

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:	93 (1974)
Rubrik:	Procès-verbal de la 108e 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: 23.01.2026

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

Procès-verbal de la
108^e assemblée annuelle de la
Société suisse des juristes

des 18, 19 et 20 octobre 1974 à Locarno

Séance du samedi 19 octobre 1974
au Cinéma Rex, Piazza Grande, Locarno

Président
M^e RENÉ HELG, avocat, Genève

I.

Le Président ouvre la séance à 8 h. 30 en ces termes:

Pour la cinquième fois au cours de ce siècle, la Société suisse des juristes tient ses assises annuelles au Tessin: à Lugano en 1906, 1927 et 1960, à Locarno en 1941.

La structure de notre Société étant restée la même, ce congrès, comme les précédents, ne peut se tenir que grâce au concours d'un comité d'organisation que je remercie chaleureusement en la personne de son président, Monsieur ERMES BORIOLI, Pretore di Locarno-Città, pour toute la peine qu'il s'est donné afin que notre manifestation se déroule dans les meilleures conditions.

Alors que la date en avait été fixée d'un commun accord à la séance précédente, il s'est révélé que nous ne pourrions pas disposer d'un nombre de chambres suffisant, la saison touristique dans cette heureux pays se prolongeant jusqu'à mi-octobre. Nous nous excusons de ce changement de date mais pensons pouvoir déduire de la forte participation à ce congrès – nous sommes plus de 400 – que nos membres n'en ont pas été trop contrariés.

Monsieur le Conseiller fédéral KURT FURGLER, chef du Département fédéral de justice et police, nous honore d'une présence qui

n'allait pas de soi en cette fin de semaine rendue lourde d'appréhensions par une votation fédérale importante. Nous vous remercions, Monsieur le Conseiller fédéral, d'être venu à Locarno et de bien vouloir nous adresser aux congressistes. Nous mesurons tout le poids de votre charge et c'est avec les sentiments d'une déférente amitié que nous vous écouterons.

Parmi les congressistes, j'ai le plaisir de saluer Monsieur THÉODOR BRATSCHI, président du Tribunal fédéral des assurances à Lucerne, Monsieur ALBERTO LEPORI, directeur du Département de justice et police du canton du Tessin, Messieurs les Conseillers nationaux PIERRE FELICE BARCHI de Bellinzona et LUIGI GENERALI de Lugano, Monsieur PINO ROTALINI, président de la Cour d'appel à Lugano et Monsieur RICARDO VARINI, vice-syndic de Locarno ainsi que de nombreux juges fédéraux et délégués des cours d'appel cantonales. A l'initiative de la Division de justice, nous avons le plaisir d'accueillir deux hôtes étrangers, Maître BERNARD GRENIER et Maître PIERRE BELIVEAU, tous deux chargés de mission de la Commission fédérale de la réforme du droit du Canada. Nous espérons qu'ils trouveront intérêt à suivre nos débats.

Monsieur HANS TSCHOPP, Président du Tribunal fédéral à Lausanne qui doit participer à un congrès international sur la responsabilité civile m'a chargé de vous dire combien il regrette de ne pouvoir participer à notre manifestation. A tous enfin, je souhaite la bienvenue à notre 108^e congrès que je déclare ouvert.

II.

Sur la proposition du président, l'assemblée désigne comme secrétaires :

Monsieur EUGÈNE GIESSER, licencié en droit à Reinach et
Monsieur JACQUES-HENRI BRON, avocat-stagiaire à Lausanne.

III.

Au cours de l'exercice écoulé, nous avons admis 88 nouveaux membres et perdu 45, soit 21 par suite de démission et 24 pour cause de décès. Le nombre de nos sociétaires s'est élevé de 43 pour atteindre aujourd'hui le chiffre de 2824.

Les nouveaux sociétaires sont (liste arrêtée au 31 août 1974):

Zürich

Rudolf J. Ackeret, lic.iur., Bassersdorf
Josef Aregger, lic.iur., Zürich
Paul Boillod, lic.iur., Bankjurist, Gattikon
Dr. Urs Burkhardt, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Lucas David, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Willi Dietschi, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Margareta Haller-Zimmermann, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Michel Haymann, Zürich
Christoph Hug, Substitut am Bezirksgericht Zürich, Zürich
Tobias Jaag, lic.iur., Zürich
Bernhard Nicolier, Rechtsanwalt, Zürich
Martin-Lucas Pfrunder, lic.iur., Küsnacht
Albert Staffelbach, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Miroslav Sterba, juristischer Beamter der Stadt Winterthur, Winterthur
Eugen Thomann, Bezirksanwalt, Winterthur
Joseph Zimmermann, lic.iur., Zürich

Bern

Dr. Doris Binz-Gehring, Fürsprecher, Bolligen
Bernard Bretscher, Fürsprecher, Bern
Simone Bonjour-Grand, avocate, St-Imier
Dr. Beatrice Gukelberger, Fürsprecher und Notar, Bern
Dr. Rolf Paul Haegler, Bundesbeamter, Zollikofen
Peter Meier, Fürsprecher und Notar, Rüedisbach
Raymonde Pauli, Fürsprecher, Bern
Dr. Bernard Rosat, Fürsprecher, Bern
Laurenz Rotach, lic.iur., Bern
Dr. Hans R. Strasser, Redaktor, wissenschaftlicher Adjunkt EMD,
Ostermundingen
Dr. Niklaus Studer, Fürsprecher und Notar, Bern

Luzern

Jean-Louis Duc, Dr en droit, greffier au Tribunal fédéral des assurances, Luzern
Peter Gerber, lic.iur., Luzern
Joseph Greber, lic.iur., Sursee
Dr. Anton Heil, Bundesrichter am EVG, Luzern
Victor Maier-Huser, Rechtsanwalt und Notar, Kriens
Dr. Kurt Müller, Rechtsanwalt und Notar, Luzern
Willi F. Peyer, Rechtsanwalt, Kriens
Wolfgang Sidler, Rechtsanwalt, Luzern
Peter Studer, Rechtskonsulent, Luzern
Gian Zbinden, Rechtsanwalt, Luzern

Obwalden

Urs Wallimann, Landschreiber, Sarnen

Freiburg

Pierre Boivin, lic. en droit, Fribourg
Oswald Bregy, Fürsprech und Notar, Fribourg
Alain Lévy, lic. en droit, Villars-sur-Glâne
Denis Loertscher, lic. en droit, Fribourg
Pierre-Alain Thiébaud, lic. en droit, avocat, Fribourg
Michel Torche, avocat, Fribourg

Solothurn

Dr. Max Egger, Staatsschreiber des Kantons Solothurn, Solothurn
Hans-Ulrich H. Kull, lic.iur., Derendingen
Walter Straumann, Fürsprech, Solothurn

Basel-Stadt

Dr. Hans Martin Aichele, Advokat und Notar, Basel
Peter Biedert, lic.iur., Basel
Dr. Pierre Chappuis, Adjunkt Rechtsabteilung Baudirektion Baselland, Basel
Hanspeter Eckstein-Huber, Advokat, Basel
Dr. Andreas Heierli, Gerichtsschreiber am Zivilgericht Basel, Basel
Dr. Peter Liatowitsch, Advokat, Basel
Robert R. Sigl, Advokat, Basel

Basel-Landschaft

Dr. Felix Bader, Advokat, Liestal
Dr. Urs Böni, Rechtsabteilung Schweizerische Volksbank, Neuallschwil

Dr. Christoph Mosimann, Direktionssekretär, Lampenberg
Dr. Karl Röthlisberger, Advokat, Gerichtspräsident, Frenkendorf
Dr. Charlotte Schultz, Binningen
Joachim Seydel, lic. iur., Allschwil
Dr. Katia Vera Taver, Allschwil
Dr. Hans Wolfer, Advokat, Bottmingen

St. Gallen

Dieter J. Niedermann, Chef des Rechtsdienstes der Staatskanzlei St. Gallen,
St. Gallen
Arnold Weber, lic. iur. und lic. oec., St. Gallen

Graubünden

Christian Clopath, Rechtsanwalt, Klosters

Tessin

Felice Foglia, avvocato e notaio, Bioggio
Hans Heinrich Hochstrasser, avvocato e notaio, Cimo
Vittorio Mariotti, avvocato e notaio, Locarno

Waadt

Jean-Claude De Haller, Dr en droit, avocat, Lausanne
François Dessemontet, Dr en droit, Lausanne
Jean Heim, Dr en droit, Lausanne
Yves Ludin, lic. en droit, Vevey
Pierre-André Martin, notaire, Renens
Jacques Micheli, Dr en droit, avocat, Lausanne
Philippe Pidoux, Dr en droit, avocat, Lausanne
Jean-Jacques Schwaab, greffier au Tribunal de Vevey, Lausanne

Wallis

André Franzé, lic. en droit, avocat-notaire, Sion
Claude Kalbfuss, lic. en droit, avocat, Sierre
Jean-Yves Zufferey, lic. en droit, avocat, Sierre

Neuchâtel

Denis Oswald, lic. en droit, avocat, Neuchâtel
Michel Vermot, lic. en droit, avocat, Neuchâtel

Genf

Yves Aubert, lic. en droit, Genève
 Edouard Balser, lic. en droit, Genève
 Martine Berthet, lic. en droit, substitut du Procureur général, Genève
 Peter Bratschi, Dr en droit, avocat, Genève
 Monika Freudiger, lic. en droit, Genève
 Jacques Gautier, lic. en droit, avocat, Genève
 Pierre-Yves Greber, lic. en droit, Genève

21 sociétaires ont démissionné:

Eintritts- jahr	
1969	Fernande Amblard, Marseille
1942	Dr. Becker-Lieni, Zivilgerichtspräsident, Ennenda
1967	Pierre-Alain Bertholat, avocat, Zurich
1935	Prof. Dr. Irene Blumenstein-Steiner, Bern
1951	Dr. Fritz Egg, Oberrichter, Männedorf
1949	Dr. Adolf Frick, Direktor, Zürich
1961	Cornélie Giger, Zürich
1963	Dr. Albert Grübel, Advokat, Bern
1962	Dr Peter Helfesrieder, avocat, Corseaux
1969	Enrico Mazzola, Basel
1939	Alfred Moll, Fürsprecher und Notar, Biel
1956	Dr. Edgar Mottier, Wabern BE
1947	Eduard Naef, Fürsprech, Staatsanwalt, Frauenfeld
1965	Dr. Elisabeth Nägeli, Winterthur
1946	Dr Gilbert Payot, avocat et notaire, Neuchâtel
1961	Eric Perregaux, Advokat, Riehen
1951	Dr. Robert C. Schaetti, Luzern
1936	Dr. Kurt Schoch, a. Bundesrichter, Schleitheim
1913	Dr. Hans Trümpy, Glarus
1954	Dr. Franz Wieler, Rechtsanwalt, Zürich
1954	Dr. Karl Zbinden, Staatsanwalt, Luzern

La mort nous a privé de 24 membres:

1954	Dr. Jean Aichele, Advokat und Notar, Basel
1949	Dr. Hans Berger, Rechtsanwalt, Zürich
1936	Dr. Georges Brunschwig, Fürsprecher, Bern
1939	Dr. Alfred Chevalier, Basel
1961	Dr. H. David, Rechtsanwalt, Zürich

Eintritts-
jahr

- 1952 Dr Jean-Jacques Fatton, avocat, Lausanne
 1939 Dr. Leonardo Gander, Rechtsanwalt, Zürich
 1966 Peter Giezendanner, juristischer Beamter, Bern
 1944 Dr. Willi Gsell, St. Gallen
 1968 Dr. Urs Gueng, St. Gallen
 1939 Dr Pierre Hofmann, avocat, Lausanne
 1938 Dr. Hünerwadel, Zürich
 1934 Dr. Erwin Matter, Fürsprecher, Muri BE
 1946 Dr. Bénigne Mentha, Thun
 1961 Dr. Eugénie Meyer-Perlmann, Rechtsanwalt, St. Gallen
 1927 Albert Rais, a. juge fédéral, Lausanne
 1959 Dr. Walter Rust, Rechtsanwalt, Zürich
 1938 Dr. Curt Schirmer, Advokat, St. Gallen
 1957 Dr. Hermann Schlatter, Fürsprecher, Gümligen BE
 1944 Dr. Rodolfo Schmidhauser, Advokat und Notar, Lugano
 1959 Dr. Max H. Schneebeli, Generaldirektor, Schaffhausen
 1934 Georges Testaz, notaire, Montreux
 1940 Dr. Paul L. Usteri, Oberrichter, Zürich
 1938 Dr. Max Volland, Stadtrat, St. Gallen

HANS BERGER est décédé à l'âge de 71 ans. Après des études aux Universités de Lausanne, Berlin et Berne, des stages à Londres et à Genève, il se consacra entièrement au barreau qu'il pratiqua à Zurich dès 1929 en l'Etude de Maître Wettstein, puis après le décès de celui-ci, en association avec Maître Charles Jucker. Personnalité très attachante et cultivée, Maître HANS BERGER s'était acquis une solide réputation et fit partie du conseil de l'ordre des avocats zurichoises.

GEORGES BRUNSCHVIG, né en 1908, est décédé à l'âge de 65 ans. Après ses études, il s'installa à Berne en qualité d'avocat et s'acquit une grande notoriété comme défenseur dans de grands procès pénaux. Il fut notamment président de l'association israélite bernoise puis suisse et en ces qualités intervint en faveur de ses coreligionnaires et d'une manière générale en faveur des réfugiés et des victimes de la guerre. Il lutta pour l'octroi du droit d'asile aux réfugiés et laisse le souvenir d'un homme droit et d'une grande humanité.

HEINRICH DAVID est décédé à l'âge de 71 ans. Après des études poursuivies dans diverses universités étrangères, il se spécialisa dans le domaine de la propriété intellectuelle et plus particulièrement des marques, d'abord au sein d'une entreprise de produits alimentaires puis en qualité d'avocat inscrit au barreau zurichoises. Il publia un commentaire sur la protection des marques en 1940 qui fut réédité en 1960 et 1974. Il fit partie de la Commission de surveillance des avocats et appartint au Conseil de l'ordre des avocats zurichoises.

JEAN-JACQUES FATTON est décédé à l'âge de 51 ans. Après des études et un stage à Lausanne, il fut pendant deux ans conseiller juridique à l'Etat de Vaud puis pratiqua le barreau. Confrère très apprécié, il fit partie de l'Ordre des avocats vaudois. A côté de sa profession qu'il pratiquait avec beaucoup de tempérament, Maître J. J. FATTON s'intéressait à la musique et aux sports. Il fut membre du comité de l'Orchestre de chambre de Lausanne. En alpiniste chevronné, il participa à diverses expéditions notamment en Amérique du Sud. Il présida le ski-club académique suisse et organisa les universiades à Villars en 1963.

LEONARDO GANDER, né en 1896 à Bergame, est décédé à l'âge de 77 ans. Après des études à Zurich et Berne il s'installa rapidement comme avocat à Zurich, profession qu'il exerça jusqu'à sa mort. Il présida le chœur d'hommes Harmonie et en devint président d'honneur.

PIERRE HOFMANN est décédé à l'âge de 58 ans. Après ses études à Lausanne, il pratiqua le barreau jusqu'à son décès en association avec Maître Baumgartner. Il fut député au Grand Conseil vaudois, syndic de la Tour-de-Peilz et présida le conseil d'administration de la Gazette de Lausanne. Apprécié pour sa droiture et sa bonté, il laisse le souvenir d'une personnalité rayonnante et très attachée à sa commune et à sa région.

ALBERT RAIS est décédé au mois de novembre 1973 à l'âge de 85 ans. Il étudia le droit aux Universités de Neuchâtel, Berne et Paris. Il passa son examen d'avocat en 1912 et celui de notaire en 1915. Avocat pendant 30 ans à La Chaux-de-Fonds, il fut président de la Chambre suisse d'horlogerie en 1935 et fut élu juge fédéral en 1942. Il appartint d'abord à la Cour de cassation puis remplaça Plinio Bolla en 1950 à la première Cour civile où il put mettre à profit son expérience d'avocat et sa vaste connaissance des affaires. Il fut également pendant plus de 10 ans membre de la Cour pénale fédérale. A La Chaux-de-Fonds, il formait avec le conseiller aux Etats Ernest Béguin et le conseiller national Henri Calame une sorte de triumvirat qui joua un rôle déterminant dans la politique neuchâteloise. Après avoir été dès 1925 député au Grand Conseil qu'il présida en 1929, il fut élu en 1928 au Conseil national. Il fut l'un des rapporteurs au congrès de notre Société en 1961 à Schaffhouse sur «la juridiction fédérale en matière pénale d'après les projets de Code pénal et de procédure pénale». Après avoir quitté le Tribunal fédéral, il devint président du Conseil d'administration de l'imprimerie Courvoisier et du Journal «L'impartial» de la Chaux-de-Fonds tout en conservant son domicile à Lausanne.

WALTER RUST, décédé à l'âge de 69 ans au début de février 1974, fit ses études secondaires à Sarnen, puis étudia le droit aux Universités de Paris, Vienne et Fribourg. Il exerça la profession d'avocat d'abord à Zoug où il passa son examen professionnel, puis à Zurich, en association avec Mes Pestalozzi et Huber. Essentiellement civiliste, de nature pondérée, mais aimant la vie de société, il fut

un homme de haute culture, plein d'humanité. Il développa une activité professionnelle intense et trouva des dérivatifs dans la musique et l'alpinisme.

HERMANN SCHLATTER, mort à fin 1972 à l'âge de 65 ans, fit ses études secondaires à Schaffhouse et après un stage de banque à Genève, entreprit des études de droit à Paris puis à Berne où il fit son doctorat et passa l'examen d'avocat. Il assuma différentes fonctions au service de la Ville de Schaffhouse puis fit une très brillante carrière au service de la Confédération en qualité d'adjoint au service juridique du Département des postes et chemins de fer, puis chef de division et finalement secrétaire général du Département des transports et communications et le l'énergie. Il connaissait parfaitement ses dossiers et fut le collaborateur le plus proche de sept conseillers fédéraux. Il exerça une influence considérable sur la marche de cet important département, rédigea de nombreux messages et présida la conférence des PTT de 1965 à 1972.

RODOLFO SCHMIDHAUSER est décédé en octobre 1973 à l'âge de 62 ans. Après des études secondaires au Tessin, il étudia le droit à Berne et fut avocat et notaire à Lugano. Il s'était acquis une solide réputation grâce à ses capacités professionnelles éprouvées. A l'armée, il avait atteint le grade de capitaine.

GEORGES TESTAZ, né à Lausanne où il fit ses études, s'installa à Montreux en qualité de notaire en 1927 et y mourut en juin 1973, à l'âge de 72 ans. Il fut conseiller municipal à Montreux et membre assidu de la Ligue vaudoise. Ami de la nature, esprit cultivé, il laisse le souvenir d'un homme généreux et plein d'humour.

PAUL LÉONARD USTERI est décédé subitement le 4 septembre 1973 à l'âge de 62 ans. Après des études à l'Université de Zurich et l'examen d'avocat, il fut élu secrétaire du Tribunal de commerce puis devint juge au Tribunal de district pour revenir en 1953 en qualité de juge au Tribunal de commerce qu'il présida. – USTERI se consacra également à la politique au sein du parti radical zurichois dont il assuma la présidence et appartint pendant 12 ans au Conseil municipal de la Ville de Zurich. – En 1941 le défunt entra à la rédaction de la Revue suisse de jurisprudence. Pendant plus de 30 ans, il analysa pour le plus grand profit des juristes, la jurisprudence de nos Tribunaux, avec l'appui de son épouse. En sa qualité de cofondateur et rédacteur de la cartothèque du droit des obligations, USTERI a également rendu d'éminents services aux juristes suisses. – C'est surtout en sa qualité de juge au Tribunal de commerce, activité qui lui tenait particulièrement à cœur, que le défunt a pu donner la pleine mesure de sa riche personnalité.

Je dois, hélas, ajouter à la liste de décès arrêtée au 31 août 1974, le nom d'une personnalité qui a témoigné d'un rare attachement à notre Société: Monsieur le Juge fédéral HENRI ZWAHLEN, membre du comité est décédé subitement le 27 septembre. Professeur de droit administratif, de droit fiscal et de législation sociale, doyen puis recteur et président de la conférence suisse des recteurs,

colonel, membre du Conseil de la défense nationale, fondateur de la Revue de droit administratif et de droit fiscal, Monsieur ZWAHLEN avait trouvé le temps d'être deux fois rapporteurs à nos congrès, en 1947 sur le fonctionnement de la juridiction administrative en droit fédéral et dans les cantons et en 1958 sur le contrat de droit administratif. Nature généreuse et comblée de dons, comme MAX IMBODEN, son co-rapporteur sur ces deux sujets, HENRI ZWAHLEN nous quitte en pleine activité.

IV.

L'organisation de ce congrès a préoccupé votre comité.

Comme vous l'avez constaté, nous nous sommes écartés de l'ordonnance traditionnelle de nos deux matinées de travail. Sur la suggestion de notre ancien président, Monsieur le Professeur KURT EICHENBERGER, le Comité a pensé que le centenaire de la Constitution devait être l'occasion d'une réflexion fondamentale. Les essais réunis sous le titre général «Probleme der Rechtssetzung» que j'ai cru pouvoir traduire par «l'art de légiférer» forme un ensemble coordonné du plus vif intérêt.

J'exprime la profonde gratitude de la Société à Monsieur le Professeur KURT EICHENBERGER ainsi qu'aux éminentes personnalités qui ont apporté leur collaboration à cet ouvrage.

Il n'était guère concevable que les dix auteurs de ce recueil présentent des exposés liminaires et qu'une discussion s'engage avec chacun d'eux. C'est la raison pour laquelle nous avons organisé une table ronde et prévu, en outre, des conférences. Nous tiendrons compte des expériences faites au cours de ce congrès pour l'organisation de celui de l'an prochain qui rompra également avec nos habitudes puisqu'à l'occasion du centenaire du Tribunal fédéral, la Société offrira à ses membres un recueil de monographies toutes consacrées à des questions relatives aux voies de recours au Tribunal fédéral.

Le Comité a retenu *pour 1976 les deux sujets suivants:*

L'extension de la force obligatoire de conventions, notamment au droit bancaire et en matière de bail (*die Ausdehnung der Institution der Allgemeinverbindlicherklärung von Verträgen auf weitere Ge-*

biete, namentlich auf das Mietrecht und die Bankkonditionen») et le second, planification et statut foncier (die Einwirkungen des Planungsrechtes auf das Eigentum). Les rapporteurs sont désignés. Pour l'année 1977, le Comité a prévu un sujet de propriété intellectuelle, le «Leistungsschutz» que je traduis provisoirement par «La protection des prestations», les juristes de langue française ne disposant, semble-t-il, pas encore d'une expression consacrée. Le second sujet sera la bonne foi en droit public (Treu und Glauben im öffentlichen Recht). Les rapporteurs ne sont pas encore désignés.

Monsieur le Professeur HANS NEF a représenté notre Société au Conseil de fondation du Fonds national suisse de la recherche scientifique. Il a été vice-président de ce conseil de 1963 à 1966 et président de 1967 à 1970. Il désire être relevé de ses fonctions pour la fin de l'année.

En assumant ces importantes fonctions pendant 20 ans, Monsieur le Professeur NEF a rendu à notre Société un éminent service pour lequel je lui exprime notre plus vive reconnaissance.

Le Comité désignera prochainement son remplaçant.

Dans son rapport annuel de l'an passé, mon prédécesseur, Monsieur le Professeur KURT EICHENBERGER avait annoncé qu'un mandat de recherche sur les «Rechtlichen Grundlagen des Umweltschutzes» avait été confié à Maître HERIBERT RAUSCH. L'auteur de ce travail nous a informé qu'il comptait le terminer pour la fin de cette année.

Je tiens enfin à signaler que Monsieur ERNEST SIGNER assume sa tâche d'archiviste et de percepteur des cotisations depuis 15 ans. Je lui exprime la gratitude de la Société pour sa fidélité et son dévouement.

Par la force des choses, les programmes de nos congrès sont fixés longtemps à l'avance. L'actualité n'y est évoquée qu'au hasard d'une coïncidence avec les sujets choisis deux ou trois ans auparavant.

Un usage s'est, dès lors, établi: le président a le loisir, en complément à son compte rendu sur l'exercice écoulé, d'aborder un sujet de son choix sous sa seule responsabilité. Je pense même qu'il se doit de le faire lorsque l'actualité est importante et qu'elle intéresse les juristes.

La 3^e initiative contre l'emprise étrangère soumise en cette fin de semaine au vote du peuple et des cantons ainsi que le fonctionnement actuel de notre démocratie dictent mes propos.

Selon cette initiative, le Conseil fédéral doit faire en sorte que le nombre des étrangers résidant en Suisse ne dépasse pas 500.000 et la réduction doit être opérée jusqu'au 1^{er} janvier 1978. Compte tenu de l'importance de la population étrangère résidant en Suisse, c'est un même nombre d'étrangers qui doivent quitter notre pays dans le délai fixé.

Pour nous, juristes, se trouve ainsi posée à nouveau la question fondamentale *des limites de l'initiative populaire*.

Deux thèses s'affrontent qui ont toutes deux leurs mérites. Je vais les résumer, puis tenter d'esquisser la voie qui, à mes yeux, nous permettrait de progresser.

Selon la thèse officielle soutenue par une partie de la doctrine, la situation est claire: la constitution ne prescrit pas de limites matérielles à sa révision, une initiative populaire ne pouvant être déclarée nulle que si elle viole l'unité de la matière ou l'unité du genre.

La thèse contraire a été notamment soutenue au sein même de notre Société lors du congrès de 1956 à Crans sur Sierre. Nos rapporteurs, le Professeur W. KÄGI et Maître L. DUPRAZ ont abouti à des conclusions semblables qui ne paraissent pas avoir été contredites par l'assemblée, celle-ci n'ayant toutefois pas été appelée à se prononcer par un vote. La démonstration du Professeur KÄGI, en particulier, est d'une actualité impressionnante. Selon lui, la dignité et la liberté de l'homme sont des valeurs centrales de notre ordre juridique et font partie de ce qu'il appelle l'«absolute Verfassungssystem» de la Confédération suisse. Il en conclut que «das Korrelat zum unveränderlichen Verfassungssystem ist die Beschränkung der verfassunggebenden Gewalt».

Il existe des «dauernde Grundrechte» qui constituent la base et la justification de l'existence même de la Suisse. C'est cette même conception qu'a exprimée la philosophe genevoise JEANNE HERSCHE dans l'allocution qu'elle a prononcée le 12 juin à Berne à l'occasion de la cérémonie officielle commémorant le centenaire de la Constitution fédérale:

«Ce n'est pas assez de dire que la Suisse se veut respectueuse des droits de l'homme. Elle est l'exigence même de ce respect. Si on demande quels seraient mes sentiments pour elle si elle avait perdu ce respect, je dirai que la question n'a pas de sens car alors la Suisse ne serait plus la Suisse.»

Ces prises de position sont en tout cas conformes à notre conscience affective.

Mais la théorie officielle a fait œuvre utile. Elle nous rappelle que les valeurs juridiques coïncident souvent avec certains intérêts dont elles assurent la protection et que les formules abstraites peuvent être interprétées de diverses manières. Cette théorie a eu, enfin, le mérite de nous débarrasser des prétendues «impossibilités» qui ne relèvent en réalité que de l'argumentation politique. Mais, exagérément durci, le positivisme juridique – puisque c'est de lui qu'il s'agit – révèle ses limites.

On peut admettre qu'en l'état actuel du droit international, une initiative contraire à des traités ne soit pas nulle pour autant.

Passe encore en faisant effort que la violation des principes de bonne foi et de non-rétroactivité n'entraîne toujours pas cette nullité.

En revanche, les effets inhumains des dispositions constitutionnelles qui nous sont proposées ne sont point tolérables.

Jusqu'à cette initiative, les adeptes du positivisme avaient opposé à leurs contradicteurs qu'il était ridicule d'argumenter avec des hypothèses totalement déraisonnables et que, d'ailleurs, des propositions de cette nature seraient balayées par le vote du peuple et des cantons.

Et voici que par l'effet d'un mouvement passionnel qu'on regrettera plus tard, nous sommes en présence d'une initiative qui est totalement déraisonnable et dont les chances d'aboutir ne sont, hélas, pas minces.

Nous sommes ainsi arrivés au point critique. Le positivisme juridique ne peut plus nous donner une réponse satisfaisante dans la situation actuelle et il faut espérer qu'après cette cuisante expérience, la thèse officielle de la souveraineté populaire absolue sera abandonnée car, en vérité, elle ouvre désormais la porte à l'aventure. Elle relativise les droits fondamentaux en leur déniant leur caractère intangible; elle ravale le droit à une simple technique sans support éthique; à la limite, dès lors que l'on juge légitime de mettre l'appa-

reil démocratique au service de n'importe quelle entreprise politique, c'est l'Etat qui peut être appelé à présider selon les formes constitutionnelles à sa propre désagrégation.

Toute théorie scientifique comporte une part de vérité et une part d'erreur. Le positivisme juridique nous a donné sa part de vérité, insérons-la dans une conception plus proche de la dure réalité d'aujourd'hui et rejetons sa part d'erreur.

En ajoutant au formalisme des positivistes, les ressources du cœur et les antennes de l'intuition, il doit être possible d'exprimer dans des normes juridiques suffisamment indépendantes d'une vision subjective, les valeurs permanentes et universellement admises sans le respect desquelles nous ne pourrions plus compter au nombre des peuples civilisés. Ces normes juridiques déclarées intangibles doivent constituer un front d'arrêt qui nous dispense de ce spectacle navrant et à vrai dire dramatique de tout un peuple divisé contre lui-même et entraîné dans une confrontation dégradante, quelle qu'en soit l'issue.

Tel est du moins mon point de vue.

Votre comité examinera l'opportunité d'un nouveau débat sur cette importante question.

Permettez-moi d'ajouter brièvement une seconde réflexion qui m'est inspirée par les contestations toujours plus violentes dont nous sommes les témoins de plus en plus inquiets et qui annoncent un peu partout en Europe, des temps plus difficiles. *Le fonctionnement normal de la démocratie est mis en danger* par ce qu'on appelle dans son concept abusif «la démocratisation» qu'un juge allemand dénonce en ces termes:

«Von der Verfassung nicht gedeckt erscheint eine ‹Demokratisierung›, die in Wahrheit zur progressiven Polarisierung und zur Auflösung freiheitssichernder und friedensstiftender staatsrechtlicher Grundstrukturen führt.»

Nous avons mené un long et noble combat afin que les droits individuels et les principes de l'Etat de droit soient mieux assurés.

Nous connaissons le prix et la fragilité des résultats acquis.

La société politique comporte cette contradiction entre une sphère idéale de rapports de droit et une sphère réelle de comportements sociaux. Cette contradiction s'aggrave.

Le juriste n'a-t-il pas vocation de tenter de la réduire et d'être le premier artisan de la société de demain ? N'est-il pas particulièrement sensible à ce besoin d'un droit qui reflète, au milieu des changements, ce que nous sentons en nous de permanent et d'intangible ?

J'apprécie cette pensée de WALTHER BURCKHARDT :

«Der Politiker muß seine Gedanken in der Form des Rechts denken; nur zwischen ausgedachten Gedanken kann er sich schlüssig machen. Der Jurist muß also von Anfang bis zu Ende dabei sein. Am besten ist es, wenn der Politiker zugleich Jurist ist, oder umgekehrt.»

C'est ainsi que je conçois aujourd'hui le renforcement de notre action.

V.

Monsieur le Professeur HANS MARTI, trésorier de la Société, présente les comptes de l'exercice 1973/1974.

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1974

Aktiven	Fr.	Fr.
Kasse	1 344.50	
Postcheck	16 381.94	
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent		
Ord.	65 862.—	
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent		
Nationalfonds	2 636.60	
Wertschriften	52 775.—	
Debitor Verrechnungssteuer	1 417.95	
Transitorische Aktiven	3 520.73	
Mobilien	1 000.—	
	<u>144 938.72</u>	
Passiven		
Transitorische Passiven	5 248.—	
Rückstellung für 100-Jahr-Feier BV/Bundesgericht ...	55 000.—	
Kapital	85 022.50	
./. Verlust pro 1973/74	<u>331.78</u>	<u>84 690.72</u>
	<u>144 938.72</u>	

Erfolgsrechnung pro 1973/74

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	68 332.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	40 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft.....	13 000.—
Verkauf von Publikationen	9 285.45
Forschungsauftrag Umweltschutz (Rückerstattung Aufwand 1972/73)	10 624.38
Wertschriftenertrag	2 982.50
Bankzinsen	219.94
	<hr/>
	146 044.27
 Ausgaben	
Druckkosten für Referate und Protokolle	92 948.65
100-Jahr-Feier BV/Bundesgericht	5 000.—
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht.....	8 560.60
Schweizerischer Juristentag	18 317.05
Spesen des Vorstandes	1 597.60
Zirkulare und Drucksachen	4 133.—
Archivar, Sekretärin und Buchhalter	5 150.—
Post- und Bürospesen	1 031.55
Beiträge	1 000.—
Bankspesen	135.05
Abwertung des Wertschriftenbestandes	8 252.80
Abschreibungen	190.—
Steuern	59.75
	<hr/>
	146 376.05
Verlust pro 1973/74	331.78

II. Rechtsquellenfonds

Bilanz per 30.Juni 1974

Aktiven	Fr.	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent	16 789.10	
Wertschriften	135 950.—	
Debitor Verrechnungssteuer	2 416.17	
Debitor Sauerländer	21 655.85	
		<u>176 811.12</u>

Passiven

Kapital	105 669.76	
+ Legat Dr. Emil Friedrich	50 000.—	
+ Gewinn 1973/74	21 141.66	<u>176 811.42</u>
		<u>176 811.42</u>

Erfolgsrechnung pro 1973/74

Einnahmen	Fr.
Subventionen	5 800.—
Verkauf von Publikationen	14 443.80
Wertschriftenertrag	8 234.25
Bankzinsen	57.88
	<u>28 535.93</u>

Ausgaben

Bankspesen	234.27
Abwertung des Wertschriftenbestandes	7 160.—
	<u>7 394.27</u>
Gewinn pro 1973/74	21 141.66

III. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1974

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent.....	4 713.10
Wertschriften	31 310.—
Debitor Verrechnungssteuer	483.86
	<hr/>
	36 506.96

Passiven

Kapital	35 645.59
+ Gewinn pro 1973/74	861.37
	<hr/>
	36 506.96

Erfolgsrechnung pro 1973/74

Einnahmen

Wertschriftenertrag	1 575.—
Bankzinsen	21.91
	<hr/>
	1 596.91

Ausgaben

Bankspesen	85.54
Abwertung des Wertschriftenbestandes	650.—
	<hr/>
	735.54
Gewinn pro 1973/74	861.37

VI.

