer ungeachtet der dogmatischen Darlegungen beider Referate noch zu zögern geneigt ist, den Einbruch in die geltenden Prinzipien des schweizerischen Immobiliarsachenrechts zu vollziehen, darf vielleicht an die Worte erinnert werden, mit denen der Schöpfer des Zivilgesetzbuches selbst seiner Auffassung Ausdruck gab, daß in einem spätern Zeitpunkt weitere dingliche Rechte an einzelnen Teilen von Grundstücken anerkannt werden müßten. Nachdem er sich (Vorträge zum Sachenrecht, 1914, S. 31 ff.) mit aller Deutlichkeit dahin ausgesprochen, daß das römisch-rechtliche Akzessionsprinzip nicht um seiner selbst willen aufgestellt sei, sondern durch das moderne Grundbuchrecht eine neue Daseinsberechtigung erlangt habe, räumt er ein, daß sich «Ausnahmen mit der Klarheit und Sicherheit des Grundbuchrechtes sehr wohl vereinigen ließen»; mittels Aufnahme im Grundbuch könnten neue dingliche Rechte geschaffen werden, über die wie Grundstücke zu verfügen wäre, obwohl sie sich vom Eigentum am Boden unterscheiden würden.

«Es ist möglich», fährt E. Huber fort, «daß in dieser Richtung uns noch eine wichtige weitere Entwicklung beschieden ist; ... Wo das Gesetz der Praxis diese Freiheit (nämlich für die Gestaltung und Verselbständigung dinglicher Rechte) nicht einräumt, darf *von der Gesetzgebung* um so eher erwartet werden, daß sie frei von jeder Befangenheit dasjenige anerkennen werde, was im Laufe der Zeit einer gerechten Würdigung der praktischen Bedürfnisse entspricht.»

Dieser Zeitpunkt, so meine ich, ist heute für eine Renaissance des Stockwerkseigentums gekommen.

Prof. *Guy Flattet*, rapporteur, Lausanne:

En me confiant le soin de préparer le rapport en français sur la propriété par étages, la Société suisse des juristes m'a fait un honneur dont je la remercie sincèrement. Il m'a été particulièrement agréable de développer pour ses membres les divers aspects d'un problème pleinement actuel.

En effet, le rétablissement de la propriété par étages, interdite en Suisse depuis 1912, est à l'ordre du jour: les chambres vont être saisies dans quelque temps d'un projet à cette fin. Il était donc tout particulièrement intéressant de rechercher les conditions dans lesquelles ce rétablissement peut s'effectuer.

Qui plus est, en cours d'élaboration de ce rapport, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt extrêmement important, relatif à une propriété d'étages antérieure à 1912. Il a pris une décision de principe en la matière. Plusieurs milliers de propriétés d'étages sont plongées dans l'insécurité par cet arrêt du 13 décembre 1955. La Société suisse des juristes arrive ainsi à point nommé pour examiner la question sous tous ses aspects, *de lege lata* et *de lege ferenda*, et précisément pour ouvrir ses débats dans le Canton du Valais, où la propriété par étages est le plus fortement enracinée en Suisse et où l'arrêt du Tribunal fédéral a soulevé une émotion considérable et justifiée par les conséquences qu'il est de nature à soulever. Nous nous trouvons à un moment crucial pour la propriété par étages.

Une précision d'ordre terminologique s'impose d'emblée pour écarter les confusions. Car la propriété par étages se manifeste dans le temps et dans l'espace sous des formes diverses. Pourtant il s'agit toujours du même fait économique: la jouissance perpétuelle, exclusive, cessible et transmissible d'une partie de maison bâtie. C'est ce que nous entendons par propriété par étages, même s'il ne s'agit pas d'une propriété juridique au sens strict du mot.

Ainsi définie, la propriété par étages est très ancienne. On la trouve déjà dans l'Antiquité. On en découvre une trace dans le droit babylonien. Peut-être a-t-elle existé à Rome, mais la question est controversée. Il est certain qu'elle a été connue au début de notre ère dans le bassin oriental de la Méditerranée, qu'elle y a été assez répandue et qu'elle a été admise par le droit byzantin. Mais c'est au Moyen-Age qu'elle a pris l'essor qui l'a conduite à nos jours. Elle est liée à l'apparition des villes fortifiées dans lesquelles le terrain à bâtir était très restreint, obligeant les habitants à construire en hauteur pour se loger en sécurité à l'intérieur des remparts. On peut donc fixer le début de son développement au XII<sup>e</sup> siècle, peut-être à la fin du XI<sup>e</sup> siècle dans certaines contrées. Nous sommes assurés qu'elle existait déjà au XII<sup>e</sup> siècle en Valais.

L'organisation de la propriété par étages nous est connue par les coutumiers. Ceux-ci datent du XVI<sup>e</sup> et du XVII<sup>e</sup> siècles. La réglementation de la propriété par étages était bien développée. Les textes nous indiquent que les maisons étaient divisées en propriétés distinctes horizontales, superposées par conséquent, les parties d'utilisation commune faisant simplement l'objet de servitudes diverses et réciproques: servitudes de passage, servitudes d'appui, etc... Ils nous montrent comment devaient se répartir entre les différents propriétaires les charges d'entretien et de réparations de la maison. Et, fait très important, ils établissaient une sanction énergique contre les récalcitrants, afin que les autres propriétaires ne souffrent pas de leur carence: le transfert temporaire ou définitif du droit de jouissance du récalcitrant aux copropriétaires qui avaient fait l'avance des frais. Ainsi les copropriétaires pouvaient rentrer dans leurs débours. Ce procédé simple et énergique s'est retrouvé spontanément à l'époque contemporaine dans une forme particulière de propriété d'étages: la société d'actionnaires-locataires. Enfin, si la maison menaçait ruine, les autorités municipales avaient dans certains cas le droit d'intervenir

et de vendre la part du propriétaire négligent à un acheteur qui s'engageait à réparer et à entretenir l'immeuble.

Cette réglementation s'était formée progressivement, selon les besoins pratiques. Et elle était à peu près la même dans tous les pays qui connaissaient la propriété par étages. La comparaison des coutumiers vaudois et des coutumiers français en est un exemple. En général, cette forme de propriété donnait satisfaction. Toutefois des difficultés s'élevaient, tenant moins à la forme juridique du droit qu'à son objet matériel. Les maisons d'alors ne devaient pas être construites pour être divisées. Il s'agissait le plus souvent de maisons individuelles, divisées par un partage successoral. Il en résultait une distribution irrationnelle des diverses pièces de la maison, une imbrication des lieux provoquant des litiges entre parties. Le coutumier d'Aigle en contient la preuve.

Quoi qu'il en soit, il y a deux siècles, la propriété par étages était une forme courante de la propriété immobilière. Elle était largement répandue. Sa réglementation était complète et formait un tout cohérent. Les grandes codifications allaient entraîner une double régression.

La codification napoléonienne d'abord. Et il faut entendre ainsi non seulement le code civil français, mais encore tous les codes qui s'en sont inspirés. Les rédacteurs du projet du code Napoléon omirent purement et simplement la propriété par étages dans leur première rédaction. Ce n'est que sur les observations des tribunaux d'appel de Lyon et de Grenoble (c'est-à-dire les Cours d'Appel du temps) qu'un article fut introduit dans le projet pour répartir, de façon très rudimentaire d'ailleurs, les charges entre les divers propriétaires. Mais rien n'était prévu en cas d'obstruction de l'un d'eux. L'absence de toute organisation de la copropriété en général risquait de conduire à une impasse, puisque les solutions du droit coutumier étaient abolies. Il est remarquable pourtant qu'en présence de cet état de droit les recueils de jurisprudence soient assez pauvres en décisions relatives à la propriété par étages. Il est plus remar-

quable encore que les rares jugements rendus en la matière concernent plutôt la délimitation des pouvoirs des propriétaires que l'entretien et la réparation des immeubles. Les codes qui se rattachent au code Napoléon ont suivi son exemple. La réglementation de la propriété par étages n'y est que partielle et nettement inférieure à celle des coutumiers.

La seconde régression est encore plus grave que la première, car elle n'a pas seulement affaibli l'organisation de la propriété par étages: elle a aboli l'institution même. Ce fut l'œuvre du code civil allemand, dont l'exemple fut suivi sur ce point par le code civil suisse.

Quatre motifs ont été avancés pour justifier l'abolition de la propriété par étages. On a invoqué son caractère archaïque. On a prétendu qu'elle n'était plus conforme aux conditions économiques modernes. On l'a accusée de susciter des conflits sans fin entre les propriétaires. On a soutenu, enfin, qu'elle était incompatible avec le système du registre foncier.

A la veille de la première guerre mondiale, la situation était la suivante. Dans certains pays – les plus nombreux – la propriété par étages existait, mais elle était dotée d'une réglementation insuffisante. Dans quelques pays, elle était interdite, mais les propriétés existantes au moment de l'interdiction étaient maintenues. On en attendait la disparition progressive.

Cette situation décadente s'explique par deux sortes de motifs. Dans les pays qui admettaient la propriété par étages prévalait l'opinion que les communautés étaient en voie d'extinction. L'intérêt se détournait d'elles. Point n'était besoin d'établir une réglementation détaillée. Les autres pays sacrifiaient à une raison dogmatique: la propriété par étages était contraire au principe *superficies solo cedit*.

C'est alors que se produisit un retournement complet. Au lendemain de la première guerre mondiale, la propriété par étages allait connaître un essor qui devait laisser loin

derrière lui celui du Moyen-Age. Tous les pays qui avaient une organisation insuffisante de la propriété par étages durent la compléter. Certains pays qui ne connaissaient pas l'institution l'ont introduite sous une forme ou sous une autre. L'Allemagne, fidèle à ses vues théoriques, s'est tenue au *statu quo*. La fin de la seconde guerre mondiale allait enfler la vague qui portait le retour de la propriété par étages. La nécessité s'est imposée à l'Allemagne qui a aboli l'interdiction de 1900. L'Autriche l'avait déjà précédée dans cette voie. La Turquie, qui à l'imitation du code civil suisse avait prohibé cette forme de propriété, l'a admise de nouveau par un biais. Seule, la Suisse reste en Europe le pays où la propriété par étages est interdite.

On ne saurait trouver meilleur exemple que ce renversement subit dont l'ampleur est considérable pour inciter le législateur à une certaine humilité et lui rappeler qu'en définitive ce n'est pas lui, mais les peuples qui font les lois. Ce ne sont pas des vues doctrinales, fondées *a priori*, qui finissent par l'emporter, mais bien des solutions adaptées aux besoins. La comparaison des dispositions coutumières sur la propriété par étages et des dispositions codifiées sur la même matière montre la supériorité incontestable des premières sur les secondes.