Après lecture du rapport des vérificateurs des comptes, Maître PHILIBERT LACROIX, notaire à Genève et Monsieur JOHN OCHSÉ, docteur en droit à Bâle, l'assemblée donne sur leur proposition, décharge au trésorier, en le remerciant de son dévouement.

VII.

Le trésorier présente le budget de la Société pour l'exercice 1974/1975:

Budget pro 1974/75

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	68 000.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	40 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	13 000.—
Verkauf von Publikationen	5 000.—
Wertschriftenertrag	3 000.—
Bankzinse	400.—
	<u>131 000.—</u>

Ausgaben

Druckkosten für Referate und Protokolle	83 000.—
100-Jahrfeier BV/Bundesgericht	5 000.—
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht.....	10 000.—
Schweizerischer Juristentag	19 000.—
Spesen des Vorstandes	2 000.—
Zirkulare und Drucksachen	3 100.—
Archivar, Sekretariat und Buchhaltung	6 000.—
Post- und Bürospesen	1 500.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	1 000.—
Bankspesen	200.—
Steuern	200.—
	<u>131 000.—</u>

Au nom du Comité, le trésorier propose à l'assemblée d'approuver ce budget et de fixer à Fr. 25.– comme précédemment la cotisation pour le nouvel exercice.

L'assemblée accepte sans discussion ces deux propositions et reconduit pour une année les deux vérificateurs des comptes qui acceptent.

VIII.

Monsieur le Professeur HANS HEROLD présente le rapport de la Commission des sources du droit:

Die beiden letzten Bände, Wehrwesen und Bildungswesen des Berner Stadtrechtes, harren noch des Registers, was sich daraus erklärt, daß sich Archivar Dr. JEAN-JACQUES SIGRIST in Aarau vorab mit der Fertigstellung seines Bandes über die Rechtsquellen der Freien Ämter befaßt hat, der noch im Laufe dieses Jahres herauskommen sollte. Gerade Juristen dürften ein besonderes Verständnis dafür haben, daß ein Vater sich mehr der eigenen als der angenommenen Kinder annimmt. Neben diesem Band kann auch derjenige der Fürstabtei St. Gallen von Dr. h. c. WALTER MÜLLER erwartet werden, in dem Herr Prof. Dr. LUGINBÜHL in St. Gallen nun das Register abgeschlossen hat. Wenn die Finanzierung geregelt sein wird, kann auch der zweite Band Schaffhausen fertiggestellt werden, den Herr Dr. phil. KARL MOMMSEN nach Vorarbeiten von Prof. Dr. KARL SCHIB stark umgearbeitet und ergänzt hat. Nachdem Herr Ständerat Dr. phil. FRITZ STUCKI sein hohes Amt als Regierungspräsident niedergelegt hat, können auch die Arbeiten am Landbuch Glarus von 1448 intensiviert werden. Die Arbeiten an den Bänden Romanisch-Graubünden, Neuenburg, Waadt und Luzern gehen planmäßig weiter. Neuerdings besteht Aussicht, die Rechtsquellen des deutschen Teils von Graubünden intensiv zu behandeln, indem sich deren beste Kennerin, Frau Dr. ELISABETH MEIER-MARTHALER in Frauenfeld, zur Bereitstellung für unsere Reihe gewinnen ließ. Die Rechtsquellen-Kommission prüfte, ob und inwieweit für den Quellenband Leventina eine gemeinsame Edition mit dem Tessiner Namenbuch in Aus-

sicht genommen werden könnte. Beiderorts hilft ja die Öffentliche Hand durch Zuschüsse sehr stark mit. Die Schwierigkeiten für eine gemeinsame Publikation liegen darin, daß für eine rechtsgeschichtliche Ausgabe breit angelegte Archivstudien nötig sind, anderseits aber für die Namens-, Orts- und Sprachgeschichte das Schwerge wicht in der Ausschöpfung der lokalen Archive liegt. Das für das Namenbuch gesammelte Material wird auch für den Rechtsquellenband eine große Erleichterung bedeuten. In der Publikation indessen sucht der Rechtshistoriker nicht dasselbe wie der Sprachforscher, dies zeigt sich namentlich, wenn man an Regesten denkt. Während die zahlreichen Wiederholungen mit gleichem Materialinhalt den Rechtshistoriker wenig interessieren, ist der Philologe und Lokalhistoriker zum Beispiel auf die Namen, Berufe und Orte der Handlung weit mehr angewiesen. Beide haben gute Argumente, die sich aus der ihnen angewachsenen Betrachtungsweise rechtfertigen. Als Mitarbeiterin von Dr. MOMMSEN zur Erschließung der «Helvetica» im Generallandesarchiv Karlsruhe hat Frau BOSSHARDT-PFLUGER, Lizentiatin der Geschichte, Herrn Dr. phil. KARL BRÜLISAUER abgelöst. Dieser hat indessen auch nach seiner Wahl zum Adjunkten des Staatsarchivs Luzern seine Arbeit an den Rechtsquellen des Haslitals nicht aufgegeben. Mit der Einladung zum diesjährigen Juristentag haben die Mitglieder eine Übersicht über die bisher erschienenen und in nächster Zeit zu erwartenden Rechtsquellenbände erhalten. Die Kommission dankt für diese Möglichkeit, das immer noch sehr geringe Interesse etwas zu wecken. Obwohl sich die Zahl der Juristen im Laufe der Jahre vervielfacht hat, werden kaum mehr Exemplare unter ihnen abgesetzt als um die Jahrhundertwende zu den Zeiten von WALTER MERZ und FRIEDRICH EMIL WELTI. Die Preise sind auch lange nicht entsprechend den Druckkosten erhöht worden. Mindestens sollten diejenigen Juristen, die das Glück haben, die Rechtsquellen ihrer engeren Heimat schön gebunden erstehen zu können, von dieser Gelegenheit Gebrauch machen. Damit entlasten sie auch ein wenig den Schweiz. Juristenverein, der wohl noch im Laufe dieses Jahres die hohen Rechnungen für die Bände Aargau und St. Gallen erhalten wird. Eine Ermunterung für die Kommission stellt der Rechtsquellenkredit des Nationalfonds von jährlich Fr. 300000 dar; er droht jetzt allerdings überbeansprucht zu werden,

weil die Arbeiten intensiver weitergehen und Teuerungszulagen sowie Sozialaufwendungen nach eidgenössischen Normen gewährt werden müssen. Die Subventionen des Kantons und einzelner wissenschaftlicher Stiftungen tragen nach wie vor wesentlich bei, wenn auch eine Großzügigkeit, wie sie der Kanton Zug mit seinen Fr. 80'000 zeigte, leider vereinzelt dasteht. Eine wertvolle Ermunterung brachte uns das Legat von Dr. iur. EMIL FRIEDRICH in der Höhe von Fr. 50'000. Am Juristentag in Zug hörte der Spender den Bericht der Rechtsquellenkommission an. Nachher fragte er mich weitere Einzelheiten und ich gab ihm mündlich und schriftlich Auskunft. Es zeigt sich hieraus, daß die Verlesung des Berichtes, wenn sie auch herkömmlicherweise in der ersten Morgenstunde erfolgt, keineswegs unfruchtbar ist.

IX.

L'ordre du jour administratif est épuisé.

Le président donne la parole à Monsieur le Conseiller fédéral KURT FURGLER, chef du Département fédéral de justice et police qui s'exprime comme suit:

Vorerst möchte ich Ihnen, liebe Tessiner Freunde, und Ihnen allen, verehrte Kolleginnen und Kollegen, den herzlichen Gruß des Bundesrates überbringen. Wir sind glücklich, daß in der Sonnenstube, auch wenn sie für einen Augenblick ähnlich wie in der Politik Nebel zeigt, die Juristen der ganzen Schweiz sich treffen, um über so bedeutsame Fragen, wie Sie sie auf der Tagesordnung haben, zu debattieren. Ich möchte mich in aller Form entschuldigen, verehrter Herr Präsident, daß ich nur heute den Verhandlungen folgen kann, aber Sie haben sicher alle Verständnis, wenn ich von heute abend an wieder in meiner Amtsstube sein muß. Ich bedanke mich bei Ihnen, daß Sie in einem so geistreichen Wort Fragen aufgeworfen und von Ihrer Seite sogar schon fast beantwortet haben, die ich in mein Pflichtenheft aufnehme, um sie mit meinen treuen Mitarbeitern unsererseits zu bearbeiten. Ich meine alles, was mit den Grundwerten

der Initiative und des Initiativrechtes zu tun hat, einem Bereich, wo wir in den letzten Wochen tatsächlich spürten, daß Entscheidendes für die Weiterentwicklung unseres Staates zur Diskussion gestellt ist, wobei wir mit Blick auf den Souverän doch sagen dürfen, daß bis heute unser Volk und die Stände in entscheidender Stunde immer wieder den Beweis erbracht haben, daß sie zu werten verstehen, daß sie Entscheide, kluge Entscheide, zu treffen wagen. Ich übernehme Ihre Frage sehr gerne als Auftrag.

Die Rechtssetzung gehört seit je zu den vornehmsten Attributen der obersten Gewalt, zu den zentralen Aufgaben unseres Bundesstaates. Auch wenn ihr diesen Standort wohl niemand ernsthaft streitig machen will, darf nicht übersehen werden, daß sich in den verschiedensten Bereichen von Staat und Gesellschaft Wandlungen und Verlagerungen vollzogen haben, die eine nüchterne Auseinandersetzung mit dem gesamten Problemkreis der Rechtssetzung dringend nahelegen. Der Schweizerische Juristenverein darf einmal mehr das Verdienst für sich in Anspruch nehmen, die Aktualität eines sehr bedeutsamen Auftrags erkannt und mit seiner Festgabe zum 100-jährigen Bestehen der Bundesverfassung, dem Werk «Probleme der Rechtssetzung», nicht nur die Wissenschaft und die verantwortlichen staatlichen Behörden, sondern auch den interessierten Staatsbürger mahnend und richtungweisend zur Besinnung aufgerufen zu haben. Dafür möchte ich Ihnen allen, vor allem aber den Schöpfern des Werkes, im Namen des Bundesrates ganz herzlich danken.

Der Auftrag des Gesetzgebers kann sich nach meiner Überzeugung niemals darin erschöpfen, so viel Recht zu erzeugen, daß die staatlichen Aufgaben im Sinne einer rein ökonomischen Betrachtungsweise jederzeit möglichst gut bewältigt werden können. Mich interessiert – wie Sie – der Einfluß dieses Gesetzgebers auf die Fortbildung unserer Gesellschaft.

Gestatten Sie mir zwei Vorbemerkungen, um diesen Gedanken nachher zu verdeutlichen.

Eine erste: Es ist uns bewußt, daß es einerseits technische Gesetze gibt und anderseits solche, die Grundsatzfragen ordnen. Niemand von uns Juristen wird behaupten, daß die Veränderung des Steuersatzes, ob sie nun in der Verfassung steht oder in einem Gesetz, besonders deutlich auf die Weiterentwicklung der Gesellschaft ein-

wirkt. Der materielle Gehalt einer solchen Vorlage ist prävalent. Daneben aber gibt es Fragen – sie stehen jetzt im Zentrum unserer Arbeit –, welche die Rechte des einzelnen Menschen betreffen: Persönlichkeit, Familie, bis hinauf zur Grundfrage, ob wir unser Grundgesetz nicht als Ganzes erneuern sollten. Bei Gesetzeswerken wie dem Adoptionsrecht oder dem bald zur parlamentarischen Beratung stehenden Kindschaftsrecht verspüren Sie ganz deutlich den Willen von Regierung und Parlament, neue Aussagen zu formulieren über das Verhältnis des Menschen zum Mitmenschen, über die Anerkennung bisher schlechtgestellter, schwächerer Glieder der Gemeinschaft – denken Sie an uneheliche Kinder –, über die klare Absicht, die Stellung der Frau zu verbessern, alles Aussagen, die mit dem Thema, über das Sie heute debattieren, in engstem Zusammenhang stehen.

Ich bin mir bewußt – und dies als zweite Vorbemerkung –, daß das Recht und seine Entwicklung sehr eng mit sozialen Realitäten zusammenhängen. Wir können nicht im luftleeren Raum Gesetze schaffen, wollen wir nicht riskieren, daß sie in unserer Demokratie schon im Werden Schiffbruch erleiden oder aber, wenn sie geboren sind, nicht mehr angewendet werden. Die Diskrepanz zwischen Norm und Wirklichkeit wird von Tag zu Tag größer – ein Problem, das uns im Verfassungsbereich heute intensiv beschäftigt.

Diese beiden Überlegungen, die ich nur kurz skizzierte, müssen für uns wegleitend sein.

Sie müssen bei der Arbeit, die wir täglich zu erbringen versuchen und für die Sie uns wertvolle Hilfe leisten, Impulse geben, mehr als nur Hilfen, und später auch Kontrollfunktionen übernehmen, selbst wenn Sie sich dabei der Kritik aussetzen. Ich halte dafür – und das ist eine positive Feststellung –, daß in Bejahung des Grundgedankens, daß die Gesetzgebung Einfluß zu nehmen habe auf die Fortbildung der Gesellschaft, in den vergangenen Jahren in unserem Staat positive Ergebnisse erzielt worden sind. Die Stellung des Menschen konnte rechtlich verbessert werden. Ob das jeweils auch Frucht trug im zwischenmenschlichen Bereich, das, meine verehrten Kolleginnen und Kollegen, frage ich mich sehr häufig. Und wenn ich mich frage, sage ich Ihnen auch ganz offen, daß ich die Frage nicht immer zu bejahen wage. Das sind Bereiche, die über das Gesetzesschaffen

hinausgehen. Ich möchte sie nachher auch noch kurz ansprechen. Ich meine, daß wir im Familienrechtsbereich – ich erwähne noch einmal das Adoptionsrecht, noch einmal das Kindschaftsrecht – echte Fortschritte erzielt haben, daß wir Einfluß genommen haben auf unsere schweizerische Gesellschaft. Auch das Raumplanungsrecht, so umstritten es ist, könnte ich erwähnen, mit dem, wie mir scheint, wegweisenden Ziel, dafür zu sorgen, daß nicht in völliger Freiheit die Freiheit zerstört wird, sondern das verteilend, ausgleichend, die Voraussetzungen schaffen soll, damit jeder seinen eigenen Bereich möglichst frei gestalten kann, aber doch mit Blick auf den Mitmenschen.

Sie könnten mir entgegnen, daß wir – und der Bundesrat gibt sich darüber Rechenschaft – neben dem Erreichten noch sehr viel nicht verwirklicht haben: der Umweltschutz kann angesprochen werden; der ganze Bereich der Bildungspolitik, wo eine Harmonisierung zwischen den Gliedstaaten und dem Zentralstaat so dringend wäre, und zwar in einer echt schweizerischen Form, die aber noch nicht gefunden worden ist; oder die Eigentumsrechtsfragen, die vom rein Sachenrechtlichen bis zum Aktienrechtlichen in jeder nur denkbaren Form sich täglich stellen. Alle diese Probleme sind bereits in Bearbeitung. Und wenn ich hier noch als Einblendung sagen darf, daß jetzt zum ersten Mal auch Spitzenkräfte der Wirtschaft bei uns vorstellig werden, die mit Blick auf die völlig veränderte Umwelt seit der Energiekrise feststellen, daß sich die unwahrscheinlich große, floatierende Geldmasse auch immer wieder Richtung Schweiz sowie Richtung andere westeuropäische Staaten wendet und das Inflations- und Konjunkturgefüge direkt betrifft, dann spüren sie auf einmal, daß wir brennend daran interessiert sind, das vom Einzelnen scheinbar so entfernte Aktienrecht auch diesbezüglich zu überdenken. Menschen, die früher gar kein besonderes Gefühl für Namenpapiere hatten – das immer noch als Klammerbemerkung –, sehen heute auf einmal, daß diese wenigstens eine Kontrolle ermöglichen, während Inhaberpapiere jederzeit ein unkontrollierbares Eindringen fremder Mächte in unsere Großunternehmen gestatten. Dinge, die wir überdenken müssen, Dinge, die mit Ihrem Tagungsthema außerordentlich viel zu tun haben.

Meine Damen und Herren, ich gestehe Ihnen, daß noch sehr viel

zu tun bleibt, daß wir jeden Einzelnen von Ihnen dringend als Partner benötigen und daß wir dankbar sind, daß Sie sich immer wieder bereitwillig für das Gemeinwohl zur Verfügung stellen, im Bestreben, die Menschen in unserem Staat etwas glücklicher zu machen. Omnipotent ist der Gesetzgeber freilich nicht und wird es auch nie sein. Es ist der größte Trugschluß, wenn einzelne heute meinen, mit einem möglichst guten Gesetz seien sie selbst vom Einsatz für die Gemeinschaft dispensiert. Institutionen können und sollen wohl reformiert werden. Die staatsbürgerliche, demokratische Gesinnung läßt sich aber kaum von außen schaffen; insofern sind und bleiben rechtliche und institutionelle Mittel sehr beschränkt. Das Beispiel der schweigenden Mehrheit, das Beispiel auch einer noch nicht integrierten Jugend beschäftigt mich in diesem Zusammenhang sehr. Ich möchte sagen, es genügt nicht, nur Gesetze zu machen; auch hier gilt die Maxime «non multa, sed multum».

Voraussetzung ist, daß man eine Zielvorstellung hat, ein Leitbild, daß man den Menschen im Verhältnis zum Mitmenschen sieht und bereit ist, auch eine gesellschaftspolitische Grundhaltung zu bekennen. Ich vermisste das manchmal und glaube, daß wir auch im Juristenverein zur Lösung dieser Frage etwas mehr beitragen könnten. Wie wünschen wir uns diesen Staat morgen, übermorgen? Angesprochen ist in irgendeiner Form ein Leitbild Schweiz. Es soll bei den außenpolitischen Veränderungen, die sich heute in unmittelbarer Nachbarschaft abspielen und die für uns von Tag zu Tag größere Auswirkungen haben, niemand sagen, daß wir nicht aufgerufen seien, unsere Grundwerte zu überdenken. Wenn Sie sich Partnerstaaten, die jetzt noch zum sogenannten freien Westen gehören, in ihrer gegenwärtigen Lage vorstellen und – ohne Prophet zu sein – den Ablauf des Geschehens, wie es sich z.B. nach dem Ableben irgendeines Staatsoberhauptes ergeben könnte, zu vergegenwärtigen suchen, dann verstehen Sie, was ich meine. Die Staatsform der Demokratie bleibt uns nicht geschenkt, sie muß stets neu erarbeitet werden. Das hängt wiederum mit dem, was ich als Zielsetzung antönte, eng zusammen. Gesucht sind Persönlichkeiten, die nicht nur sich suchen, sondern die sich den andern öffnen und die auch in Kauf nehmen, daß man ihre eigene Macht beschränkt, weil eben noch andere Mitmenschen Anspruch auf Macht haben. Ich bin fest davon

überzeugt, daß für die Weiterentwicklung unseres Staates die starke, freie Persönlichkeit ebenso wie die gesunde Familie wieder in den Mittelpunkt gerückt werden müssen, auch die Achtung vor dem Nächsten, die ich in den letzten Wochen in einer ganz neuen Art kennen und erkennen lernte, die Toleranz, welche die Fremdenfeindlichkeit nicht gestattet, überhaupt die Bejahung des Menschlichen, denn wenn wir die Gesellschaft fortbilden, dann meinen wir doch den Menschen. Und so kommt man, ohne das Wort viel gebrauchen zu müssen, zu dem, was wir in unserem Verfassungsrecht und im Recht schlechthin immer wieder mit «Gemeinwohl» ansprechen.

Meine Damen und Herren, ist es nicht eine lohnende und befriedigende Aufgabe, beizutragen zur Fortbildung der Gesellschaft, zur Entfaltung eines würdigen Daseins möglichst vieler Mitmenschen? Sollte nicht jeder von uns bei solchen Überlegungen auch daran denken, daß er auf diese Weise die innere Ruhe wiederfinden kann, um daraus Kraft zu schöpfen zur Mitgestaltung der Gesellschaft? Jeder an seinem Platz, ob in einer Regierung, ob in einem Parlament, ob als Richter, ob als Beamter. Ich danke hier meinen eigenen engen Mitarbeitern, dem früheren Direktor der Justizabteilung, Prof. GROSSEN, dem jetzigen Direktor, Prof. VOYAME, und all jenen, die mir jeden Tag zur Verfügung stehen, ohne nach dem Stundenplan zu fragen. Ich meine aber auch jene, die in irgendeiner Weise der Gemeinschaft dienen. Meine Damen und Herren, Recht ist ja nicht Selbstzweck, sondern insoweit Mittel zum Zweck, als wir damit die Voraussetzung zu einer freien Gemeinschaft schaffen wollen, zu einer sozialen Gemeinschaft – wenn das nicht bereits im Begriff der Gemeinschaft enthalten wäre –, zu einem Hort der Menschlichkeit und damit auch der Gerechtigkeit.

Ich bedanke mich nochmals recht herzlich, daß ich Ihnen «gruß Gott» sagen durfte. Verzeihen Sie, wenn es nur ein paar Gedanken waren, die ich gleichsam laut dachte, aber sie beschäftigen mich täglich in meiner Arbeit. Ich bin überzeugt, daß ein Staat wie die Schweiz, ein Kleinstaat wie die Schweiz, wenn die Menschen in ihm sich selbst treu bleiben, gerade im Bereich des Rechts auch in der Völkergemeinschaft nicht zu unterschätzende Wirkungen entfalten kann.

Le président remercie Monsieur le chef du Département fédéral de justice et police de son message substantiel.

X.

Après une interruption de séance, Monsieur CHRISTIAN DOMINICÉ, Professeur à l'Université de Genève, prononce sur le thème «*Liberté politique et liberté économique*» la conférence suivante:

1.

En cette année du centenaire de notre Constitution fédérale, et tandis que se développe un effort considérable de recherche et de réflexion pour en évaluer les mérites ou les faiblesses, et suggérer les éléments d'une révision, il paraît utile et nécessaire, bien que l'exercice soit périlleux, de s'interroger sur la nature des relations qui s'établissent entre divers composants de l'ordre constitutionnel.

J'entends dire par là que, tant pour des motifs de systématique formelle – dont notre Chartre fondamentale offre, il est vrai, une assez mauvaise illustration –, que pour ordonner l'analyse, on est amené à reconnaître que la Constitution comprend quelques grandes subdivisions, qui sont comme les piliers de l'édifice. On distingue ainsi, notamment, ce qui intéresse la forme de l'Etat, les dispositions qui déterminent la structure et les compétences des autorités, les droits fondamentaux des citoyens, et ce ne sont là que les principales illustrations.

Dans quelle mesure, et c'est là notre question, ces divers éléments de l'ordre constitutionnel sont-ils liés entre eux ? Sont-ils, combinés les uns avec les autres, les matériaux d'une construction qui s'effondre, ou se transforme profondément, si l'un d'entre eux vient à être enlevé, ou remplacé par des règles très différentes ? Peut-on, au contraire, admettre que les parties principales de l'ensemble jouissent, les unes par rapport aux autres, d'un degré d'autonomie tel que le remplacement de l'une d'entre elles n'altère pas la physionomie des autres ?

Certaines de ces relations s'imposent, semble-t-il, d'emblée à l'esprit. Ainsi, le lien paraît-il évident et particulièrement étroit, entre les dispositions organiques qui instituent un Parlement élu, investi de la compétence d'édicter des lois censées exprimer la volonté de la collectivité, et ceux des droits fondamentaux qui, réunis, assurent la liberté d'expression politique des citoyens, et de ceux qu'ils élisent. Sans doute n'est-il pas impossible de laisser subsister ce même Parlement, tout en instituant le système du parti unique, mais on conviendra que la physionomie de l'institution parlementaire change alors profondément. C'est ainsi que le Reichstag fut, à l'époque hitlérienne, «Le Männerchor le mieux payé du monde». Nous reconnaissons, sur ce point, la question de la Constitution réelle, dont le juriste, aidé d'autres spécialistes, ne consacre jamais trop d'efforts à déceler le visage, souvent mouvant.

On peut ajouter que la doctrine juridique est, aujourd'hui, de plus en plus sensible à ce genre d'investigation, qui élargit l'horizon de la recherche. En effet, la sociologie juridique et notamment, pour ce qui concerne plus particulièrement le droit public, certains courants de la science politique, ont eu, dès longtemps, le mérite de mettre en lumière l'influence qu'exercent, l'un sur l'autre, le droit et le milieu ambiant, et d'attirer l'attention sur l'écart qui peut séparer la norme juridique de la réalité sociale.

Plus récemment, c'est à la politique législative que la sociologie du droit a cherché à apporter son appui. S'il est désormais admis que l'analyse de l'évolution sociale constitue un élément nécessaire au travail du législateur, il paraît de plus en plus évident que la mission de la recherche ne s'arrête pas là. Il s'agit aussi d'évaluer, dans une optique prévisionnelle, ce que sera l'effet, sur le milieu social, d'une règle de droit nouvelle. Une nouvelle loi, une modification des règles en vigueur, sont proposées pour atteindre des objectifs déterminés. Il arrive trop souvent que le nouveau texte, une fois adopté, manque la réalisation du but qui lui était assigné, ou produise des effets inattendus. Il importe donc, dans l'appréciation des projets et propositions, que l'on s'interroge sur les effets qu'ils produiront, et sur leur aptitude à atteindre les objectifs allégués. (A titre d'illustration de cette démarche, on peut mentionner la proposition, reprise périodiquement sous une forme ou sous une autre, visant à instituer en

Suisse l'élection du Conseil fédéral par le peuple, proposition motivée par l'argument que l'élection serait de la sorte plus ouverte; une étude socio-politique d'un tel projet nous paraît au contraire démontrer que l'élection, loin d'être plus ouverte, le serait probablement moins [cf. CH. DOMINICÉ, Autour des élections gouvernementales en Suisse, Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968, p. 97 ss]).

2.

C'est dans cette perspective générale que s'inscrit notre sujet, énoncé, de manière un peu sommaire, «Liberté politique et liberté économique».

Y a-t-il une relation, et laquelle, entre les dispositions de la Constitution qui consacrent, dans son principe, la liberté des activités économiques, et celles qui visent à garantir la liberté politique? Celle-ci trouve-t-elle dans le régime de la libre entreprise un terrain nécessaire à son développement? Ou bien, au contraire, est-elle vidée de sa substance par le jeu des forces économiques?

Question fondamentale en vérité, que le Constituant, et ceux qui s'efforcent de penser pour lui, ne sauraient esquiver, tant il est vrai qu'elle est au cœur du grand débat sur les formes de sociétés, ce débat qui, engagé au nom de la liberté ou de la libération des hommes, porte inéluctablement, dans une large mesure, sur des questions d'organisation économique, en raison même des servitudes matérielles qui pèsent sur l'être humain.

Une modification sensible du système économique, que d'aucuns pourraient souhaiter opérer à la faveur d'une révision de la Constitution, aurait-elle des répercussions sur le système politique? Il faut s'exercer ici à la démarche prévisionnelle, à laquelle nous faisons allusion tout à l'heure, qui consiste à s'interroger sur les effets vraisemblables ou probables de nouvelles règles juridiques.

En parlant, pour utiliser une expression brève, de *liberté économique*, nous visons le système qui est fondé, quant à son principe, sur la liberté d'entreprise, tout en instituant néanmoins, dans le chef des pouvoirs publics, des compétences et devoirs susceptibles d'apporter à ce principe des restrictions et correctifs, à des fins conjonc-

turelles et sociales notamment, mais sans aller jusqu'à le rendre illusoire. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral, même si, en l'état actuel, elle prête le flanc à quelques critiques, illustre le parti que l'on peut tirer des motifs d'ordre social, sans altérer fondamentalement le principe de la liberté économique (voir par exemple l'arrêt *Righi*, ATF 99 I 604).

Observons au passage que le système économique consacré par une Constitution présente sans aucun doute des relations avec divers aspects de la liberté en général. On peut songer par exemple à la liberté professionnelle : choix d'un métier, d'un employeur, d'un lieu de travail. On peut évoquer également la liberté matérielle, qui commence pour l'individu lorsque ses ressources excèdent ce qui lui est indispensable pour couvrir ses besoins vitaux, car seul ce surplus permet un choix (élément caractéristique de la liberté), ce qui montre bien l'importance, de ce point de vue là, de l'efficacité d'un système et de son aptitude à assurer à l'ensemble de la population un revenu supérieur au minimum d'existence.

Ici, notre propos est limité à la *liberté politique*, qui implique au premier chef le respect d'un faisceau de droits fondamentaux comprenant la quasi-totalité des libertés idéales, et, bien entendu, le pluralisme électoral. Elle inclut aussi, au titre de la liberté réelle, des mesures assurant que la diffusion des opinions, et par conséquent l'accès aux moyens d'information, soient possibles pour toutes les tendances. Il faut s'assurer enfin, au titre de la Constitution réelle, que l'exercice de la liberté politique se traduise par un comportement et des décisions des pouvoirs publics qui correspondent au vœu le plus général.

Il n'importe enfin de souligner qu'en m'interrogeant sur les relations entre nos deux libertés, je pars du postulat que la liberté politique est un bien précieux, qu'il convient de préserver avec la plus grande rigueur.

Ce parti-pris, je l'entends bien, n'est pas une démarche scientifique. C'est une attitude idéologique.

L'histoire des idées comme l'analyse des systèmes politiques montrent que d'autres peuvent préférer des solutions différentes. Pour ma part, qu'il s'agisse du souverain de droit divin, du Führer hautement éclairé ou de la petite minorité cooptée qui, sans vergogne,

se décerne le titre d'avant-garde de la nation, je récuse tout système qui consacre le pouvoir absolu des uns sur les autres, et fait bon marché du droit pour chacun de voter et d'élire librement.

3.

Au seuil de notre investigation, nous pouvons remarquer qu'une première indication nous est fournie par l'observation des faits. Elle permet la constatation que, jusqu'ici, la liberté politique ne s'est développée que dans des régimes d'économie libérale.

La constatation est d'autant plus facile à faire que, dans les sociétés industrielles modernes, qui seules nous concernent ici, la variété des systèmes économiques n'est pas grande.

Si l'on fait abstraction de brumeuses tentatives de corporatisme, assez peu claires au demeurant dans l'optique de la définition d'un système économique, on a le choix, on le sait, entre deux grands systèmes, qui s'accommodent chacun de diverses nuances, mais n'en sont pas moins fondamentalement distincts: le régime d'économie de marché et le régime collectiviste fondé sur la planification centralisée. (Notre société s'est récemment intéressée à cette question, cf. le rapport de CH.-A. JUNOD, Problèmes actuels de la Constitution économique suisse, Revue de droit suisse, 1970, II, p. 591 ss, not. p. 745.)

Des expériences, ou des essais théoriques, de date relativement récente, je pense notamment à la doctrine de l'autogestion, ne décrivent en définitive pas un système économique global qui serait réellement nouveau. Le problème fondamental demeure de savoir si les entreprises, fussent-elles «autogérées», disposent librement de leurs moyens, déterminent elles-mêmes leurs activités, s'adressent au marché du crédit sur une base commerciale, bref agissent de manière autonome dans le cadre général d'un marché, ou bien au contraire si elles sont assujetties, même avec une certaine marge de liberté, aux directives d'un Plan et aux injonctions et décisions de l'administration publique, notamment en ce qui concerne l'orientation de la production et l'octroi de crédits.

Constater que liberté d'expression, liberté d'association, plura-

lisme électoral n'ont fleuri jusqu'ici que sur la terre sociologique de l'économie libérale n'est cependant pas affirmer qu'elle en soit toujours le complément, il s'en faut de beaucoup. De trop nombreux exemples, jusque dans la réalité contemporaine la plus brutale, nous rappellent que la liberté d'entreprise fait aussi bon ménage avec la dictature politique. On n'oubliera pas non plus que la liberté politique, dans les sociétés libérales d'Occident, est un phénomène relativement récent et que nul n'oseraut prétendre qu'elle a atteint le stade de la perfection.

Il n'en demeure pas moins qu'à l'encontre du système d'économie libre, le collectivisme est associé sans exception à la dictature politique.

Pouvons-nous nous arrêter là, et formuler derechef une conclusion qui épouse notre sujet ? On sent ce qu'aurait de précaire, de peu satisfaisant pour l'esprit, une affirmation fondée sur des faits qui, quelle que soit leur vigueur, ne révèlent pas par eux-mêmes une évidente relation de cause à effet.

On pourrait être en présence d'un instant passager de l'histoire, qui n'autorise aucune prévision sûre sur l'évolution future, singulièrement la capacité d'ouverture des régimes collectivistes existants, ou le visage de ceux qui viendraient à être institués, non par la force des baïonnettes, mais sans rupture de l'ordre constitutionnel, en vertu de décisions prises librement par le corps électoral d'un pays ou par ses représentants librement élus.

Il faut donc tenter de trouver des explications, et, d'emblée, la tâche paraît considérable. La plupart des disciplines des sciences humaines, de la psychologie à l'économie, en passant par le droit et la sociologie, interviennent dans la recherche. Les études et travaux qui, peu ou prou, intéressent notre sujet sont très nombreux. Aussi n'est-il pas question de prétendre, ici, faire le tour du problème. Il faut se borner à dessiner quelques perspectives de réflexion.

4.

Faut-il insister sur le phénomène de la puissance, ou du pouvoir, inhérent, sous des formes diverses, à tout groupe humain, à toute société ? Les moyens et les manifestations en sont très variés.

Si les instruments de la coercition physique, dont l'appareil militaire et policier est le plus important, constituent une catégorie particulière, il est reconnu qu'il existe de nombreux autres moyens, que les sciences sociales se sont employées à identifier. Quelle que soit leur diversité, ils ont tous ceci de commun qu'ils permettent, ou peuvent permettre, d'influencer autrui, voire de déterminer son comportement.

Le rayonnement personnel du leader charismatique de MAX WEBER, la détention de biens matériels ou de capitaux, la puissance d'une idée, d'un dogme, d'une doctrine, la force conférée par le savoir technique, sont autant d'exemples parmi tous ceux auxquels on peut songer.

En raison du caractère impérieux des besoins humains en biens matériels, nécessaires à l'existence, il est évident que le pouvoir de disposer des biens et moyens intervenant dans l'organisation et le fonctionnement de l'économie, de décider de leur utilisation ou affectation, peut être un important facteur de puissance sur autrui, tandis que le désir de s'approprier des biens ou de modifier leur répartition est au cœur de nombreux affrontements, on ne le sait que trop.