Les avantages attachés à la propriété par étages sont multiples. Ils sont de nature individuelle, économique et sociale. Avant tout, la propriété par étages présente l'immense avantage d'assurer la stabilité à l'occupant d'un appartement. Le propriétaire d'un logement est à l'abri d'un congé. En outre, le morcellement de la propriété d'une maison permet l'accession de la propriété immobilière à des catégories de personnes qui en étaient exclues jusqu'ici. Les conditions de construction sont alors modifiées. Les architectes ne construisent plus en vue du seul rendement pour loger le maximum de personnes dans le minimum de place, prenant pour idéal le clapier, voire le *columbarium*. Ils tiennent compte des besoins et des désirs de ceux mêmes qui occupent les logements, de leurs aises et de leur agré-

ment. Enfin, la propriété par étages permet de donner satisfaction aux commerçants qui désirent rester dans les lieux qu'ils occupent, tout en faisant l'économie de l'institution déplorable du bail ou de la propriété commerciale.

Si le fait économique qui est à la base de la propriété par étages demeure, la notion même de celle-ci, sa forme ont évolué. L'idée de propriétés horizontales superposées, entièrement distinctes, simplement grevées de servitudes réciproques a fait place à la notion de propriétés restreintes aux parties privatives et de copropriété des parties communes. Au Moyen Age, la propriété par étages était une propriété *stricto sensu* et n'était que cela. Aujourd'hui, elle est complétée par une copropriété des parties communes. Cette copropriété a pris la place des anciennes servitudes.

Dans cette conception, la propriété est le principal, la copropriété, l'accessoire. C'est certainement le système qui se dégage des lois qui, après 1920, ont comblé les lacunes de la codification napoléonienne. Mais l'idée de copropriété est envahissante. Elle tend à prendre la première place, la propriété n'étant plus que l'accessoire de la copropriété. L'évolution tend vers l'idée qu'un jurisconsulte particulièrement perspicace, Gui Coquille, avait déjà émise au XVI<sup>e</sup> siècle: une copropriété perpétuelle dont le mode de jouissance est particulier plutôt qu'une division du droit foncier. Nous n'en sommes pas encore là, il est vrai. Mais ce sera peut-être la solution dans un siècle ou deux.

En Suisse, où l'évolution était parallèle, il est difficile de dire si la conception propriété-copropriété s'était imposée en 1911 et si elle s'était substituée à la notion de propriété grevée de servitudes. Quoi qu'il en soit, le code civil fédéral a fait une coupure et lancé sur de nouvelles voies la propriété par étages.

La création de nouvelles propriétés d'étages est interdite depuis 1912. Mais les anciennes propriétés ont été maintenues, en principe, sous l'empire des anciens droits cantonaux. Toutefois, l'article 114, alinéa 2<sup>e</sup>, de l'ordonnance sur le registre foncier permet d'inscrire ces droits

sous une forme appropriée dans le registre foncier. Bien plus, il permet au législateur cantonal de forcer les propriétaires d'étages à procéder à cette inscription. Et il préconise le moyen suivant: l'un des propriétaires sera inscrit comme propriétaire du terrain – et par conséquent du bâtiment – les autres ayants droit étant inscrits comme bénéficiaires d'une servitude personnelle, cessible et transmissible au sens de l'article 781 du code civil sur leur ancienne propriété.

Cette forme: propriété du sol et du bâtiment à un ayant droit, servitude de jouissance perpétuelle pour les autres ayants droit présentait un inconvénient. Comment faire accepter aux propriétaires de troquer leur droit contre une simple servitude, alors qu'ils avaient le droit de rester dans le *statu quo*? Et le leur imposer, c'était les dépouiller, semblait-il. Aussi a-t-on eu recours à une autre forme: copropriété du sol et du bâtiment pour tous les ayants droit et servitude au sens de l'article 781 du code civil pour chacun sur son ancien étage. C'est ainsi que les anciennes propriétés d'étages ont été inscrites dans le registre foncier soit sur l'injonction des lois cantonales, soit sur l'initiative et sous la pression des autorités du registre foncier.

En résumé, les propriétés d'étages constituées avant 1912 sont restées dans leur forme primitive sous l'empire du droit cantonal ou bien elles ont pris la forme de copropriétés-servitudes et ont été inscrites dans le registre foncier. Voilà pour le passé.

La situation s'est compliquée, car le besoin de créer de nouveaux droits de propriété sur des étages a persisté. Certains praticiens ont pensé que la forme copropriété-servitudes pouvait être employée pour les établir. En 1951, une circulaire du Département fédéral de justice et police a même préconisé cette forme pour tourner l'interdiction du code civil sans modifier celui-ci. De fait, un certain nombre de copropriétés-servitudes se sont constituées depuis une quarantaine d'années sans reposer sur des droits d'étages antérieurs à 1912. Mais cette manière de faire paraît critiquable, la copropriété-servitudes n'étant qu'une

forme exceptionnelle, applicable seulement aux anciens droits d'étages. Une autre forme a été proposée: la combinaison d'une société établie entre les habitants de l'immeuble avec des contrats de bail attribuant à chaque associé un droit de jouissance sur une fraction déterminée de l'immeuble. Le droit au bail étant attaché exclusivement à un certain lot d'actions de valeur équivalente à la fraction de l'immeuble correspondante, le propriétaire du paquet d'actions est pratiquement et économiquement propriétaire du logement correspondant. C'est ainsi que depuis 1948, il s'est constitué des sociétés d'actionnaires-locataires en Suisse.

Voilà pour les propriétés d'étages constituées depuis 1912 en dépit de l'interdiction légale. Il existe donc actuellement trois formes de propriété par étages en Suisse: les anciens droits d'étages cantonaux, la copropriété-servitudes constituée sur des droits antérieurs à 1912 ou créée de toutes pièces, la société d'actionnaires-locataires.

Laissons de côté les propriétés restées sous l'empire des droits cantonaux. Elles posent des problèmes théoriques difficiles. Mais en fait elles ne donnent pas lieu à des litiges. Nous pouvons donc les négliger et réserver notre examen à la copropriété-servitudes, dont l'existence a été mise en jeu par l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 décembre 1955, et à la société d'actionnaires-locataires, dont la nouveauté n'a pas permis à chacun de bien connaître le mécanisme.

La situation des copropriétés-servitudes est devenue très précaire depuis la fin de l'année dernière. Le droit de jouissance sur une partie de l'immeuble, rappelons-le, prend la forme d'une servitude personnelle cessible et transmissible au sens de l'article 781 du code civil. En réalité, l'article 781 ne permet pas qu'on donne à la servitude un tel contenu, qui correspond à un droit d'habitation, spécialement réglé par les articles 776 à 778 du code civil. Selon ces dispositions, ce droit est temporaire, incessible et intransmissible. Ce serait donc faire fraude à la loi que de le baptiser servitude au sens de l'article 781 pour le rendre perpé-

tuel, cessible et transmissible. On ne peut donc comprendre la disposition de l'article 114, alinéa 2<sup>ème</sup>, de l'ordonnance sur le registre foncier que comme une disposition de pure forme permettant d'inscrire au registre foncier les anciens droits d'étage afin de simplifier la tenue du registre. Mais cette dérogation est exceptionnelle: elle laisse subsister l'ancien droit de propriété quant au fond. Il en résulte une distinction fondamentale entre les copropriétés-servitudes constituées sur d'anciens droits d'étages et les copropriétés-servitudes qui ne reposent pas sur ceux-ci et qui sont entièrement nouvelles. Pour ces dernières de deux choses l'une. Ou bien l'acte constitutif est une fraude à la loi ou il a été passé sous l'empire d'une erreur essentielle, et la nullité doit en résulter. Ou bien restituant sa véritable qualification à ce qui a été voulu par les parties, on considérera que la prétendue servitude de l'article 781 est en réalité un droit d'habitation et on le traitera comme tel. Il s'agirait ainsi d'une copropriété-servitude d'habitation. Cette forme serait licite, mais elle serait entièrement régie au fond par le droit civil fédéral. La copropriété pourrait donc prendre fin conformément à la loi sur la demande d'un des copropriétaires, les servitudes constituées se maintenant jusqu'au décès de leurs titulaires. Mais il est bien douteux que ce soit là ce qu'auraient voulu les parties. Seules, les copropriétés-servitudes créées sur d'anciens droits d'étages permettent le maintien de la propriété par étages, puisque sous la forme des droits inscrits persistent les anciens droits perpétuels, cessibles et transmissibles. Tout au moins était-ce ce que l'on admettait généralement jusqu'à l'arrêt du 13 décembre 1955.

Telle n'a pas été la conception du Tribunal fédéral, qui a vu dans l'acte adoptant la copropriété-servitudes pour procéder à l'inscription au registre foncier l'anéantissement des anciens droits d'étages et leur remplacement par de nouveaux droits, entièrement soumis au code civil fédéral. Pour le Tribunal fédéral, il n'y aurait donc pas lieu de distinguer entre les copropriétés-servitudes constituées sur

d'anciens droits d'étages et les autres. Toutes seraient soumises au même régime. Et l'un des copropriétaires pourrait ainsi demander la fin de la copropriété conformément à l'article 650 du code civil. S'il en est ainsi, la licitation de la copropriété devrait ramener à la situation décrite par l'article 114, alinéa 2<sup>e</sup>, de l'ordonnance sur le registre foncier: propriété d'un ayant droit sur le sol et sur le bâtiment, servitudes-personnelles, cessibles et transmissibles au sens de l'article 781 pour les autres ayants droit. Le partage ne serait qu'un coup d'épée dans l'eau, puisqu'il ne porterait que sur la copropriété, les servitudes échappant à la licitation en raison de leur caractère personnel, incompatible avec le caractère d'accessoire suivant le sort du principal. L'intérêt de la licitation serait mince: victoire à la Pyrrhus, puisque l'adjudicataire deviendrait entièrement responsable des charges de la propriété.

Mais les conséquences du principe posé par le Tribunal fédéral vont encore plus loin que ce retour à la situation décrite par l'article 114, alinéa 2<sup>e</sup>, de l'ordonnance sur le registre foncier. En effet, si la copropriété du code civil fédéral s'est substituée à l'ancien droit de propriété, il doit en être de même pour la servitude qui donne la jouissance d'une partie déterminée de l'immeuble. Or la servitude de l'article 781 ne permet pas de conférer aux parties un droit de jouissance analogue à la propriété d'un étage. Il s'agit d'un droit d'habitation impérativement régi par les articles 776 à 778 et grevant la copropriété. Il est donc temporaire, incessible et intransmissible. La conséquence est très grave, car les titulaires de ces servitudes sont condamnés à perdre leurs droits pour avoir consenti à inscrire leurs anciens droits d'étages au registre foncier. Elle est peut-être encore plus grave quand une loi cantonale a ordonné cette inscription: il en résulte une expropriation sans indemnité.

Le Tribunal fédéral n'a pas été jusqu'au bout de ces conséquences. Il s'est borné à admettre la demande de partage de la copropriété, en déclarant que celle-ci était entièrement soumise au code civil, les anciens droits étant

éteints. Bien qu'il ait vu l'existence d'un problème à propos des servitudes, il ne l'a pas abordé. Mais il lui serait difficile aujourd'hui, à moins de renverser le principe posé, de déclarer valables les servitudes au sens de l'article 781.

L'arrêt du 13 décembre 1955 est très lourd de conséquences. Il plonge dans l'insécurité des milliers de copropriétés-servitudes créées sur d'anciens droits d'étages sur l'injonction de lois cantonales ou sur l'initiative des autorités du registre foncier. Ne nous leurrions pas, en effet. Jamais un propriétaire d'étage n'a pris l'initiative de l'inscription au registre foncier et jamais il n'aurait consenti à la transformation de son droit, s'il avait pu prévoir l'arrêt du Tribunal fédéral. Ce n'est que sur la demande des autorités du registre foncier, et souvent non sans mal, avec l'assurance que rien ne serait touché à leurs droits que les propriétaires d'étages ont consenti à leur inscription au registre foncier. Peut-on dire dès lors qu'ils ont consenti à la transformation de leurs droits ?

Le Tribunal fédéral l'a senti. Et pour échapper aux conséquences de sa prise de position de principe, l'arrêt a admis que les parties avaient pu être victimes d'une erreur essentielle. L'acte de copropriété-servitudes pourrait ainsi être annulé et les ayants droit reviendraient au *statu quo ante* et retrouveraient la protection des anciennes lois cantonales.

Mais la soupape de sûreté qui est l'erreur essentielle ne pourra pas toujours fonctionner. Tel est le cas si la transformation a été ordonnée par une loi cantonale, à moins que les législateurs cantonaux s'empressent de modifier leurs lois. Si un ayant droit se trouve ainsi dépossédé, pourra-t-il exiger une indemnité d'expropriation de son Canton ? Il serait curieux qu'un Canton soit tenu de verser des dommages-intérêts pour l'application d'une loi adoptée en vertu d'une ordonnance fédérale. Bornons-nous à poser le problème. L'annulation de l'acte de copropriété-servitudes paraît aussi difficile au cas où une part de copropriété aurait été aliénée: le Tribunal fédéral ne rejeterait-il pas la

demande de nullité pour protéger la bonne foi présumée de l'acquéreur ?

Enfin, les articles 17 et 45 du titre final du code civil fédéral ne sont-ils pas violés, puisque l'on a substitué un droit réel temporaire aux anciens droits de propriété, dont le maintien était garanti ?

En conclusion, ou l'acte de copropriété-servitudes est nul pour erreur essentielle – et les conséquences de l'arrêt ne sont pas trop préjudiciables aux intérêts des parties – ou il permet la licitation de la copropriété, tout en laissant subsister les servitudes. Et alors de deux choses l'une: ou bien il s'agit de servitudes de l'article 781 – et le partage ne présente pas d'intérêt bien appréciable – ou bien il s'agit de droits d'habitation, ce qui lèse gravement les titulaires de ces droits. De toutes façons, les conséquences sont incertaines et elles font régner la plus grande insécurité sur toutes les copropriétés-servitudes constituées sur d'anciens droits d'étages. Aussi ne peut-on que conseiller aux intéressés de se mettre au plus vite sous la protection de l'ancien droit cantonal en demandant l'annulation de l'acte constitutif de copropriété-servitudes et sa radiation du registre foncier. Car l'arrêt a fait naître des appétits chez des copropriétaires qui s'entendaient sans peine jusqu'à lui. On sait bien que dans une licitation entre copropriétaires, c'est toujours le plus fort économiquement qui l'emporte au détriment des plus faibles qui n'osent pas pousser les enchères.

Telle est la situation créée par l'arrêt. Quant à nous, nous ne pouvons pas nous rallier à sa conception. A notre avis, la copropriété-servitudes n'est qu'une forme qui recouvre simplement l'ancienne propriété. Et celle-ci ne peut pas être partagée.

Si le Tribunal fédéral confirmait sa jurisprudence, une intervention législative serait justifiée pour sauver la tranquillité sociale. Sans bouleverser le code, une loi interprétative pourrait confirmer la portée purement formelle des actes de copropriété-servitudes créées sur d'anciens droits

de propriété. Le caractère interprétatif de la loi aurait nécessairement un effet rétroactif.

Quoi qu'il en soit, la voie est bouchée à la propriété par étages dans le domaine des droits réels. Monsieur Friedrich a examiné avec le plus grand soin et de façon très fouillée toutes les ressources des droits réels. Il est arrivé à la conclusion qu'aucun moyen ne restait à la disposition des intéressés pour atteindre leur but: il y a un mur infranchissable actuellement.

C'était la conclusion à laquelle étaient parvenus les initiateurs des sociétés d'actionnaires-locataires. Vous savez déjà que cette forme attribue aux actionnaires de la société propriétaire d'un immeuble le droit au bail sur une partie de la maison. Les actions sont groupées en lots de valeur correspondant à la valeur de chaque fraction du bâtiment. La propriété d'un lot donne ainsi le droit de jouissance recherché. Un ajustement des statuts et des conditions du bail a permis un fonctionnement qui donne toute satisfaction. La caractéristique de ce système, c'est qu'il fait la confusion sur les mêmes têtes des qualités d'actionnaires de la société propriétaire, de locataires de l'immeuble et même de prêteurs. Il suffit de faire coïncider ces différentes qualités de manière que droits et charges se compensent exactement, de sorte que l'intéressé n'ait plus en définitive à déboursier que ce que doit payer un propriétaire: les charges courantes de l'immeuble.

Primitivement, cette forme a été imaginée pour réaliser la propriété par étages en attendant que celle-ci fut rétablie dans le code civil. Le projet de statuts de la première société d'actionnaires-locataires contenait même une clause prévoyant la dissolution de la société et l'attribution en propriété des diverses parties de l'immeuble social aux associés, si le deuxième alinéa de l'article 675 était supprimé. Le notaire rédacteur déclara que le code civil ne serait jamais modifié sur ce point et la clause fut abandonnée. Mais l'expérience a démontré que même si elle avait été maintenue, les associés n'en auraient pas fait usage, car la

forme sociale a permis d'atteindre exactement le but proposé, peut-être mieux que la propriété juridique même. Il est certain que l'abolition de l'interdiction de créer de nouvelles propriétés d'étages n'entraînerait pas une transformation des sociétés d'actionnaires-locataires en propriétés ou en copropriétés.

Les sociétés d'actionnaires-locataires ont maintenant pour elles une expérience de sept ans. Elles ont donné entière satisfaction à leurs membres. Aucun litige n'est né de leur fonctionnement. Leur situation financière est excellente.

Elles ont prouvé que les griefs avancés contre la propriété par étages en général n'étaient que des préjugés inconsistants. Elles ont apporté la preuve que la formule même de la société d'actionnaires-locataires fournissait la solution cherchée.

Diverses critiques leur ont été adressées. Les faits ne les ont pas confirmées. Il en subsiste trois.

La forme sociale, a-t-on dit, est compliquée, et on lui a opposé la simplicité de la propriété. Mais la comparaison est un leurre. Il ne saurait être question de revenir aujourd'hui à la propriété du Moyen Age. La propriété par étages moderne exige une forte organisation de la copropriété. Or le fonctionnement de la copropriété ressemble beaucoup à celui d'une société. La différence entre les deux formes au point de vue complexité est minime.

La société immobilière entraîne un accroissement des charges fiscales, a-t-on encore ajouté. Ce n'est pas certain. Non seulement, la société propriétaire n'est pas toujours plus grevée qu'une personne physique, mais elle échappe le plus souvent à des droits de mutation qu'un particulier ne peut esquiver. Au demeurant, nombreux sont les immeubles actuellement propriétés de sociétés: le fait que les actionnaires occuperaient eux-mêmes les immeubles sociaux n'augmenterait pas leurs charges fiscales.

Enfin, a-t-on objecté, la forme sociale est dangereuse. En cas de surabondance de logements, la société proprié-

taire risque de ne pouvoir louer les locaux dont elle aurait expulsé l'actionnaire-locataire pour refus de contribuer à sa quote-part de charges communes. Ce seraient donc les autres actionnaires-locataires qui devraient supporter les conséquences de sa carence. Cette manière de voir est infondée, car il suffit que la société loue le local vide pour un loyer égal ou légèrement supérieur à la quote-part des charges, afin que les actionnaires-locataires soient quittes de supporter la part du récalcitrant. Un loyer de 25% de la valeur locative suffirait à couvrir cette quote-part. Peut-on vraiment penser que même dans une crise très grave due à la surabondance de logements, on ne parviendrait pas à louer un appartement à 25% de sa valeur locative?

Aussi peut-on considérer que le problème de la propriété par étages est pratiquement résolu dans le cadre de la législation existante par les sociétés d'actionnaires-locataires, au moins pour les immeubles d'une certaine importance. Pour de petits immeubles, la société à responsabilité limitée offre ses ressources.

Néanmoins, le rétablissement de la propriété par étages par le moyen des droits réels peut être désirable pour deux motifs. Il peut présenter certains avantages financiers dans le domaine fiscal et dans le domaine hypothécaire. Il présente surtout un avantage psychologique: chacun sait ce qu'est la propriété. Il est parfois difficile de faire comprendre que le contrat de société combiné à des contrats de bail produit les mêmes conséquences.

L'interdiction de créer de nouvelles propriétés d'étages est, d'ailleurs, choquante. Elle ne repose que sur des préjugés dont le vide est démontré amplement. Elle est injustifiée.

Monsieur Friedrich a examiné avec le plus grand soin les conditions que devrait satisfaire la nouvelle loi rétablissant la propriété par étages. Nous sommes à peu près du même avis. Il convient de souligner l'importance primordiale d'une sanction efficace contre le copropriétaire qui ne respecte pas ses obligations, en particulier le paiement de

sa quote-part de charges. On a proposé l'éviction du récalcitrant sous le contrôle du juge. Cette sanction paraît draconienne. Elle exproprie l'intéressé. Sans doute, il recevra une indemnité. Mais son bien peut être vendu dans de mauvaises conditions. Tant pis pour lui, dira-t-on: il a pris le risque. Mais il ne faut pas oublier qu'il est rarement le seul intéressé. Toute sa famille va pâtir de cette éviction. La part de copropriété est un bien patrimonial et familial. Ne vaudrait-il pas mieux employer une sanction moins sévère que celle-ci, à la condition qu'elle sauvegarde les intérêts des copropriétaires d'une manière aussi efficace? Un privilège en faveur de la communauté des copropriétaires les garantirait déjà contre le refus de l'un d'eux de payer sa part de charges. Et la vieille sanction reprise des coutumiers les protégerait pour le surplus: elle consisterait à expulser le récalcitrant et à transférer la jouissance des lieux aux copropriétaires. L'expulsé resterait copropriétaire, il recevrait les fruits civils de son bien sous déduction de ses obligations et ses copropriétaires seraient à l'abri de ses fantaisies.