Sans doute, il serait inexact de présenter l'homme comme étant systématiquement avide de pouvoir sur autrui. Il n'en reste pas moins que le seul fait qu'il est naturellement porté à préserver sa position matérielle ou sociale, bien souvent aussi à l'améliorer, voire même à désirer faire triompher un idéal, l'amène à entrer peu ou prou dans des relations où les divers moyens de la puissance de fait sur autrui sont à l'œuvre.

Or, comme chacun sait, tout détenteur d'un moyen de puissance est porté à s'en servir, et c'est une règle immuable que seule la puissance arrête la puissance, dans des conditions très complexes, où l'affrontement direct des individus et des forces sociales est intimement mêlé au phénomène juridique, puisque la force de la loi est précisément appelée à s'interposer entre les hommes.

L'état et le droit sont très profondément liés au jeu des forces sociales. La puissance publique ne fait pas disparaître les moyens et facteurs de puissance dans la société, parce qu'ils existent et ne peuvent être supprimés, — la loi pouvant tout au plus en régler

l'exercice –, et parce qu'elle même, comme son nom l'indique, est puissance. Et, d'emblée, l'Etat – au sens interne d'appareil organisé – apparaît dans toute son ambiguïté.

D'une part, il est appelé à substituer, dans les relations entre les hommes, le règne du droit aux rapports de force. Il est l'ordonnateur, le régulateur de la société. Cependant, d'autre part, il est une abstraction tant qu'il n'est pas incarné par les êtres humains qui constituent ses divers organes, et, du même coup, il devient aussi instrument de puissance entre individus. Il est un enjeu considérable dans les compétitions et les luttes, en raison de la puissance qu'il confère, puissance qui, à l'instar des moyens de puissance dans les rapports entre individus, peut être utilisée par ceux qui la détiennent à des fins très variables, qui peuvent aller de la recherche de l'avantage personnel, matériel ou de prestige, à la promotion sincère du bien commun (mais, même ici, selon la manière dont ils le conçoivent).

Nous retrouvons, bien entendu, à ce propos, s'agissant des rapports entre les détenteurs du pouvoir légal et ceux qui y sont assujettis, le même besoin d'équilibre et de stabilité, de justice en un mot, que dans les rapports entre individus. C'est à nouveau vers le droit que l'on se tourne, et tout le mouvement constitutionnel qui, de la fin de l'absolutisme à nos jours, a marqué l'évolution des institutions politiques, porte témoignage de l'effort accompli dans ce sens.

La loi, au sens général, est sans aucun doute au centre de tout problème de société, et il vaut la peine de l'analyser sous l'angle de la distribution et du contrôle des moyens de puissance, pour s'apercevoir qu'à cet égard elle tient deux rôles principaux.

En premier lieu, elle institue la puissance officielle, dont elle définit les organes et les compétences.

En second lieu, elle fixe le statut ou détermine les conditions d'exercice des moyens de la puissance de fait, qu'elle ne peut évidemment éliminer. Les biens matériels, plus particulièrement, sont nécessairement appréhendés par le droit, qui peut garantir la propriété individuelle, admettre la libre circulation ou la libre utilisation des facteurs de production dans le circuit économique, ou consacrer d'autres solutions. D'autres moyens potentiels de puissance, comme l'influence personnelle, la force des idées, ne sont bien évidemment pas sans rapport avec le droit, qui leur donne plus ou moins large-

ment la possibilité de se déployer dans la société selon la manière dont il consacre, par exemple, la liberté d'expression ou la liberté de réunion.

Lié au phénomène de la puissance, l'ordre juridique l'est intimement, puisqu'il institue le pouvoir légal (ce qui vaut également d'ailleurs pour le droit privé, qui distribue de nombreux pouvoirs), et, d'une manière ou d'une autre, confère un statut juridique aux moyens de la puissance de fait entre les hommes, mais le plus souvent sans les identifier comme tels. Les principes de liberté contractuelle et d'égalité des parties au contrat, excellents principes régulateurs semble-t-il, peuvent dissimuler des relations profondément déséquilibrées, il suffit de penser aux rapports entre entrepreneurs et ouvriers dans l'industrie du siècle dernier.

Dès lors que le droit occupe une position centrale, il faut évidemment s'intéresser au législateur, constitutionnel ou ordinaire. De même que l'Etat est profondément ambigu, nous l'avons vu, à l'intérieur de l'organisation étatique le Parlement est lui aussi très équivoque. Sans doute, il est organe de l'Etat, et même, bien souvent, le principal ou plus important, puisqu'il doit énoncer les normes régulatrices de la société. Cependant, du point de vue fonctionnel, il est aussi, à certains égards, extérieur à l'appareil permanent de la puissance publique, qui atteste et manifeste la présence de l'Etat sur la scène sociale, dans ses rapports quotidiens avec la population, tant il est vrai que la loi n'est que peu de chose sans les instruments chargés de la mettre en œuvre, ou de la faire respecter. Cette ambiguïté est encore plus évidente lorsqu'on considère le député au Parlement (voire même, en Suisse, le simple citoyen appelé aux urnes pour se prononcer sur un texte): il fait la loi, règle qui s'impose à tous, mais il est néanmoins dans une situation d'extériorité par rapport à la puissance publique qu'il rencontre tous les jours sur son chemin.

Dans une tentative d'analyse du pouvoir, il me paraît donc important d'examiner le jeu des forces qui agissent dans la société, puissances privées diverses et puissance publique, en prenant soin de retenir, au titre de l'Etat, son appareil d'action permanente, en gros le pouvoir exécutif ou administratif si l'on veut.

Quant au Parlement, qui détient avec la loi, l'instrument destiné à

attribuer et limiter les pouvoirs juridiques et moyens du pouvoir de fait, il est en somme le lieu de convergence et d'affrontement de ces forces, ainsi qu'en témoigne, à l'extrême, l'exemple des dictatures modernes, qui se couvrent le plus souvent du paravent d'un Parlement, mais entièrement assujetti aux volontés des détenteurs des principaux leviers de commande de l'appareil étatique.

5.

Aux antipodes du système de l'économie de marché, le collectivisme a pour principe de base de transférer à la collectivité la propriété des moyens de production, qui sont certainement d'importants moyens de puissance, et surtout le pouvoir d'en ordonner l'affectation et l'utilisation, en vertu des directives du Plan.

D'emblée, on voit apparaître l'ambiguïté que nous avons signalée à propos de l'Etat. La collectivité n'a pas d'autre réalité fonctionnelle que l'appareil étatique, et celui-ci, sous réserve de l'intervention du Parlement, c'est, en tant que force sociale et pour les motifs que nous avons indiqués, l'administration publique. Cette dernière est, à son tour, un groupe d'hommes et de femmes, en première ligne ceux qui sont au sommet de la hiérarchie, animés de leurs propres pulsions, et acteurs dans le jeu des forces.

Il faut donc s'intéresser de près à cette administration du système collectiviste. Elle cumule à nos yeux plusieurs caractéristiques, dont il faut mettre en lumière les deux principales, qui nous paraissent être son pouvoir global de gestion économique, et sa qualité de pouvoir administratif hiérarchisé unique.

a) De par les principes fondamentaux qui animent le système, cette administration est investie d'un pouvoir global de gestion économique, impliquant d'importantes prérogatives dans l'élaboration et l'exécution du Plan, notamment un pouvoir hiérarchique sur les entreprises. Ce trait nous paraît essentiel, quand bien même des variantes sont possibles, qu'il s'agissent de certaines formes de décentralisation ou d'autogestion limitée (l'expérience yougoslave, la plus poussée dans ce sens, semble indiquer que, pour tout le secteur collectivisé, l'administration publique conserve le rôle le plus im-

portant, singulièrement en ce qui concerne l'un des plus importants instruments de gestion économique, le crédit).

Cette concentration du pouvoir économique n'est pas le fait exclusif du système collectiviste. Encore qu'à une échelle différente et dans un tout autre contexte, c'est un phénomène que l'on observe également ailleurs, ce qui autorise certaines analogies.

L'étude de ce phénomène de concentration a permis de dégager le concept de «technostructure», dû principalement au célèbre économiste américain J. K. GALBRAITH (cf. son ouvrage, «Le nouvel Etat industriel», traduit en français, Paris 1968), qui établit d'ailleurs lui-même l'analogie avec quelques aspects du système collectiviste. Même si certaines thèses économiques de cet auteur, comme celle de la disparition du marché, doivent être accueillies avec de sérieuses réserves (GALBRAITH, à l'instar de KARL MARX, ne serait-il pas meilleur sociologue qu'économiste?), l'analyse qu'il fait des grandes entreprises américaines modernes, mérite d'être retenue. Elle souligne le poids considérable acquis, dans ces sociétés, par les états-majors dirigeants et leurs collaborateurs, la technostructure. Ayant supplanté les actionnaires, qui sont pourtant, juridiquement, les propriétaires, dans la détention et l'exercice du pouvoir dans l'entreprise, ils échappent largement au contrôle, identifient le bien de l'entreprise à la vue qu'ils s'en font, et se recrutent par cooptation.

Ce phénomène est inhérent à toutes les sociétés industrielles modernes, marquées par la technologie et les grands besoins en capitaux, et cela quel que soit le régime économique.

Dans cette gigantesque entreprise qu'est l'économie collectivisée, la notion de technostructure, et les caractéristiques qui s'y attachent, s'applique sans conteste à l'administration publique, plus particulièrement à sa couche supérieure, à une échelle encore autrement plus vaste et plus globale que pour des entreprises privées. Quelle que soit la substance juridique de la propriété collective, c'est la technostructure administrative qui détient le pouvoir de disposer des capitaux et des biens, de conditionner l'emploi, de déterminer les promotions, etc.... Il est difficile de penser qu'elle ne soit pas, comme toute technostructure, soucieuse de conserver et d'affirmer sa position, difficilement sujette à des contrôles venant de l'extérieur, encline à imposer sa propre vision du bien commun.

b) En second lieu, il faut observer que l'administration publique est en outre, par définition, investie du pouvoir administratif officiel, avec toutes les prérogatives qui s'y attachent. Depuis les études consacrées par MAX WEBER à la bureaucratie prussienne, les travaux sur ce sujet ont été très nombreux. S'ils ne vont certainement pas tous dans le même sens, on peut cependant retenir comme traits dominants des administrations publiques, sans s'y arrêter plus longuement, l'importance du pouvoir hiérarchique, la tendance à résister à la contestation de l'autorité administrative, ainsi que le réflexe naturel de défense des structures existantes. Probablement faut-il ajouter qu'une telle généralisation présente certaines faiblesses, car il faut tenir compte du contexte dans lequel agit le corps des fonctionnaires. Elle nous paraît être valable néanmoins pour les administrations publiques prises globalement, alors que pour la couche supérieure (hauts fonctionnaires) le souci de préserver sa position est d'autant plus fort qu'il y a moins de possibilité de conserver, voir d'améliorer, son niveau social en dehors de la hiérarchie administrative.

Pour en revenir à nos propos sur la puissance et le pouvoir dans la société – une société où finalement l'on est toujours en présence de relations entre êtres humains, même si la notion d'Etat s'interpose –, il nous paraît que le principe collectiviste, en soustrayant aux mains privées les principaux moyens de production, a pour effet de cumuler, dans les mains de la technostucture administrative, le pouvoir administratif propre à l'appareil permanent de l'Etat, et la puissance inhérente à la disposition des biens et moyens économiques, avec tout ce que cela peut comporter, si l'on n'y prend garde, de pouvoir de fait sur autrui (attribution d'un emploi, promotion, logement, etc....). Le problème se pose dès lors de savoir si les conditions sociologiques d'une «contre-puissance» (arrêtant la puissance) sont réunies.

Il est vrai, nous l'avons dit, que c'est précisément la force de la loi, supposée, respectée et appliquée, qui s'interpose pour assurer l'équilibre de l'ordre et de la justice entre les individus comme entre ceux-ci et la puissance publique. De ce fait, la théorie collectiviste, du moins lorsqu'elle se distancie sur ce point de la doctrine marxiste-léniniste, qui souligne très clairement la nécessité de la dictature (du

prolétariat), insiste précisément sur le rôle et l'importance du contrôle démocratique, auquel peut notamment procéder un Parlement qui ne serait plus l'enjeu, ou le serviteur, de puissances économiques privées.

Cependant, face à une administration disposant de pouvoirs juridiques nécessairement étendus en raison de l'ampleur de ses tâches, et d'une réelle puissance de fait résultant de son emprise considérable sur la vie matérielle des individus, on peut se demander si le Parlement peut conserver assez de force pour imposer sa volonté, ainsi que son contrôle. Il ne faudrait pas oublier trop rapidement que même dans les démocraties libérales, où pourtant l'administration n'a qu'un rôle plus limité, l'une des préoccupations majeures, encore qu'il y en aient d'autres toutes aussi importantes, a été et demeure de contenir l'administration dans les limites de la légalité, et d'une légalité qui lui est imposée, tant il est vrai que l'arbitraire administratif, fût-ce par erreur ou par excès de zèle, est un risque quotidien.

Tout pôle de puissance, toute technostucture, tend tout naturellement, que ce soit par intérêt personnel ou dans l'idée de servir l'intérêt général (les deux choses étant parfois mêlées), à infléchir la loi dans un sens qui lui convienne. Dans un système où tout s'ordonne autour d'une technostucture unique, les députés au Parlement ne peuvent être recrutés, inéluctablement, qu'à l'intérieur de cette vaste pyramide hiérarchisée qui va de l'état-major supérieur, au niveau gouvernemental, aux unités de production et à ceux qui les constituent, assujettis d'une manière ou d'une autre au pouvoir administratif. Ces députés vont être de la sorte, ou bien issus eux-mêmes de la couche administrative dirigeante, ou bien, parce que situés plus bas dans la hiérarchie, dépendants d'elle, exposés à ses pressions, à un point qui certainement incite au conformisme.

Peut-être faut-il admettre l'hypothèse, – et c'est là que nous rejoignons la liberté économique –, que, pour contrôler le pouvoir administratif et le contenir dans les limites d'une loi qui ne soit pas, en définitive, faite par lui à sa convenance, il est nécessaire que la société soit fondée sur le principe du pluralisme des circuits professionnels, et des unités économiques, indépendants de l'administration publique. Autrement dit, les bases sociologiques de la contre-puissance ne seraient pas suffisantes, en régime collectiviste, pour

qu'à son tour la force de la loi équilibre la relation entre l'administration et l'administré.

Une conclusion identique nous paraît se dégager d'un examen de notre problème conduit sur un angle différent, celui de l'information.

On pouvait y penser en suivant l'affaire du Watergate, qui m'a, dans une certaine mesure, suggéré mon sujet d'aujourd'hui.

Ce qu'il y a de frappant dans cette affaire, c'est moins les fruits politiques que les uns ou les autres ont voulu en retirer, que l'odyssée de deux journalistes qui, flairant la présence de personnages importants derrière un banal fait divers, ont pris le risque de relater dans leur quotidien le développement de leur enquête. Il a fallu plusieurs mois avant que, malgré les nombreux articles du Washington Post, les autres moyens d'information, et l'opinion, s'y intéressent. Cette longue obstination, mesurée à ce qu'elle a finalement produit, souligne le rôle de la presse écrite dans la démocratie, car la radio et la télévision, même lorsqu'elles donnent une information honnête sur les événements et font une place équitable à toutes les opinions, ne peuvent assurer, avec suffisamment de volume et de continuité, la permanence d'une action visant à mobiliser l'opinion pour une cause, pour un développement législatif jugé utile, ou contre des pratiques abusives. L'imprimé est au centre de toute démocratie.

Les imprimeries, les sociétés d'édition, sans parler de ceux dont les services leur sont indispensables (fournisseurs), sont des unités économiques qui utilisent divers moyens et facteurs de production.

Leur collectivisation, leur inclusion dans le réseau des directives du Plan et des injonctions et contrôles de l'administration, notamment en matière d'allocation de crédits et de moyens d'impression, avec toutes les possibilités de pressions que cela comporte, fait surgir des doutes assez sérieux sur la possibilité de maintenir libre *de facto*, même si la censure est officiellement proscrite, la publication de journaux, pamphlets, livres résolument critiques à l'égard des principaux responsables politiques. Il n'est pas certain que leur impression, et leur prise en charge par les circuits de distribution, soient assurés.

Des journalistes libres de toute dépendance à l'égard de l'appareil étatique, des imprimeries protégées par la liberté d'entreprise, nous paraissent constituer les conditions nécessaires à l'exercice de la

liberté politique, qui n'est garantie que s'il est possible, grâce aux moyens d'information notamment, de faire jouer le principe de la contre-puissance sociale.

Ces quelques éléments de réflexion sont bien sommaires, les instruments d'analyse encore très grossiers. Il y a, pour les spécialistes des sciences sociales, un champ d'investigation très largement ouvert, celui de la sociologie du collectivisme. Il mérite d'être exploré dans la collaboration interdisciplinaire, une collaboration qui doit inclure, il va sans dire, les spécialistes de l'économie, car il y a, en cette matière, des contraintes qu'il serait préférable de ne pas ignorer, indépendantes qu'elles sont du système que l'on choisit.

En somme, le collectivisme est paradoxal. Partant de la constatation, certainement exacte, que la détention des moyens de production est de nature à conférer un certain pouvoir de fait sur autrui, il cherche à résoudre le problème en prétendant supprimer ce qu'il est convenu d'appeler le pouvoir économique. Ce faisant, il méconnaît que ce pouvoir est inhérent à toute société, qu'il doit être contrôlé mais ne saurait être éliminé, et il en arrive finalement à concentrer dans les mêmes mains, qui sont toujours des mains humaines, les prérogatives de puissance publique et des instruments importants du pouvoir de fait.

6.

Si le paradoxe habite le système collectiviste, il est loin d'être absent du système libéral.

On observe, en effet, un double mouvement dans l'histoire des sociétés occidentales.

A la faveur de la révolution industrielle, on le sait, la bourgeoisie d'affaires a opéré, sur la scène sociale, une irruption en force. Grâce aux formes nouvelles de la vie économique, caractérisées par le développement de l'entreprise capitaliste, elle acquiert une indiscutable puissance. L'idéologie de liberté et d'égalité, propagée par les philosophes du XVIII^e siècle, sert à cette catégorie sociale de moyen de lutte contre le souverain, dont elle réduit considérablement le pouvoir par le jeu de l'élection et de l'institution parlementaire; c'est cependant un moyen qu'elle contrôle par la limitation du droit

de suffrage, ainsi qu'en témoignent les divers systèmes de vote inégalitaire, singulièrement le suffrage censitaire.

Ainsi, les principes de liberté économique et de liberté politique ont été étroitement associés, dans un mouvement général d'émancipation à l'égard du pouvoir étatique.

Cependant, si la fin de l'absolutisme et l'éclosion des libertés marquent une étape fondamentale de l'histoire politique moderne, il faut convenir que la liberté n'a pas été celle de tous, et c'est ainsi que s'est amorcé un deuxième mouvement.

Grâce aux libertés idéales et à la consécration, plus ou moins rapide selon les pays, du suffrage universel, des couches sociales largement écrasées jusqu'alors ont pu, progressivement, se faire entendre. Il suffit de rappeler ici le rôle tenu, dès la fin du siècle dernier, par les organisations de travailleurs et les partis politiques qu'elles ont créés ou soutenus.

Ce qui me paraît important pour notre propos, c'est de souligner que cette action, celle du prolétariat ouvrier notamment, s'est développée simultanément dans deux directions complémentaires.

D'une part, par la création d'associations acquérant une certaine force, elle a visé à rééquilibrer une relation bilatérale, en l'occurrence la relation patron-ouvrier, qui, formellement, en vertu du principe de la liberté contractuelle et de l'égalité juridique, était réputée égalitaire, mais qui, en fait, était fortement inégale. On a donc assisté, dans des rapports bilatéraux, au phénomène du contre-pouvoir social, illustré par l'action directe des syndicats ouvriers face aux employeurs.

D'autre part, les forces nouvelles ont poussé à faire intervenir l'Etat, par le truchement de la loi, pour assurer la protection de celui qui, dans une relation formellement égalitaire mais inégale en fait, est le plus faible, et ce fut, par exemple, le développement progressif de la législation du travail dès la fin du siècle dernier.

Ce deuxième mouvement, qui prend appui sur l'exercice des libertés idéales et du droit de suffrage, grâce auxquels le Parlement voit arriver de nouveaux groupes, tend donc, contrairement au premier, à renforcer le rôle de l'Etat, mais en sa qualité principalement de législateur et non d'acteur immédiat, dans un sens qui, tenant compte de l'inégalité des forces, vise à rétablir l'équilibre.

Sans doute, d'autres interventions de l'Etat sont apparues nécessaires, qui ne procèdent pas de la même inspiration ni du même modèle. Il demeure que l'on peut relever de nombreux exemples de ce jeu de la contre-puissance sociale directe, qui s'accompagne, grâce à l'appui qu'elle trouve, d'une influence sur la loi, appelée à apporter une réglementation particulière là où l'égalité juridique de principe est en discordance avec une inégalité de fait.

On voit, me semble-t-il, le rapport dialectique qui s'est établi entre liberté politique et liberté économique.

La liberté d'entreprise nourrit la liberté politique, dans sa confrontation avec l'appareil étatique. En effet, elle permet la création de pôles de puissance extérieurs à celui-ci et des circuits professionnels indépendants de l'administration, rendant du même coup possible l'affirmation de forces sociales capables de susciter, entre la puissance publique et l'administré, l'interposition de la loi et d'exiger son respect. En outre, elle assure, si l'on veut, l'infrastructure matérielle nécessaire à l'exercice de la liberté politique, je pense particulièrement à l'imprimé, dont j'ai déjà dit à quel point il me paraît être au cœur de la démocratie.

C'est pourquoi, me semble-t-il, on peut affirmer que la liberté économique paraît être une condition de la liberté politique, pas suffisante à vrai dire, mais nécessaire.

A leur tour, les libertés idéales et le pluralisme électoral permettent le développement de groupes et mouvements, occasionnels ou durables, susceptibles s'il le faut de tenir le rôle de la contre-puissance sociale face à des forces qu'ils estiment menaçantes, ou peu soucieuses d'équité, qu'il s'agisse du pouvoir officiel ou de puissances privées. Cette action peut aller jusqu'à susciter l'intervention du législateur à diverses fins jugées conformes au bien commun, et qui peuvent exiger, en certains domaines ou en certaines circonstances, des restrictions à la liberté économique.

C'est en définitive le système des poids et contre-poids. Tandis que la théorie constitutionnelle, depuis MONTESQUIEU, l'invoque à l'appui du principe de la séparation des pouvoirs, il mérite d'être pris en considération, non pas dans la seule optique de l'équilibre entre les principaux organes de l'Etat, mais dans la perspective du système politique global.

En somme, si l'on peut, en schématisant quelque peu, prendre une image, ce serait celle du triangle.

Lorsque deux personnes s'affrontent, il est rare que le duel soit équilibré. L'un des deux rivaux finit, aux dépens de l'autre, par se tailler la part du lion. Il faut un troisième acteur qui, par son intervention, sauvegarde l'équité. Le travailleur qui, au sein d'une entreprise, se sent menacé dans son emploi en raison de ses opinions, n'est pas entièrement libre de son action politique. La présence d'un syndicat, extérieur à l'entreprise et indépendant d'elle, crée la relation triangulaire qui concourt à rétablir l'équilibre. L'Etat, nous l'avons vu, peut constituer ce tiers, et l'est fréquemment.

L'histoire, cependant, montre à l'évidence que, trop souvent, dans une société, le système global est bipolaire, de sorte que l'équilibre n'est pas possible.

Tel est toujours le cas lorsque la liberté politique n'est pas garantie. De la monarchie absolue aux dictatures modernes, quelles que soient par ailleurs les différences, il y a toujours une minorité qui décide de tout, et le reste de la population qui subit. La structure bipolaire peut aussi résulter de la carence des pouvoirs publics à exercer l'arbitrage qu'implique leur mission : ainsi l'Etat libéral du XIX^e siècle laissa-t-il trop librement s'affronter, au bénéfice de la première, la classe possédante et le prolétariat.

L'appareil étatique est nécessairement, dans sa structure, une sorte de pyramide hiérarchisée, même si des systèmes de type fédéral peuvent tempérer ce caractère. Si le régime économique est fondé sur un principe – la collectivisation – qui implique, lui aussi, par nécessité, une organisation hiérarchisée unique, qui se confond avec la première, on crée dans la société un système essentiellement bipolaire, où la puissance de deux qui sont au sommet de la pyramide est vraisemblablement trop forte pour que la liberté politique puisse encore s'épanouir.

7.

Et cependant, cette liberté politique qui caractérise les démocraties occidentales n'est pas appréciée, par tous, de manière positive. Des

voix se font entendre pour affirmer qu'elle présente un caractère essentiellement formel, tandis que la réalité révélerait une image bien différente. Cette critique ne saurait être ignorée, car elle touche directement notre propos, dès lors que l'un des arguments principaux qu'elle avance consiste à faire grief au pouvoir économique – issu de la liberté d'entreprise – de peser sur la vie sociale et sur les institutions, au point de rendre illusoires les procédures démocratiques.

A vrai dire, je vois deux questions principales qui, dans cet ordre de réflexion, méritent l'attention, à savoir celle de l'exercice des libertés idéales, et celle de l'autorité de l'Etat dans les sociétés industrielles modernes.

a) Il est certain que l'on doit être attentif aux moyens juridiques et matériels qui doivent être mis en œuvre pour que les libertés idéales jouent, pour tous, le rôle qui est le leur dans le processus politique. Si, comme le Tribunal fédéral l'a souligné, à juste titre, en termes très forts, la liberté d'expression, singulièrement la liberté de la presse, constitue une institution fondamentale dans un Etat démocratique (cf. notamment l'arrêt *Aleinick*, ATF 96 I 586), il faut en mesurer les implications.

Jouir réellement des libertés idéales, c'est être en mesure de disposer d'informations, c'est aussi pouvoir diffuser informations et opinions, pour tenter de convaincre, de susciter un mouvement de l'opinion publique, du corps électoral. Il importe donc, à cet égard, de veiller au maintien d'une suffisante égalité de fait.

Dans le dense faisceau des questions que l'on doit se poser (cf. à ce sujet les chapitres consacrés aux libertés idéales par P. SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, Berne 1970), je me borne à rappeler au passage celle du droit d'accès aux sources d'informations, celle de l'équilibre dans l'accès aux moyens audio-visuels, de même que celle de la presse d'opinion, et de manière générale, de l'imprimé politique lors d'élections et de votations.

Il convient de préciser certains des droits du citoyen, il convient aussi de consolider ou de développer les prestations et facilités accordées par les pouvoirs publics. La conquête des libertés idéales n'est jamais achevée.

b) La deuxième grande question qu'il faut évoquer au titre de la liberté politique réelle est encore autrement plus complexe. Il s'agit

de l'autorité de l'Etat dans les démocraties libérales modernes, et de son aptitude à contrôler les forces engendrées par la société technologique. Non pas certes que l'Etat doive être un maître, sa mission est de rester serviteur, mais serviteur du bien commun.

Rappelons l'essentiel des thèses développées par quelques politologues : à quoi bon, disent-ils, cultiver les libertés idéales et le pluralisme électoral, à quoi bon élire un Parlement représentant les diverses tendances de l'opinion, bref à quoi bon l'exercice de la liberté politique (formelle), si, en fin de compte, des puissances privées, échappant au contrôle, exercent en fait le pouvoir dans la société, directement ou en asservissant l'appareil étatique ?

Ce serait la fin du cycle, l'exercice de la liberté économique tendant en définitive à anéantir la liberté politique réelle.

En tant qu'elle prétend se fonder sur l'analyse objective des faits, cette thèse n'est pas défendable telle quelle. Non pas que les intérêts économiques ne jouent un rôle important dans le processus politique, mais parce qu'il apparaît évident que, dans les démocraties occidentales, les lois et décisions intervenues au cours des dernières décennies ne sauraient être analysées comme étant systématiquement conformes à l'intérêt égoïste des entreprises et de leurs dirigeants. La législation anti-cartellaire, les charges accrues en matière fiscale et de sécurité sociale, les obligations nouvelles, souvent lourdes financièrement, relatives à la protection de l'environnement en sont autant d'exemples. Libre à chacun, bien entendu, de penser que ce n'est pas suffisant. Il s'agit là d'une question d'appréciation, mais le fait demeure que les pouvoirs publics sont intervenus, par le truchement de la loi, d'une manière qui révèle l'autorité des organes du pouvoir officiel.

Cependant, les démentis qui peuvent être opposés aux excès de la thèse que nous avons rappelée n'enlèvent rien au fait que l'évolution des structures économiques, singulièrement le mouvement de concentration qui est en cours, fait surgir, dans une perspective d'avenir, le problème du pouvoir politique et par conséquent de la réalité de la liberté politique.

La notion de technostucture, bien entendu, revient à l'esprit. Si nous avons cru pouvoir l'appliquer à l'analyse du phénomène collectiviste, parce qu'elle est liée à toute société moderne, n'oublions pas que c'est l'étude de l'entreprise occidentale qui l'a fait surgir.

La question nous paraît importante. Evidemment, si l'on admet que le progrès technique a des conséquences telles qu'il aboutit inévitablement à la concentration de toutes les décisions entre quelques mains, l'avenir est sombre. Ce sera le 1984 d'ORWELL, et il importera assez peu que le Grand Frère soit le secrétaire-général du Parti unique, ou un Président-Directeur-Général tenant à sa botte Gouvernement et Parlement.

Nous n'en sommes toutefois certainement pas là. L'influence prise par les syndicats, et, ici ou là, par les «environnementalistes», voire même les consommateurs (je pense au phénomène NADAR aux Etats-Unis), tend à montrer que les libertés garanties sont loin d'être purement formelles. Il demeure que l'on doit rester attentif aux conséquences que peut avoir pour le fonctionnement des institutions politiques l'accroissement de la puissance des groupes économiques modernes.

La concentration de grands ensembles industriels intégrés, demandant des masses importantes de capitaux, exigeant une coordination poussée des activités, de même que le pouvoir grandissant des spécialistes des techniques sur l'orientation des investissements et les circuits de production, sont des phénomènes auxquels aucun système n'échappe, collectiviste ou libéral. Ils sont dus à la complexité de la technologie moderne et au coût de son exploitation économique.

Encore que le cumul de cette puissance avec celle du pouvoir administratif, de même que l'absence de concurrence, nous paraissent, nous l'avons indiqué, présenter les plus grands risques pour la liberté politique, on doit être conscient du fait que, en mains privées, ce pouvoir présente le danger de servir à des intérêts particuliers préjudiciables à l'intérêt général (la bonne marche d'une entreprise n'est pas, en tant que telle, préjudiciable à l'intérêt général, bien au contraire, mais certains comportements peuvent l'être), alors que, en théorie tout au moins, l'état-major administratif de l'économie collectiviste, même si l'intérêt particulier de ses membres à préserver leur position et à améliorer leur situation est évident, est tout de même censé être au service du bien commun.

On peut en dire autant des menaces pour la population qui résultent du recours à de nouveaux produits et procédés. Ces dangers sont inhérents au progrès technique, tant il est vrai que les déchets

radioactifs ont la même agressivité dans tous les systèmes économiques. Cependant, ici aussi, on doit se demander si les objectifs de croissance de l'entreprise privée ne vont pas l'inciter à mettre sur le marché des produits vendus pour ce qu'ils ne sont pas, ou dont les risques n'ont pas été soigneusement évalués.

Il s'agit donc de savoir si la collectivité, grâce notamment au libre exercice des procédures démocratiques, est en mesure de contrôler ces forces pour veiller en définitive à la promotion de l'intérêt général.

Dans tout régime, le problème est en définitive de savoir si la force de la loi peut s'interposer avec succès pour contenir un danger actuel ou potentiel. Il importe donc que son contenu vise au cœur de chaque problème à résoudre, et que par conséquent la procédure législative (et chaque processus de décision d'ailleurs) reste susceptible d'assurer finalement la synthèse de ce qui concourt à l'intérêt général. C'est, il est vrai, une notion difficile à cerner, mais qui implique, en tout cas, que le plus faible, celui qui souffre de handicaps auxquels il ne peut rien, soit protégé, et que chacun soit équitablement en mesure de trouver sa place dans la société, conformément à ses aptitudes et mérites.

On sait l'importance qu'ont prise, au cours des dernières années, les études et publications consacrées à l'intervention des associations, groupements, et groupes d'intérêts, dans l'élaboration des textes législatifs. Nous ne pouvons nous y arrêter ici. Elles méritent d'être poursuivies, car une transparence suffisante est indispensable au fonctionnement des institutions politiques, en d'autres termes à la réalité de la liberté politique.

Nous pouvons nous borner à deux observations.

Tout d'abord, il paraît normal et légitime que, tant à l'intérieur du Parlement que dans la phase pré-législative conduite par l'administration, tous les groupes et tendances puissent se faire entendre. Si le rôle des pouvoirs publics est d'identifier les intérêts légitimes, il faut évidemment que tous puissent se manifester. En outre, il serait inexact certainement de présenter l'intervention des divers groupes (associations patronales, syndicats, agriculteurs, etc.) comme étant inspirée exclusivement de considérations purement égoïstes. Toutes ont une certaine vision de la manière et des modalités selon lesquelles il convient de poursuivre l'intérêt général. Chacune de ces visions

peut être discutée, contestée, mais il importe que toutes soient connues. Aussi bien le problème n'est-il pas de supprimer la représentation des divers intérêts, mais de contrôler la manière dont ils opèrent. Le recours ultime est en définitive l'opinion publique, qui, bien informée des procédures suivies et des thèses des uns et des autres, peut exercer une influence importante, par son poids psychologique sur le Parlement, et par son poids électoral.

La deuxième observation concerne davantage le rôle que doit tenir la science en cette matière. Il lui appartient sans aucun doute de mettre en lumière les influences qui s'exercent sur les décisions, et de contribuer ainsi à assurer la transparence du processus politique. Elle doit veiller cependant à utiliser, dans ses analyses, des instruments de mesure qui soient suffisamment nuancés. Constater qu'une décision déterminée, parlementaire ou gouvernementale, est proche, dans sa teneur, de la thèse défendue par un groupe déterminé, ne suffit pas à établir que le Gouvernement ou la majorité parlementaire ont cédé sans gloire à des pressions exercées sur eux. Les auteurs d'une décision ont droit au respect des motifs qui les ont inspirés, et ces motifs peuvent être la conviction, juste ou fausse mais ici l'appréciation est le plus souvent subjective, d'agir dans l'intérêt général. Dans l'étude du processus politique, il faut donc tenir compte, non pas seulement d'une sorte d'évaluation mécanique des forces en présence, mais aussi de l'autonomie intellectuelle des personnes investies du pouvoir officiel.

Il reste, pour en revenir à notre propos, que l'affirmation croissante, sur la scène sociale, des grandes entreprises industrielles, appelle un examen serein mais sérieux des mesures propres à garantir que les conséquences positives de leurs activités ne soient pas ternies par des facteurs négatifs.

Certaines de ces mesures ont été esquissées, d'autres sont en discussion. On peut penser notamment, non seulement aux mesures d'encadrement global que constituent les décisions de politique économique et la garantie de certains droits sociaux qui touchent de près au problème de l'emploi, mais encore, par exemple, à favoriser une plus grande transparence dans le fonctionnement de l'entreprise et une bonne information sur ses objectifs, à assurer le contrôle de la qualité des produits, ainsi que des méthodes publicitaires.

En somme, on observe que dans le domaine des rapports de travail, et du statut du travailleur, des progrès indéniables et importants ont été accomplis, au cours des dernières décennies, tant dans la législation que dans les faits. C'est constater du même coup que la liberté politique est loin d'avoir été purement formelle, dès lors que l'exercice qui en a été pratiqué a suscité d'évidentes améliorations. Elle reste le meilleur garant de l'aptitude des sociétés modernes à faire face avec succès aux mutations qui sont en cours.

8.

Des indices importants concourent, me semble-t-il, à expliquer le lien qui unit nos deux libertés. La liberté économique n'est assurément pas une condition suffisante pour assurer la liberté politique, mais il y a de bonnes raisons de penser qu'elle est une condition nécessaire.

NOMBREUSES SONT LES QUESTIONS QUI RESTENT OUVERTES, AINSI CELLE DE L'ÉTENDUE DU SECTEUR PUBLIC, CELLE DE L'AMPLEUR ET DE LA NATURE DES RESTRICTIONS QU'IL CONVIENT D'APPORTER À LA LIBERTÉ D'ENTREPRISE POUR DES MOTIFS D'ORDRE CONJONCTUREL OU SOCIAL, BIEN D'AUTRES ENCORE.

A tout le moins, si la tâche est grande, nous avons le privilège de la poursuivre dans la liberté, et c'est, pour nous, une raison d'espérer.

XI.

Monsieur le Professeur FRITZ GYGI, vice-président de la Société, préside la table ronde avec quelques auteurs du recueil de travaux (v. la liste des participants ci-dessous p. 535), sur le thème «*L'influence du législateur sur l'élaboration de la société*» et s'exprime comme suit:

Für die schweizerischen Juristen steht für 1974 die Hundertjahrfeier der Bundesverfassung im Mittelpunkt; für 1975 wird es die Jahrhundertfeier des Bundesgerichtes sein. Entsprechend hat der Schweizerische Juristenverein sich zwei zentralen Problemen zugewandt, die auf diese beiden Ereignisse zugeschnitten sind: für das Jahr 1974 die Gesetzgebung als Staatsfunktion, für das Jahr 1975 die Justiz.

Über die Beiträge zum Band über die Probleme der Gesetzgebung veranstalten wir einen «Runden Tisch» mit den Mitautoren, die sich zur Verfügung stellen konnten.

Herr Professor EICHENBERGER, früherer Präsident des Schweizerischen Juristenvereins, hat uns in seinem Beitrag gesagt, wer der Gesetzgeber ist, wie die Gesetzgebung innerhalb der Staatsfunktion einzuordnen ist und namentlich gezeigt, daß manche unserer Vorstellungen von der Staatsfunktion der Gesetzgebung nicht mit den Realitäten übereinstimmen. Die Herren GROSSEN und BUSER haben auseinandergesetzt, wie der Gesetzgeber sein Werk verrichtet, wie das Gesetz in der Entstehung gewissermaßen durch die Institutionen läuft. Sie haben sich so in die Arbeit geteilt, daß einmal das vorparlamentarische und dann das parlamentarische Verfahren dargestellt wird. Herr Professor HÄFELIN hat sich ganz besonders mit der Frage der Funktion, mit den Inhalten der Verfassung und auch mit der Realitätsbezogenheit der Verfassung auseinandergesetzt. Die Herren Professoren LIVER und DUBS sind darauf eingegangen, was gute, methodisch systematisch durchgebildete Gesetzgebung ist, und Herr Liver hat außerdem noch kodifikatorische Probleme erörtert. Die Herren TROLLER und FLEINER sind rechtsphilosophischen Kreisen nachgegangen und haben außerdem das Verhältnis von Gesetz und Wirklichkeit beleuchtet. Am Gespräch nimmt ferner Professor HUG teil, dessen Beitrag über die Gesetzestechnik nicht fertiggestellt werden konnte.

Ich möchte Kollege EICHENBERGER ersuchen, das Gespräch zu eröffnen, weil er gewissermaßen das Programm des ganzen Bandes gesetzt hat.

Herr EICHENBERGER: Wir erwarten und verlangen, daß der Staat auf die Gesellschaft Einfluß nimmt. Die Hoffnungen auf automatische Selbstregulierungen der Gesellschaft – etwa im Bereiche der Wirtschaft, der Bildung, der Bodennutzung – sind in größerem oder kleinerem Umfang preisgegeben. Insoweit dürfte weitgehend Übereinstimmung herrschen: Wir wollen den sozialgestaltenden Staat. Eine Frage ist, wieweit der Staat einen Gestaltungsauftrag aufnehmen solle, also wo überall er zur Sozialgestaltung antreten solle. Eine andere, aber damit verbundene Frage ist, wie der Staat diese seine

Einwirkungen bewerkstelligen solle, und eine geläufige Antwort ist: durch den Gesetzgeber. Wir glauben noch und immer neu an das «allgemeine Gesetz» und an die demokratische Legitimation des Gesetzgebers, als wirksame soziale Ordnungsmacht aufzutreten. Der Staat, der dergestalt das Gesetz als seine wohl prinzipiale Institution betrachtet, der Gesetzgebungsstaat, wie man ihn etwas mißverständlich nennt, war ursprünglich vorwiegend genährt einerseits aus der Idee der Kodifikationen und andererseits aus der Idee von der schöpferischen Kraft der volksverbundenen Gesetzgebungsorgane. Die eine dieser Quellen versiegt: Wir leben zwar im Privatrecht und selbst im Strafrecht in beachtlichem Ausmaß noch unter Kodifikationen, aber die anderen Rechtsgebiete – und sie machen quantitativ den größeren Teil des geltenden Rechts aus – können keine Kodifikationen erhoffen, aus sachlichen, zeitlichen, verfahrensmäßigen, politischen Gründen nicht. Der Optimismus in bezug auf die selbstverständliche und hohe Leistungskraft der Gesetzgebungsorgane ist keine verbreitete Erscheinung mehr. Und das – alles in allem genommen – nicht ohne Grund.

Trotzdem stecken wir hier nicht vollends in Unentrinnbarkeiten. Hier, bei der Erschaffung des objektiven Rechts, liegt der praktikable Ansatz für Verbesserungen, wenn das Gesetz den Rang behalten, wenn ihm steuernde und gestaltende Kraft auch heute und morgen zukommen soll. Es geht um die Sicherstellung der zureichenden Qualität der Gesetzgebung. Diese Sicherstellung der Qualität gelingt am ehesten, wenn man der Gesetzgebungsromantik absagt. Wir müssen uns klaren Blicks für die Wirklichkeit damit abfinden, daß die Funktion der Rechtssetzung in Wandlung begriffen ist, wobei einiges als geschichtliche Gegebenheit hinzunehmen und bestenfalls nur auf lange Sicht und allmählich willentlich zu verändern wäre. So werden wir akzeptieren, daß die Flut der staatlichen Aufgaben zur Gestaltung der Gesellschaft weiterhin auf uns zubrandet, daß die Probleme, die der Rechtssetzer zu lösen hat, hochkomplex sind und anscheinend noch komplexer werden, daß die Ansprüche auf perfekte staatliche Leistungen nicht abnehmen, daß die personale Struktur und die Problemlösungsfähigkeit der Parlamente und der Aktivbürgerschaft ungefähr gleich bleiben dürften, jedenfalls nicht sprunghaft sich steigern können. Was die Modifikationen der Rechtsset-

zung als Funktion betrifft, so wird eine realitätsbezogene Beurteilung einstellen, daß in der rechtssetzenden Tätigkeit Umstellungen stattgefunden haben, die der Anerkennung in einem ausgewogenen Maß bedürfen.

So kann erstens das formelle Gesetz eine exklusivmonopolistische Stellung nicht länger gegen die Macht der Umstände behaupten; der Verordnung ist ein ehrbarer Platz zuzuweisen, und es ist andererseits wieder auszumachen, was verdient, Verfassungsrecht zu werden.

Die Rechtssetzung ist sodann als ein multidisziplinärer Vorgang zu sehen, der viele Wissenszweige aktivieren muß, wobei jedoch den Juristen erst recht die führende Funktion zufallen sollte.

Die durch das Gesetz zu steuernde Gesellschaft – das ist ein drittes Moment – will an der Rechtssetzung sich beteiligen; diese ist aber nicht die durchgängig einseitige, nur imperativ-hoheitliche Anordnung, sondern ein partizipatives Ergebnis, freilich klar abgehoben gegenüber der ausgehandelten Vereinbarung; der Rechtssatz soll auch künftig nicht zum Gesamtvertrag werden.

Viertens bedarf Rechtssetzung der einläßlichen Präparation, und Präparation ist nicht ein politikfernes, harmloses Informationsvorspiel, sondern birgt in sich in weitem Umfang schon Entscheidungen, so daß die politische Verantwortung für die Rechtssetzung sich auf die vielen Organe, die an ihr teilhaben (nicht nur auf das Parlament), verteilt.

Fünftens ist Rechtssetzung ein «ununterbrochener Prozeß der politischen Auseinandersetzung» (SCHEUNER) im Staat, wobei die mannigfachen Interessen in der Gesellschaft miteinander ringen; daß darob die Rechtswerte erhalten bleiben und koordinative und kooperative Ergebnisse erreicht werden, ist weitgehend abhängig von der Kraft, die zur Führung des gesamten Rechtssetzungsprozesses eingesetzt ist. Mit andern Worten: Rechtssetzung ist ein eminent führungsbedürftiges Geschäft geworden. Es braucht die Potenz, die die Sache und die Verfahren überblickt und alsdann das fachliche und politische Vermögen zur dauernden Richtunggebung entfaltet.

Die Rechtssetzung, insbesondere die formelle Gesetzgebung, ist nicht konkurrenzlos. Neben ihr stehen Planungen aller Art, die Finanzgewalt, die auswärtige Gewalt, mitunter selbst die Justiz, die alle ihre Möglichkeiten ausweiten oder doch ausweiten könnten,

ihrerseits die Gesellschaft zu beeinflussen. Es ist in der Tat nicht ausgeschlossen – und viele politische Kräfte hätten ein Interesse daran –, daß erhebliche Teile dessen, was heute durch Rechtssatz gestaltet wird, über politische Planungen, verwaltungstechnische Maßnahmen und vor allem über Finanzvorkehren zustandegebracht würde. Ich meine denn, die Rechtssetzung habe sich um ihre reale Sozialwirksamkeit zu sorgen. Hohe Qualität ist ihr wesentlicher Garant.

M. GROSSEN: Peut-être me sera-t-il permis de dire pour commencer que le texte écrit, celui que vous êtes présumé connaître, affiche un certain optimisme au regard de l'état actuel des choses, plus d'optimisme que vous n'en trouveriez sous la plume ou dans les paroles de M. EICHENBERGER. C'est une question d'accent: il n'y a pas d'opposition entre nous. Mais je crois qu'il est important de se rendre compte de l'état actuel des choses avant de se poser toute question quant à l'amélioration possible. Un de mes maîtres de la faculté des lettres de Neuchâtel qui vient de décéder avait un très grand talent de conférencier qui lui valait beaucoup d'admiration et d'envie et il est arrivé qu'un jeune collègue lui dise: «Mon cher Maître, vous avez sans doute de bonnes recettes. Comment faut-il faire pour avoir tant de succès dans des conférences?» Et ce maître a répondu: «Oui! J'ai une recette: il faut se donner de la peine.» Eh bien, Mesdames et Messieurs, je suis entouré de personnes qui se sont données beaucoup de peine pour notre législation et c'était pour moi une première raison, comme une sorte d'hommage à ce qui a été déjà fait, de ne pas condamner toutes les pratiques actuelles, de reconnaître les mérites très nombreux que dorts et déjà le système présente.

Il y a une autre raison que j'indique ici brièvement: je ne conçois pas personnellement le droit comme un simple ensemble de règles posées par un législateur et établies par la volonté de l'Etat. Il y a beaucoup d'autres forces, il y a d'autres sources qui font le système juridique. Ceci doit conduire, me semble-t-il, à envisager le problème de l'organisation avec une certaine relativité.

Dans mon rapport écrit, j'ai tenu d'abord à respecter le nombre de pages qui m'était imparti et, d'autre part, à me tenir très stricte-

ment au sujet pour ne pas marcher sur les plates-bandes d'autrui, celui de l'organisation, mais il me semble bien clair qu'on ne peut pas résoudre les problèmes d'organisation sans avoir une vision plus générale de la question posée. A cet égard, je voudrais encore faire la remarque générale suivante: Notre sujet tel qu'il est formulé a ceci de particulier que les termes peuvent en être inversés sans qu'il perde de son intérêt. Au contraire, devient-il plus intéressant encore si l'on se demande dans quelle mesure l'évolution des mœurs affecte celle du droit. A ce propos, mon souci n'est pas que le législateur abuse de l'influence finalement relative qu'il peut avoir sur les idées et les faits sociaux, ma crainte, s'il faut en avoir une, c'est bien davantage que le législateur – pardonnez-moi l'expression – «monte sur tous les derniers bateaux» sans trop de contrôle. Qu'on m'entende bien ici: j'admetts qu'il faut connaître les réalités, qu'il faut se soucier des réalités. Mais, comme le disait tout récemment un grand juriste français, M. JEAN CARBONNIER: «Nous vivons en un temps où n'importe quel reportage à la télévision devient une sorte de lex ferenda.» Et aussitôt l'on voit des propositions faites des idées lancées. Ceci, à mon avis, n'a plus rien à voir avec ce thème traité par mon collègue M. FLEINER «De la relation avec le droit et la réalité», c'est un problème de relation du droit avec de simples tendances ou des idées lancées comme des ballons d'essai.

En m'excusant de tant de préliminaires, j'aimerais finir par répondre à cette question qui m'est posée: Que faut-il penser de ces influences qui peuvent être exercées, de ces vœux qui peuvent être émis au stade de la procédure préparatoire? Pour ma part, mais je conviens qu'on peut en discuter, je vois d'abord une nécessité absolue de distinguer ce qui est la mission proprement dite de l'expert, et ce qui est information sur des désirs, des difficultés rencontrées: la procédure de consultation me semble quelque chose d'indispensable; j'ai pu observer par exemple qu'en Suède – puisque c'est un pays que l'on prend désormais volontiers en exemple – la procédure de consultation est fort semblable à ce qu'elle est dans notre pays. Mais quelque fois je souhaiterais que la procédure de consultation s'étende même pour devenir une sorte d'enquête générale, de véritable inventeur des besoins et des désirs. Ce que je regrette un peu par ailleurs c'est que trop souvent la procédure de consultation ne soit que

l'occasion de dire, pour un groupement ou une autorité: «Nous n'aimons pas tellement votre article 13. Ne pourrait-on pas mieux diriger celui qui porte le numéro 18? ...» Alors que bien souvent il serait beaucoup plus intéressant de lire une véritable prise de position de principe suivie aussi de quelques propositions constructives. Il me semble qu'à ces conditions, de savoir d'où les idées viennent, ce à quoi véritablement elles tendent, que l'enquête ne soit pas réservée à des associations plus ou moins privilégiées, disposant d'une sorte de statut consultatif permanent, il me semble qu'à un certain nombres de conditions, la procédure de consultation que je préférerais pour les raisons indiquées appeler procédure d'enquête – peut et doit rendre de très grands services.

Pour terminer, je dirai que, naturellement, les experts sont des hommes. M. MICHEL JOBERT, dans ce livre qu'il vient de publier et qui fait beaucoup parler de lui, dit que les âmes ne sont pas de bronze et que, parfois, le vent peut troubler les certitudes. C'est vrai, certes pour tout le monde. Cependant, j'ai le sentiment que beaucoup d'experts, parmi ceux qui apportent leur concours à l'œuvre législative, ont tout de même assez de lucidité et d'indépendance d'esprit pour discerner ce qui correspond à des préoccupations valables et ce qui est simple désir, compréhensible sans doute, mais désir qui ne peut pas comme tel faire loi.

Herr BUSER: Ich möchte, bevor ich auf das Thema unter dem Gesichtspunkt meiner Arbeit eintrete, zu den eben vorgetragenen Ausführungen von Herrn Professor GROSSEN aus meiner Erfahrung noch festhalten, daß im Vorverfahren die Meinungen, die von den angehörten Kreisen vorgetragen werden, in der Regel widersprechend sind, so daß für die Verwaltung durchaus die Möglichkeit besteht, einen eigenen Weg unter Eliminierung der extremen Standpunkte zu suchen. Dies um so mehr, als die Verwaltung von sich aus den größten Teil der Gesetze auf Grund einer bestimmten Konzeption und insbesondere auf Grund ihrer praktischen Erfahrung vorbereitet. Wo immer die Meinungen aufeinander prallen, wo Druck versucht wird von links, kommt in der Regel auch Druck von rechts, so daß für den Bundesrat und die Verwaltung – und anschließend auch für die Bundesversammlung – in der Regel durchaus die Mög-

lichkeit besteht, unabhängig von den Interessenstandpunkten einen eigenen Weg zu gehen.

Nun zwei Worte zu den Ausführungen von Herrn Professor EICHENBERGER. Ich möchte dort anschließen, wo er aufgehört hat, nämlich mit dem Postulat der Sicherstellung der Qualität unserer Gesetzgebung und dazu zwei Bemerkungen aus der Sicht meines Themas machen, d.h. der Organisation der Rechtssetzung. Die Frage würde sich ungefähr so stellen: Ist die geltende Organisation der Gesetzgebung geeignet, ein qualitativ hochstehendes Recht zu sichern? Bei der Beantwortung dieser Frage darf wohl davon ausgegangen werden, daß überall dort, wo Anstrengungen im Hinblick auf die Hebung der Qualität des zu setzenden Rechts möglich sind, diese nicht vernachlässigt werden. Bundesrat und Verwaltung begnügen sich bei ihren Vorarbeiten nicht mit den eigenen Erfahrungen aus der Praxis. Sie greifen auch auf die Kenntnisse der Kantone und Gemeinden, sie ziehen Fachleute aus den verschiedensten Tätigkeitsbereichen bei, und sie appellieren insbesondere auch an die Vertreter der Wissenschaft, die in Einzelaufträgen oder als Mitglieder von Studien- und Expertenkommissionen zur Mitwirkung eingeladen werden. Die Vorbereitung der Erlasse erfolgt, mit andern Worten, mit sehr großer Umsicht. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß die Entwürfe zu Rechtserlassen auf ihrem relativ langen Entstehungsweg nicht allein unter sachlichen Gesichtspunkten bearbeitet werden. Die Verfassung sieht formelle und materielle Einwirkungsmöglichkeiten des Volkes vor, die Gehalt und Tempo, insbesondere aber die Koordination und die Synchronisierung der Gesetzgebungsarbeiten in mancher Hinsicht beeinflussen. Es ist vorweg das Initiativrecht des Volkes, das sich in dieser Hinsicht auswirkt. Im Sommer 1974 waren nicht weniger als 28 Volksinitiativen hängig oder im Stadium der Unterschriftensammlung. Untersucht man diese Befehren nach ihrem Inhalt, so zeigt sich, daß es kaum eine Gesetzgebungsmaterie gibt, über der nicht mehr oder weniger direkt das Damoklesschwert einer Volksinitiative hängt, d.h. die Drohung einer wesentlichen Umkrepelung der grundlegenden Verfassungsbestimmungen, was sich auf die Gesetzgebung nicht nur hemmend, sondern unter Umständen geradezu desintegrierend auswirken kann. Negative Wirkungen – insbesondere auf den Gehalt des einzelnen

Erlasses – kann aber auch das Referendum haben. Die Referendumsdrohung führt gelegentlich schon bei den ersten Schritten eines Erlasses, noch häufiger aber in der letzten Verhandlungsphase in der Bundesversammlung zu Kompromissen, die weder in materieller noch in redaktioneller Hinsicht als besonders glücklich anzusprechen sind.

Gestatten Sie mir schließlich zwei Worte zum Thema Gesetzgeber und Gesellschaft. Hier ist unter dem Gesichtspunkt der Organisation der Gesetzgebung auf die gleichen Institute zu verweisen, die ich eben im Zusammenhang mit der Schaffung eines qualitativ hochwertigen Rechts erwähnt habe: Initiative und Referendum. Sie prägen auch dem Verhältnis Gesetzgeber–Gesellschaft den Stempel der Eigenart unseres Staatsrechts auf. Daß die Organisation der Gesetzgebung deren Rückwirkung auf die Gesellschaft wesentlich beeinflußt, dürfte nicht zu bestreiten sein. Der Übergang zum Einkamfersystem zum Beispiel oder die Umgestaltung der politischen Rechte (Einschränkung oder Aufhebung von Initiative oder Referendum) brächte ein anderes materielles Recht und damit andere Formen des menschlichen Zusammenlebens hervor. Demgegenüber gehört es aber zur typischen Eigenart der schweizerischen Organisation der Gesetzgebung, daß auch das Volk selbst durch das Initiativrecht in einem geordneten Verfahren sich Rechte und Pflichten geben, bzw. auferlegen kann, und zwar in formeller Abänderung der vom Gesetzgeber geschaffenen Erlasse. Das Referendum ferner gestattet ihm, indirekt auf den Gehalt der Gesetzgebung einzuwirken, bzw. am Ende des Verfahrens gegen einen mißlichen Erlaß sein Veto einzulegen. Das Verhältnis Gesetzgeber–Gesellschaft ist somit gekennzeichnet durch eine intensive Wechselwirkung, wobei bald der eine, bald der andere Partner die Führungsrolle übernimmt. Daß unter diesen Umständen die Bestrebungen zu einer wenigstens minimalen Planung und Koordination der Gesetzgebung, wie sie der Bundesrat u. a. über die Richtlinien der Regierungspolitik zu fördern sucht, leicht von anderen Gesichtspunkten in den Hintergrund gedrängt werden, bedarf keiner besonderen Begründung und wird – leider – immer wieder zu einer Tatsache, mit der wir uns abfinden müssen.

Herr HÄFELIN: Wenn nach dem Einfluß des Verfassungsgebers auf die Fortbildung der Gesellschaft gefragt wird, dann haben wir es mit einer sehr anspruchsvollen Frage zu tun. Sie zuverlässig beantworten zu können, dazu fehlen uns eigentlich sichere Grundlagen. Meine folgenden Ausführungen wollen deshalb nur Hinweise sein auf einige Belange, die ich für besonders bedeutsam halte. Ich möchte vier Punkte erwähnen.

Die erste Anforderung für die Wirksamkeit der Verfassung ist, daß sich der Verfassungsgeber in vermehrtem Maße um Grundsätzlichkeit bemüht. Ich brauche keine Worte darüber zu verlieren, daß unsere heutige Bundesverfassung mit unzähligen Normen belastet ist, die mit dem Grundsätzlichen wenig zu tun haben. Die Auswirkung auf die Gestaltung der Gesellschaft ist beschränkt, wenn eine Verfassung ganz unterschiedliche Inhalte aufweist und sich im Nebensächlichen verliert. Die Forderung der Grundsätzlichkeit ist zweifellos für die Wirksamkeit der Verfassung von Bedeutung. Über diesen Punkt möchte ich mich aber nicht verbreiten, weil diese Einsicht heute allgemeine Anerkennung gefunden hat.

Ein zweites Anliegen ist die inhaltliche Bestimmtheit der Verfassungsnormen. Zwischen Wirksamkeit der Verfassung und inhaltlicher Bestimbarkeit besteht ein inniger Zusammenhang. Man könnte sich allerdings fragen, ob nicht vielleicht gerade jene Verfassungsnormen große Auswirkungen haben, die unbestimmt gehalten sind. Aber dem müssen wir die kritische Frage entgegenhalten: Ist es in einem solchen Falle wirklich die Verfassung, die bestimmt ist? Oder ist dann nicht einfach die Verfassung so weit gefaßt, daß sie alle möglichen Verhaltensweisen «deckt», auch jene, die alles andere als von der Verfassung motiviert sind? Um von einer Wirksamkeit der Verfassung zu sprechen, setzen wir doch voraus, daß die Verfassung eine bestimmte Vorstellung hat von dem, was sie erstrebt. Und das erfordert, daß sie inhaltlich bestimmt ist. Dies bedeutet nun nicht, daß die Verfassung kleinlich und ängstlich alle Belange regeln und keinen Spielraum gewähren soll. Die Verfassung ist ja eine grundsätzliche Ordnung, sie ist das Grundgesetz und will sich auf die prinzipiellen Fragen konzentrieren. Das setzt notwendigerweise voraus, daß sie generelle Regelungen bringt. Aber die Forderung der inhaltlichen Bestimmtheit bedeutet, daß die rechtsstaat-

liche Idee der optimalen Bestimmbarkeit der Rechtsnormen auch auf der Verfassungsstufe berücksichtigt wird. Soll die Verfassung für uns den obersten Rechtsrahmen bilden, dann ist es notwendig, daß sie eine zuverlässige Ordnung und in ihrer Tragweite klar erfaßbar ist. Sonst ist sie keine verlässliche Ordnung für den Bürger. Die Verfassung sollte deshalb von allzu theoretischen und allgemeinen Ausführungen absehen. Man spricht heute gerne davon, daß allgemeine Staatszielbestimmungen in die Verfassung aufzunehmen seien. Aber man sollte sich klar überlegen, welche genauen Wirkungen davon erwartet werden dürfen. Wir sind uns heute einig über die Bedeutung des Sozialschutzes; aber eine andere Frage ist es, ob eine allgemeine Sozialstaatsklausel, gewissermaßen als generelle Garantie, in die Verfassung eingefügt werden sollte. Wäre man sich noch einig darüber, was in solch einer allgemein gehaltenen Formel enthalten ist? Bedenken müssen vor allem gegenüber unklaren Versprechungen und Verheißen erwachsen. Mit der inhaltlichen Bestimmtheit steht die Praktikabilität im Zusammenhang. In unseren Bemühungen um eine möglichst grundsätzliche Antwort auf die großen materiellen Probleme laufen wir vielfach Gefahr, der Praktikabilität zu wenig Gewicht zu geben. Aber die schönste Verfassung nützt uns nichts, wenn sich bei der Anwendung sogleich Schwierigkeiten ergeben. Im Hinblick auf die rechtsstaatliche Zuverlässigkeit ist der Praktikabilität größere Beachtung zu schenken. Das möchte ich vor allem berücksichtigt wissen, wenn man heute sehr freigebig ist mit allgemein gehaltenen Gesetzgebungsaufträgen, die in der Verfassung verankert werden sollen.

Ein dritter Punkt bezieht sich auf die Frage, in welchem Ausmaß der Verfassungsgeber eine abschließende Regelung zu bieten vermag. Kann die Verfassung überhaupt ein geschlossenes System sein? An und für sich besteht das Bedürfnis, daß in der Verfassung alle grundsätzlichen Fragen des menschlichen Zusammenlebens irgendwie eine Antwort finden. Sonst besteht die Gefahr der Entfremdung des Bürgers gegenüber einer Verfassung, die für seine Anliegen kein Gehör hat. Gegenüber diesem natürlichen Bedürfnis, auf alle wichtigen Fragen zu antworten, erhebt sich jedoch das kritische Bedenken, ob denn die Verfassung all diese Probleme gesamthaft zu umspannen vermag. Wird die Verfassung dadurch nicht überfordert?

Meiner Ansicht nach sollte man die Verfassung nur als eine punktuelle Ordnung verstehen. Die Verfassung stellt nicht ein geschlossenes System dar. Sie ist nicht eine umfassende Ordnung, nicht ein Gesamtplan für das staatliche Leben schlechthin. Der Verfassungsgeber muß vielmehr wissen, daß die Verfassung notwendigerweise der Ergänzung durch andere Elemente bedarf. Die Verfassung ist zwar von grundlegender Bedeutung im Rechtsstaat, aber sie ist nicht die einzige Stütze des Rechtsstaates; sie ist auf die Ergänzungen durch außerrechtliche Elemente angewiesen. Deshalb muß sich die Verfassung, will sie nicht an einer übergroßen Aufgabe scheitern, auf einige grundsätzliche Fragen konzentrieren und andere Fragen offen lassen. Gewisse Lebensbereiche erfahren eine ausführliche, ja eventuell sogar im Grundsätzlichen abschließende Regelung. Solches ist insbesondere für die politische Willensbildung möglich, die in ihren Grundzügen durch die Verfassung abschließend festgelegt sein muß. Gleiches gilt auch für die politischen Rechte. Hingegen gibt es andere Lebensbereiche, in denen die Verfassung wichtige Fragen offen lassen kann. Es ist dann Aufgabe des Gesetzgebers, unter Würdigung der sich wandelnden politischen Verhältnisse eine Antwort zu finden. Offen wird die Verfassung vor allem in Bereichen sein, die ständiger Anpassung bedürfen oder nicht einfach auf grundsätzliche Prinzipien zurückgeführt werden können. Die soziale Sicherheit ist heute zweifellos für den Bürger eine existentielle Frage; aber sie läßt sich nicht einfach auf einige Verfassungsprinzipien reduzieren. Hier wird dem Gesetzgeber vieles offen bleiben müssen. Auch die Wirtschaftsverfassung kann nur in beschränktem Maße in der Verfassung selbst verankert werden. Wesentliche Entscheidungen liegen beim Gesetzgeber. In solchen Bereichen kann der Verfassungsgeber zwischen drei Möglichkeiten wählen: Er kann versuchen, eine allgemeine Formulierung zu finden; er tut dies dann auf Kosten inhaltlicher Bestimmtheit. Oder der Verfassungsgeber schweigt sich über diese Fragen völlig aus; dann wird die Verfassung als bloße Kompetenzordnung verstanden und verzichtet auf ihren materiellen Gehalt. Oder aber der Verfassungsgeber kann sich bemühen, einzelne wichtige Bereiche und Prinzipien festzuhalten, im Bewußtsein, damit nicht alles zu erfassen. Dieser dritte Weg der nur punktuellen Ordnung weist gegenüber den ersten beiden eindeutige

Vorteile auf. Dies zeigt sich z. B. im Gebiet der Sozialversicherung recht deutlich. Es scheint mir deswegen wichtig, daß wir in unserem Bemühen um eine grundsätzliche Ordnung nicht versuchen, eine Totalordnung anzustreben, einen Gesamtplan, der notwendig zu einer Überforderung von Verfassung und Verfassungsgeber führen wird.

Der vierte Punkt schließlich bezieht sich auf die Frage: Wie weit ist eine Verfassung frei machbar? Die Frage stellt heißt, den Glauben an die freie Machbarkeit der Verfassung bezweifeln. Wir sind uns heute gewohnt, für die sozialen und organisatorischen Probleme Modelle auszuarbeiten, Alternativen einander gegenüberzustellen, sie an rationalen Kriterien zu messen und gegeneinander abzuwägen. Ein solches Vorgehen ist auch für den Verfassungsgeber unerlässlich. Dieser soll in seiner schöpferischen Freiheit nicht eingeschränkt sein. Aber es gilt auch zu bedenken, daß die Verfassung nicht einfach ein Organisationsprinzip darstellt, das frei gestaltbar ist. Der Verfassungsgeber ist in seinen Lösungsmöglichkeiten zum Teil beschränkt. Und es scheint mir wichtig, daß der Verfassungsgeber im Hinblick auf die Wirksamkeit der Normen diese Beschränkung bewußt bejaht. Solche Schranken ergeben sich einerseits aus den sozialen, wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen, die vorgefunden werden und nicht einfach auf die Seite geschoben werden können. Die Abhängigkeit bezieht sich anderseits auf die politische und verfassungsrechtliche Tradition, die gerade in der Schweiz eine wertvolle Grundlage der Entwicklung bedeutet, die nicht leichthin übergangen werden sollte.

Herr TROLLER: Die Worte, die Sie gerade gehört haben, geben mir Gelegenheit, die Bedeutung der Mitwirkung des Einzelnen an der Rechtsordnung in den Mittelpunkt zu stellen. Es wurde heute von der «liberté idéale» gesprochen, von dieser absoluten Freiheit, wenn ich es richtig verstanden habe. Ich möchte über die wirkliche Freiheit, wie wir sie verstehen sollten, in dem Zusammenhang auch reden. Der Begriff «Einzelne» bedeutet in meinem Votum alle, die nicht als Mitglied von Behörden, somit als Vertreter der Allgemeinheit, handeln. Er umfaßt also auch Gesellschaften. Die Rechtstheorie beschäftigt sich mit dem Problem, welche Bedeutung dem Gesetz

und welche der Rechtsprechung zukommt. Das Handeln der Einzelnen wird in der Regel nicht in seiner rechtsgestaltenden Wirkung behandelt. Es gilt als soziale Tatsache, als Rechtstatsache, als zu gestaltender Stoff, wie wir es gerade auch aus dem Referat LIVER vernommen haben. Die Rechtsordnung wird in der Rechtswissenschaft oft als ein vorwiegend logisch konzipiertes Normensystem betrachtet, das über die zwischenmenschlichen Beziehungen gelegt wird und diese regelt. Die Gesetze gelten als Sollensanordnungen des Gesetzgebers, wobei nach einer in der westlichen Welt weitverbreiteten und immer wiederholten These dieses rechtliche Sollen nicht aus dem Sein, sondern aus der ethischen Einsicht des Gesetzgebers oder aus dessen Willkür abgeleitet werde. In Wirklichkeit wächst jedoch die Rechtsordnung und wachsen die guten Gesetze aus dem Dasein heraus. Der Gesetzgeber findet zum Teil schon seit Jahrtausenden von den Menschen vorgebildete Verhaltensmodelle vor, Staatsformen, Grundstrukturen der Prozeßrechte, der Vertrag generell, die einzelnen Vertragstypen usw. Die Rechtsordnung und mit ihr die Gesetze sind die Folge der jeweiligen kulturellen und zivilisatorischen Entwicklung. Der Gesetzgeber kann diese nicht grundlegend gestalten. Meistens erfaßt er das Gelebte sprachlich in klaren Modellen und legt diese als Leitbilder wahlweise oder zwingend vor. Wenn er Modelle entwirft, die noch nicht in zwischenmenschlichen Beziehungen eingelebt und eingeübt waren, muß er auf das Daseinsverständnis Rücksicht nehmen. So wären vor fünfzig oder vielleicht auch noch vor zwanzig Jahren das Raumplanungsgesetz oder gesetzliche Maßnahmen zum Schutz der Umwelt, die das Wachstum der Industrie behindern, schon im Parlament an der mangelnden Einsicht gescheitert. Wie es heute steht, wissen wir noch nicht genau. Wenn Gesetze mit dem Lebensgefühl und Daseinsverständnis einer großen Zahl der Bewohner eines Landes nicht mehr übereinstimmen, werden sie in wirklich demokratischen Ordnungssystemen nicht mehr geachtet. Sie werden sogar im Bereich des Strafrechts von den Einzelnen mißachtet und von den Behörden nur noch zögernd angewandt. Der Gesetzgeber paßt dann die Gesetze diesen Lebensgewohnheiten an. Ich verweise auf ganz evidente Beispiele, wie etwa die Straffreiheit der Homosexualität oder die Diskussion um die Abtreibung. Ein anderes Beispiel ist die Anpas-

sung der Bestimmungen über die Rechtsstellung des außerehelichen Kindes, dem schon EUGEN HUBER mehr Rechte zugestehen wollte, davon aber absah, weil die damalige öffentliche Meinung ihm nicht gefolgt wäre. Gewiß kann und soll der Gesetzgeber auch wegweisend wirken. Er faßt latent vorhandene Entwicklungstendenzen in klare Handlungsmodelle und bringt so den Bewohnern das zum Bewußtsein, was sie ungefähr geahnt, ungenau gedacht oder was sie unbewußt erstrebt hatten. Das alles gilt für freiheitliche Rechtssysteme, also nicht für jene, in denen Gesetze gegen den Willen der Mehrheit durch Zwang zur Wirkung gebracht werden. So hat das Verhalten der Einzelnen unabhängig von ihrer direkten Teilnahme an der Gesetzgebung als Fachkundige oder auch nur als Stimmbürger einen wichtigen Einfluß auf die Gesetzgebung.