Enfin, il faut faire une remarque capitale. Le rétablissement de la propriété par étages au moyen des droits réels pourrait donner lieu à une spéculation, dont il est indispensable de faire l'économie. La division de la propriété d'un immeuble en propriétés distinctes donnerait aux nouveaux propriétaires le droit de congédier les locataires en place. On imagine sans peine le chantage auquel seraient exposés les locataires installés avant la division de la propriété. Les pays qui connaissent la propriété par étages ont dû prendre des mesures spéciales pour enrayer cette forme scandaleuse de spéculation, à laquelle, notons-le, les sociétés d'actionnaires-locataires ne laissent pas de place. La réintroduction de la propriété par étages *stricto sensu* devrait être accompagnée de mesures adéquates et l'on devrait en faire une condition *sine qua non* de son rétablissement.

Au surplus, l'expérience a montré que la propriété par étages fonctionne à la satisfaction générale, quelle que soit sa forme, à deux conditions:

1. que les droits et obligations de chacun soient exactement définis, que ce soit par la loi, par une convention ou par un règlement de copropriété;

2. que l'administration de la maison soit confiée à un administrateur ou à un gérant connaissant bien le fonctionnement de la propriété par étages et doué d'autorité.

En conclusion, la solution de la propriété par étages en Suisse est fournie actuellement par les sociétés d'actionnaires-locataires. Cette forme a donné pleine satisfaction. Pour satisfaire tous les besoins, on peut rétablir la propriété proprement dite sur les étages, en observant certaines précautions: protection des locataires en place, organisation d'une communauté des copropriétaires, sanction énergique contre les copropriétaires dont l'attitude serait incompatible avec l'intérêt commun.

Nous souhaitons que les débats qui vont s'ouvrir fassent progresser utilement, pour le bien général, l'idée de la propriété par étages.

M. *Albert Comment*, juge fédéral, Lausanne:

J'aimerais tout d'abord m'exprimer sur la propriété par étages de lege lata. Les deux rapporteurs admettent avec raison que le législateur de 1912 a voulu supprimer la propriété par étages et que, chose étonnante, personne n'a fait entendre une autre voix, ni au sein des Commissions parlementaires ni au sein des Conseils législatifs. Cette intention du législateur ressort d'ailleurs à l'évidence de l'esprit qui a dicté les art. 642, 675 al. 2 et 45 tit. fin. CC. L'art. 45 tit. fin. est surtout très suggestif à cet égard puisqu'il dispose à l'al. 1: «Les droits réels qui ne peuvent plus être constitués à teneur des dispositions relatives au registre foncier (étages d'une maison appartenant à divers propriétaires)», et à l'al. 2: «Lorsque ces droits s'éteignent pour une cause quelconque, ils ne peuvent plus être rétablis». Le législateur ne pouvait mieux marquer son désir de se séparer de cette institution traditionnelle dans certains cantons, mais déjà prohibée dans d'autres, qu'en édictant pareille défense.

Mais, s'agissant des propriétés par étages créées sous l'ancien droit, le législateur les a maintenues en disposant à l'art. 17 tit. fin. que les droits réels existant lors de l'entrée en vigueur du code civil sont maintenus, sous réserve des règles concernant le registre foncier, et que les droits réels dont la constitution n'est plus possible à teneur de la loi nouvelle continuent à être régis par la loi ancienne. Quant à la manière de réaliser ces principes en accord avec le système du registre foncier, le législateur fédéral l'a réglée en disant à l'art. 45 al. 1 tit. fin. que les droits réels qui ne peuvent plus être constitués à teneur des dispositions relatives au registre foncier ne seront pas inscrits, mais simplement mentionnés d'une manière suffisante. Il n'est pas allé plus loin.

Chargé d'assurer l'exécution de ces principes, le Conseil fédéral a édicté l'art. 114 de l'ORF dans lequel il a repris à l'al. 1 le texte de l'art. 45 al. 1 tit. fin. CC. Mais il y a ajouté un al. 2 ainsi conçu: «Toutefois, les lois cantonales d'introduction peuvent prescrire ou les intéressés peuvent convenir que ces droits seront inscrits d'une manière conforme aux prescriptions relatives au registre foncier et que, par exemple, les droits de propriété sur des étages seront portés au registre comme droits de propriété sur le sol, pour l'un des ayants droit et comme servitude personnelle transmissible au sens de l'art. 781 CC pour l'autre ayant droit». Quelle est la portée de pareil texte? Le rapporteur de langue française en dégage (p. 662a-664a) deux interprétations possibles: la première, selon laquelle les droits de propriété par étages sont convertis purement et simplement en droits nouveaux reconnus par le code civil fédéral, ces droits échappant au droit cantonal et étant entièrement soumis au droit fédéral; la seconde, selon laquelle il n'y a pas de changement de droit, mais simplement emprunt d'une forme reconnue par le code civil fédéral pour permettre d'inscrire les anciens droits de propriété sur un étage dans le registre foncier, et ainsi le droit ancien demeurerait sous la forme ad hoc. Puis M. Flattet se prononce pour cette seconde

interprétation (p. 664a), en disant notamment que l'art. 114 al. 2 ORF a pour seul et unique objet la publicité des anciens droits d'étages et que leur transformation en droits nouveaux n'est pas ordonnée. Je ne puis me rallier à cette thèse pour les raisons suivantes: C'est le législateur fédéral qui a édicté par l'art. 45 tit. fin. CC la manière dont les droits réels qui ne peuvent plus être constitués à teneur des dispositions relatives au registre foncier figureront au registre dans l'avenir et il n'a prévu à cet égard qu'un seul moyen: la mention. Il n'en a pas prévu d'autre et il n'a pas accordé au Conseil fédéral de délégation pour en prévoir d'autres. Aussi le rapporteur de langue allemande fait-il remarquer avec raison (p. 62a): «Dass die Beteiligten vereinbaren können, dingliche Rechte, die nicht mehr begründet werden können, in einer dem Grundbuchrecht entsprechenden Weise einzutragen, versteht sich von selbst. Wenn darüber hinaus den kantonalen Ausführungsgesetzen die Befugnis eingeräumt wird, solche dem neuen Recht entsprechende Eintragungen vorzuschreiben, so kann darin keine Delegation der Gesetzgebungskompetenz an die Kantone erblickt werden. Zu einer solchen Delegation wäre der Bundesrat auch nicht ermächtigt gewesen.» Ce point de vue me paraît inattaquable. Le législateur voulait supprimer la propriété par étages. Le rédacteur du code trouvait ce mode de propriété archaïque et incompatible avec les conditions économiques modernes (rapp. Flattet p. 649a). Comment, dès lors, penser que du même coup il voulait autoriser les cantons à perpétuer ce mode de propriété sous le nom d'emprunt de nouvelles notions du CC, telles que la copropriété et les servitudes de l'art. 781 CC? L'art. 114 al. 2 ORF ne peut dès lors avoir qu'un sens: celui d'une recommandation aux parties et aux législateurs cantonaux d'adapter le droit de propriété par étages aux institutions nouvelles du CC, et à cet égard le Conseil fédéral n'a pas outrepassé ses compétences. Précisément le fait que l'art. 114 al. 2 invite les parties à passer convention dans ce sens (ce qu'elles pouvaient faire déjà sans invitation du législateur)

et que cette convention est mise en parallèle avec la réglementation de la loi cantonale d'application me montre que le Conseil fédéral ne voulait, par l'art. 114 al. 2 ORF, rien d'autre que hâter la suppression de la propriété par étages en l'adaptant au CC. Même du point de vue de l'ancien droit de propriété par étages, l'idée n'était en soi pas mauvaise. Si la jurisprudence avait donné de l'art. 650 CC une interprétation excluant le partage dans un cas pareil, le moyen aurait permis pratiquement de maintenir – non en droit mais en fait – les avantages de l'ancienne propriété par étages. Mais, comme les rapporteurs l'ont relevé, dans l'arrêt Wolff du 13 décembre 1955 (RO 81 II 598), le Tribunal fédéral, se référant à un précédent arrêt de principe fondé sur l'art. 650 CC (RO 77 II 240), ne partage pas ce point de vue. Cet arrêt, accepté par le rapporteur de langue allemande, n'a pas trouvé l'adhésion du rapporteur de langue française, qui l'a soumis à une critique assez serrée mais objective, ce dont je le remercie. Toutefois, les arguments qu'il avance à l'appui de son argumentation et que vous pouvez trouver à p. 673 a de son rapport ne me paraissent nullement convaincants. Au cas particulier, il s'agissait d'une convention intervenue entre les différents propriétaires d'étages d'une maison à Sion. Cette convention était basée sur l'art. 268 LA CC val. qui autorise les intéressés à transformer la propriété d'étages en droits réels admissibles tels que copropriété combinée avec une servitude, conformément à l'art. 781 CC, et inscrits comme tels. D'ailleurs la convention est intitulée «Transformation de propriété par étage en copropriété». Il s'agit donc bien de transformation d'un ancien droit de propriété d'étage en une copropriété combinée avec les servitudes de l'art. 781 CC. Lorsqu'un droit est *transformé* en un autre, il n'existe plus. L'art. 58 de l'ordonnance cantonale valaisanne sur la tenue du registre foncier me confirme également dans ce point de vue. Tandis que sous litt. B il est question de la mention de la propriété par étages de l'ancien droit, la lettre A qui règle l'inscription de la copropriété combinée avec les servitudes

de l'art. 781 CC commence par ces mots: «Si les intéressés sont d'accord de *transformer* leurs droits en copropriété...». Pour reprendre une expression du rapport de langue française (p. 672a): l'habit fait le moine, je suis d'accord que dans la vie courante l'habit ne fait pas le moine; mais dans l'ordre juridique, il faut bien faire intervenir les formes pour définir une institution du droit: l'organisation des droits réels immobiliers est intimement liée à leur publicité par le registre foncier. Comment, par exemple, parler d'un droit de propriété en faveur de X, lorsque, au registre foncier, il n'est bénéficiaire que d'une servitude sur l'immeuble de Y, même si un contrat de vente a été conclu. Comment, d'autre part, se dire propriétaire exclusif d'un étage d'une maison lorsqu'on n'est que copropriétaire de l'immeuble avec d'autres, et bénéficiaire seulement d'une servitude selon l'art. 781 CC, pour un appartement? Ce serait introduire dans le système du registre foncier une véritable anarchie. On ne voit d'ailleurs nullement l'utilité du procédé, puisque la propriété par étages peut être maintenue à l'état pur par une simple mention au registre foncier.

Ainsi donc il me paraît que l'arrêt Wolff résiste facilement à la critique de M. Flattet. Après plus de 40 ans d'application du CC, il ne saurait y avoir en Suisse une copropriété au sens du CC et une copropriété combinée avec des servitudes selon l'art. 781 CC, qui soit un paravent pour maintenir des droits de propriété par étages.