Ich erwähne noch ein anderes Mitwirken der Einzelnen an der Rechtsordnung, das mit der Frage zusammenhängt, wie detailliert Gesetze sein sollen. Wir sprechen von den Freiheitsrechten des Bürgers in der Verfassung. Dahinter steht immer noch die KANTSche These, daß die Willkür des einen neben der Willkür des andern bestehen solle. Der Freiheitsraum wird oft als freies Spielfeld im rechtlichen Ordnungsbereich gedacht. Es handelt sich hier jedoch um eine Kompetenzzuweisung an die Einzelnen, daß sie ihre Beziehungen selber ordnen nach den Grundsätzen des Rechts, gemäß denen jeder bestrebt sein sollte, dem andern das Seine zu geben oder zu belassen. Die Mitverantwortung der Einzelnen für eine gute Rechtsordnung ist im privatrechtlichen Sektor evident. Ihnen ist durch die subjektiven Rechte und die zahlreichen dispositiven Bestimmungen in unserer Rechtsordnung ein breites Wirkungsfeld zur selbständigen Ordnung überlassen. Davon, ob sie gewillt und fähig sind, darin eine gute Ordnung zu schaffen und zu halten, hängt es ab, ob sie auch in Zukunft diese Freiheit haben werden, oder ob der Gesetzgeber wegen ihres Unvermögens noch mehr Gesetze erlassen und Einzelheiten regeln soll. Ich meine nicht etwa, daß über dem Gesetz eine vollkommene Ordnung schwebt, oder hinter ihm eine solche stehe, die in den Gewissen oder den Herzen der einzelnen wirke. Es geht ganz simpel darum, daß sich jeder nach der berühmten ULPIANischen Gerechtigkeitsregel bemüht, in der jeweiligen Situation zu bedenken, was dem andern zukomme, damit das Gleichgewicht der

Leistungen oder der sozialen Stellung gewahrt oder erreicht wird. Wir haben als Studenten zwei gefährliche Rechtssprichwörter erlernt. Nämlich: «Das Gesetz ist für die Wachen geschrieben» und «Das Gesetz kommt den Dummen nicht zu Hilfe». Sie haben eine nützliche Warnfunktion, aber sie verleiten auch dazu, den Schutzbereich der eigenen Interessen so weit auszudehnen, bis er an klare Verbotsgrenzen stößt. Gefährlich ist auch die vielzitierte JHERING-sche Aufforderung zum Kampf ums Recht. Sie stammt aus dem positivistischen Vertrauen in die klare Bestimmbarkeit der Rechtslagen. In der Regel ist jedoch ein Rechtsstreit eine soziale Fehlleistung der Parteien, ein Versagen in dem ihnen überlassenen und zugewiesenen Ordnungsbereich. Die Einzelnen und ihre Berater sollten sich der Verantwortung für die freiheitliche Rechtsordnung wieder besser bewußt werden, statt den Gesetzgeber zu zwingen, den Mißbrauch der Freiheit durch immer mehr und feinmaschigere Gesetzeszäune einzuschränken.

Herr LIVER: Wenn Sie, wie man das vorausgesetzt hat, den Band mit unseren Referaten gelesen haben, dann werden Sie vielleicht doch den Eindruck bekommen haben, daß alle diese Referate nicht auf den Generalnener gebracht werden können, der in dem Thema unserer Diskussion niedergelegt ist: Einfluß der Gesetzgebung auf die Gesellschaft, auf die Fortbildung der Gesellschaft. Das ist vielleicht etwas mit dem Willen der Zeitgemäßheit und mit der Modebewußtheit formuliert worden. Die Frage ist nun hier bereits vielfach erörtert worden, welches dieser Einfluß sein kann. Wenn man diesen Einfluß der Gesetzgebung auf das reduziert, was die Gesetzgebung immer zum Gegenstand hat, nämlich zwischenmenschliche Beziehungen und gesellschaftliche Verhältnisse, dann ist unser Thema vielleicht doch eine Tautologie. Dieses zwischenmenschliche und gesellschaftliche Verhältnis als Gegenstand der Gesetzgebung gehört zum Begriff der Gesetzgebung und des Rechts. Auch ich könnte mit meinem Beitrag nicht den Anspruch erheben, zu dem Thema, wie es hier formuliert ist, einen Beitrag «ex professo» geliefert zu haben. Es fällt mein Beitrag – und ich glaube, auch andere – eher unter das Thema, wie es Herr EICHENBERGER formuliert hat, es gehe darum,

gute Gesetze zu machen. Unter dieses Thema können wohl alle diese Beiträge gestellt werden. Ich habe in meinem Beitrag Begriff und System in der Rechtssetzung behandelt, und das ist nicht eigentlich eine Frage der Zielsetzung, sondern das ist eine Frage der Methode. Dabei habe ich die Überzeugung vertreten, daß immer noch und weiterhin der Primat der Gesetzgebung vor der Rechtssprechung anerkannt werden muß, so schwer uns das hie und da auch fällt wegen der Flut der Spezialgesetzgebung, der Maßnahmengesetze, die über uns hereinbrechen, die eine Notwendigkeit sind in diesem Zustand, den HANS HUBER als eine gigantische Daseinsvorsorge des Staates bezeichnet hat. Unter diesem Gesichtspunkt scheint es mir unausweichlich, daß die Spezialgesetzgebung und Maßnahmengesetze um sich greifen und daß die Kodifikationen in den Hintergrund gedrängt werden. Das bedeutet aber nicht, daß die Kodifikationen, soweit sie wirklich noch als rechtsgestaltende Gebilde bestehen, nicht aufrechterhalten und ausgebaut werden sollten und daß nicht so weit als möglich Spezialgesetze, die dauernde Grundsätze enthalten, in die Kodifikation eingeordnet werden sollen. Man hüte sich aber davor, Spezialgesetze, die bloß geschaffen werden, um bestimmte Maßnahmen zu treffen, in die Kodifikation aufzunehmen, wie dies vielfach in der Bundesversammlung gefordert wird. Ich habe die Überzeugung vertreten, daß man gute Gesetze nur hervorbringen kann, wenn man dabei das Beispiel der Kodifikationen befolgt. Zum Begriff der Kodifikation gehört nun einmal die begriffliche und systematische Durchbildung des ganzen Rechtsstoffes. Diese systematische Durchbildung bedeutet, daß die Gesetzgebung formell in sich widerspruchsfrei sein muß, denn einander widersprechende Gesetze können nicht angewendet werden. Das ist das äußere System; das innere System besteht darin, daß diese Widerspruchsfreiheit, diese Vereinbarkeit nicht nur formell logisch bestehen muß, sondern auch wertungsmäßig. Wenn wir nun die Gesetzgebung in unserem Staat in dieser Hinsicht überblicken, so müssen wir gestehen, daß diese wertungsmäßige Einheit und Vereinbarkeit vielfach nicht besteht und daß verschiedene Gesetze einander durchkreuzen, was dann den Erfolg hat, daß nur eines oder daß überhaupt keines der einander widersprechenden Gesetze angewendet wird. Dadurch wird die Autorität des Rechtes geschwächt.

Ich bin allerdings dann in meinem Beitrag auch etwas über diese methodischen Fragen und diese Problematik hinausgegangen, indem ich Stellung genommen habe zu zwei Behauptungen, die immer wieder, auch jüngst wieder, aufgestellt wurden.

Zur einen, daß die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts, die man so schablonenhaft als Begriffsjurisprudenz bezeichnet, eine reine Rechtssprechungswissenschaft gewesen sei und nichts zur Fortbildung des Rechtes beigetragen habe.

Zur zweiten, daß die Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts jedes schöpferischen Gehaltes bar seien.

Das eine wie das andere scheint mir vollkommen unbegründet zu sein.

Wenn wir diese als Begriffsjurisprudenz verschrieene Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts betrachten, so werden wir feststellen, daß hier gerade Gesetzgebungsprobleme in größter Eindringlichkeit und auch in größtem Umfang behandelt worden sind, und daß nun eben gerade diese gesetzgebungswissenschaftliche Tätigkeit die Voraussetzung gewesen ist für die Kodifikationen. Wenn wir die Geschichte der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts verfolgen, können wir uns davon überzeugen. Dies gilt für Österreich, Deutschland und Italien, am allerdeutlichsten aber für die Schweiz. Was hier von den bedeutendsten Juristen geleistet wurde, ist zum größten Teil Gesetzgebungswissenschaft gewesen. Fast alle diese Juristen sind im 19. Jahrhundert Gesetzgeber geworden und haben sich mit den Problemen der Rechtssetzung wissenschaftlich befaßt.

Das Zweite: Daß die Kodifikationen jedes schöpferischen Gehaltes bar seien, scheint mir auch verfehlt zu sein. Dies gilt auch für die älteren Kodifikationen. Ich habe den Ausspruch eines der bedeutendsten österreichischen Juristen, FRANZ KLEIN, des Schöpfers der österreichischen Zivilprozeßordnung, angeführt, der vom Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 sagt, das Gesetz sei eine Vision gewesen, eine Vision, in die dann in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Gesellschaft, die Gemeinschaft, die Rechtsgemeinschaft, hineingewachsen sei.

Wenn wir uns nun auf unsere schweizerischen Verhältnisse beschränken, so können wir sagen, daß die bedeutendste Kodifikation

in der Schweiz das Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch von BLUNTSCHLI ist. BLUNTSCHLI hat in seiner Ausgabe dieses Gesetzbuches mit seinen Erläuterungen und seinem berühmten Aufsatz von 1844 zum Kodifikationsproblem die Gesetzgebungsfragen behandelt. Er hat betont, daß eine Kodifikation einen konservativen Charakter habe – das hat eine Kodifikation immer –, aber daß sie sich nie darin erschöpfen könne, sondern ein schöpferisches Element immer darin zur Geltung kommen müsse, was denn auch in eminentem Maß von ihm zustandegebracht worden ist. Das gleiche müssen wir ja sicher auch von unserem schweizerischen Zivilgesetzbuch sagen. Es ist ein Gesetzbuch, das in die Zukunft geschaut und eine Reihe von Problemen vorweggenommen hat, die dann erst im Laufe der Zeit zu wirklicher Bedeutung gekommen sind, was die Lebenskraft und Lebensfrische unseres Gesetzbuches erhalten hat.

Nun meine ich, daß diese Grundsätze, die in der Kodifikation zur Geltung gekommen und verwirklicht worden sind, die Grundsätze sein müßten, die in unserer ganzen Gesetzgebung, so ausgedehnt sie ist, so groß die Flut der Spezialgesetzgebung ist, ebenfalls verwirklicht werden müßten. Das bedeutet eben, daß auch hier eine mögliche Einheit und zwar eine formelle, begriffliche und eine systematische im äußern und im innern System hergestellt werden muß. Nur dann ist auch das wichtigste Erfordernis, das hier zur Sprache gekommen ist, die Praktikabilität, gewährleistet.

Herr FLEINER: Ich bin an meinen Beitrag über das Thema «Norm und Wirklichkeit» mit dem Optimismus des Juristen herangetreten, der glaubt, mit Gesetzen lasse sich die Gesellschaft regeln, führen und steuern. Zu meinem eigenen Erstaunen mußte ich aber feststellen, daß die Gesetzgebung einen sehr geringen Einfluß auf die gesellschaftliche Entwicklung zu haben scheint. Sichere Ergebnisse über die Auswirkung von Gesetzen liegen heute noch nicht vor. Die Forschung auf diesem Gebiet ist noch kaum fortgeschritten, so daß wir über die Frage der Auswirkung von Gesetzen auf Mensch und Gesellschaft noch recht wenig wissen.

Wir wissen nicht, wie sich eine strafrechtliche Regelung der Schwangerschaftsunterbrechung auswirken wird. Wir kennen die Folgen von Steuergesetzen nicht und tappen im Dunkeln, wenn wir

uns klare Vorstellungen darüber machen wollten, wie sich das Verhalten des Menschen zum Schutze der Umwelt besser regeln läßt.

Mein Beitrag ist deshalb lediglich ein Versuch, die Probleme der Auswirkungen der Gesetze in einem Überblick darzustellen, um auf die ungeheure Problematik aufmerksam zu machen, und vielleicht dem einen oder anderen Forschungsanreize zu schaffen.

Die bisher vorliegenden Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Rechtssoziologie sind allerdings frappant. Eine Untersuchung in den Vereinigten Staaten ergab, daß Steuergesetze von nur 75% der Bevölkerung befolgt werden, obwohl harte Strafmaßnahmen auf Delinquenzen warten. Dabei konnte festgestellt werden, daß das Verhältnis der delinquierenden Steuerpflichtigen zu ihren Verpflichtungsnormen ganz unterschiedlich ist, je nachdem aus welchem geistigen Milieu sie stammen, was für eine religiöse Erziehung und Bildung sie haben und welcher politischen Richtung sie angehören. Es wird zwischen Katholiken und Protestanten, Reichen und Armen, Gebildeten und Arbeitern unterschieden.

Die bis jetzt vorliegenden Forschungsergebnisse lassen meines Erachtens den Schluß zu, daß differenziert werden muß zwischen Gesetzen, die Verhaltensvorschriften regeln und Normen, die Institutionen schaffen. Mit reinen Verhaltensvorschriften läßt sich das Verhalten der Menschen kaum verändern. Greift nämlich der Gesetzgeber in wesentliche Interessen der Betroffenen ein, werden diese alles tun, um die Gesetzesvorschriften zu umgehen oder gar zu mißachten.

Anders verhält es sich bei der Einsetzung neuer Institutionen. Meines Erachtens hat beispielsweise die Einführung des fakultativen Referendums in die neue Bundesverfassung von 1874 einen nachhaltigen Einfluß auf das gesamte politische Klima der Schweiz gehabt. Der Gesetzgeber hat die größten Einflußmöglichkeiten, wenn er neue Institutionen schafft oder bestehende abändert.

Eine eingehendere Untersuchung käme vielleicht zum Ergebnis, daß innerhalb dieser Unterscheidung noch weiter zu differenzieren ist und die Normen je nach ihrer Art und Zielsetzung unterschieden werden können.

Im Grunde genommen geht es um die Frage (Herr GYGI hat das vorher aufgeworfen), ob ein Gesetz dann gut sei, wenn es einfach

der Wirklichkeit entspricht und mit dieser verwoben ist, oder ob Gesetze geschaffen werden müssen (wie Herr LIVER das dargestellt hat), die gleichsam Visionen der Zukunft sind und die Gesellschaft verändern wollen. Die Theorien, die sich spekulativ mit den Möglichkeiten der Gesetze, die Gesellschaft zu verändern, auseinandergesetzt haben, sind mindestens hinsichtlich ihrer Ergebnisse sehr ähnlich. Sowohl die klassischen Theorien des Marxismus, wie die Interessenjurisprudenz und die von SUMNER entwickelte Theorie, die ich in meinem Beitrag dargelegt habe, kommen weitgehend zu denselben Schlüssen. Sie scheinen nämlich anzudeuten, daß die Gesellschaft nicht über die Gesetzgebung verändert werden könne. Der Gesetzgeber hinke mit seinen Gesetzen in der Regel hinter der Entwicklung nach. Die Gesellschaft entwickelt sich auf Grund von anderen, zum Teil unbekannten gesellschaftlichen Gesetzen, die je nach Ideologie im wirtschaftlichen, im anthropologischen oder, wie SUMNER sagt, im Bildungsbereich liegen.

Diesem Pessimismus muß allerdings entgegengehalten werden, daß es tatsächlich Fälle gibt, wo die Gesetze die Gesellschaft einen Schritt weitergeführt haben. Dies setzt voraus, daß die Gesetze nicht einfach die Summe der in der Gesellschaft bestehenden Interessen darstellen, sondern daß der Gesetzgeber in der Lage ist, über die bestehenden Interessen hinaus, ein intersubjektiv ausweisbares Gemeinwohl zu erkennen.

Ich habe darzulegen versucht, daß auch die modernen Erkenntnistheorien annehmen lassen, daß der Mensch Kriterien für Normen erarbeiten kann, die intersubjektiv ausweisbar sind.

Damit komme ich auf die letzte Frage zu sprechen: Wie weit darf das Gesetz von einer gegebenen realen Tendenz, von der Wirklichkeit überhaupt abweichen? Wie weit darf die Zukunftsvision vom Gesetzgeber vorgezeichnet sein, von der Herr LIVER gesprochen hat, wie weit darf der Bogen zwischen Sein und Sollen gespannt sein? Ich habe in meinem Beitrag fünf Kriterien aufzustellen versucht, an denen jede Norm gemessen werden muß. Ich möchte mir deshalb erlauben, die derzeit zur Abstimmung vorliegende Ausländerinitiative an diesen fünf Kriterien zu messen.

Das erste Kriterium ist die *Rechtsgleichheit*. Die Initiative verletzt in klarer Art und Weise die Rechtsgleichheit zwischen Schweizern

und Ausländern, vor allem aber auch zwischen Ausländern, die hier bleiben und solchen, die nicht hier bleiben dürfen.

Eine Norm muß aber auch das *Rechtsbewußtsein* fördern. Die Gesetze sind immer auf die freiwillige und solidarische Mitarbeit der Bevölkerung angewiesen. Normen müssen demnach das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung fördern. Meines Erachtens ist gerade diese Initiative dazu geeignet, das Rechtsbewußtsein in wesentlichem Maße zu stören und den Glauben an die Rechtsordnung, an Gesetz und Ordnung zu beeinträchtigen.

Als dritter Punkt ist die *Rechtssicherheit* zu nennen. Wir liefern die Ausländer mit dieser Initiative der Willkür der Beamten aus. Die Normen sind so weit gefaßt, daß niemand weiß, wie und welchem Ausländer gegenüber sie angewendet werden.

Das vierte Kriterium baut auf dem Gedanken der *Freiwilligkeit* und *Solidarität* auf. Wir müssen Normen schaffen, die freiwillig von der Bevölkerung befolgt werden. Wir sind kein Polizeistaat, der Normen schaffen kann, die von einem Terrorregime und einer Geheimpolizei durchgesetzt werden. Wir müssen also auf die Freiwilligkeit abstehen können. Gerade diese Freiwilligkeit wird aber bei der vorliegenden Ausländerinitiative weder bei den Betroffenen noch bei denen, die die Normen durchsetzen müssen, erwartet werden können.

Schließlich muß zwischen dem Zweck der Norm und den Mitteln, mit denen diese Norm durchzusetzen ist, ein gewisses Gleichgewicht geschaffen werden. Die Norm muß *praktikabel* und anhand der gegebenen Verhältnisse durchsetzbar sein. Die Ausländerinitiative wird aber vor allem auf der unteren Vollzugsebene große Widerstände herbeiführen. Ein Bundesstaat, der auf die kantonalen Vollzugsorgane angewiesen ist, kann diese nicht dazu verhalten, menschenrechtsverletzende Normen zu vollziehen.

Herr HUG: Ich hatte es übernommen, für das heutige Thema «Probleme der Rechtssetzung» den Beitrag über die Rechtssetzungstechnik zu bearbeiten, konnte diesen aber wegen einer gesundheitlichen Störung nicht rechtzeitig zum Druck bereitstellen. Aus diesem Grunde sollen einige wesentliche Aspekte dieser Technik mündlich dargelegt werden. Dazu drei Vorbemerkungen.

Zum Ersten: Es ist Aufgabe der mit der Vorbereitung der Gesetz-

gebung betrauten Behörde, stets zu prüfen, ob die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Setzung neuen oder der Änderung bestehenden Rechts gegeben ist oder nicht. Wird dies bejaht, so hat sie sich darüber klar zu werden, wie ein entsprechender Normenkomplex in den Gesamtrahmen der Rechtsordnung eingefügt werden kann. Im Bund bedarf es einer sorgfältigen, vom Bundesrat gesteuerten rechtspolitischen Orientierung für die Verwaltung, was an rechtspolitischen Anregungen – gleichgültig von wem sie stammen – aufgenommen oder nicht aufgenommen werden soll.

Zum Zweiten: Im demokratischen Rechtsstaat hat die Vorbereitung neuen Rechts auf möglichst breiter Grundlage zu erfolgen, damit alle interessierten Kreise zur Mitwirkung gelangen können. Dazu ist es notwendig, daß das vorparlamentarische Verfahren sich nicht hinter geschlossenen Türen abspielt. Vielmehr müssen die Ergebnisse der einzelnen Stadien dieses Verfahrens der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden, vor allem durch die Veröffentlichung von Vorentwürfen, damit diese der Kritik, auch der wissenschaftlichen, zugänglich werden. Wie die Erfahrung lehrt, hat die kritische Auseinandersetzung mit solchen Vorentwürfen nachhaltige Wirkungen für die Weiterführung der gesetzgeberischen Arbeit.

Zum Dritten: Vom Beginn der Vorarbeiten an sollte die Wissenschaft, vor allem die Rechtswissenschaft, zum Zuge kommen. Der wissenschaftliche Experte ist vom ersten Moment an notwendig, er sollte in dieser Funktion aber auch bis zur parlamentarischen Beratung beigezogen bleiben. Aus eigenen Erfahrungen weiß ich, wie auch in den parlamentarischen Kommissionen die Mitarbeit objektiv urteilender Experten geschätzt wird, und wie diese manches verhüten können, was einem Gesetzesentwurf zum Nachteil gereichen könnte.

Nach diesen kurzen Vorbemerkungen möchte ich einige wenige Gesichtspunkte über die gesetzestechnische Aufgabe und ihre Durchführung vortragen. Unter Gesetzgebungstechnik oder allgemeiner Rechtssetzungstechnik sind die Methoden und Verfahren zu verstehen, mit deren Hilfe im gesetzgeberischen Prozeß Rechtsvorstellungen, die zunächst nur Gedankengebilde sind, in Rechtsnormen geformt und in ein sinnvolles Ganzes eingeordnet werden. Die gesetzestechnische Aufgabe besteht darin, dem gesetzgeberischen Gedanken, der in den vorbereitenden Phasen erarbeitet wird, den

adäquaten, am besten entsprechenden Ausdruck zu verleihen. Dazu gehört auf der einen Seite, daß die Gesetzgebung einfach und rationell gestaltet wird. Schon JHERING hat vor mehr als hundert Jahren darauf hingewiesen, daß die quantitative und qualitative Vereinfachung des Rechts die eine der beiden Hauptaufgaben der Gesetzestechnik sei. Zum andern ist zu bedenken, daß das Gesetz nicht nur ein Verhaltensmodell enthält, sondern verbindliche Normen, die angewendet werden müssen. Ihre Anwendung und Durchsetzung ist aber nur gewährleistet, wenn sie klar formuliert und übersichtlich angeordnet werden, wenn sie eindeutig, leicht feststellbar und damit praktikabel sind. Wiederum war es JHERING, der die Praktikabilität des Rechts als die zweite Hauptaufgabe der Gesetzestechnik bezeichnet hat.

In diesem Zusammenhang ist kurz die Problematik der Kodifikation als der umfassenden, möglichst vollständigen und einheitlichen Regelung eines ganzen Rechtsgebietes zu betrachten. Die Kodifikation dient nicht nur der gesetzgeberischen Rationalisierung, Vereinheitlichung und Systematisierung bereits bewältigten Rechtsstoffes, sie kann – wie die großen naturrechtlichen Kodifikationen der Wende vom 18. und 19. Jahrhundert erweisen – auch in den Dienst der Fortbildung des Rechts, ja seiner Neugestaltung auf einheitlicher ideeller Grundlage gestellt werden. Trotz des Wandels der Verhältnisse in unserer Zeit ist sie als Form umfassender rechtlicher Ordnung nicht als abgeschrieben zu betrachten. Wohl werden wir in absehbarer Zeit nicht mehr zu großen Kodifikationen gelangen, wie sie im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert dank einer mehr oder weniger geschlossenen Rechtsüberzeugung zustandekommen konnten. Aber wir können Teilkodifikationen verwirklichen, wie sie im Gebiet des Arbeitsrechts gelungen sind, und wir können neue Normenkomplexe durch Teilrevisionen der geltenden Kodifikationen einbauen, wie die Beispiele des Sachenrechts, des Familienrechts und des Strafrechts erweisen. Ihre Integration setzt voraus, daß sie in die bestehende Kodifikation sachgemäß eingefügt und aus ihrem Zusammenhang heraus verstanden werden können. Notwendig erscheint z. B. heute eine Kodifikation des Sozialversicherungsrechts oder wenigstens eine Teilkodifikation seiner allgemeinen Bestimmungen, durch welche die Übersicht über den Rechtsstoff und damit

die Rechtssicherheit entscheidend gefördert würde. Auch auf anderen Gebieten können Teilkodifikationen an die Hand genommen werden.

Bei jeder Gesetzgebung – und darunter verstehe ich die Rechtssetzung auf allen Stufen – ist zu bedenken, an wen sich der einzelne Rechtserlaß richten, welches sein materieller Adressatenkreis sein soll. In seiner Bestimmung liegt eine wichtige gesetzgebungsrechtliche Entscheidung, und je nach dem Adressatenkreis kann die Fassung des Gesetzes verschieden gestaltet werden. Als Grundsatz gilt, daß die Rechtsnormen immer so zu gestalten und anzuordnen sind, daß sie für den Adressaten erkenntlich und verständlich sind. Je breiter der Adressatenkreis ist, um so einfacher und übersichtlicher im Aufbau und um so plastischer in der Formulierung muß das Gesetz sein. Bei einem Zivilgesetzbuch, das sich an alle Rechtsgenossen richtet, muß – wie EUGEN HUBER in der Einleitung zu seinen Erläuterungen meisterhaft darlegte – der leitende Gedanke dahin gehen, eine Allgemeinverständlichkeit anzustreben und diese durch einen möglichst einfachen, klaren und schmucklosen Ausdruck zu erreichen. Anders dagegen können zum Beispiel der Abschnitt Aktiengesellschaft oder die Sonderformen des Auftrags, wie der Kreditbrief oder der Kreditauftrag, im Obligationenrecht gestaltet werden. Hier sind es besondere Gruppen von Adressaten, für welche auch technisch geformte Ausdrücke verständlich sind. Oder bei einem Organisationsgesetz, das sich lediglich an Behörden richtet, kann die Sprache sehr viel technischer gefaßt werden als bei einem Gesetz, dessen Normen breite Schichten der Bevölkerung unterstellt werden sollen. Die gegenwärtige Vorbereitung eines Bundesgesetzes über die berufliche Vorsorge ist ein Beispiel dafür, wie eine größere Gruppe von spezialisierten Experten den Normen eine Fassung geben wollen, die vielfach selbst dem Juristen nicht verständlich ist. Hier wird verkannt, daß die Gestalt des Gesetzes vom Adressatenkreis her bestimmt sein muß.

Dies sind einige wenige grundsätzliche Gesichtspunkte aus dem breiten Feld der rechtssetzungstechnischen Fragen. Unter den Problemen der Rechtssetzung spielen sie keineswegs eine geringe Rolle. Gerade weil sie wissenschaftlich noch wenig erforscht sind, habe ich mich mit diesem Fragenkomplex näher befaßt. Denn schon

JHERING hat betont: Technische Unvollkommenheit ist Unvollkommenheit des ganzen Rechts; ein Mangel, der das Recht überall in seinen Zwecken und Zielen hemmt und beeinträchtigt.

* * *

Les débats sont interrompus à 12 h. 45.

Liste des participants à la table ronde:

Prof. Dr. KURT EICHENBERGER
Professeur à l'Université de Bâle

Prof. JACQUES-MICHEL GROSSEN
Professeur à l'Université de Neuchâtel

Dr. WALTER BUSER
Vice-Chancelier de la Confédération

Prof. ULRICH HÄFELIN
Professeur à l'Université de Zurich

Prof. ALOÏS TROLLER
Avocat
Professeur à l'Université de Fribourg

Prof. PETER LIVER
Professeur à l'Université de Berne

Prof. THOMAS FLEINER
Professeur à l'Université de Fribourg

Prof. WALTHER HUG
Professeur à l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich

Séance du dimanche 20 octobre 1974
au Cinéma Rex, Piazza Grande, Locarno

Président
M^e RENÉ HELG, avocat, Genève

Les débats sont repris à 9 h. 00.

XII.

Au nom des juristes du canton de Vaud, Maître JACQUES VUILLEUMIER, avocat à Lausanne, invite la Société à tenir son prochain congrès à Montreux. L'assemblée accepte cette proposition par des applaudissements.

XIII.

La partie administration étant épuisée, le président donne la parole à Maître PIER FELICE BARCHI, conseiller national, avocat et notaire, Bellinzona pour sa conférence «*Riflessioni sull'atteggiamento del Ticino di fronte alle riforme costituzionali del 1848 e del 1874 e sull'evoluzione della coscienza politica nei rapporti con la Confederazione*»:

1.

Nel centenario della riforma costituzionale del 1874 ci appare doveroso rievocare e commentare l'atteggiamento del Canton Ticino di fronte alla formazione e all'affermazione del nostro Stato federativo; intendiamo poi lumeggiare, brevemente, l'evoluzione della coscienza politica dei ticinesi nei rapporti con la Confederazione.

Sappiamo che il popolo ticinese respinse a larga maggioranza la revisione del 1874¹, come aveva fatto nella votazione sulla Costituzione del 1848², dal che si potrebbe superficialmente arguire che il nostro Cantone abbia manifestato sentimenti di avversione verso lo Stato federativo, che andava progressivamente sovrapponendosi alle sovranità cantonali, e mal sopportato sia l'appartenenza alla Nazione svizzera, sia la prima importante estensione delle competenze del potere centrale.

Come spesso capita, la mera rappresentazione statistica del voto popolare non consente di trarre deduzioni immediate. Soprattutto laddove si tratta di accettare o di respingere in globo una miriade di principi, che si giustappongono senza però formare un'unità di materia³, il risultato numerico va interpretato secondo le motivazioni dell'espressione del voto e pure alla luce delle circostanze storiche e dei fatti politici locali, che possono aver influenzato quella espressione.

È evidente che il tempo ristretto a mia disposizione non mi consentirà un'analisi profonda. Alcuni fondamentali rilievi e riflessioni saranno tuttavia sufficienti per smentire l'affrettata illazione, che taluno potrebbe trarre nel senso surriferito, e per asseverare che l'opposizione del popolo ticinese non fu determinata da una avversione di fondo alla Nazione elvetica e ancor meno provocò negli

¹ La riforma del 1874 fu respinta da 12507 cittadini; i favorevoli furono 6245.

Il precedente progetto del 1872 era stato pure respinto (6902 no, 5871 sì).

² Nel 1848: 4494 contrari, 1652 favorevoli.

³ Notisi al proposito che taluno oggi prospetta l'opportunità di far precedere un'eventuale revisione totale della Costituzione dall'adozione di una norma transitoria, che stabilisca un metodo differenziato di espressione di voto. Ciò per permettere di tener conto più compiutamente dell'autentica volontà dei cittadini.

anni a venire riflessi pregiudizievoli quanto all'atteggiamento del Cantone verso la Confederazione.

2.

Si afferma talvolta troppo semplicemente che dal 1842 al 1877 si ebbe nel Canton Ticino un netto predominio del partito liberale-radicale sul partito conservatore. In verità, in quel periodo l'opposizione conservatrice fu assai vivace per diversi aspetti, tant'è che nel 1855 avvenne un «pronunciamento» liberale. Le rappresentanze nei diversi consessi politici (Consiglio di Stato, Gran Consiglio, Camere federali) non esprimevano una proporzione uniforme. Nel 1874, ad esempio, sedevano in Consiglio nazionale quattro conservatori e due liberali-radicali, mentre in Consiglio di Stato era presente un sol membro della opposizione conservatrice. Inoltre il partito liberale-radicale⁴ si trovò di volta in volta diviso a cagione del formarsi vuoi di ali moderate, vuoi di ali radicali.

Abbracciando tutte le manifestazioni della vita pubblica, si può dire in termini generali che il periodo che ci interessa fu contraddistinto da instabilità e confusione politica, nonostante il predominio di un partito nell'esecutivo e nel legislativo cantonali. Vi contribuirono sopra tutto episodi di violenza, le beghe elettorali, le intemperanze⁵ di clericali e di anticlericali, i riflessi provocati dagli avvenimenti.

⁴ Ad esempio nel 1874, a parte la defezione del Battaglini che si pronunciò contro la riforma, chiara fu la consapevolezza dei liberali di non aver ottenuto il seguito di tutto il partito. Vedasi «Il Repubblicano» del 23.4.74: «I liberali ticinesi che si sono lasciati indurre da un malinteso sentimento di razza I liberali ticinesi che hanno potuto temere che i nostri interessi materiali fossero minacciati dalla Riforma ...» e del 25.4.74: «Liberali ticinesi! La Riforma è fatta. Siate voi stati riformisti od antiriformisti, pensate ora ad una sol cosa; che l'unione di tutte le forze comuni è una impellente, una ineluttabile necessità, e che voi non dovete lasciarvi allettare dalle moine, dalle lusinghe, dalle carezze o dalle adulazioni della reazione, altrimenti il liberalismo ticinese è perso.»

⁵ Vedansi ad esempio:

- Atti del Gran Consiglio del 2.6.48 pag.509, dichiarazione del deputato Calgari:

menti d'Italia (segnatamente dai blocchi economici e dall'espulsione di cittadini ticinesi dalla Lombardia, decretati dagli Austriaci), il diffuso stato di povertà della popolazione⁶ e le serie difficoltà delle finanze cantonali.

In quelle condizioni ci sembra di poter ragionevolmente escludere che i progetti costituzionali abbiano potuto suscitare, a livello popolare, prese di coscienza veramente motivate, lucide e responsabili⁷. Persino oggigiorno, nonostante il capillare sviluppo dell'informazione e dei mezzi di comunicazione di massa, spesso si constata che reazioni epidermiche ed emotive hanno parte preponderante nel determinare un responso popolare. A maggior ragione si può presumere che il popolo abbia nel 1848 e soprattutto nel 1874 seguito l'opinione di quei maggiorenti politici, che meglio avevano saputo adornare le loro tesi di suggestione persuasiva, approfittando di fattori emotivi che potevano facilmente attecchire. Analizzando il

«La Religione Cattolica per diritto immutabile può estendersi, e deve estendersi per ogni terra; le altre religioni cristiane inventate dal capriccio umano, non hanno diritto alcuno; possono solo essere tollerate. Sono figlie staccate dalla madre chiesa, a cui incombe l'obbligo di ritornare al seno della madre diletta.»

– «Il Repubblicano» del 14.3.74:

«Oggi dobbiamo segnalare un'altra curiosa dichiarazione che troviamo nel «Credente Cattolico» del 10 marzo. Dopo aver detto che ormai il Ticino è perso e non c'è più che la Chiesa che possa salvarlo dalla «immancabil rovina» che lo attende, il giornale ultramontano dice che questa nuova redenzione avverrà «il giorno in cui il sacerdote ticinese, perchè fedele al Papa, fedele ai Vescovi di Como e di Milano, verrà in benedizione di tutto il popolo».»

– «Il Repubblicano» del 25.4.74:

«Gli illusi e gli ingannati ... riconosceranno che il clero, e gli ultramontani, invece di fare opera di carità e di religione, invece di calmare le passioni e ricondurre la calma negli spiriti agitati, soffiavano nelle ceneri, per accendere la face della discordia. Vedranno che questi ministri di Satana e non di Dio, si sono serviti dell'altare come d'strumento di guerra, e si son fatti apportatori di menzogne, fabbricatori di calunnie, fomentatori di odii e di vendette.»

⁶ Fu il periodo della grande emigrazione e dei cosiddetti forti della fame (costruiti per rimediare alla disoccupazione).

⁷ Per il 1848 vedasi: «Il Repubblicano della Svizzera Italiana» del 13.6.48: «Gli avvenimenti dei paesi che circondano la Svizzera assorbono quasi tutta l'attenzione del nostro popolo.»

voto del 1874 Comune per Comune, si osserva che di fronte a proporzioni tendenzialmente prevalenti per il no⁸, ma piuttosto equilibrate, appaiono anche risultati schiaccianti⁹ vuoi contro, vuoi in favore della riforma (addirittura in senso opposto in Comuni finiti). Queste differenze estreme possono solo essere spiegate o con abusi di potere o con la particolare influenza raggiunta localmente da maggiorenti politici.

E passiamo ora a un commento particolare degli atteggiamenti manifestatisi nel Cantone Ticino nei confronti delle due riforme.

3.

Quella del 1848 fu dominata dal dibattito sugli svantaggi materiali – perdita degli introiti dei dazi e delle regalie – che sarebbero ridondati a carico del Cantone. L'opzione di fondo si presentava in questi termini: o accettare come conveniente e nobile il sacrificio degli interessi particolari sull'altare di una causa comune assai più impor-

⁸ La riforma fu accettata solo da 6 Circoli su 38 e precisamente da quelli di Bellinzona, Giubiasco, Onsernone, del Gambarogno, Ticino e delle Isole.

⁹ Cfr. «La libertà» del 22.4.74:

	SI	NO		NO	SI
Bellinzona	422	55	Brè	48	0
Biasca	185	99	Bironico	39	0
Chiasso	217	17	Bodio	31	1
Grumo	9	0	Carona	40	0
Iragna	55	4	Linescio	54	0
Indemini	22	0	Meride	100	4
Loco	81	1	Morbio-Inf.	130	3
Lumino	102	30	Ponto-Val.	112	0
Mosogno	56	2	Vezio	36	1
Preonzo	56	4 finiti	Gnosca	35	2
Torre	18	1	Vogorno	116	0
Magadino	85	25 finiti	Vira-Gamb.	90	26

tante e di largo respiro¹⁰, oppure – spiace dirlo – far prevalere sentimenti egoistici¹¹. Il Gran Consiglio compose i due corni del dilemma con un tipico compromesso politico e adottò¹² una formula di accettazione condizionata – assurda dal profilo giuridico – con la quale si raccomandava l'adesione alla Costituzione a patto che la Confederazione accettasse di «riscattare il nostro dazio di entrata e di uscita mediante indennizzo» non appena «volesse percepire nuovi diritti di importazione e di esportazione al confine ticinese». La risoluzione granconsigliare fu interpretata come voto negativo dello Stato del Cantone Ticino.

L'asserito alto livello delle discussioni granconsigliari – di cui parla, pur con qualche riserva, FRANCESCO CHIESA¹³ – non può far dimenticare che il «punctum pruriens» dei dibattiti si era ridotto a questioni materiali, onde la magniloquenza – se si fa eccezione di taluni oratori di vaglia – fu piuttosto orpello che vero lustro. Cosa comprensibile nelle condizioni di disagio di quei tempi.

¹⁰ Vedansi, ad esempio, Atti del Gran Consiglio 1848:

– dichiarazione del deputato Bertoni (pag. 67):

«Prima di gettare il nostro voto sulla bilancia, pensiamo che i materiali interessi sono transitori e rimediabili, ma che i politici sono vitali ed eterni, e che non abbiamo né ragione né diritto per supporre tanto iniqui i nostri fratelli.»

– dichiarazione del deputato Luvini (pag. 71):

«... se anche il Cantone dovesse tollerare qualche danno, all'interesse materiale deve il politico preferirsi.»

(pag. 72):

«... Quando un popolo non vive politicamente, vegeta ma non vive. ... Il mio cuore si rifiuta al credere che il Ticino per una questione di denaro voglia respingere il risultamento di tanti sforzi.»

¹¹ Vedansi, ad esempio, Atti del Gran Consiglio 1848:

– dichiarazione del deputato Calgari (pag. 41):

«La filosofia è bella e buona, diceva Voltaire, ma io le volto le spalle, se essa mi toglie la pentola. Questo detto quadra bene al nostro caso.»

– dichiarazione del deputato Cattaneo (pag. 487 e 488):

«... Del resto io non ammetto la generosità in fatto di politica: la generosità è una eccezione e la Costituzione deve contemplare i principi, le massime generali. Per la patria, per il bene del proprio Cantone bisogna essere egoista.»

¹² Il 26 agosto 1848 con 39 voti contro 22.

¹³ «Un anno di storia nostra (Il Ticino nel 1948)», pag. 6 e 19.

La riforma del 1874 provocò – come nel resto della Svizzera – un acceso dibattito tra i fautori di un consolidamento del potere centrale ed i difensori della sovranità cantonale e delle prerogative della Chiesa cattolica. Si inserirono pure considerazioni attinenti ai presumibili svantaggi finanziari che potevano tornare a scapito del Cantone.

Per quanto ovvia possa apparire la riflessione, giova sottolineare che l'atteggiamento degli unitaristi – così erano definiti i fautori della riforma – e quelle opposte dei federalisti ad oltranza non necessariamente traeva origine da coerenti convinzioni di principio su modo di governare e di disciplinare le istituzioni fondamentali di una nazione. In altre parole, era lungi dall'avere un valore assoluto: tale atteggiamento si commisurava piuttosto al momento storico concreto e alla particolare realtà politica svizzera¹⁴. Gli unitaristi del 1874, «mutatis mutandis» (cioè trasferiti in un altro contesto sociologico in cui predominassero diverse maggioranze), sarebbero potuti diventare dei federalisti; lo stesso dicasi in senso inverso per i federalisti. A riprova di quanto affermato stanno i reciproci rimproveri di incoerenza mossi dai due schieramenti.

Nel 1874 in Gran Consiglio non si svolsero grandi discussioni. Il Legislativo avocò a sé la facoltà di esprimere il voto del Cantone (ciò era possibile secondo la Costituzione federale) e con sessantun voto contro quarantaquattro si pronunciò¹⁵ in favore della riforma,

¹⁴ Vedansi

– «La Libertà» del 15.4.74:

«Cosa strana! Nel mentre i fautori di libertà proclamano dovunque altamente che l'accentramento è lo strumento più potente dell'assolutismo e della tirannide, e si sforzano di stabilire qua la federazione, là il selfgovernment, ossia le autonomie provinciali e comunali, colà la repubblica federale ed anche la Comune, i nostri riformisti repubblicani si adoprano invece a tutt'uomo per uno scopo opposto. Ogni loro attività, zelo e potere è diretto ad introdurre l'unitarismo, cioè l'accentramento politico ed amministrativo, militare, finanziario e legislativo.»

– Processi verbali del Gran Consiglio 1873–1874, dichiarazione del deputato Bertoni: «I conservatori citano il dogma della sovranità popolare, ma dimenticano che quel dogma è condannato da Roma essendo l'antitesi del diritto divino.»

¹⁵ Il 4 marzo 1874.

anteponendosi al responso popolare. Questa decisione fu avversata dai conservatori e da qualche liberale, tra cui il BATTAGLINI che la riteneva politicamente poco conveniente.

Assai aspri e diffusi furono i dibattiti sulla stampa. Contrari alla riforma erano «La Libertà» e «Il Credente cattolico», decisamente favorevole «Il Repubblicano»; la «Gazzetta Ticinese» si astenne invece da ogni commento, limitandosi a pubblicare i comunicati ufficiali.

4.

La lettura degli atti parlamentari e dei commenti giornalistici ci consente di individuare alcuni tratti fondamentali che contraddistinguono il dibattito attorno alla riforma del 1874.

Innanzitutto si nota che buona parte delle motivazioni addotte dagli opposti schieramenti a conforto delle rispettive tesi sono tautologiche, ossia si riducono a una elencazione di petizioni di principio sostanzialmente identiche, benché presentate con sfumature diverse (atte più a colorire che a fornire una qualsiasi dimostrazione). Chi denunciava l'accrescimento del potere della Confederazione temeva in fondo che il proprio modo di concepire la vita quotidiana potesse subire oltraggio e violenza¹⁶.

Chi si faceva paladino dell'unificazione del diritto e della laicità dello Stato lottava per affermare le proprie concezioni politiche su tutto il territorio della Confederazione (e per promuoverne l'attua-

¹⁶ Vedasi «La Libertà» dell'8.4.74:

«Qui, in una parola, è tutta la legislazione civile affidata al potere federale; qui non è il sistema politico o amministrativo, ma è la persona colpita nel corso della sua vita e ad ogni istante; è la legislazione federale che penetra nelle più intime latebre della vita sociale, senza essere, anzi non potendo essere, la traduzione più o meno perfetta dei costumi e delle idee del popolo a cui si applica ... il sistema unitario che, togliendo l'inconveniente della differenza legislativa, ne crea uno più grave nell'unità del diritto che si impone a popolazioni, come una legge forzata da cui esse rifuggono ... il nostro diritto popolare legato e radicato nei nostri costumi e nelle nostre abitudini, e la nostra cultura, vengono rovesciati per far luogo ad un diritto di giuristi, miscuglio di diritto germanico, romano e d'altro.»

zione concreta in sede cantonale, grazie all'imposizione del potere centrale)¹⁷. I rispettivi schieramenti ravvisavano nel fondamento ideologico degli atteggiamenti avversari la influenza di dottrine extra-nazionali: ai conservatori si rimproverava di essere asserviti alla dottrina e alla pratica politica della Chiesa romana¹⁸; questi a loro volta accusavano i radicali di essere ispirati dall'internazionale rivoluzionaria europea¹⁹. Certamente l'osservanza di quelle ideologie rappresentava il substrato delle tesi sostenute dai federalisti e dagli unitaristi ticinesi. Le concrete e singole prese di posizione prendevano però corpo assumendo diverse sfaccettature di natura più pragmatica che ideologica.

Sostanzialmente lo scontro si attuò tra una concezione tradizionale della vita e l'anelito di affermare nuove idee, di «proiettarsi» verso l'avvenire adottando criteri razionalistici. Avversando la riforma si voleva manifestare un attaccamento tenace alle tradizioni ed esprimere la convinzione che tutto quanto apparteneva al passato e al presente era patrimonio intoccabile e prezioso; si presupponeva di essere soddisfatti della situazione attuale per cui non conveniva correre rischi (i cambiamenti avrebbero potuto infatti arrecare svantaggi); ci si voleva tenere ben saldi attorno al proprio campanile e anteporre gli interessi immediati e spiccioli a una comunione di interessi più vasta e proiettata nel tempo a venire²⁰. Chi aderiva alla

¹⁷ Vedasi «Il Repubblicano» del 9.4.74:

«E saranno certamente migliori le leggi ed i codici che faranno in questa materia le Camere federali, di quelle che farebbero gli ultramontani e i conservatori ticinesi qualora, per disgrazia del nostro Cantone, essi arrivassero al potere.»

¹⁸ Si cfr. la nota 5 supra.

¹⁹ Vedasi

«La Libertà» del 7.5.74:

«La Repubblica Svizzera, dopo quasi sei secoli di vita illustre e gloriosa, è caduta. La Internazionale europea compose ed amministrò il veleno, che spense la vita libera e civile del popolo svizzero.» Si cfr. pure ROSSI-POMETTA, Storia del Cantone Ticino, pag. 337.

²⁰ Vedasi «La Libertà» del 3.4.1874, ove si sostiene che il Canton Ticino subirà rilevanti scapiti finanziari (quota di riparto del disavanzo federale, soppressione indennizzi federali per il riscatto dei dazi, perdita di metà delle tasse militari, soppressione del dazio di consumo). Sono così ripresi argomenti analoghi a quelli sfoderati in merito alla Costituzione del 1848.

riforma voleva invece significare di essere lungimirante, di ragionare a lunga scadenza e rivolgere l'attenzione ai possibili sviluppi che si sarebbero dovuti attuare in campo economico e sociale, come seguito logico delle nuove idee e dei nuovi principi costituzionali (destinati a tradurre in misure politiche concrete quelle idee)²¹.

I fautori abbracciavano interessi più ampi, che travalicavano gli stretti limiti dell'orticello di casa²² ed erano disposti a correre rischi, pur di far trionfare quell'obiettivo²³.

Gli stessi concetti, come ad esempio quello di patria e di prosperità, venivano invocati dagli opposti schieramenti per corroborare le rispettive tesi. Il che sta ancora una volta a significare (penso alla riflessione fatta a proposito della relatività delle dottrine degli unitaristi e dei federalisti) che il linguaggio politico è spesso ambivalente e torna comprensibile solo se riferito a circostanze e modelli concreti.

La riforma del 1874 nel Cantone Ticino fu prevalentemente difesa

²¹ Si cfr. la nota 17 supra.

²² I dibattiti tra chi mirava agli interessi vicini ed immediati e chi abbracciava interessi più ampi sono – mutatis mutandis – identici nel fondo a quelli cui si assiste oggigiorno a proposito degli «impegni» internazionali della Confederazione.

²³ – Vedasi nei Processi verbali del Gran Consiglio 1873–1874 pag. 341: «Il signor deputato Bertoni, relatore della maggioranza della Commissione, non può approvare il sistema degli avversari della revisione di considerare il tutto dal limitato punto di vista ticinese, e di dimenticare affatto l'insieme della Confederazione, la generalità degl'interessi dell'intera nostra patria. Furono ricordati tre secoli di servaggio del Ticino, fu fatto balenare persino il pericolo dell'unione del nostro Ticino con una vicina nazione, ma in ciò egli trova potenti argomenti par appoggiare la revisione atta a cementare maggiormente i legami che uniscono il Ticino agli altri Cantoni. Si paventa l'accentramento, si sembra rifuggere dall'idea di avvicinarci maggiormente ai nostri concittadini di razza tedesca, ma egli non paventa questa razza, che ha una civiltà della massima importanza, una civiltà da cui data il mondo moderno, che principiò con la riforma religiosa di Lutero, e che continua tuttora nella lotta del principio nazionale tedesco contro l'ultramontanismo.»

– Già nel 1848 il «Repubblicano della Svizzera Italiana» aveva sostenuto idee molto avanzate. Vedasi ad esempio il numero del 16.6.48: «I Cantoni che preferirono le imposte dirette alle indirette, e fra queste preferirono ancora quelle che meno pesano sul commercio, sgravando i dazi e pedaggi, denno sentire una giusta ripugnanza nell'accordare ingenti indennità a quei Cantoni che tirarono fin qui le loro risorse dal commercio svizzero ...»

dalle giovani generazioni. Il partito liberale-radicale reclutava appunto i propri aderenti soprattutto tra i giovani²⁴. L'unico deputato ticinese alle Camere federali²⁵ che approvò la riforma fu EMILIO CENSI, che in quel tempo aveva 37 anni. Era per altro comprensibile che i meno giovani, di fronte all'affacciarsi di nuove idee (che in parte traevano origine da fermenti nati all'estero e riportati in patria da chi aveva studiato nelle Università italiane e tedesche), non esentì da possibili rischi a scapito della sovranità del Cantone, avessero la tendenza di porsi su posizioni di conservazione. In genere, quando si lascia il certo per l'incerto, i fattori emotivi e le reazioni epidemiche possono avere il sopravvento. E così l'ebbero nella votazione popolare del 1874, come era già successo nel 1848: un sopravvento assecondato dal fatto che il Canton Ticino, a cagione delle differenze etniche e linguistiche e degli antefatti storici, poteva ancora nutrire a livello popolare una certa qual diffidenza nei confronti della Confederazione.

Vale la pena di rilevare che la riforma del 1874 venne respinta nel Ticino con una maggioranza assai più rilevante di quella espressasi due anni prima²⁶, benchè il progetto di revisione del 1872 limitasse

²⁴ Vedasi «Il Repubblicano» (14.4.74): «La maggior parte della gioventù liberale delle nostre campagne sarà assente il giorno 19 aprile; noi conosciamo dei comuni che potrebbero dare in altra stagione 100, 120, 150 votanti e che ora ne daranno tutt'al più trenta o quaranta; e tutti gli assenti sono precisamente quelli che avrebbero votato in massa pella Riforma!» (11.4.74): «A noi duole immensamente che la maggior parte della gioventù ticinese sia in questo momento assente dalla patria, perchè in mancanza della giovine generazione il voto del 19 aprile non avrà quella grande espressione che noi avremmo desiderato.» (16.4.74): «... è una sorgente d'imbarazzi pel partito liberale. I collegi elettorali dovranno essere convocati entro poche settimane per il rimpiazzo. Per il partito liberale la stagione in cui siamo è la peggiore per fare le nomine. Nel nostro circondario i due terzi della gioventù, quindi i tre quarti dei liberali sono assenti, per cui una elezione fatta in questi momenti è una elezione fatta nelle più deplorevoli condizioni.»

²⁵ Nella votazione finale alle Camere i consiglieri nazionali GATTI, PEDRAZZINI e VON MENTLEN (BATTAGLINI e MAGATTI erano assenti: si erano ad ogni buon conto manifestati contrari) e i consiglieri agli Stati AIROLDI e MORDASINI si pronunciarono negativamente.

²⁶ Vedasi la nota 1 supra. Nel 1872 il Consiglio di Stato si era dichiarato tendenzialmente contrario alla Riforma nelle motivazioni del Messaggio con cui

maggiormente le sovranità cantonali. Evidentemente l'inasprimento degli articoli a sfondo confessionale provocò nel 1874 uno sforzo massimo dei militanti cattolici. Quanto alla posizione del partito liberale vale ciò che è stato riconosciuto più volte, ossia che «il popolo ticinese vota per i liberali, ma poi subito insorge, quando gli toccano il prete»²⁷.

5.

Il fatto di constatare a posteriori che le motivazioni di un'opposizione furono inconsistenti, contribuisce a ridimensionare, a distanza di tempo, l'accanimento e il valore dei precedenti dibattiti. Così era già capitato per la riforma del 1848. Il FRANCINI, ad esempio, nelle sue «Semplici verità ai Ticinesi sulle finanze» dimostrò che la ragione essenziale che aveva determinato il voto negativo – cioè il timore di uno scapito enorme a cagione della perdita dei dazi e delle regalie – si era rivelata priva di fondamento alla luce delle misure concrete adottate dalla Confederazione e di tutti gli elementi che andavano computati, compresi quelli non immediatamente «quantificabili».

Che succedette dopo l'approvazione federale della riforma del 1874, descritta dai conservatori come una sconfitta dolorosa e foriera di tempi tristi per il Cantone?

Come sempre capita nei fatti sociali, l'affermarsi di idee considerate rivoluzionarie provoca – nell'avvenire immediato – negli avversari la convinzione che tutto sia distrutto.

proponeva di considerare il voto del popolo come il voto dello Stato del Cantone Ticino. Una proposta in Gran Consiglio del deputato VARENNA, tendente ad ignorare le motivazioni, sopprimendo la pubblicazione del Messaggio nei Comuni fu respinta. Il Presidente del Gran Consiglio dal canto suo lodò nel discorso di apertura della sessione il progetto di Riforma federale.

²⁷ Nel 1931, ad esempio, il referendum contro la nuova legge sul notariato – che tra l'altro sopprimeva la formula iniziale degli atti notarili: Nel Nome del Signore – ottenne il consenso di 16988 cittadini contro soltanto 7405 favorevoli alla novella legislativa.

Tali furono appunto le prime reazioni da parte di chi si oppose nel Cantone Ticino alla riforma²⁸. Passando gli anni, le cose cambiarono.

In verità le ideologie in politica nascono sotto l'egida dell'identità tra dottrina e prassi, ma poi generalmente prendono corpo e si affiancano come sovrastrutture. Per altro verso, il riflesso del diffondersi delle ideologie sui singoli cittadini suscita problemi esistenziali²⁹, spiccioli o di maggior momento secondo la posizione sociale del cittadino. Tuttavia i problemi esistenziali possono risolversi senza particolari frizioni, non appena si appura che l'affermarsi delle nuove idee non incide in modo negativo sulla realtà quotidiana. Le ideologie allora si adeguano; pur pretendendo di mantenere integro il loro fondo, si sottilizzano e assumono nuove sfumature. Può succedere addirittura che la stessa ideologia venga invocata a distanza di tempo, prima per assecondare un balzo verso l'avvenire e poscia per fare opera di conservazione e viceversa. Lo si potrebbe facilmente verificare, scartabellando un completo «atlante ideologico»³⁰, che fosse a nostra disposizione senza limiti né di spazio, né di tempo. Non deve quindi far maraviglia che i principi sia della Costituzione del 1848, sia della riforma del 1874, siano diventati a breve distanza

²⁸ Vedasi la nota 19 supra ed inoltre «La Libertà» (22.4.74): «Il sacrificio è consumato ... e collo sguardo attonito e mesto, fisso su quel mucchio di ceneri onorate, contempliamo l'opera vostra o unitaristi ...»; «... e se il Gran Consiglio ... per farsi servo dei signori di Berna»;
 «Vedi in qual fango libertà rovina;
 Frangi quell'arco ed ai novelli artigli,
 O guerriero di Altdorf la fronte inchina!!!».

²⁹ Vedasi «La Libertà» dell'11.4.74: «Per virtù di questo dispositivo (l'articolo 49 cpv 3 della riforma) una giovane, a 16 anni compiti, rimproverata per aver commesso un atto immorale, potrà dire a suo padre: «Secondo i nostri principi, la nostra morale è la nostra religione; se non cessate, sig. padre, dall'annoiammi con codeste seccature, vi denuncerò al Commissario per abuso di autorità paterna, e, se il Commissario non mi farà ragione, vi denuncerò all'autorità federale e vi farò applicare la multa o la prigonia», ed anche l'una e l'altra, secondo verrà stabilito dalla legislazione federale. Per virtù di questo dispositivo, potrà poi anche accadere che il ragazzo, prima di giungere ai 16 anni, possa avere religioni diverse, se, morendo il padre, avrà per avventura curatori di opinioni religiose differenti.»

³⁰ Abbiamo preso questo termine a prestito dal giornalista ALBERTO RONCHEY.

di tempo patrimonio comune nel Cantone Ticino. Già nel 1874, coloro che erano stati irriducibili avversari della Costituzione del 1848 lodavano senza riserve questa Carta fondamentale³¹.

6.

Tornando al quesito posto all'inizio, l'analisi delle circostanze che precedettero e accompagnarono i voti popolari, ci consente di dire che, ad onta dei risultati numerici, il Ticino non manifestò affatto un'opposizione politica nei confronti del concetto della nuova Nazione. Il dissenso popolare fu determinato da fattori emotivi, che avevano conferito dimensioni esagerate ed irreali alle questioni dibattute. Chi aveva avversato le riforme trovava per altro solidarietà in maggioranze analoghe affermatesi in altri Cantoni, onde i sentimenti di attaccamento alla nuova Nazione non potevano venirgli meno. In ogni caso, il dissenso popolare non provocò nessuno squilibrio negli anni successivi per quanto attiene ai rapporti tra il Cantone Ticino e la Confederazione; non suscitò intolleranza riguardo alle nuove competenze conferite alla Confederazione.

Per quanto paradossale possa sembrare, coloro che massimamente avevano condiviso gli aneliti di chi lottava per l'unità d'Italia, coloro che recepirono i fermenti politici della vicina penisola, furono i più convinti assertori di un consolidamento del potere centrale in Svizzera. Gli è che chi aveva seguito l'impulso di nuove idee, pur provenienti in parte dall'estero, era sufficientemente realista per capire che la traduzione politica di quelle idee nella realtà ticinese poteva avvenire solo in un Ticino appartenente a una Confederazione dotata

³¹ Vedansi

– «Il Repubblicano» del 14.4.74:

«Accadrà del nuovo progetto quello che è accaduto della Costituzione del 1848; coloro che l'avranno combattuta come una invenzione infernale, ne saranno i più caldi sostenitori.»

– «La Libertà» del 17.4.74:

«Riordiniamo, trapuntiamo con breve lavoro il tessuto che abbiamo; il Patto del 1848 è di buona stoffa; e non accettiamo l'abito nuovo che sarà per noi come al povero l'abito gallonato del ricco, una cappa di piombo.»

di maggiori poteri. Non vi era altra ragionevole alternativa³². Ed è per questo che l'asserito internazionalismo degli estremisti unitaristi, nelle condizioni storiche di allora, si manifestò concretamente come un acceso nazionalismo federale.

Il cosiddetto elvetismo dei Ticinesi si fonda sì sui capisaldi ricordati da FRANCESCO CHIESA³³: il beneficio di essere liberi, perché Svizzeri; la possibilità di reggersi mediante funzionari e magistrati scelti nella famiglia ticinese; i sentimenti di gratitudine per aver potuto evitare sia la tempesta napoleonica, sia la tirannia austriaca. Trova però anche la sua sostanza nell'uso assennato che la Confederazione fece delle sue nuove competenze, sia di quelle introdotte dalla riforma del 1874, sia di quelle via via conferite posteriormente.

7.

Abbiamo sviluppato ampiamente talune riflessioni. Da un lato, per affermare che la contrapposizione essenziale in occasione delle riforme federali fu quella tra progresso e conservazione, dall'altro lato per ridimensionare, per «relativizzare» – come si usa oggi dire –

³² Vedansi gli Atti del Gran Consiglio 1848; VELADINI: «Sì, siamo italiani; italiani di cuore, d'affetto, di simpatie e d'anima; ma politicamente noi siamo svizzeri: svizzeri non foss'altro perchè noi siamo liberi, e in Europa non v'ha che lo Svizzero che sia libero». FRANCINI: «Pensate, che mercè la Confederazione, il Ticino in 50 anni, da schiavo, da povero baliaggio che era, è salito ad essere Stato Sovrano e libero».

³³ Non concordiamo con il Chiesa laddove, parlando dell'elvetismo del Canton Ticino, sottolinea come particolare virtù, il fatto che presso i ticinesi non ha mai trovato favore l'idea di appartenere una grande nazione. Il concetto di appartenere ad un piccolo Stato viene ripreso pur sotto un altro aspetto da GIUSEPPE LEPORI (Staat unter Staaten, in: Schweizer Rundschau, Heft 11/12 del marzo 1956). Non crediamo di poter ravvisare nel ticinese una naturale vocazione di appartenere a un piccolo Stato. Gli avvenimenti storici ci hanno invero inseriti in un piccolo Stato; siamo diventati quindi partecipi dei pregi e dei difetti di una siffatta nazione. Il successivo consolidarsi delle nostre strutture ci ha allontanati del tutto naturalmente da desideri di «grandeur», senza che a ciò si debba attribuire a un particolare valore civile o morale.

la continuità ideologica di quello scontro dialettico³⁴. Non l'abbiamo fatto per atteggiarci ad apprendisti in filosofia della storia. Siamo consci che si tratta di riflessioni evidenti, ma che, proprio perchè evidenti, spesso vengono dimenticate.

Nei fatti politici e sociologici è difficile sfuggire a leggi fondamentali e anche il Canton Ticino non è rimasto immune da quelle reazioni emotive e da quei contrastanti sentimenti in parte nobili ed in parte meno nobili che si avverano immancabilmente, allorquando un'alternativa di progresso si fa strada. Abbiamo sviluppato quelle riflessioni anche per ricondurre il discorso a dimensioni più modeste di fronte a chi in passato ha voluto – soprattutto in talune pubblicazioni divulgative – indulgere eccessivamente alla facile retorica, trasformando tutto in afflati ideali, in gesta eroiche ed in virtù o contenuti morali di qualità eccezionale³⁵.

8. Appendice

8.1. Se gli accesi dibattiti attorno alla Riforma del 1874 e l'asserita «sconfitta» del Cantone non provocarono intolleranze nei confronti della Confederazione, ebbero tuttavia certamente dei riflessi sul modo di intendere e condurre la vita politica locale. Ciò proprio a cagione delle dimensioni esagerate ed irreali che erano state conferite alle controversie. Si aggiunga che le alterne vicende dei partiti politici a livello cantonale e comunale furono soprattutto contraddistinte da una accanita ricerca di potere. Gli affrontamenti per la conquista del potere non turbarono necessariamente gli interessi a livello personale: sotto il manto superficiale di aspre dispute, gli interessi delle classi dominanti si «componevano» infatti in via del tutto pragmatica.

³⁴ L'argomento sarà ripreso nell'Appendice capo 8.

³⁵ Si confrontino alcune riflessioni contenute infra nell'Appendice, capo 8 e quanto affermato supra a pag. 549/50. Vedansi inoltre, pur con riguardo a problemi particolari, le analisi critiche di GUIDO PEDROLI, Il Socialismo nella Svizzera Italiana, 1963 e del prof. PIO CARONI, L'altra storia del patriziato ottocentesco, 1973.

Lo stato di disagio del periodo successivo alla Riforma del 1874 è riassunto molto bene dalle «Lettere iperboliche» scritte alla fine del secolo dal Francesco Chiesa, che denunciò la retorica, la mediocrità, il provincialismo, la mancanza di slanci ideali, lo sciovinismo, la corsa alle cariche ed alle prebende, non risparmiando nessuno (avvocati, giudici, funzionari, preti, uomini politici di qualsiasi corrente).

A provocare quello stato di disagio aveva evidentemente contribuito anche il fatto che il paese viveva in condizioni di sottosviluppo ed era racchiuso in sè stesso, sì da formare sociologicamente l'equivalente di una media città di provincia con pochi sbocchi verso l'esterno. Le ripercussioni di quella situazione si fanno, in parte almeno, sentire ancor oggi nella vita politica locale, poichè è difficile sradicare modi di sentire e costumi di vita affermatisi in molti anni. Solo una completa mobilità sociale e una trasformazione di fondo della vita economica e dei rapporti sociali (nelle famiglie, nei consorzi privati e pubblici) potranno annullare completamente quei riflessi.

8.2. Qual è stata l'evoluzione dell'elvetismo ticinese?

I successivi avvenimenti internazionali consolidarono l'attaccamento dei ticinesi alla Confederazione. Se nell'ottocento la situazione italiana rappresentava un pericolo per il Ticino, in questo secolo le condizioni politiche al di là della frontiera certamente non rappresentarono mai una particolare attrattiva per i ticinesi. Sintanto che in Italia non potè formarsi un partito cattolico a cagione dell'enciclica «non expedit», talune correnti conservatrici ticinesi miravano più all'Austria che alla vicina penisola. Poi vi fu la prima guerra mondiale, il fascismo, il secondo conflitto mondiale e la nota instabilità del dopoguerra, che si protrae tuttora. Nel Ticino i movimenti irredentisti non potevano pertanto trovare terreno fertile: l'irridentismo di prima maniera aveva soprattutto obiettivi ideali, quello di seconda maniera finì nel nulla, non solo a cagione delle misure legali adottate, ma perchè rimase ristretto a poche persone e trovò generale opposizione nel popolo e nei partiti politici. Lo stesso dicasi di quello sparuto gruppo che aveva formato il partito fascista ticinese.

Dal 1874 ad oggi le istituzioni svizzere si sono assestate e affinate, grazie al conferimento di nuove competenze alla Confederazione e in forza della imprescindibile necessità – determinata dallo sviluppo economico e dalle esigenze sociali – di disciplinare ad ogni livello di potere pubblico sempre nuove materie. Lo Stato non ha più soltanto le competenze primordiali, ma è diventato Stato sociale. Le leggi cantonali si inseriscono armonicamente in un ampio mosaico formato dalle leggi federali e da quelle degli altri Cantoni. Non contano soltanto le norme di legge come tali, ma anche il modo di applicarle ed il costume (MACHIAVELLI diceva «Come i buoni costumi per mantenersi hanno bisogno di buone leggi, così le leggi per mantenersi hanno bisogno di buoni costumi»).

Il tutto – principii, leggi, applicazione, misure esecutive, costume – forma un «involucro protettivo» della vita quotidiana del cittadino, che gli permette di organizzare il presente e di pianificare anche il futuro. Astrattamente il cittadino non vi fa gran caso – semmai impreca se «l'involucro protettivo» gli impedisce di sviluppare compiutamente la propria personalità –, ma se appena dovesse immaginare di vivere altrove apprezza grandemente il valore di quelle strutture. Questo è sicuramente un altro elemento di consolidamento dell'elvetismo ticinese.