Le juge qui applique le CC ne peut l'appliquer que dans l'esprit où l'a voulu le législateur, c'est-à-dire ici dans l'idée d'acheminer la disparition de la propriété par étages et non de la maintenir ou même de la développer à nouveau dans les temps futurs.

Quant à savoir si depuis 1912 la situation s'est modifiée et si aujourd'hui il faut revenir à la propriété par étages, c'est un autre problème. Il s'agit là avant tout d'une question qui devra être examinée tout d'abord sous l'aspect économique et social. A cet égard les considérations avancées par les rapporteurs m'ont fait une certaine impression

et je suis assez enclin à affirmer le besoin d'une réintroduction de la propriété par étages, quoique certaines considérations du rapporteur de langue allemande à p. 142a et suiv. sous la rubrique «Abwägung der Argumente» soient de nature à faire encore réfléchir. Une fois la question résolue affirmativement, mais alors seulement, le juriste pourra se mettre au travail et voir de quelle manière il réalisera ce postulat. Il ne suffit pas, à cet égard, de dire: C'est l'affaire des techniciens du registre foncier. A ce moment, c'est l'affaire du juriste de trouver le moyen de réaliser l'idée. La règle de droit est édictée pour réaliser les postulats économiques et sociaux destinés à assurer des rapports plus agréables entre les individus. A ce propos, il me paraît avec les rapporteurs hors de doute que l'intervention du législateur s'impose. Sur la base d'une loi qui veut supprimer la propriété par étages et qui ignore en principe la propriété horizontale indépendante de la propriété du sol, il n'y a pas moyen d'établir le droit de propriété par étages. La simple suppression de l'art. 675 al. 2 CC ne résoudrait rien. La combinaison de la copropriété avec les servitudes de l'art. 781 CC est également impropre à rétablir la propriété par étages. La société d'actionnaires-locataires est un travestissement de la propriété par étages qui, à la longue, ne pourra pas en tenir lieu. D'autre part, je pense que la revision législative devra s'opérer à l'intérieur du CC. Je suis adversaire des lois spéciales lorsqu'elles peuvent être évitées. Il faut maintenir à la codification du CC ses avantages. Ici il s'agit d'une matière de droit civil pur, qui a sa place dans le livre des droits réels. Cette matière influencera sensiblement le droit immobilier, tant les dispositions sur la propriété que celles sur les servitudes et les droits de gage. Les rapporteurs ont éloquemment montré que la combinaison de la copropriété avec des servitudes selon l'art. 781 CC est impraticable sans revision de l'institution de la copropriété. Et il s'agira enfin d'adapter à la nouvelle institution le registre foncier. Tout cela est chose faisable; mais il faudra se préoccuper de bien définir la nouvelle institution et de maintenir l'harmo-

nie avec le reste du droit civil suisse, y compris l'institution du registre foncier. La tâche n'est pas insurmontable; on ne saurait cependant dire qu'elle est d'une simplicité évidente. Ce sera le rôle du législateur de mettre de l'ordre dans ce secteur du droit.

En attendant, je remercie les rapporteurs de s'être penchés sur ce problème avec tant de sollicitude et d'avoir présenté sur la propriété par étages des rapports aussi fouillés et complets.

M. *Emile Duperrex*, directeur de banque, Genève:

Il est remarquable que les deux rapports qui nous ont été présentés et qui ont analysé la propriété par étages dans tous ses aspects juridiques et économiques conduisent leurs auteurs à des conclusions analogues et concordantes, dont je ne retiendrai que trois dans le cadre de cette brève intervention:

1. Le rétablissement de la propriété horizontale en droit suisse ne se heurte à aucun principe irréfragable de notre système juridique et s'impose de plus en plus en raison de sa très grande utilité économique;

2. Les critiques formulées contre les sociétés anonymes d'actionnaires-locataires ne résistent pas à l'examen, ces sociétés étant licites et ayant pleinement atteint leur but. Une expérience poursuivie pendant plusieurs années – et sur ce point je désire apporter mon témoignage personnel – a démontré que leur fonctionnement donne satisfaction aux intéressés et qu'il n'a pas provoqué les litiges que prévoyaient certains critiques de cette institution très ingénieusement conçue;

3. La possibilité d'être propriétaire partiel d'un immeuble permettrait de trouver une solution acceptable pour de nombreux commerçants qui souffrent et parfois sont lésés d'être, comme locataires, à la merci d'un propriétaire. Cette solution serait de beaucoup préférable à celle que l'on

préconise en instituant la «propriété commerciale» qui, elle, met en danger les principes fondamentaux de la propriété immobilière.

Actuellement la propriété morcelée horizontalement (par étages ou par appartements) n'existe que sous la forme indirecte des droits attachés aux actions des sociétés d'actionnaires-locataires. Or ces sociétés ne sont qu'un moyen de remplacement qui, si valable qu'il soit juridiquement, ne satisfait pas l'esprit respectueux de l'ordre de droit.

Ces sociétés subsisteront d'ailleurs même si la propriété horizontale est légalement rétablie, car elles répondent à des besoins particuliers et offrent une possibilité attrayante d'effectuer un placement immobilier sous une forme mobilière. Par leur succès, elles ont en outre fait la démonstration irréfutable que la copropriété délimitée dans l'espace est désirée. Mais, bien que je m'en sois fait le défenseur convaincu en certaines circonstances, je reconnais que ces sociétés présentent deux défauts :

d'une part elles étendent encore davantage le secteur de la propriété anonyme, forme de propriété contre laquelle il convient de lutter pour des motifs d'ordre social et psychologique;

d'autre part elles favorisent la propriété clandestine, encore qu'il ne faille pas exagérer le désir de dissimulation, la clandestinité de la propriété étant surtout recherchée et appréciée par les étrangers qui veulent faire des placements-refuges dans notre pays.

Néanmoins les sociétés d'actionnaires-locataires, si légitimes et utiles soient-elles, ne peuvent prétendre à remplir le rôle que pourrait remplir la véritable et authentique propriété immobilière horizontale, droit réel clairement fondé et inscrit au Registre foncier. Il est donc hautement souhaitable que celle-ci soit réintroduite dans le système juridique suisse.

Qu'on la rétablisse en modifiant le Code civil ou en promulgant une loi spéciale, ou peut-être en combinant les deux méthodes (le principe étant inséré dans le Code, ce qui paraît logique, et les modalités d'application, vraisemblablement très détaillées, étant réservées à une loi spéciale), c'est là un problème de technique législative que je me défends d'aborder.

Je me suis simplement permis d'exprimer ici l'opinion d'un praticien qui, par profession, est amené à utiliser quotidiennement les institutions que le droit met à notre disposition. Je laisse aux juristes législateurs le soin de construire un système de copropriété adapté aux contingences modernes, offrant toutes les garanties de droit pour empêcher la spéculation et créant un statut clair et sûr réduisant au minimum les aléas du copropriétaire.

Frau Dr. *Tina Peter-Ruetschi*, Aktuarin des Vereins für Wohnungseigentum, Zürich:

In der heutigen Sitzung möchte ich mir nur einige allgemeine Bemerkungen zum Stockwerkeigentum gestatten, nachdem Herr Prof. Flattet und Herr Dr. Friedrich in ihren Referaten in so überzeugender Weise für dessen Wiedereinführung in der Schweiz eintraten und eingehend Wege für dessen gesetzliche Ausgestaltung wiesen.

Zu der Äußerung «Das heutige Interesse für das Stockwerkeigentum sei eine Modeerscheinung», welche nicht nur von gegnerischer, sondern auch neutraler Seite gemacht wird, möchte ich bemerken, daß dies der Tatsache nicht entspricht. Ein Blick in unsere Nachbarstaaten zeigt, daß es sich beim Stockwerkeigentum um eine neugeschaffene Form des Eigenheims handelt. Dafür spricht die Ausbreitung, welche das Stockwerkeigentum in den letzten Jahrzehnten dort erfahren hat.

Auch in der Schweiz kann es sich bei dem Interesse, welches in immer größerem Maße dem Stockwerkeigentum entgegengebracht wird, nicht um eine Modeerscheinung

handeln, denn auch bei uns hegen viele den Wunsch, ein eigenes Heim zu besitzen und auch bei uns wird es, wie Sie wissen, immer schwerer, in städtischen Verhältnissen ein eigenes Haus zu erwerben. Eine Änderung dieser Lage dürfte in normalen Zeiten kaum zu erwarten sein. Unsere Bevölkerung ist stets im Zunehmen begriffen. Wer in Zürich wohnt, kann sich davon ein nur zu deutliches Bild machen. Mit dem Anwachsen der Städte schwindet für viele zusehends die Möglichkeit, ein eigenes Haus zu bauen oder zu kaufen. Der Wunsch nach einem eigenen Heim wird aber sicherlich in unserer Bevölkerung weiter bestehen bleiben.

Daß bereits jetzt eine ansehnliche Zahl von Personen gewillt ist, sich den geänderten Verhältnissen anzupassen, nämlich statt einem eigenen Haus, auch eine eigene Wohnung als Eigenheim zu betrachten, können wir u. a. daraus ersehen, daß dem im November 1955 in Zürich gegründeten Verein für Wohnungseigentum (Verein zur Förderung des Eigentums an Wohnungen und Geschäftsräumen in der Schweiz) stets Anfragen zugehen, wie: wann und wo eine Wohnung zu Eigentum erworben werden könne, ob man schon jetzt eine Wohnung mieten, die man dann nach Inkrafttreten des Stockwerkeigentums-Gesetzes in der Schweiz kaufen könne. Anfragen aus allen Bevölkerungskreisen gehen zu. Auch der Verband der freien Schweizer Arbeiter in der Schweiz interessiert sich für das Stockwerkeigentum. Wie Ihnen wohl bekannt ist, machte dieser Verband im letzten Jahre eine Eingabe an Herrn Bundespräsident Feldmann mit dem Ersuchen, man möge das Stockwerkeigentum in der Schweiz wieder einführen. Die Wohnbaugenossenschaften scheinen somit das Eigentum an einer Wohnung nicht allgemein ersetzen zu können.

Was nun die Mieteraktiengesellschaften betrifft, wie sie sich im Welschland finden, so ist es uns eine große Genugtuung festzustellen, wie gut sich diese Institution dort bereits eingelebt hat. Das dortige wachsende Interesse dafür, sich als Mieteraktionär eine Wohnung sichern zu

können, zeigt erneut, wie sehr das Bedürfnis nach einem eigenen Heim in unserem Volke verankert ist.

Allein trotz diesen befriedigenden Erfahrungen, bin ich der Ansicht, daß die Mieteraktiengesellschaft, auch wenn sie für viele Fälle gute Dienste leistet, nicht ein Gesetz über Stockwerkeigentum, aufgebaut auf dem Miteigentum in Verbindung mit Sondereigentum, ersetzen könnte. Der Aufbau der Mieteraktiengesellschaften ist zu kompliziert, für den einfachen Mann zu schwer verständlich. Letzterer will sich an Hand des Gesetzes selbst eine Meinung bilden können, wie es um das Eigentum an einer Wohnung steht; er will nicht einen Anwalt beiziehen müssen. Nur ein leicht verständliches und eingehendes Gesetz wird deshalb ermöglichen, allfällig bestehende Vorurteile und Mißtrauen gegenüber dem Stockwerkeigentum zu zerstreuen und somit dazu führen, daß das Stockwerkeigentum zu einer populären Institution werde.

Es empfiehlt sich, falls die Bestimmungen für das Stockwerkeigentum nicht in einem Spezialgesetz, sondern im Zivilgesetzbuch eingebaut werden sollten, daß neben einem klaren Gesetzestext alle Bestimmungen, die für das Stockwerkeigentum von Bedeutung sind, sich unter einer besonderen Marginalie zusammengefaßt finden, unter weitgehender Vermeidung von Hinweisen auf andere Abschnitte des Zivilgesetzbuches. Dadurch wird es dem Kaufinteressenten erleichtert, sich mit den Aufgaben des Wohnungseigentümers vertraut zu machen, was manche spätere Unstimmigkeiten unter den Wohnungseigentümern vermeiden hilft. Einen sehr guten Überblick gewährt z. B. das deutsche Wohnungseigentumsgesetz, welches allerdings, nach meiner Ansicht, nicht in allen Fragen den schweizerischen Verhältnissen entspricht.

Endlich möchte ich noch darauf hinweisen, daß erfahrungsgemäß Stockwerkeigentum meistens nur bei Neubauten begründet wird. Die Unternehmer verkaufen die Wohnungen in der Regel direkt an die Interessenten. Eine spätere Aufteilung von Mietshäusern in Stockwerkeigentum findet

sich im Ausland äußerst selten, es kommt meist nur bei Erbteilungen vor. Auch in der Schweiz dürfte es einmal ähnlich sein. Dieser Sachverhalt erklärt sich ohne weiteres daraus, daß für große Gesellschaften wie Banken und Versicherungen und für Private der Besitz eines Hauses eine Geldanlage darstellt, die ohne triftige Gründe nicht aufgegeben wird. Bei einer Sättigung des Wohnungsbedarfes und dementsprechend geringerer Bautätigkeit besteht infolgedessen weniger Aussicht, eine Wohnung nach seinem Geschmack erwerben zu können und mancher wird deshalb von einem Kauf absehen.

Zum Schlusse möchte ich die Bitte aussprechen, für eine baldige Wiedereinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz zu wirken, damit die jetzige Konjunktur auf dem Wohnungsmarkt voll ausgenützt werden kann und sich bald viele Personen eines Eigenheims durch eine eigene Wohnung erfreuen dürfen.

*Me René Gampert, notaire, Genève:*

Le système de la société immobilière «actionnaire-locataire» est très ingénieux et les juristes ont utilisé tous les moyens que le droit commercial mettait à leur disposition.

Mais il y a une faille importante: La plupart des statuts de ces sociétés contiennent des dispositions en vertu desquelles les immeubles ne peuvent être aliénés ou hypothéqués sans le consentement unanime des actionnaires. Or ces statuts ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi. Ils règlent les rapports entre les actionnaires entre eux et entre la société et les administrateurs, mais les tiers ne connaissent que les inscriptions du Registre du Commerce.

Le notaire qui dresserait un acte de vente ou d'hypothèque contrairement aux clauses statutaires mais en se fiant au Registre du Commerce, ne commettrait pas de faute professionnelle.

Il en résulte que le droit des actionnaires repose avant tout sur l'honorabilité des administrateurs, ce qui est

quelque chose, mais ne peut pas être considéré comme un droit réel.

On dira que c'est un inconvénient propre à toutes les sociétés anonymes et c'est vrai en partie. Mais le propriétaire du capital actions d'une société immobilière peut toujours (questions fiscales réservées) faire transférer à son nom la propriété d'un immeuble.

Le propriétaire d'un étage, par l'intermédiaire d'une société immobilière, entre dans un complexe pré-existant; l'administration en laquelle il avait confiance peut être modifiée par un vote de majorité. Il ne peut pas agir comme un titulaire de droit réel.

La formule de la société «actionnaire-locataire» est très intéressante, mais elle ne saurait à elle seule répondre aux besoins actuels et il est donc nécessaire de réintroduire dans la législation la propriété par étages au chapitre des droits réels.

Dr *M. Kemal Oguzman*, assistant à la Faculté de droit d'Istanbul:

Je suis très heureux de pouvoir suivre une réunion d'éminents juristes sur un problème si actuel et si important, comme la propriété par étages qui intéresse la Suisse et la Turquie de la même façon. Je remercie infiniment M. le président et M. le professeur Flattet qui m'ont accordé cette précieuse possibilité.

Si vous me permettez j'essaierai de faire une description de l'aspect du problème en Turquie que M. le professeur Flattet a touché dans son brillant et remarquable rapport<sup>1</sup>.

L'ancien droit turc connaissait la propriété par étages. Medjellé, ce code de 1877 qui réglementait certaines parties du droit civil, tout en posant un principe analogue au «superficies solo cedit» du droit romain, dans son article

---

<sup>1</sup> La propriété par étages. (Rapport présenté par Prof. Guy Flattet à la Société suisse des juristes), Basel 1956, N. 73 p. 686a.

1194, consacrait par contre quelques dispositions sur la propriété par étages aux articles 1150, 1192, 1193 et 1206<sup>2</sup>.

«Les livres de Fikih» qui sont des livres des jurisconsultes musulmans, nous apprennent que la propriété par étage existait même avant le XIV<sup>e</sup> siècle, dans le droit musulman<sup>3</sup>.

Par respect de ces coutumes, Medjellé qui posait le principe de superficies solo cedit, a accepté comme une exception la propriété par étage<sup>4</sup> et puisqu'il n'y avait pas le système du registre foncier on n'avait pas de difficulté à ce point de vue.

Cette propriété qui existait dans l'ancien droit turc, était une propriété par étages stricto sensu. Au-dessus de telle ligne, tout appartenait à l'un, au-dessous, tout à l'autre. Et le partage en nature de cette sorte avait une telle force qu'on parlait de l'existence absolue de ces droits. Si la maison était détruite le droit de chacun ne s'éteignait pas. Ces droits continuaient à exister comme une sorte de droit de superficie si l'on peut dire et quand une nouvelle maison était construite, chaque étage appartenait au propriétaire de l'étage correspondant de l'ancienne maison<sup>5</sup>.

Avec l'adaptation du Code Civil Suisse en 1926, la propriété par étages fut prohibée aussi en Turquie. Seulement les anciennes propriétés par étages étaient maintenues. Mais d'après le deuxième alinéa de l'article 39 de la loi de l'entrée en vigueur et de l'application du Code Civil qui correspond à l'art. 45 du Titre final du Code Civil Suisse, lorsque ces droits mentionnés d'une manière suffisante

---

<sup>2</sup> Atıf Bey, Mecelle şerhi, Kittes.) Basel 1 p. 92; Ali Haydar efendi, Mecelle şerhi, Kitabüş şirket p. 92; Ali Haydar efendi, Mecelle şerhi p. 970 ss.; Ebül'ulâ Mardin, Kat Mülkiyeti. İstanbul 1948, p. 14, 22, 23; Hıfzı Veldet Velidedeoglu, Apartman ve evlerde kat mülkiyeti. Cumhuriyet gazetesi No: 7641.

<sup>3</sup> Mardin, op. cit. p. 18.

<sup>4</sup> Mardin, op. cit. p. 18.

<sup>5</sup> Mardin, op. cit. p. 14.

s'éteignaient pour une cause quelconque, ils ne pouvaient plus être rétablis.

Ainsi on croyait aussi en Turquie que la propriété par étages disparaîtrait dans la mesure du temps.

Mais à la fin de la deuxième guerre mondiale, le besoin de constituer des nouvelles propriétés par étages se fit sentir. Certains articles de revues juridiques et de journaux posèrent le problème et commença ainsi un courant en faveur de la réintroduction de cette institution<sup>6</sup>. Même on lit de temps en temps dans les journaux que le gouvernement est en train d'élaborer un projet.

En 1946, Monsieur Ebül'ulâ Mardin, professeur ordinaire de droit civil à la Faculté de droit d'Istanbul, dans ses cours de doctorat, publiés en 1948 sous le titre «Kat mülkiyeti» (Propriété par étages), cherche une solution du problème sans recourir à l'abrogation de la prohibition du Code Civil et propose la combinaison de la copropriété avec des servitudes qui seront constituées en faveur des quote-parts<sup>7</sup>.

Ainsi, les gens désireux être propriétaires d'un étage, suivant ce conseil, ont commencé à utiliser la copropriété – servitudes en constituant des servitudes personnelles de l'art. 753 du Code Civil qui correspond à l'art. 781 du Code Civil Suisse, en faveur de chaque copropriétaire. Mais on remarquait que certains conservateurs du registre foncier hésitaient, même refusaient d'inscrire une telle combinaison.

D'autre part la crise du logement devenait très aiguë d'une année à l'autre. Etant un des remèdes les plus efficaces de cette crise, la propriété par étages prenait une telle importance que le Président de la République lui consacra

---

<sup>6</sup> Samim Gönensay, Kat ve Daire mülkiyeti (Istanbul Hukuk Fakültesi mecmuası T. X. No: 3–4 p. 534 ss.) Hıfzı Veldet Velidedoğlu, Apartman ve evlerde kat mülkiyeti, Cumhuriyet gazetesi No: 7641.

<sup>7</sup> Mardin, op. cit. p. 40.

quelques phrases de son discours à l'ouverture de la Grande Assemblée Nationale Turque en 1951<sup>8</sup>.

Mais pour voir un texte législatif, il a fallu attendre jusqu'au 6 janvier 1954. A cette date on a promulgué une loi qui modifiait l'art. 26 de la loi sur le registre foncier<sup>9</sup>. L'alinéa premier de cet article disait que: les actes authentiques concernant la constitution ou la promesse de constitution des servitudes de l'art. 753 en faveur des copropriétaires d'un immeuble en vue d'accorder une jouissance exclusive sur un étage ou un appartement ou une autre partie favorable à l'utilisation indépendante seront faits par les conservateurs ou les préposés au registre foncier. Et l'alinéa 4 disait que: les promesses de constitution des servitudes prévues dans le premier alinéa seront annotées d'office et après leurs annotations elles obligeront les tiers acquéreurs.

Comme on a montré dans la doctrine turque, sauf les dispositions concernant l'annotation des promesses de constitution des servitudes qui rendra opposable ces promesses aux tiers acquéreurs et qui sera faite d'office, cette loi n'apportait rien de nouveau sur le sujet<sup>10</sup>. Elle n'avait que l'effet d'effacer les doutes des conservateurs du registre foncier et de prouver la légalité de la combinaison copropriété-servitudes.