In questo secolo, e soprattutto negli ultimi anni, si sono sviluppati i traffici commerciali ed il turismo interno, onde le relazioni con le rimanenti regioni della Confederazione si sono intensificate sia individualmente, sia collettivamente. Le due mobilitazioni di guerra hanno pure contribuito a una reciproca conoscenza e comprensione. Questo accresciuto elvetismo del popolo ticinese trova altresì riscontro nei risultati delle votazioni popolari federali.

8.3. Nel periodo che va dal 1919 a tutto il 1973, su 171 quesiti presentati al popolo svizzero, il Ticino si è pronunciato 104 volte affermativamente, mentre il popolo svizzero ha dato la sua approvazione solo 88 volte. In 25 casi il Ticino rispondeva affermativamente, mentre il popolo della Confederazione respingeva il relativo progetto. Solo in 9 casi il Ticino si manifestò contrario, nonostante il popolo svizzero avesse accettato il progetto. Se pensiamo che solo in due casi il Ticino accettò una iniziativa popolare in presenza di un

contoprogetto delle Camere federali³⁶, si può affermare senza ombra di dubbio che il nostro Cantone si è dimostrato più «governativo» della media del popolo svizzero. Soprattutto in questi ultimi anni (regime delle finanze federali del 1970, articoli sulla formazione e sulla ricerca del 1973, decreti anticongiunturali pure del 1973) si rileva che il Ticino ha dato chiare maggioranze in favore di un'estensione dei poteri della Confederazione, raramente riscontrabili in altri Cantoni.

Nel passato si sono tuttavia rinnovate, eccezionalmente, intolleranze di natura eminentemente emotiva: fu il caso del referendum contro il Codice penale svizzero. Leggendo la stampa, si ritrovano gli stessi toni del 1874, ma una ragionevole interpretazione induce a dire che ciò fu dovuto sopra tutto a fattori di vita politica locale³⁷. A proposito della stampa osserviamo che taluni eccessi – riscontrabili soprattutto in passato – nell'avversare la «politica federale» in genere sono pure stati condizionati da ragioni di politica locale e si son riferiti soprattutto ad aspetti economici, di cui diremo più sotto. Non tolgonò ad ogni buon conto valore alla tendenza suindicata, manifestatasi chiaramente alla luce dei risultati delle votazioni federali nel Ticino.

8.4. Con riguardo soprattutto agli esempi di votazioni federali degli ultimi anni, ci si può domandare come mai il Ticino abbia scelto una via così chiara di fedeltà alla politica governativa. A nostro modo di vedere vi sono più ragioni. Innanzitutto vi ha contribuito, come ho lumeggiato più sopra, l'accresciuto attaccamento alla Confederazione. Secondariamente, il fatto per cui nel Ticino le associazioni di categoria di qualsiasi natura (che in altri Cantoni riescono spesso a esercitare un'influenza determinante) non hanno generalmente forza di penetrazione nell'espressione del voto popolare:

³⁶ In otto casi approvò iniziative popolari respinte dal popolo della Confederazione.

³⁷ La stampa avversa al Codice penale svizzero usò toni drammatici: «Se la Svizzera italiana fino ad oggi ha contato ancora qualche cosa nella Confederazione, da ora in poi non conterà più nulla». Il partito conservatore si schierò contro il Codice. Diviso fu il partito liberale-radicale (il suo organo ufficiale il DOVERE condusse tuttavia una accesa campagna in favore).

questo è uno degli aspetti positivi dell'accentuata politicizzazione della vita politica ticinese³⁸. In terzo luogo, il fatto per cui le reazioni emotive del popolo ticinese prendono corpo e forza soprattutto quando sono in discussione questioni che toccano il cittadino nei suoi interessi locali; non appena si tratta di problemi a livello più alto, le considerazioni emotive di solito si attenuano. Infine si fa ormai strada la convinzione che taluni problemi di fondo per l'avvenire del Cantone possono essere meglio risolti in una visione nazionale d'insieme, che non seguendo particolarismi: i particolarismi generano infatti il rischio di favorire le posizioni acquisite dei Cantoni più popolosi e più forti economicamente.

8.5. Che dire infine dell'incidenza dei fatti economici sull'elvetismo dei ticinesi?

Il Ticino, nel periodo tra le due guerre mondiali, a giusta ragione insorse contro l'incomprensione della Confederazione; le tariffe ferroviarie indiscriminate mettevano il Cantone in difficili condizioni di concorrenza a cagione dell'esistenza di una tratta morta, grosso modo da Bodio a Erstfeld. Si spiegano e giustificano quindi le rivendicazione ticinesi del 1925 e del 1938, che avevano erroneamente generato, nelle Svizzera interna, la convinzione che il Ticino volesse fare del federalismo ad oltranza.

Com'era normale il Ticino in quel tempo e nell'immediato dopoguerra ha concentrato tutta la sua attenzione nella possibilità di attirare industrie, accordando facilitazioni e preoccupandosi – forse più astrattamente che concretamente – della formazione professionale. A seguito delle modificazioni intervenute nel mercato economico internazionale e svizzero, i problemi si pongono ora sotto un altro aspetto. Si deve premettere che il Ticino ha una economia assai fragile, fondata in gran parte sull'edilizia (che oggi è certamente in recessione) e, per altra parte, sul settore dei servizi (che possono subire le immediate ripercussioni di flessioni economiche esterne). Per altro verso è escluso l'insediamento di industrie con forte impiego

³⁸ Una delle riprove dell'estrema «politicizzazione» è data dal fatto che – come indicano le statistiche delle votazioni per il Consiglio nazionale – i ticinesi fanno, a differenza di tutti gli altri Cantoni, un uso limitatissimo del «panachage».

di manodopera e si frappongono pure difficoltà (tra l'altro per la lontananza dai grandi centri di consumo) quanto all'insediamento di medie o piccole industrie, con un investimento di capitale preponderante rispetto all'impiego di manodopera. Si aggiunga che nella parte meridionale del paese abbiamo una economia tipicamente di frontiera, onde si può facilmente dedurre che qualsiasi recessione a livello nazionale finirebbe per colpire il Ticino in modo più incisivo di altri Cantoni.

Quando fu varata la legge urbanistica, poi respinta dal popolo, il Canton Ticino aveva espresso – in uno slancio d'entusiasmo – concetti estremamente avanzati e commisurati a realtà socioeconomiche ben più ampie. Si era affermato che la pianificazione del territorio è solo una parte della programmazione economica: le due pianificazioni possono avere senso solo in quanto si compenetrino. Probabilmente quella visione era irreale, almeno se riferita alla modesta realtà cantonale. Rimane tuttavia il fatto che oggi come ticinesi abbiamo, a ragion veduta, tutto l'interesse a che la Confederazione preveda nella pianificazione del territorio non soltanto interventi restrittivi e protettivi, ma soprattutto interventi positivi e studi una adeguata strategia di insediamenti industriali e di vie di comunicazione tali da promuovere le economie regionali. Rienträntemente è stata adottata una legge di aiuto alle regioni di montagna. Si tratta di un timido intervento che dovrebbe estendersi ad altri settori. Ci rendiamo perfettamente conto che studiando una strategia di insediamenti industriali a livello federale, potrebbe essere toccata la libertà di industria e di commercio oltre i limiti previsti, ad esempio, dal recente progetto di articoli congiunturali adottato dalle Camere federali.

Come reagirebbe il popolo ticinese? È difficile dire. Probabilmente una parte saprebbe ragionare in modo lungimirante, disposta a sacrificare situazioni acquisite, pur di assicurare a lunga scadenza una maggior prosperità quantitativa e soprattutto qualitativa. Un'altra parte reagirebbe emotivamente, appuntando la propria attenzione non oltre i limiti dell'orticello di casa. Ogni nuova situazione ci porrà sempre di fronte alle stesse contrapposizioni, che si sono attuate nel 1874. V'è per altro da dire che «senza rischio non c'è nulla di grande al mondo e tutto cadrebbe nella meschinità».

XIV.

Maître SAMUEL BURKHARDT, avocat, secrétaire de la commission d'experts pour la revision totale de la Constitution fédérale présente sa conférence sur le thème «*Totalrevision der Bundesverfassung – Konstanten und Reformen*»:

1. Vorbemerkungen

Ich kann Ihnen mit den folgenden Ausführungen keine abgeschlossene und gültige Darstellung der materiellen Revisionsproblematik geben und die Frage nach Konstanten und Reformen nicht abschließend beantworten. Der Zweck meiner Ausführungen liegt einmal darin, in Form von Schlaglichtern materielle Probleme der Revision aufzuzeigen und gewisse Schwerpunkte zu setzen. Zum andern möchte ich die Gelegenheit benützen, um Ihnen einen kurzen Einblick in das Geschäft der Revision zu geben.

Wenn im vorliegenden Zusammenhang von einer «Totalrevision» der Bundesverfassung die Rede ist, so muß sogleich bemerkt werden, daß damit nicht unbedingt die Durchführung einer Totalrevision im formellen Sinne, wie sie in der Verfassung selbst vorgesehen und geregelt ist, verstanden werden kann. Die Frage, in welchem Verfahren eine allfällige umfassende Revision unseres Grundgesetzes durchgeführt werden soll und kann, ist noch offen. Es ist hier sehr allgemein eine Überarbeitung gemeint, welche über die Fortentwicklung des Verfassungsrechtes in Form punktueller, vom täglichen politischen Leben bestimmter Teilrevisionen hinausgeht.

2. Die Ausgangslage auf Grund der bisherigen Vorarbeiten

Ich möchte Ihnen in Stichworten vorerst zu skizzieren versuchen, welche Konstanten und möglichen Reformen sich aus den bisherigen Vorarbeiten, welche im Schlußbericht der «Arbeitsgruppe Wahlen»¹ ihre Darstellung gefunden haben, etwa herauskristallisieren lassen.

¹ Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlußbericht, EDMZ, VI, 1973.

Im Bereiche der Grundrechte geht es im wesentlichen um eine Weiterführung und Konkretisierung der Entwicklung, welche sich in Jahrzehntelanger Praxis vollzogen hat. Reformschwerpunkte liegen bei der Drittirkung der Grundrechte und einer umfassend gestalteten Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit. Weiter wird eine Neukonzeption der Handels- und Gewerbefreiheit zur Diskussion gestellt. Eine den heutigen Anforderungen entsprechende Wirtschaftsfreiheit soll dergestalt formuliert werden, daß die Aufgaben und Zuständigkeiten wirtschaftspolitischer Natur des Bundes nicht mehr überwiegend als Ausnahmen von dieser Freiheit, als Einschränkungen oder Abweichungen konzipiert werden müssen. Dahinter steht die Erkenntnis, daß die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung nicht mehr alleiniger und umfassender Maßstab für die Wirtschaftspolitik unseres Landes sein kann. Auch die Eigentumsgarantie und die Eigentumsordnung als Ganzes werden zur Diskussion gestellt, wobei neue Lösungen erst in den Konturen sichtbar sind. Schließlich wird die Aufnahme und Ausgestaltung eines maßvollen Kataloges von Sozialrechten vorgeschlagen, ein Thema, welches anlässlich des letztjährigen Juristentages in hervorragender Weise bearbeitet worden ist.

Im Bereiche der politischen Rechte werden keine umwälzenden Reformen präsentiert. Es geht weder um einen entscheidenden Abbau, noch um einen wesentlichen Ausbau der Volksrechte, sondern vielmehr um eine Qualitätsverbesserung, welche allerdings nur zum Teil auf der Ebene der Verfassung realisiert werden kann. Im Zentrum steht die Einführung der Gesetzesinitiative.

Was das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, die Grundstruktur unseres Staatswesens betrifft, kommt das Bekenntnis zum föderativen Staatsaufbau, beruhend auf der Existenz der Kantone mit zureichender Autonomie, als Konstante deutlich zum Ausdruck. Im Bereiche der Aufgabenverteilung geht der Trend in Richtung vermehrter, großzügiger formulierter Kompetenzen des Bundes. Gleichzeitig sollen aber auch wichtige Kompetenzen der Kantone in der Verfassung selbst umschrieben werden. Ferner kommt die Notwendigkeit zum Ausdruck, die Zusammenarbeit zwischen den Kantonen einerseits und den Kantonen und dem Bund andererseits zu stärken.

Auch im Bereich «Staat und Wirtschaft» wird keine Systemänderung, werden keine einschneidenden Neuerungen ins Auge gefaßt. Die Schweiz muß nach wie vor eine freiheitliche und soziale Marktwirtschaft bleiben, wie sie sich im Laufe ihrer Entwicklung herausgebildet hat. Wie erwähnt, liegt ein Schwerpunkt bei der Neukonzeption der Wirtschaftsfreiheit. Im übrigen soll eine klare Um schreibung der Ziele und der Mittel der Wirtschaftspolitik in der Verfassung Aufnahme finden. Im weiteren liegt das Schwergewicht bei den Problemkreisen «Mitbestimmung» und «Konjunkturartikel», Themen, welche gegenwärtig in der politischen Auseinandersetzung aktuell sind.

Auch im Gebiete der Finanzordnung wird keine eigentliche Neu konzeption vorgeschlagen. An Stelle des immer noch geltenden Provisoriums soll eine dauerhafte Steuerordnung verfassungsrechtlich verankert werden. Bei den Forderungen nach Einführung einer Mehrwertsteuer und nach Ausgestaltung einer vernünftigen Steuer harmonisierung handelt es sich ebenfalls um Postulate, deren Verwirklichung außerhalb der Totalrevisionsarbeiten bereits angestrebt wird.

Im Bereich «Grundsätze über Behörden und Gerichtswesen» geht der Trend nach einer Stärkung des Schutzes des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt. Im übrigen – und hier wird ein Schwerpunkt der Reformdiskussion überhaupt liegen – gelangt auch das Problem der Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse zur Diskussion, wobei weder in bezug auf den Entscheid der Grundsatzfrage noch auf die konkreten Lösungen ein stoßkräftiger Trend eindeutig zu erkennen ist.

Mit dem Festhalten am Zweikammersystem und der Konzeption, daß den beiden Räten identische Aufgaben und Kompetenzen zu stehen, wird eine weitere Konstante sichtbar. Dasselbe gilt für das Problem «Milizparlament oder Berufsparlament», werden doch die Vorteile des Milizparlamentes höher bewertet als dessen Nachteile, wobei allerdings die Entwicklung in den nächsten Jahren zu einer Neubeurteilung führen kann. Indessen wird eine wesentliche Struktur reform des Ständerates vorgeschlagen: Die neue Lösung könnte darin bestehen, daß die Zahl der Ständeratssitze auf 60 erhöht wird,

wobei die zusätzlichen 16 Mandate in Berücksichtigung der Bevölkerungszahl auf die größeren Kantone zu verteilen wären. Struktur und Wahlart des Nationalrates hingegen sollen unverändert bleiben.

Auch der Bundesrat soll nach bisherigen Ergebnissen keine Strukturänderungen erfahren, das Regierungssystem in der jetzigen Ausprägung aufrecht erhalten bleiben. Insbesondere wird das Kollegialsystem mit einer Behörde von 7 Mitgliedern nach wie vor als tauglich erachtet, unter der Voraussetzung, daß Maßnahmen getroffen werden, um die Bundesräte von der Departementsführung teilweise zu entlasten. Als weiteres Beratungsorgan auf Bundesebene wird ein Wirtschaftsrat, ausgestaltet nicht als Organ mit Entscheidungsbefugnissen, sondern eher als Expertengremium aus unabhängigen Wissenschaftlern, ernsthaft in Erwägung gezogen. Dasselbe gilt für die Institution des Ombudsman. Schließlich werden unter dem Titel «Neue Staatstätigkeiten» Mittel und Wege erwogen, um die Planung im staatlichen Bereich verfassungsrechtlich zu verankern.

Im Bereich der Rechtsetzungsfunktion begnügt sich die Arbeitsgruppe damit, verschiedene Klärungen herbeizuführen und Retouchen anzubringen.

Die Grundlegung der Außenbeziehungen kann ebenfalls als Konstante betrachtet werden, in dem Sinne, als keine substantiellen Neuerungen vorgeschlagen werden. Immerhin kommt die Erkenntnis zum Ausdruck, daß sich auch die Schweiz im heutigen Zustand der weltweiten Interdependenz einer aktiven Zusammenarbeit auf europäischer und weltweiter Ebene nicht mehr entschlagen kann. Unabhängigkeit und Neutralität sollen nicht mehr als Ziele bzw. Maximen defensiven Charakters verstanden werden.

In bezug auf das Verfahren der Verfassungsrevision liegt das Schwergewicht in der Idee des Verfassungsrates; die Einsetzung einer Konstituante zur Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, welche an die Stelle des Parlamentes tritt und deren Vorlage direkt Volk und Ständen zur Abstimmung präsentiert wird, ist ernsthaft in Erwägung zu ziehen.

In bezug auf die materiellen Vorschläge ergibt sich aus den drei vor kurzem veröffentlichten Arbeitspapieren kein wesentlich anderes Bild, ging es doch – mindestens bei den Papieren I und II – um eine Konkretisierung des «Berichtes Wahlen».

3. Beurteilung der bisherigen Ergebnisse

Überblickt man diese Liste der Konstanten und vorgeschlagenen Reformen bzw. einzelnen Anpassungen, so liegt auf den ersten Blick der Schluß nahe, daß die Vorarbeiten auf eine bloße «*mise à jour*» der Verfassung – um nicht das Schlagwort «*Kosmetik*» zu verwenden – ausgerichtet sind, auf eine Überarbeitung des geltenden Grundgesetzes, welche sich mit einer Reihe von Retouchen und Detailmodifikationen begnügt. Wäre dieser Eindruck richtig, könnte man ohne weiteres zum Ergebnis gelangen, daß die Weiterführung umfassender Revisionsbemühungen kein lohnendes Unterfangen darstelle und sich die Anstrengungen der Politik und Wissenschaft auf die Durchführung zweckmäßiger Partialrevisionen beschränken sollten. In Anbetracht des Aufwandes – vor allem in zeitlicher Hinsicht –, der heute für die Durchführung von Teilrevisionen der Verfassung oder für die Schaffung wichtigen Gesetzesrechtes erforderlich ist, läge diese Schlußfolgerung doppelt nahe. Wer Totalrevisions-Vorarbeiten und den Versuch zur Realisierung einer umfassenden Revision nur dann als sinnvoll erachtet, wenn das angestrebte neue Grundgesetz signifikante Struktur- bzw. Systemänderungen zu bringen oder mindestens zu ermöglichen imstande ist, wird den Bemühungen angesichts der skizzierten Ausgangslage mit noch größerer Skepsis begegnen.

Dieses Bild bedarf nun meines Erachtens der Korrektur. Bei eingehendem Studium des «Schlußberichtes Wahlen», insbesondere auch des ersten Teils, muß man zur Erkenntnis gelangen, daß der Trend zu neuen Lösungen, zu Reformen – mindestens in fruchtbaren Ansätzen – durchaus erkannt und dargestellt worden ist.

Auf den einfachsten Nenner gebracht lassen sich die Konstanten, welche heute noch Gültigkeit haben, mit einer Formulierung EICHENBERGER folgendermaßen umreißen: «Die Schweiz ist ein demokratisch-föderativer Sozialstaat als Rechtsstaat»². Wiederum mit EICHENBERGER bedeutet dies: «Eine Totalrevision der Bundesverfassung findet insofern eine erleichterte Ausgangslage vor, als die genannten Grundwerte der allgemeinen Anerkennung sicher sein

² Schlußbericht, S.46.

dürften. Es ist kein Ringen um die elementarsten Grundentscheidungen nötig. Das ist schon viel.»³

Im ersten Teil des Schlußberichtes werden nun eine Reihe neuartiger Sachverhalte dargestellt, aus denen sich unter anderem – in Stichworten – folgende Fragestellungen ableiten lassen:

- Kann das herkömmliche demokratische Entscheidungsverfahren mit den hochkomplexen Problemen des modernen Leistungsstaates Schritt halten und diese bewältigen ?
- Wie entwickeln sich in näherer Zukunft Wesen, Struktur und Funktion der intermediären Gewalten, namentlich der politischen Parteien und der Verbände ? In welcher Richtung geht das Kräfteverhältnis ? Welche verfassungsrechtliche Konsequenzen sind zu ziehen ?
- Wie werden sich die Massenkommunikationsmittel mit Einschluß der Presse entwickeln ? Welchen Einfluß werden sie auf die Demokratie in ihren Meinungs- und Willensbildungsvorgängen in Zukunft ausüben ?⁴

Bereits aus diesen Fragestellungen ist ersichtlich, daß die weiteren Vorarbeiten für eine umfassende Revision unseres Grundgesetzes über die bisher vorhandenen Vorschläge hinausgehen und Entwicklungen Rechnung tragen müssen, die schon in naher Zukunft aktuell werden können und der verfassungsrechtlichen Bewältigung bedürfen. Dies gilt auch dann, wenn man darauf verzichtet, eine Verfassung zu schaffen, welche künftigen Entwicklungen auf weite Sicht gerecht zu werden vermag, und etwa versucht, das Bild des Menschen und das Bild unseres Landes im Jahre 2000 vorzuzeichnen und zu erfassen. Ich würde die konkreten Vorschläge der Arbeitsgruppe Wahlen gewissermaßen als Momentaufnahme bezeichnen, als wertvolle Momentaufnahme im Sinne eines umfassenden Inventars der Verfassungslage zu Beginn der siebziger Jahre. Nun gilt es zu berücksichtigen, daß die Dinge auch im Bereich des Verfassungsrechtes, welches die gesellschaftliche und politische Realität und Entwicklung wiederzuspiegeln hat, in stetigem Flusse sind. Wir haben es mit einer dynamischen Entwicklung zu tun; was im jetzigen Zeitpunkt

³ Schlußbericht, S.47.

⁴ Vgl. Schlußbericht, S. 57/58.

als nicht realisierbar und nicht aktuell erscheint, kann morgen ernsthaft zur Diskussion stehen und der verfassungsrechtlichen Bewältigung rufen.

Ein weiterer Gedanke: In den einzelnen Vorschlägen, welche im Schlußbericht der Arbeitsgruppe Wahlen zu finden sind, liegt viel mehr an Reformen, als auf den ersten Blick ersichtlich sein mag. Ich möchte mich mit wenigen Stichworten begnügen:

- Von einer allfälligen Neugestaltung des Staatsvertragsreferendum, welche dem Stimmbürger ein weitergehendes Mitspracherecht einräumt, könnte die Stellung der Schweiz in ihren bilateralen und multilateralen Beziehungen zum Ausland entscheidend beeinflußt werden.
- Eine Änderung der Struktur, der Zusammensetzung des Ständerates und des Wahlverfahrens kann sich auf die Stellung der Kantone im Gesamtstaate wesentlich auswirken.
- Eine Stärkung des Kollegialsystems im Bundesrat und die Schaffung effizienter Hilfsorgane der Exekutive können das Verhältnis zur Legislative nicht unwesentlich verändern.
- Ein letztes Beispiel, welches außerhalb der Totalrevisionsdiskussion steht und von brennender Aktualität ist: Die Annahme eines Verfassungsartikels nach dem Muster der dritten Überfremdungsinitiative hätte einschneidende Auswirkungen, mindestens in bezug auf die Wirtschaftsstruktur unseres Landes und die außenpolitische Stellung der Schweiz.

4. Verfassungsverständnis und Zielvorstellungen für eine Totalrevision

An dieser Stelle ist eine Klammer zu öffnen: Die Frage nach Konstanten und Reformen kann nicht behandelt und beantwortet werden, ohne daß man das Problem berücksichtigt, welches Verfassungsverständnis, welche Vorstellungen von Wesen und Funktion der Verfassung wegleitend sein sollen. Es würde den Rahmen dieser Ausführungen sprengen, auch diese Frage abzuhandeln, eine Frage, die im Rahmen dieses Juristentages ja die gebührende Beachtung gefunden hat. Hier nur so viel: Im Referat HÄFELIN wird unter anderem dargelegt:

- Die Verfassung ist nicht frei machbar, die Tätigkeit des Verfassungsgebers darf sich nicht ausschließlich nach rationalistischen Gesichtspunkten richten.
- Realitätsbezogenheit und Anknüpfung an die Verfassungstradition sind wichtige Voraussetzungen für die Wirkungskraft der Verfassung.
- Es gilt, die Verfassung als eine klar verbindliche Ordnung zu bewahren, auch wenn eine solche Verfassung als punktuelle Ordnung nicht zu allen wichtigen Anliegen Stellung nehmen kann.
- Die Verfassung muß derart ausgestaltet werden, daß sie in ihrer rechtlich verbindlichen Tragweite für die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft erkenntlich ist und nicht von Anfang an Anlaß zu unterschiedlicher Deutung gibt⁵.

Wer sich mit dem Problem beschäftigt, welche materiellen Lösungen, welche Reformen in einer neuen Verfassung grundgelegt werden sollen, wird sich mit diesen Thesen ernsthaft auseinanderzusetzen haben und entsprechende Konsequenzen ziehen müssen.

An dieser Stelle seien kurz die Vorstellungen skizziert, welche in bezug auf die Zielsetzungen einer über punktuelle Teilrevisionen hinausgehende Überarbeitung bisher etwa zum Ausdruck gekommen sind. Diese Zielvorstellungen sind zu einem guten Teil mitbestimmend für die Beantwortung der Frage nach Konstanten und Reformen im Rahmen einer Revision.

- Eine erste Konzeption geht davon aus, daß die Bundesverfassung – einfach ausgedrückt – zu unordentlich geworden ist. Es drängt sich eine «mise à jour» auf, welche nicht in bloßer Kosmetik stecken bleibt, sondern eine materielle Bereinigung beinhaltet, die auch gewisse Strukturänderungen ermöglicht.
- Andere gehen von der Feststellung aus, daß der Verfassung heute die erforderliche innere Geschlossenheit fehlt. Diese müsse wiederhergestellt werden. Es gehe unter anderem darum, das «richtige Recht», das, was für den Bürger maßgebend ist, wiederum sichtbar zu machen. Ziel der Revision wäre demnach die Wieder-

⁵ Vgl. ZSR, Probleme der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974, NF Bd. 93, II. Halbband, Heft 1, 1974.

herstellung einer konsistenten, kohärenten, durchschaubaren Ordnung, welche keine Unklarheiten aufweist.

- Eine weitere Konzeption will sich nicht mit einer solchen «mise à jour» begnügen. Die Revision soll zu signifikanten Reformen führen, soll Systemveränderungen ermöglichen, was indessen nicht gleichbedeutend sein darf mit gewagten Experimenten ohne gesicherte wissenschaftliche und politische Grundlage. Gerade bei dieser Zielvorstellung ist nicht nur die Verfassungsstufe, sondern es sind auch andere Regelungsstufen in die Überarbeitung einzubeziehen.
- Ein Schwergewicht liegt in der Forderung nach einer offenen Verfassung, die den zukünftigen Entwicklungen Raum läßt, ohne daß neue Teilrevisionen allzu häufig notwendig werden. Diese Forderung kommt am konsequentesten im publizierten Arbeitspapier III, welches von AUBERT vorgelegt worden ist, zum Ausdruck; es ist ein Modell, welches zahlreiche Entscheidungen, die bisher auf Verfassungsstufe getroffen worden sind, dem Gesetzgeber und dem Richter überläßt.

Es ist nun meines Erachtens nicht möglich, die Fragen nach einem der heutigen Zeit entsprechenden Verfassungsverständnis und nach der richtigen Zielvorstellung einer umfassenden Revision vorweg ein für allemal zu beantworten und danach die materiellen Inhalte zu bestimmen. Je nach den Erkenntnissen in bezug auf die materiellen Lösungen muß die Konzeption von Verfassung und Verfassungsrevision zum einen immer wieder überprüft werden, und die zu wählenden materiellen Lösungen sind zum andern immer wieder unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsverständnisses und der Revisionsvorstellungen zu beurteilen.

5. Materielle Bemerkungen aus eigener Sicht

Ich gestatte mir, im folgenden ein wesentliches materielles Problem noch etwas auszuleuchten: *Die Verteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen.*

Wir haben davon auszugehen, daß heute – wie es SALADIN formuliert hat – eine «Leistungs- und Koordinationskrise» besteht, und

die verbreitete Aussage zur Kenntnis zu nehmen, daß dafür zu einem guten Teil eine in pragmatischer Regelung von Einzelproblemen entstandene, unübersichtliche und ineffektive Kompetenzverteilung mitverantwortlich sei⁶. Das Problem der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen wird in der Regel von zwei Seiten her angegangen: einerseits aus der Besorgnis heraus, daß die kantonale Eigenständigkeit und damit der Föderalismus als wesentliches Strukturprinzip der Schweiz in zunehmendem Maße bedroht werden. Andererseits geht man davon aus, daß die gegenwärtige Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen vor allem die Kantone und die Gemeinden vielfach überfordert; es bestehe die Gefahr, daß wichtige Staatsaufgaben nicht mehr rechtzeitig und effektiv genug angegangen und gelöst werden. Die erste Betrachtungsweise wird hauptsächlich nach Vorkehren suchen zur Stärkung der kantonalen Eigenständigkeit oder – praktischer ausgedrückt – nach Maßnahmen, um die Kantone erst wieder zu lebensfähigen autonomen Körperschaften zu machen. Aus der zweiten Sicht geht es weniger um die Stellung der Kantone als um die erhöhte Leistungsfähigkeit des ganzen Systems, also von Bund und Kantonen zusammen.

Auf Grund des heutigen Zustandes wird nun die Forderung nach allgemeingültigen Kriterien für die Gestaltung der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen erhoben. Wem es in erster Linie um die Stärkung der Kantone geht, der wird die entscheidenden Kriterien eher in staatspolitischen, staatstheoretischen und vielleicht auch psychologischen Gesichtspunkten finden. Wer die Leistungsfähigkeit des gesamten Systems in den Vordergrund stellt, wird die entscheidenden Kriterien nach ihrer Zielsetzung der aufgabengerechten Funktionenteilung zur Erhöhung der Leistungseffizienz eher in unternehmungswirtschaftlichen Gesichtspunkten sehen und die staatspolitischen Kriterien mehr als Randbedingungen darstellen, mit denen sich realistische Vorschläge abzufinden haben.

Die erste Auffassung wird ihre Zielsetzung am ehesten dadurch realisieren wollen, daß der Versuch gemacht wird, die Aufgaben von Bund und Kantonen künftig zu entflechten und diejenigen des Bun-

⁶ Vgl. P. SALADIN, Holzwege des «kooperativen Föderalismus», in: Festschrift für Bundesrat H. P. Tschudi, Bern 1973, S. 3ff.

des auf gewisse umfassende Bereiche zu konzentrieren, damit den Kantonen ein genügend großes Feld eigener Staatstätigkeit verbleibt. Der zweiten Auffassung dagegen wird es eher um eine Übertragung weiterer Tätigkeiten auf den Bund gehen, zur Sicherung und Erhöhung der Leistungseffizienz und zu sinnvoller Verflechtung bisher getrennt und unkoordiniert verlaufender Tätigkeiten, damit der Leistungs- und Koordinationskrise auf diese Weise begegnet werden kann.

Eine genauere Analyse zeigt nun, daß die Gegensätze zwischen den beiden Auffassungen keineswegs unüberbrückbar sind. Dazu bloß einige Stichworte: Die Zielsetzungen der einen Konzeption sind immer zugleich Randbedingungen der anderen und umgekehrt. Die beiden Auffassungen lassen sich einander ohne weiteres annähern, sobald sie zu konkretisieren sind. Im weiteren sind Entflechtung und Verflechtung sehr relative Begriffe. Im übrigen besteht eine Verbindung der beiden Auffassungen auch insofern, als von einer Stärkung der Kantone oder des Föderalismus im Ergebnis wohl keine Rede sein kann, wenn die den Kantonen ausschließlich vorbehaltenden Aufgaben ungenügend angegangen und gelöst werden. Andererseits ist eine vermehrte Aufgabenverlagerung auf den Bund und die Zentralverwaltung noch keine vollwertige Garantie für eine effizientere Aufgabenerfüllung.

Nach WITTMANN sind etwa folgende Kriterien für die Aufgabenverteilung zwischen den öffentlichen Körperschaften in Betracht zu ziehen:

Staatspolitische Kriterien:

- Subsidiaritätsprinzip
- Selbstverantwortung, Selbstverwaltung
- Realisierung nationaler Ziele
- Gleichgewicht zwischen den Regionen
- Recht auf gleiche Versorgung mit Staatsleistungen.

Finanzwirtschaftliche und institutionell-technische Kriterien:

- finanzielle Möglichkeiten
- technische und administrative Eignung
- örtliche Dezentralisierung
- Flexibilität.

Ökonomische Kriterien:

- Externe Effekte (für die Zuständigkeit zur Regelung einer Aufgabe soll entscheidend sein, daß sich der Kostenkreis und der Nutzenkreis einer öffentlichen Aufgabe decken).
- Größendegression (maßgebend für die Durchführung einer Aufgabe soll die Kostengünstigkeit sein; öffentliche Einrichtungen sind in derjenigen Größe zu konzipieren, bei der sich minimale Kosten ergeben).⁷

Es wird nun verschiedentlich bezweifelt, daß es überhaupt möglich sei, tragfähige und umfassende Kriterien für die Aufgabenteilung zwischen öffentlichen Gemeinwesen aufzustellen. Die Existenz solcher Kriterien an sich wird nicht in Frage gestellt, aber es wird doch angenommen, daß sich derartige Kriterien nur für einzelne bestimmte Bereiche der staatlichen Tätigkeit definieren lassen. Immerhin vermögen Kriterienschemen als idealtypische Modelle wertvolle Orientierungs- und Entscheidungshilfen zu leisten.

Eine erste Prüfung des Problems der Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen muß meines Erachtens – in Stichworten – etwa zu folgenden Ergebnissen führen:

- Von entscheidender Bedeutung ist eine Verbesserung der Koordination und Kooperation zwischen den Gemeinwesen aller Stufen.
- Es ist nicht nur die Institution der Gemeinschaftsaufgaben – etwa nach bundesdeutschem Vorbild – ernsthaft zu prüfen, sondern eine institutionalisierte durchgehende Aufgabenplanung, gemeinsam durchzuführen von Bund und Kantonen sowie von Kantonen und Gemeinden.
- Die einzelnen Funktionen innerhalb der Aufgabenbereiche sind besser zu erfassen und auszugestalten.
- Kompetenzübertragungen auf bestehende Gemeinwesen, soweit sie nicht die Finanzierung, sondern die Regelung oder Durchführung der Aufgaben betreffen, sind nicht von entscheidender Bedeutung.
- Die ausschließliche Übertragung der Regelungszuständigkeit auf den Bund würde die Vollzugsprobleme in weitem Maße bestehen

⁷ W. WITTMANN, Kriterien für die Aufgabenverteilung zwischen öffentlichen Körperschaften, in: Festschrift Bickel, 1973.

lassen; die Übertragung von Regelung und Durchführung auf den Bund müßte demgegenüber zu einem Maß an Zentralisierung führen, das als unerwünscht zu erachten ist.