Ainsi, tous les problèmes que vous envisagez en dehors de la légalité du système copropriété-servitudes continuent à exister pour la Turquie aussi. Surtout, trouver un moyen pour lier le sort de la servitude à celui de la quote-part et

---

<sup>8</sup> Resmi Gazete No: 7946.

<sup>9</sup> Tapu Kanununun 26ncı maddesinin degistirilmesine dair 6217 sayılı kanun (Resmi Gazete No: 8603).

<sup>10</sup> Ferit H. Saymen – Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul 1954, p. 343; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu – Galip Esmer, *Gayri Menkul Tasarrufları ve Tapu Sicili tatbikatı*, 2. éd. İstanbul 1956, p. 346; M. Kemal Oguzman, 6217 sayılı Kanunla kat mülkiyeti kabul edilmişmidir (İstanbul Baro Dergisi, 1954 T. 28, p. 3 ss.).

arriver à exclure le partage sont des questions de prime importance. Et ces questions qui concernent même la vitalité du système ne sont pas résolues par le législateur.

Aujourd'hui dans la pratique, pour obtenir le but économique de la propriété par étages, on recourt généralement au système copropriété-servitudes personnelles et on met dans les actes de constitution des servitudes des dispositions qui envisagent que le transfert des quote-parts entraînera nécessairement celui des servitudes correspondantes et qu'on ne peut transférer la servitude qu'avec la quote-part. Et on ajoute en outre que le partage sera exclu en raison de l'affectation de l'immeuble en copropriété à un but durable.

A côté de ce système de copropriété-servitudes il y a aussi l'utilisation de règlement du mode de jouissance de la copropriété. Mais à notre connaissance le système des sociétés d'actionnaires-locataires n'a aucune application pour le moment.

Au point de vue des conflits, parmi les arrêts publiés de la Cour de Cassation turque nous avons pu rencontrer seulement trois arrêts concernant la propriété par étages. Mais leurs sujets ne sont pas des conflits entre les propriétaires. Cela ne prouve rien d'ailleurs: tant qu'il n'y aura pas une réglementation satisfaisante on peut toujours attendre l'éclatement des difficultés.

Ainsi j'ai essayé de vous décrire un bref aspect de la Turquie au point de vue de la propriété par étages. Vous avez certainement remarqué que la position de la Turquie n'est pas très différente de celle de votre pays. Par conséquent vous pouvez être assurés que les décisions de votre congrès auront sûrement des répercussions en Turquie aussi.

Me *Maurice Favre*, avocat et notaire,  
La Chaux-de-Fonds:

Je désire poser une question aux rapporteurs ainsi qu'aux juristes de cette assemblée qui s'intéressent à la propriété par appartement. Auparavant toutefois je tiens à

préciser que je ne suis pas adversaire de cette forme de propriété. Bien au contraire j'ai moi-même participé à la création de sociétés d'actionnaires-locataires; je m'apprête à en constituer d'autres et reconnais que ma tâche serait considérablement simplifiée si nous pouvions disposer d'une institution propre de droits réels.

Mais je partage pleinement les appréhensions de M. le professeur Guy Flattet lorsqu'il signale l'un des dangers de la propriété par étages: dans le cas des appartements encore soumis au contrôle des prix, des spéculateurs vont placer les locataires dans l'alternative d'acheter leur appartement au prix fort ou de se voir expulsés.

C'est pourquoi je me demande s'il ne conviendrait pas de réserver la possibilité de constituer des propriétés par appartement aux nouveaux bâtiments seulement. En d'autres termes la propriété d'un immeuble ne pourrait être divisée horizontalement que si ce dernier venait d'être construit et pendant un certain délai après la construction. La date de la fin des travaux serait mentionnée au registre foncier; une fois écoulé un délai de deux ou cinq ans, interviendrait une sorte de cancellation, rendant la constitution de propriétés par appartements impossible.

Cette manière de faire aurait comme autre avantage de venir à la rencontre des urbanistes, qui sans être aucunement marxistes, se plaignent souvent de la sclérose qu'impose à nos villes l'extrême morcellement de la propriété individuelle. La constitution de propriétés par étages augmentera considérablement ce morcellement. En adoptant la solution que je viens de signaler, on réserverait cet inconvénient aux nouveaux quartiers ou aux nouveaux bâtiments, c'est-à-dire à des immeubles sur la construction desquels les urbanistes d'aujourd'hui peuvent encore prétendre exercer une influence.

Telle est la question que je désire poser. A vrai dire, j'avais primitivement, l'intention d'en faire l'objet d'une recommandation. En montant à Crans et en entendant les déclarations des juristes de ce pays, je me suis toutefois

rendu compte que la propriété par étage d'immeubles anciens pouvait y jouer un rôle beaucoup plus considérable que dans le canton de Neuchâtel, où elle est inconnue des districts des Montagnes et ne joue aucun rôle économique dans le reste du canton.

Prof. Dr. *August Simonius*, Basel:

Um zu beweisen, daß nicht nur die Genfer, wie mein Vordner erwähnte, einig sein können, sondern auch die Basler, möchte ich dem Referat meines Kollegen Dr. Friedrich meine volle Zustimmung geben. Gleichzeitig möchte ich auch Herrn Professor Flattet meine Anerkennung aussprechen.

Ich glaube, daß heute der Moment gekommen ist, wieder einmal zu einer Resolution des Juristenvereins zu gelangen, die an die Bundesbehörden weitergeleitet werden kann, dahin gehend, daß das Problem des Stockwerkseigentums nunmehr auch einem ernstem Studium durch die gesetzgebenden Behörden unterworfen werden sollte.

Man kann sagen, daß damit einem großen Prinzip unserer Zivilgesetzgebung Folge geleistet würde: dem der Freiheit!

Unser Zivilrecht soll die Rechtsformen zur Verfügung stellen, für die ein wirkliches Bedürfnis besteht, und dieses Bedürfnis scheint heute vorhanden zu sein.

Das Verbot des Stockwerkseigentums hatte eigentlich keine grundsätzliche Begründung, es entsprach vielmehr einer theoretischen Auffassung der damaligen Zeit, in der sich ein starker Einfluß der Pandektistik und des BGB geltend machte. Es ist vielleicht bloß verwunderlich, daß aus den Kantonen, wo das Stockwerkseigentum damals noch lebendig war, sich keine starken Stimmen dagegen erhoben haben. Man sah eben das Stockwerkseigentum allgemein als eine absterbende Erscheinung an, sogar, wie ich mich zu erinnern glaube, auch in Frankreich, wo es zwar in der Lehrbuchdarstellung erwähnt wurde, da es der CC noch kannte, aber doch mehr nur als eine Kuriosität.

Jetzt haben sich die Verhältnisse offenbar geändert, so daß die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums, die auf keine unüberwindlichen technischen Schwierigkeiten stieße, im Sinn und Geiste des ZGB läge.

Darum möchte ich den Antrag stellen, heute eine Resolution des erwähnten Inhalts zu fassen.

Dr. *Max Kistler*, Fürsprecher, Luzern:

Ich möchte mich dem Antrag meines Vorredners auf Annahme einer Resolution für die Einführung des Stockwerkeigentums durch den Juristentag widersetzen, und zwar mit Rücksicht auf die schädlichen volkswirtschaftlichen Auswirkungen, die hier auch schon zur Sprache kamen. Anders als mein Vorredner, Herr Prof. Simonius, glaube ich, daß zum Verbot des Stockwerkeigentums im ZGB sehr gewichtige Gründe bestanden: Man wollte wohl vor allem eine weitere Zersplitterung des Grundeigentums mit ihren schädlichen Auswirkungen möglichst vermeiden. Wie hören ja immer wieder von den großen Nachteilen der Grundstückparzellierung besonders in der Landwirtschaft und den unermüdlichen Anstrengungen und den großen Auslagen für die Güterzusammenlegungen. Eine weitere Zersplitterung, wenn nicht in vertikaler, so doch in horizontaler Richtung brächte das Stockwerkeigentum.

Vom Referenten deutscher Sprache und von einem meiner Vorredner wurde erwähnt, wie nach Einführung des Stockwerkeigentums viele Mieter der Spekulation ausgeliefert und zur Bezahlung höherer Mieten oder zum Kauf der Wohnung zu übersetzten Preisen gezwungen werden könnten. Das Stockwerkeigentum wird zu einem Mittel zur Umgehung des Mieterschutzes werden.

In der heutigen Diskussion wurde immer wieder von der Mieteraktiengesellschaft gesprochen, die Bau- und die Mietergenossenschaften wurden aber kaum erwähnt. Wenn dieses Rechtsinstitut vielleicht nicht überall sehr beliebt

ist, so können mit ihm ähnliche Ziele erreicht werden, wie mit dem Stockwerkeigentum oder der Mieteraktiengesellschaft. Die Genossenschaft entspricht aber viel besser den Interessen der Wohnungsbenützer. Es scheint mir daher gegeben, bevor eine Gesetzesänderung eingeleitet wird, die rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der Mietergenossenschaften eingehend zu untersuchen. Aus all diesen Gründen empfehle ich Ihnen von einer Resolution für Einführung des Stockwerkeigentums abzusehen.

Dr. *Hans-Peter Friedrich*, Berichterstatter:

Die Tatsache, daß sich in der Aussprache recht wenig kritische Stimmen vernehmen ließen, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß gegen die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums verschiedenes eingewendet werden kann. Die Frage, ob deswegen der Gesetzgebungsapparat in Bewegung zu setzen ist, muß in der Tat reiflich überlegt sein. Die Auseinandersetzung wird nicht allein auf dem Boden des Rechtes, sondern auch in politischer Hinsicht geführt werden. Die Gründe, welche zum Verbot des Stockwerkeigentums geführt haben, waren seinerzeit keineswegs durch Erwägungen wirtschaftspolitischer Natur geleitet. Die Untersuchungen beider Referenten haben eindeutig ergeben, daß Einwendungen rechtlicher Natur gegen das Stockwerkeigentum nicht stichhaltig sind.

Die Diskussion um das Urteil des Bundesgerichtes vom 13. Dezember 1955 möchte ich nicht verlängern. Die Schwierigkeiten, die sich daraus für die altrechtlichen Stockwerkeigentumsverhältnisse im Kanton Wallis und anderswo ergeben, ließen sich leichter beseitigen, wenn man zu einer Abänderung der Kodifikation kommt. Bis dahin wird man versuchen müssen, auf dem Boden des geltenden Rechtes die Situation zu meistern.

Die Aussprache hat die in den schriftlichen Referaten hervorgehobenen Gegensätze zwischen Société d'actionnaires-locataires und eigentlichem Stockwerkeigentum eher

abgeschwächt. Die von Prof. Flattet als schuldrechtliche Form des Stockwerkeigentums aufgefaßte Société d'actionnaires-locataires hat sicherlich wertvolle Vorarbeiten für die Verbreitung des Gedankens des Stockwerkeigentums in der Schweiz geleistet. Daß sie befriedigend funktioniert, darf als ein Beleg dafür angesehen werden, daß sich auch für das echte Stockwerkeigentum eine unsern wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene Ordnung finden läßt. Die Société d'actionnaires-locataires kann aber nicht allen Bedürfnissen genügen.

Die Bedenken, nach Einführung des Stockwerkeigentums könnten die Mieter aus ihren Wohnungen verdrängt werden, darf nicht überschätzt werden. Für neue Wohnungen, die in erster Linie als Objekte des Stockwerkeigentums in Frage kommen, besteht schon heute kein Mieterschutz mehr. Gegebenenfalls wäre es Sache des Gesetzgebers, im Zeitpunkte des Inkrafttretens des neuen Rechtes Vorkehrungen gegen Kündigungen infolge bevorstehender Veräußerungen einzelner Stockwerke zu treffen. Ob ein solcher Eingriff dannzumal notwendig sein wird, kann heute noch nicht vorausgesehen werden.

Wie das Stockwerkeigentum im einzelnen ausgestaltet werden soll, wird in verschiedener Hinsicht noch näher zu prüfen sein. Dabei wäre aber eine Revision des Zivilgesetzbuches dem Erlaß eines Spezialgesetzes vorzuziehen. Die Kodifikation kann sicher mittels Verordnungsvorbehaltes oder, wie in meinem schriftlichen Referat skizziert, durch Erlaß eines Normalvertrages von vielen Detailbestimmungen entlastet werden. Die ausländischen Gesetzgebungen, insbesondere das deutsche Gesetz über das Wohnungseigentum, werden wertvolle Anregungen bieten, können aber nicht einfach übernommen werden.

Es ist zu hoffen, daß die Vorarbeiten für eine Revision unserer Sachenrechtsordnung in absehbarer Zeit zum Abschluß kommen. Prof. Liver in Bern ist schon seit einiger Zeit mit der Ausarbeitung des Vorentwurfes betraut. Die Änderung des Zivilgesetzbuches wird um so eher gerecht-

fertigt sein, als zu gleicher Zeit auch die Bestimmungen über das Baurecht dringend einer Ergänzung bedürfen.

M. le professeur *Guy Flattet*, rapporteur, répond de son côté encore à certaines des observations présentées.

Il revient notamment à l'intervention de Maître Maurice Favre qui, préoccupé de la protection des locataires d'immeubles soumis au contrôle des prix, a demandé s'il n'y aurait pas lieu d'exclure la division de la propriété des immeubles déjà construits actuellement et de ne l'admettre pour les immeubles neufs que dans les années qui suivraient immédiatement la construction. De l'avis du rapporteur, cette double mesure dépasserait le but visé en restreignant par trop l'application de la propriété par étages. Celle-ci, en effet, est aussi désirable pour les immeubles déjà construits que pour les immeubles à construire. Le seul danger auquel il faille parer, c'est la résiliation du bail du locataire en place au moment de la division de la propriété par le jeu du principe: «*Kauf bricht Miete*». Pour s'en prémunir, il suffirait d'ôter aux acquéreurs d'appartements le droit d'invoquer l'article 259, alinéa 1, du code des obligations contre les locataires qui auraient conclu antérieurement à la division de la propriété de l'immeuble un bail soumis au contrôle des loyers, la disparition de celui-ci entraînant le retour au droit commun.

Le président soumet à l'assemblée la proposition de M. le professeur Simonius tendant à la prise d'une résolution.

Dr. *Franz-Jakob Spillmann*, Rechtsanwalt, Zürich, wundert sich über die im Schoße der Versammlung herrschende Einmütigkeit, da er in Zürich ganz andere, negative Töne vernommen habe. Er beantragt, es sei keine Resolution zu fassen.

L'assemblée, par un vote émis à la grande majorité, s'exprime dans le sens d'une résolution.

Après discussion, à laquelle prend part notamment M.

*Victor de Werra*, juge cantonal, Sion, l'assemblée arrête le texte suivant de la résolution, qui est mis aux voix et adopté sans opposition.

### *Résolution*

*L'assemblée exprime le voeu que le problème de la propriété par étages trouve une solution prochaine par la voie législative.*

*Die Versammlung gibt dem Wunsche Ausdruck, daß das Problem des Stockwerkeigentums auf dem Wege der Gesetzgebung bald einer Lösung entgegengeführt werde.*

## XI.

Avant de clore sa séance, l'assemblée fixe le lieu de ses prochaines assises.

Sur proposition de M. Werner Baumann, chancelier d'Etat à Aarau, il est décidé de confier aux juristes du canton d'Argovie l'organisation du congrès de 1957.

Après avoir remercié les rapporteurs et les orateurs, le président lève la séance à 12 heures.

## XII.

Au banquet de clôture le président de la société prononce le discours suivant, en présence notamment de M. Markus Feldmann, président de la Confédération, de M. Carlo Pometta, juge fédéral, représentant le Tribunal fédéral et de M. Marcel Gross, conseiller d'Etat du canton de Valais.

Au terme d'une assemblée traditionnellement et statutairement consacrée à l'amitié et à l'étude, cette table qui nous réunit une dernière fois n'est-elle pas un symbole? Le symbole d'une communauté.

Oui, nous relevons de vocations différentes: l'un conseille et plaide; un autre enseigne; un troisième rend la

justice ou administre le pays. Mais durant ces deux jours il n'y avait plus ici d'avocat, de professeur, de magistrat. Il y avait des juristes, également serviteurs du droit. Nous n'avions en vue ni la défense d'intérêts personnels ou politiques, ni la justification d'une théorie savante, ni même la solution aisée d'une difficulté de la vie sociale. Notre but était d'atteindre ce juste, ce «bonum et aequum», préoccupation des juristes de tous les temps; de dégager le vrai du faux, le nécessaire de l'inutile, le durable du passager.

Notre société a attaché cette année son attention à deux problèmes importants et actuels. L'un mettait en question le lien qui existe entre l'homme et sa demeure familiale. Assurer à chacun, solidement et durablement, la possession de son logis, c'est là un impératif de l'éthique; le droit apparaît alors comme une technique. Et l'effort du juriste est de réaliser ici l'institution juridique qui techniquement réponde le mieux au but à atteindre, tout en assurant une harmonieuse mise en place des intérêts en présence.

L'autre problème, celui évoqué hier, touche aux bases mêmes de notre pays. Si nous voulons en faire à la fois une terre de liberté, de démocratie et de fédéralisme, nous nous heurtons à des antinomies; ce qui nous oblige à rechercher et à affirmer une vraie hiérarchie des valeurs sur le plan constitutionnel, c'est-à-dire dans ce rapport complexe entre la personne humaine, le canton et la Confédération. Ici le droit s'élève au-dessus d'une pure technique, car les normes elles-mêmes, certaines d'entre elles au moins, incorporent l'impératif supérieur. Les autres normes sont contingentes. Et c'est à bien distinguer celles-ci de celles-là qu'a tendu notre travail.

Aussi bien l'un que l'autre des sujets choisis pour nos délibérations ont suscité chez les juristes suisses et dans l'opinion publique un intérêt considérable. Par leur actualité, il faut le dire. Et c'est très bien ainsi. Dans un monde qui se transforme et où tout est remis en question, depuis les lois de la physique jusqu'à celles de la morale, le juriste a un devoir: faire entendre sa voix.

La voix du juriste. Elle peut être celle d'un révolutionnaire; mais aussi celle d'un immobiliste.

A la vérité, le juriste doit être à la fois immobiliste et révolutionnaire. D'une part attaché aux principes fondamentaux qui découlent de la nature humaine dans ce qu'elle a d'éternel, qui dérivent des constantes de notre civilisation, qui émanent des impératifs de la conscience; principes qui, pour reprendre la formule de Sophocle, «n'existent pas d'aujourd'hui, qui sont éternels et dont personne ne sait à quel passé ils remontent». Ces principes, nos rapporteurs et nos orateurs les ont brillamment rappelés. Nous, juristes, en sommes les gardiens; j'allais dire les soldats, en me remémorant ce mot du chancelier d'Agnesseau: «Ce n'est pas seulement dans la guerre que la fermeté fait les héros, elle ne les fait pas moins dans l'ordre de la justice.»

Mais le juriste ne doit pas craindre d'être aussi celui qui renouvelle et transforme. S'il est vrai que le droit dépend de ce que le doyen Gény appelait un «donné», le juriste serait un inconscient et un ignorant en s'imaginant que le donné ne change pas. Il y a, surtout aujourd'hui, des besoins nouveaux de l'homme et de la collectivité. Que le juriste n'oublie pas que, sauf les principes dont j'ai parlé, les règles de droit demandent à être adaptées aux circonstances nouvelles de la vie. Non pas pour obéir à des revendications souvent incohérentes et contradictoires, mais pour faire face aux circonstances nouvelles. L'erreur à ne pas commettre serait de qualifier principe immuable une vérité mineure, un pur procédé de technique juridique, ou une norme imposée par un état de fait dépassé. Avec le temps qui passe, nombre de règles de droit deviennent désuètes; Montesquieu les appelait inutiles et il disait fort justement qu'elles affaiblissent alors les lois nécessaires.

Ce sont ces lois nécessaires que, dans deux matières sujettes à revision, nos rapporteurs ont fort heureusement su mettre en relief. Je voudrais donc remercier ici publiquement les quatre auteurs des monographies présentées à

cette assemblée, MM. Louis Dupraz, Guy Flattet, Hans-Peter Friedrich et Werner Kägi. Grâce à eux, nous distinguons mieux cette limite qu'il appartient de tracer entre le constant et le provisoire, entre l'absolu et le relatif.

Nous n'oublions pas que si nous avons pu nous rencontrer ici à Crans, y consacrer des heures sérieuses à l'étude et d'autres plus agréables à la récréation, nous le devons à nos collègues du Valais, qui ont été des hôtes particulièrement hospitaliers et prévenants. Au sein d'une nature grandiose et généreuse, nous avons vécu grâce à eux deux jours qui marqueront dans les annales de notre société. Que le Valais soit remercié de ce qu'il vient de faire pour la grande famille des juristes suisses.

Je salue tout spécialement à notre table M. Markus Feldmann, chef du Département fédéral de justice et police, président de la Confédération. Nous savons qu'une conviction profonde nous est commune, à M. le président Feldmann et à chacun de nous: c'est que la Suisse sera un Etat fondé sur le droit ou qu'elle ne sera plus. Pour ce qui nous concerne, nous ne pouvons exprimer cette conviction que par des paroles. Mais M. le président Feldmann l'a fait déjà et peut le faire encore par des actes également. Nous lui en disons ici notre remerciement et notre confiance.

Dans quelques instants ce congrès sera clos. Nous nous disperserons dans nos cantons jusqu'au rendez-vous d'Argovie en septembre prochain. Laissez-moi, pour conclure, exprimer un vœu qui rejoindra mon propos du début: qu'avant d'être des avocats, des professeurs, des magistrats, nous soyons avant tout des juristes; des serviteurs du droit, mais du droit dans ce qu'il a d'éternel.

---