- Mit der Ausarbeitung und Anwendung von Kriterienschemen allein lassen sich die konkreten Probleme der Aufgabenteilung nicht lösen.
- Die Aufgaben sind – auf weite Sicht – in derart dimensionierten Gemeinwesen zu erfüllen, daß die adäquaten personellen und technischen Mittel eingesetzt werden können.

Diese letzte These bedeutet nun nicht nur, daß gewisse Kompetenzübertragungen Platz greifen müssen. Man sollte sich auf längere Sicht vielmehr ernsthaft auch mit der Frage der «Gebietsreformen» beschäftigen. Dies heißt beileibe nicht, daß man in unrealistischer Weise eine völlige Neustrukturierung des Staatsgebietes ins Auge faßt, sei es durch die Schaffung einer kleineren Zahl von Kantonen oder durch die Bildung starrer Regionen, welche sich zwischen die Ebene des Bundes und diejenige der Kantone schieben würden. Es geht vielmehr darum, die Kooperation zwischen den Kantonen derart zu entwickeln, daß für die Erfüllung bestimmter Aufgaben Regionen – etwa im Sinne von Zweckverbänden – gebildet werden können.

Ich möchte noch zwei Gedanken anfügen: Die heutige «Leistungskrise», welche zu Recht mit dem Problem der Aufgabenteilung in Verbindung gebracht wird, ist im Grunde genommen viel grundsätzlicher Natur. Sie führt zur Frage, ob das Gemeinwesen – auf allen Stufen – angesichts der ständig steigenden Ansprüche, die es nicht nur einigermaßen zureichend, sondern mit großer Perfektion erfüllen sollte, in seinen Leistungen an die Grenze des Möglichen gestoßen ist. Sie führt zur Frage, ob wir uns nicht einem Zustand nähern, der eine grundsätzliche Neubesinnung darüber notwendig macht, in welcher Richtung sich Staat und Gesellschaft überhaupt entwickeln sollen. Dies bedeutet, daß die Problematik des Föderalismus und das Problem der Aufgabenteilung in einem umfassenderen Zusammenhang gesehen und beurteilt werden müssen, ja, daß sie angesichts der skizzierten Sachlage etwas an Bedeutung verlieren.

Ein zweites: Meines Erachtens muß die Diskussion der Aufgabenteilung auf zwei Ebenen geführt werden:

Einmal im Rahmen einer grundsätzlichen Behandlung des Föderalismus, im Rahmen eines gründlichen Neuüberdenkens staatspolitischer Grundsätze und Kriterien. Dazu bieten eben die Vorarbeiten für eine Totalrevision der Bundesverfassung Gelegenheit. Zum andern aber können neue Lösungen nur auf Grund vertiefter, praktisch orientierter Erhebungen erarbeitet werden. Es ist etwa zu prüfen, wie die Erfüllung bestimmter Aufgaben, welche enger Zusammenarbeit zwischen den Gemeinwesen aller Stufen bedarf, in der Praxis, in der täglichen Arbeit, effektiv verläuft. Erst wenn solche Grundlagen vorhanden sind, können die Tauglichkeit der einzelnen Modelle in den verschiedenen Aufgabenbereichen beurteilt und neue Lösungen konzipiert werden. Dieses Vorgehen, welches in den einzelnen Bereichen zu praktikablen Ergebnissen führen kann, ist meines Erachtens aussichtsreicher als der Versuch, ein allgemeingültiges Schema von Kriterien für die Verteilung der Aufgaben zu entwerfen und auf diesem Wege zu einer neuen Gesamtkonzeption zu gelangen.

6. Schlußbemerkungen

Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß eine formale Bereinigung des Verfassungstextes, das heißt der Sprache, des Zusammenhangs und des systematischen Aufbaues an sich wünschenswert wäre, aufwendige Totalrevisionsarbeiten und ein entsprechendes Verfahren allein aber nicht rechtfertigen würde. Andererseits steht ebenso fest, daß die wesentlichen Grundentscheidungen, welche der Verfassungsgeber im letzten Jahrhundert getroffen hat, auch heute noch weitgehend unbestritten sind. In bezug auf die schweizerische Ausprägung der Demokratie, die Grundsätze des Rechtsstaates, den föderativen Staatsaufbau und die Ergänzung dieser Konstanten durch die Grundsätze der Sozialstaatlichkeit besteht in unserem Volke ein breit abgestützter Konsens. Es kann deshalb nicht darum gehen, gleichsam einen neuen Staat zu schaffen, die bisherigen Konstanten über Bord zu werfen und Grundentscheidungen neu zu treffen.

Eine umfassende Revision der Bundesverfassung wird demnach darauf gerichtet sein, diejenigen Normen und Institutionen einer

gründlichen Prüfung zu unterziehen und soweit notwendig neu zu gestalten, welche nicht zu jenen Essentialia gehören, die im Konsens des Volkes als überdauernde Fundamentalentscheidungen verankert sind. Sie wird sich auf jene Verfassungsteile konzentrieren, die sich zur Bewältigung der großen Gegenwarts- und Zukunftsaufgaben nicht mehr als genügend tragfähig und funktionsfähig erweisen oder zu wenig flexibel sind, der Entwicklung zu wenig Raum lassen.

Ob diese Revision in Form einer Totalrevision aus einem Guß durchgeführt werden kann, ob sich vielmehr eine geplante Folge von Teilrevisionen als gangbarer Weg erweist oder ob Zwischenlösungen denkbar sind, ist eine Frage, die sich vorläufig noch nicht schlüssig beantworten läßt.

Abschließend sei darauf hingewiesen, daß die Gestaltung der Arbeiten der Expertenkommission außerordentlich hohe Anforderungen stellt und verschiedensten Postulaten genügen muß:

- Der von ihr erwartete Verfassungsentwurf muß wissenschaftlich abgesichert sein; verschiedene Verfassungsprobleme bedürfen einer vertieften Bearbeitung und setzen schlüssige Forschungsergebnisse voraus.
- Wenn ein tragfähiger Entwurf entstehen soll, müssen bereits in der Phase der Kommissionsarbeiten politische Ausmarchungen zum Tragen kommen, müssen sich die maßgebenden politischen und gesellschaftlichen Kräfte zu den verschiedenen Lösungsmöglichkeiten äußern können.
- Der Bundesrat sollte die Arbeiten ständig «begleiten», damit ein Entwurf entsteht, dessen Lösungen und Reformen nicht ohne Bezug zur politischen und gesellschaftlichen Wirklichkeit im Raume stehen.
- Der zu schaffende Entwurf muß einerseits ein möglichst geschlossenes Ganzes bilden, andererseits aber so angelegt sein, daß in entscheidenden Fragen, welche Gegenstand grundsätzlicher politischer Auseinandersetzung bilden, Alternativlösungen aufgezeigt werden können.
- Die Expertenkommission wird zahlreiche Koordinations- und Informationsprobleme lösen müssen. Sie wird nur zu positiven Ergebnissen gelangen können, wenn sie die laufende Entwicklung des Verfassungsrechtes ständig zu berücksichtigen vermag und

die Behandlung von Einzelproblemen durch Verwaltung, Experten und Wissenschaft laufend einarbeiten kann.

XV.

La discussion engagée à la séance du samedi sous la direction de Monsieur FRITZ GYGI, vice-président est reprise. Elle est consacrée aux interventions de

Dr. GEORG GAUTSCHI, avocat à Zurich

Dr. PAUL SIEGENTHALER du Département fédéral de justice et police, Berne

M^e MARCEL REGAMEY, avocat à Lausanne.

Herr GAUTSCHI: Gestatten Sie einem bald abtretenden Veteranen der Juristentage einige Worte zur Kunst der Gesetzgebung, anknüpfend an die vom befreundeten Kollegen TROLLER vorzüglich formulierten Gedanken. Lex ist – es dürfte im Wort liegen – ein lesbarer Gedankeninhalt, lesbare Recht, ratio scripta im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht. Latein, z. B. jenes des TACITUS, die disziplinierteste der Sprachen, in den Bullen der Päpste noch heute lebendig, eignet sich besonders zur kurzen und präzisen Formulierung von Gedankenhalten, primäres Gebot der Gesetzesredaktion. Jedes Wort ist auf die Goldwage gelegt. Jeder Satz bildet eine geschlossene Gedankenkette. Der Leitgedanke findet seinen Akzent im Prädikat des Hauptsatzes. Dem Oberbegriff können mittels Partizipialkonstruktionen Unterbegriffe kurz und klar subordiniert werden. Deutsch, eine substantivische Hauptsatzsprache, hat es schwerer. Ein einziger Gedankengang muß durch Punkte oder Kommas zerissen werden. Die Subordination oder Explikation in wortreichen Nebensätzen kommt nicht immer plastisch zum Ausdruck. Der eidgenössische Gesetzgeber steht vor einer sprachkünstlerischen Aufgabe erster Ordnung, wie kein anderer in Europa. Er soll die nämlichen subtilen Gedankeninhalte für eine überaus differenzierte Gesellschaftsordnung in drei, sogar vier der europäischen Hoch-

kultursprachen gießen. Er darf nicht einfach einen Text übersetzen. Jeder Guß ist Urtext. Würde man wie in der Mittelschule wörtlich übersetzen, so käme Sonderbares heraus. Wort- und Begriffsgrenzen verlaufen in den vier Sprachen keineswegs auf den gleichen Linien. Satzbau, Syntax sind verschieden. Man hat schon dem Obligationenrecht MUNZINGERS und dann dem Zivilgesetzbuch EUGEN HUBERS eine hohe Sprachkunst nachgerühmt. Sicher haben beide Autoren mit dem deutschen Begriffsinstrumentarium gedacht. Aber sie dachten so klar und formulierten so einfach, daß die welschen und lepontischen Miteidgenossen das Gedankengut relativ mühelos nachdenken und in ihre Sprache übernehmen konnten. Sie waren sich offenbar bewußt, was es heißt, einen Rechtsgedanken so zu formulieren, daß er mühelos drei Siebe verschiedenartiger Sprachgenien zu passieren vermag. Die sprach-, schrift- und drucktechnischen Mittel scheinen einfach. Doch ihr Resultat ist in der Perfektion hohe Darstellungskunst. Jeder Artikel ist, wie schon das Wort sagt, ein Gliedlein eines gewaltigen in sich geschlossenen Geisteswerkes. Ein Baum der Erkenntnis, von dessen gradlinigem, unverknorztem Stamm viele Äste und zahllose Zweige in straffer Ordnung und Unterordnung ausgehen, das tragende Gerüst der Titel, Abschnitte und der Randtitel zu jedem Artikel liefernd, die wie ausgereifte gleichförmige und wohlverdauliche Früchte in den Zweigen hängen. Nie mehr als drei Absätze, die Sprache von einem Fluß und Rhythmus, der zum Nachsprechen reizt und das Memorieren erleichtert.

Gilt das auch von den nach 1911 hinzugekommenen Novellen? Schon der Zuwachs von 1936, Personen-, Handelsgesellschaften und Genossenschaft, Handelsregister, Geschäftsfirmen, Buchführung, Wertpapiere sind eines anderen Geistes Kind. Der Gesetzgeber ist gesprächiger geworden: 4 bis 5 Absätze pro Artikel bilden fast die Regel. Es ist nicht mehr das Bügeleisen eines einzigen Redaktors über den Stoff gegangen. Struktur und Systematik der Titel, Abschnitte und Randtitel, die ja Gesetzesinhalt bilden, sind nicht mehr so zwingend, die Ko- und Subordination des Stoffes nicht immer überzeugend. Anstelle der einheitlich sauberen und doch unpedantischen Begriffssprache des alten Stammes ist die Stil-, Redens- und Wesensart der Expertenkommissionen getreten. Manchmal dünt ein, es hätten viele verschiedenartige Köpfe ein Puzzle zusammen-

gesetzt. Es entsteht zwar ein Ganzes, aber man sieht noch die Haarrisse, wo die Steinchen ineinandergreifen.

Die mit dem Agenturvertrag Art. 418 a–v einsetzende Nachkriegswelle der Novellen entfernt sich noch weiter vom Geist, in dem der alte Stamm des eidgenössischen Privatrechts wurzelt. Eine veränderte Gesellschaft, nennen wir sie Massengesellschaft, brauchte ein anderes Recht als das konsolidierte Establishment von vor dem Ersten Weltkrieg, das aus der bewährten Lehre und Überlieferung des Art. 1 ZGB schöpfte. Doch habe ich bei der Kommentierung bemerkt, daß bewährte Lehre mit zwei bis drei Jahrtausenden des Nachdenkens überzeugender darzustellen ist als die Abgangsentschädigung des Agenten und nur des Agenten bei absolut ordnungsgemäßer Vertragsauflösung.

Dreizehn Jahre später, 1963 kam die Novelle über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, in ihrer sozialen Zielsetzung von niemand angezweifelt. Sie hat den Vorauszahlungsvertrag, den profitablen Hoffnungskauf für künftige Aussteuern heiratswilliger Damen still beerdigt. Ich glaube, es wäre auch mit einem auf bewährter Dogmatik beruhenden Bundesgerichtsentscheid möglich gewesen.

Aus den Art. 226–228 OR ist ein kleiner Codex des Kreditkaufrechtes geworden, sehr detailliert. EUGEN HUBER wollte wegen seiner vielen Tücken den Eigentumsvorbehalt überhaupt nicht haben. Während der Agenturvertrag visuell mit den Art. 418 a–v noch eine verdauliche Interpolation darstellt, ist hier die Artikelnumerierung 226 a–m, 227 a–i und 228 mit den Geboten der Zahlenlogik nur noch schwer vereinbar. Man wollte einen großen Flick, doch ohne die Zahlen am alten Stamm zu verändern. Art. 226 c OR: Vertragsabschluß für den Verkäufer verbindlich, für den Käufer aber nur dann, wenn er sich nicht innert 5 Tagen eines besseren besinnt. Ich frage: Wäre eine im Resultat gleichwertige Schutzwirkung nicht ohne Einbruch in die Jahrtausende alte Lehre vom Vertragsabschluß erreichbar gewesen? Selbst die Opportunitäten der gegenwärtigen Massengesellschaft vermögen versteckte Ausnahmen vom Eckpfeiler der Rechts- und Gesellschaftskultur – *Pacta sunt servanda* – nicht zu legitimieren. Der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren darf nicht dazu führen, daß sich im Rechtsverkehr Subjekte besseren und minderen Rechts gegenüberstehen. Das Gesetz sollte die widerstre-

benden Interessen auf den nämlichen Nenner der Rechtsgleichheit harmonisieren. Wäre die Abzahlungsnovelle von der gleichen Bodenständigkeit wie der alte Stamm des OR, würde sich dann nach zehn Jahren schon der Ruf nach einer Novelle zur Novelle erheben?

Der mit Agentur- und Abzahlungsvertrag eingeleitete Trend, den wirtschaftlich Schwächeren zum rechtlichen Herkules zu machen, hat sich im neuen Arbeitsvertragsrecht von 1972 fortgesetzt. Hier wurde anstelle des schlichten Dienstvertrages ein eigentlicher Codice del lavoro nach neunzig Jahren auf den Stamm eines liberalindividualistischen Privatrechts aufgepropft, ein Experiment des Einzwängens, das nicht restlos glücken konnte. Schon die Titelbezeichnung «Der Arbeitsvertrag» und erst recht die Abschnittsbezeichnung «Einzelarbeitsvertrag» für die zwei Jahrtausende alte «locatio conductio operarum», Dienstmiete, Dienstvertrag erscheint nicht glücklich. Auch der Werkvertrag, der einfache und die qualifizierten Aufträge sind Arbeitsverträge oder wie Art. 394 Abs. 2 OR sagt, Verträge über Arbeitsleistung. Dann sollte nicht ein Oberbegriff und ein Unterbegriff im Gesetzestext den gleichen Namen haben. Dienstvertrag ist doch nicht diskriminierend. Wegen dieses Wortes mußte der Wortlaut von 13 Artikeln im OR und ZGB geändert werden. Art. 361 OR 1911 lautete unter dem Randtitel «F» «Anwendung auf freie Dienste»: «Die Vorschriften dieses Titels finden, wo die Voraussetzungen des Dienstvertrages vorliegen, auch Anwendung auf Dienstverhältnisse, in denen gegen Honorar Arbeiten zu leisten sind, die eine besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzen.» Mit einem einzigen Artikel war damit das Arbeitsverhältnis der in abhängiger Stellung wirkenden Wissenschafter und Künstler, Spital- und Sanatoriumsärzte, Bank- und Versicherungsjuristen, Verbandssekretäre, Schauspieler, Musiker und der auf allen Wissensgebieten immer zahlreicher werdenden Forscher geregelt. Das war unbedingt notwendig zu sagen, weil künstlerische und geistige Arbeit nach Art. 394 Abs. 2 unter den einfachen Auftrag fällt, wenn das positive Recht die Subsumption unter einem anderen Arbeitsvertragstypus nicht ausdrücklich vorsieht. Die Novelle hat diese wichtige Bestimmung unter den Tisch gewischt. Statt dessen finden wir unter Art. 361 und 362 der Novelle in einem besonderen Abschnitt eine drei Seiten umfassende Liste zwingender Vorschrif-

ten, von denen entweder überhaupt nicht oder nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. In der Textausgabe SCHÖNENBERGER sind die ersten mit zwei, die letzteren mit einem Strich am Rand bezeichnet. EUGEN HUBER, der in seinen Texten keine einzige Verweisung duldet, hätte sich über diese für den Gesetzgeber bequeme, für die Rechtsanwendung aber mehr als unbequeme Präsentation eines Gesetzestextes gewundert. Es dürfte nicht immer einfach sein, eindeutig zu bestimmen, ob eine konkrete Abweichung vom Gesetz sich zu Ungunsten welcher Partei auswirkt. Die in Art. 19 OR proklamierte Vertragsfreiheit ist vom Winde der Hochkonjunktur verweht. So sehr ich für den Schutz der Schwachen eintrete, das neue Arbeitsrecht geht zu weit und trägt fast klassenkämpferische Züge. In den Rechts- und Personalbüros der Großbetriebe mag es noch verkraftet werden. Klein- und Mittelbetriebe, auch in freien Diensten, wie Anwälte und Ärzte, die auf Hilfskräfte angewiesen sind, strecken nicht selten entmutigt die Waffen. Die Novelle stabilisiert die Machtposition, die sich der Arbeitnehmer im Strudel von drei Jahrzehnten Hochkonjunktur sichern konnte. Ob sie sich in der Rezession oder gar bei Massenarbeitslosigkeit, wie wir sie in den dreißiger Jahren erlebten, bewährt, wird sich erst noch zeigen. Mir scheint, sie weise das Gleichgewicht, das Dauerhaftigkeit im Wechsel der Zeitalüfe verbürgt, nicht auf.

Noch skeptischer bin ich hinsichtlich der Novelle über das Mit- und Stockwerkseigentum Art. 647, 647 a–e, 649 a–e, 712 a–t ZGB. EUGEN HUBER war ein Gegner des Stockwerkeigentums, noch ausgesprochener als des Eigentumsvorbehaltens. Man erblickte darin ein Mittel zur Sanierung des Wohnungsmarktes. Hat es diese Funktion erfüllt? Die von Bauspekulanten aus Profitgier erbauten, schon für den Mittelstand unerschwinglichen Eigentumswohnungen überwiegen bei weitem. Dereinst auf Genossenschaftsbasis z.B. in Zürich vorbildlich wirkende soziale Wohnungsbau ist der Bodenspekulationswelle, die über uns hinweggegangen ist, fast gänzlich erlegen. Das Institut des Stockwerkeigentums hat Perlen unseres Landes – Tessin, Engadin, die Ufer des Léman – mit einer Baukultur amerikanischen Musters, mit Wolkenkratzern und Reihenhäusern beglückt und den nur mühsam gestoppten Ausverkauf der Heimat an Landesfremde entschieden gefördert. Der Schweizer kann sich diesen genormt vor-

vorbereiteten Prunk gar nicht leisten und fühlt sich darin auch nicht wohl. Die heute erkannte Fehlentwicklung unseres öffentlichen und privaten Bodenrechtes ist durch die Stockwerkseigentumsnovelle nicht nur nicht gebremst, sondern gefördert worden. Gesetzestechnisch ist die neue Ordnung kompliziert und unübersichtlich. Viele Details gehören bestenfalls in eine Verordnung. Sie enthalten mehr Recht der einfachen Gesellschaft und des Vereins als klares und zwingendes Sachenrecht, so z.B. die Ordnung der Gemeinschaft der Stockwerkseigentümer, die als besondere juristische Person (Art. 712 1) konzipiert ist. Ein über viel größere Vermögen verfügender Anlagefonds hingegen ist es nicht. Begrenzte Partialrevisionen durch immer andere Expertenkommissionen bergen die Gefahr, daß die Einheitlichkeit, Geschlossenheit und innere Logik einer Kodifikation verloren geht. Jeder Experte kann nur sein Steckenpferd reiten und betrachtet oft die anderen Weidegründe oder Rennbahnen als quantité négligeable. Oft werden schon in der Kommission die Gegensätze der Interessengruppen ausgetragen. Dann entstehen bereits in statu nascendi Fehlgeburen, Kompromisse, auch schlechte, statt Lösungen. Das zerbrochene Porzellan kann das Parlament nicht flicken. Es muß mit der Konzeption arbeiten, die ihm vorgelegt wird, und kann höchstens in Einzelheiten retuschieren. Am Schluß der Kommissionsarbeit werden die erzielten Kompromisse mühsam aber eilig zunächst einsprachig redigiert und in die anderen Amtssprachen der Eidgenossen übersetzt. Daraus wird dann nicht selten der Wortlaut des Gesetzes. Die Arbeit der Auslegung übernehmen die Gerichte, die mangels eines klaren Wortlautes die ratio legis, den Willen des Gesetzgebers ermitteln sollen, einen Willen, wo oft keiner war. Sprachpräzision und Sprachdisziplin des Gesetzgebers könnte viel vom unproduktiven Leerlauf der Gesetzesauslegung verhüten. Spitzensprachexperten seien, so scheint mir, am ehesten unsere Bundesgerichtssekreteräe. Doch sind sie ohnehin überlastet. Ich glaube, der Mann, der die Produktion der eidgenössischen Gesetzgebungsmaschine wenigstens sprachlich auf einen Nenner bringt, tut ebenso not wie der Ombudsman im Labyrinth der eidgenössischen Verwaltung.

Herr SIEGENTHALER: Aus dem Problembereich der Rechtssetzung trete ich auf drei Aspekte der *Kompetenz zur Rechtssetzung* ein, die in den Referaten nicht oder nur andeutungsweise behandelt worden sind. Es sind Fragen, die uns in der Gegenwart beschäftigen müssen und die auch im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung zur Diskussion stehen.

1. Die Notrechtskompetenz

Die Notrechtskompetenz ist die Kompetenz zur Rechtssetzung auf Verfassungs- und Gesetzesstufe im Falle, daß die ordentlichen Organe (Volk, Stände, Bundesversammlung) ihre Zuständigkeit nicht mehr ausüben können. Unsere Zeit ist *notstandsanfälliger* geworden; die politischen Behörden sind vermehrt mit Situationen konfrontiert, die als Notstand erscheinen.

Die Bundesverfassung enthält keine positiv-rechtliche Regelung der Notrechtskompetenz, weder zugunsten der Bundesversammlung noch des Bundesrates. Artikel 89^{bis} der Bundesverfassung regelt die Dringlichkeitskompetenz zugunsten der Bundesversammlung, nicht aber eine Notrechtskompetenz; dieser Verfassungsartikel ist *kein genereller Notstandsartikel*. Es steht auch nicht zu erwarten, daß im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung eine Regelung der Notrechtskompetenz in die Verfassung aufgenommen wird; die Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung empfiehlt – mit vollem Recht – auf die Kodifikation des Notrechts zu verzichten. Im Gegensatz zur Bundesverfassung übertragen mehrere *Kantonsverfassungen* den Kantonsregierungen ausdrücklich eine Notrechtskompetenz.

Wenn auch in einer Verfassung die Notrechtskompetenz der politischen Behörden nicht ausdrücklich normiert ist, ist dennoch die Inanspruchnahme einer Notrechtskompetenz durch die Bundesversammlung oder durch den Bundesrat ein *legitimes Anliegen*. Die Bundesverfassung muß auch im Notstand verwirklicht werden, d.h. in einer Situation, in welcher das Volk und die Stände oder das Parlament nicht mehr legiferieren können. Eine Verfassung, die die Rechtssetzung für den Notstand nicht regelt, enthält daher eine

offene Frage, d. h. eine *echte Lücke* über die Ausübung der Rechtssetzungskompetenz im Notstand. Diese echte Lücke auszufüllen, ist Sache der politischen Behörden. Sie wird dadurch ausgefüllt, daß die politischen Behörden eine *selbständige Notrechtskompetenz* in Anspruch nehmen, sei es die Bundesversammlung – wie im Falle der Vollmachtenbeschlüsse – oder der Bundesrat.

Die Legitimität für die Ausübung einer Notrechtskompetenz – mangels positiv-rechtlicher Regelung – kann eine Instanz dann für sich in Anspruch nehmen, wenn sie vom *soziologisch-politisch begründeten Bewußtsein des Volkes* getragen ist, zur Rechtssetzung befugt zu sein. Bei der Staatengründung kommt diese Legitimität jener Instanz zu, die sich ethisch-politisch, machtmäßig die Befugnis aneignet, eine ursprüngliche Verfassung in Kraft zu setzen. Im Notstand verfügen die verfassungsmäßig bestellten politischen Führungsbehörden über die Legitimität zur Ausübung der Notrechtskompetenz. Die politische Situation bei der Staatengründung und diejenige im Notstand sind sich ähnlich.

Auf eine Umfrage in den Kantonen über die Regelung der Notrechtskompetenz wurde vom *Kanton Appenzell Außerrhoden* geantwortet, daß nach Auffassung des Landammanns das Volk von der Regierung erwarte, daß sie im Notstand die nötigen Anordnungen treffe. Daraus läßt sich die *Legitimität zur Rechtssetzung im Notstand* mangels verfassungsrechtlicher Grundlage erkennen.

2. Willensentscheidung bei der Totalrevision der Bundesverfassung

Bei der bevorstehenden Totalrevision der Bundesverfassung geht es nicht um einen ursprünglichen Entscheid zum Zusammenschluß zum Staat. *Konstituierung sowie Form und Struktur des schweizerischen Bundesstaates stehen nicht zur Entscheidung*. Ein neuer Wille zur staatlichen Integration, der auch die Entscheidungen über die einzelnen institutionellen und organisatorischen Bereiche des Staates einheitlich umfaßt und in sich schließt, muß heute nicht getroffen werden. Daher erhebt sich die Frage, ob bei einer Totalrevision der Bundesverfassung nicht die einzelnen institutionellen und organisatorischen Bereiche Volk und Ständen *gesondert* zur Abstimmung

unterbreitet werden müssen. Diese Methode der Einzelabstimmungen liegt auch im Interesse der *Entscheidungsfreiheit* des Bürgers. Könnte er über die sog. Totalrevision der Bundesverfassung nur eine einzige Willensentscheidung treffen, wäre er genötigt, über die verschiedenen staatlichen Bereiche einen einheitlichen Willen zu treffen, obschon er zu diesen unterschiedlich Stellung nehmen möchte.

Damit kann es sich aufdrängen, die einzelnen institutionellen und organisatorischen Bereiche Volk und Ständen paketweise zur Abstimmung zu unterbreiten. Abschließend könnte über den neuen Verfassungstext im Sinne einer *formellen Totalrevision* der Bundesverfassung einheitlich entschieden werden.

3. Folgerungen aus der gewaltenteiligen Kompetenzordnung

Die gewaltenteilige Kompetenzordnung der Bundesverfassung hat nicht nur den Sinn einer Freiheitsgarantie. Durch sie wird grundlegend die *Ordnung für die Ausübung der staatlichen Macht und für die politische Verantwortlichkeit* festgelegt. Es steht deshalb im Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung, wenn Anordnungen, die von den verfassungsrechtlich zuständigen Instanzen getroffen worden sind, auf dem Wege von Partialrevisionen wiederum geändert werden könnten. Die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung beschränkt den Umfang der Verfassungsrevision. In ihr liegen die *materiellen Schranken der Verfassungsrevision* begründet. In diesem Sinne ist die Regelung der Verfassung des *Kantons Glarus* zu verstehen, wonach der Landsgemeinde kein Recht zustehe, über Urteile und Beschlüsse zu entscheiden, welche die verfassungsmäßigen Behörden gemäß der ihnen eingeräumten Befugnisse erlassen haben.

Um die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert hat der Franzose ANTOINE DE RIVAROL geschrieben, daß sich die Demokratie in eine Anarchie verwandeln würde, wenn das Volk die drei Gewalten durch sich selbst ausübte. Angesichts der Tendenz zur «*Demokratisierung der Demokratie*» – auch eine Form der «*Arglist der Zeit*» – müssen wir uns vermehrt auf diese Mahnung ANTOINE DE RIVAROLS besinnen.

M^e REGAMEY: *La primauté de la Constitution n'entraîne pas nécessairement son antériorité dans le temps.*

La hiérarchie descendante: constitution – loi – ordonnance d’application – acte administratif, paraît tellement évidente et logique qu’il serait paradoxal de la mettre en doute. De cette hiérarchie dans la primauté, on tire, comme allant de soi, une antériorité, dans le temps, de la norme constitutionnelle par rapport à la loi et de celle-ci par rapport à l’ordonnance d’exécution et à l’acte administratif.

Cet ordre dans le temps est-il si évident ?

Le schéma classique suppose une grande stabilité de la norme constitutionnelle et une stabilité moyenne de la loi.

Il suppose aussi un degré de généralité décroissant de la constitution à la loi et à l’activité réglementaire et exécutive de l’administration.

Dans quelle mesure cette vue schématique et formelle de la vie de l’Etat correspond-elle à la réalité vivante de la société actuelle ?

A l’abri des révolutions depuis 1848, la Suisse peut-elle continuer à vivre selon le schéma classique ?

Ce schéma n’est pas destiné seulement à la satisfaction de l’esprit juridique. Il a aussi et surtout pour fin de protéger la liberté des citoyens, assurés qu’aucun acte administratif n’est possible en dehors de la loi et qu’aucune loi n’est promulguée en dehors de la Constitution.

Or nous savons bien que depuis le 1^{er} août 1914, ce principe n’est plus incontesté en Suisse. Les pleins pouvoirs de la première guerre suivis, dès 1933, de la législation de crise, qui, en la forme, étaient réguliers, mais qui, matériellement, dérogeaient à la Constitution; puis, de nouveau, les pleins pouvoirs de la guerre 1939–1945, jusqu’en 1949, date du rétablissement de la légalité avec, cependant, l’exécutoire de l’article 89^{bis}, troisième alinéa, peu utilisé d’abord, puis de plus en plus.

L’article 89^{bis} renverse le schéma classique mais partiellement. La loi (sous la forme d’un arrêté de portée générale déclaré urgent) précède la Constitution, qui se trouve dans le délai d’un an réadaptée si le pouvoir constituant, peuple et cantons, le veut bien.

La tendance du juriste est de limiter le plus possible le recours à cette procédure exceptionnelle, en introduisant dans la Constitution de nouvelles normes générales qui la rendent superflue.

Ce souci est légitime mais à la condition qu'il n'aille pas à l'encontre du principe même de toute norme constitutionnelle: la limitation du pouvoir. Si par la voie du schéma classique, un pouvoir total est donné à l'autorité, la Constitution ne subsiste plus qu'en apparence.

Or les changements très rapides de la situation économique et la nécessité d'y faire face par des moyens nouveaux et inédits, ne permettent pas d'enfermer dans une norme rigoureuse les pouvoirs de l'Etat. Bien plus, l'Etat fédéral suisse dont la compétence, en vertu de l'article 3 de la Constitution, n'est que spéciale, la compétence générale restant aux cantons, ne peut faire face aux nécessités, selon le schéma classique, que moyennant l'insertion dans la Constitution d'une disposition qui, en apparence seulement fonde une compétence spéciale, mais qui, en réalité lui permettra d'intervenir même dans les affaires cantonales et communales et de déroger aux libertés constitutionnelles.

Et comme l'action du gouvernement doit s'adapter très rapidement à des situations changeantes, la loi elle-même au lieu de contenir les normes matérielles applicables, doit se borner à en laisser le choix au gouvernement. Nouvelle alternative: ou ce choix est libre et le gouvernement acquiert un pouvoir total, ou le choix est strictement restreint à un certain nombre de mesures, limitativement énumérées, et le gouvernement ne peut toujours pas faire face à des situations imprévues.

Le schéma Constitution – loi, ordonnance d'application – acte administratif conduit, dans le temps que nous vivons, à l'Etat totalitaire.

Remarquons, en passant, que ce schéma n'a géné aucun régime totalitaire. Appliqué en Russie comme dans les Etats satelliques, il ne garantit pas, à lui seul, la liberté des citoyens.

Ne convient-il pas dès lors de se dégager de ce schéma et de ne plus considérer la norme constitutionnelle comme une norme nécessairement préalable et immobile et le pouvoir constituant comme ayant achevé sa tâche, la Constitution adoptée ?

En renonçant à la priorité dans le temps de la norme constitutionnelle, on peut conserver au pouvoir constituant une participation se renouvelant toutes les fois que la norme légale déroge à une liberté

fondamentale ou à la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons.

L'adhésion du constituant venant après coup pourrait porter sur des mesures particulières, sans qu'il ait été nécessaire de conférer préalablement à l'Etat fédéral un pouvoir général en la matière.

De même, sans qu'il soit nécessaire de conférer au Conseil fédéral des pouvoirs exorbitants, lui attribuer un pouvoir général mais seulement provisionnel et de courte durée permettrait aux Chambres de conserver un contrôle réel de l'action gouvernementale.

Le renversement, en certaines matières, du schéma classique dans le suivant: décision libre du gouvernement – approbation du législateur dans un court délai puis – vote du pouvoir constituant si la mesure touche à ses droits, est de nature à opérer la synthèse entre les nécessités vitales de la Communauté nationale et les libertés fondamentales des citoyens et des cantons.

* * *

Le président remercie les organisateurs du congrès, les rapporteurs ainsi que les conférenciers et les orateurs qui sont intervenus dans le débat. Il clôt à 12 h. 00 la 108^e assemblée de la Société suisses des juristes.