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: 95 (1976)

Rubrik: Procès-verbal de la 110e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 13.10.2025

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

Procès-verbal de la 110e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

des 1er, 2 et 3 octobre 1976 à Genève

Séance du samedi 2 octobre 1976
à l'Université II

Président:
Me René Helg, avocat, Genève

I.

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

Montreux en 1975, Genève en 1976, nous ne quittons pas les bords du Léman. N'y voyez pas le signe d'une quelconque sclérose répétitive qui se serait emparée de votre Comité. Nous étions l'an passé dans le canton de Vaud pour célébrer le centenaire du Tribunal fédéral et nous nous trouvons aujourd'hui, selon la tradition, dans le canton du président à la fin de son mandat de trois ans. Me voilà à la fois confus et réconforté. Confus que le respect de cet usage contraigne nos collègues de Suisse allemande à refaire ce long déplacement, réconforté de les voir néanmoins revenus en force. Plus de 525 inscriptions ont en effet été enregistrées.

Nous avions eu le privilège à Montreux de disposer du nouveau casino qui avait permis de concentrer toutes nos manifestations en un seul lieu. Le casino de Genève n'en est qu'aux fondations. Nos points de rencontre – réceptions, assemblée, banquet – sont, dès lors, nécessairement dispersés. Le Comité d'organisation, présidé par M. le Professeur Christian Dominicé et efficacement secondé notamment par M. J.-D. Rossi, administrateur de la Faculté de droit, a ainsi eu maints problèmes à résoudre. Je remercie chaleureusement le Comité d'organisation de toute la peine qu'il a prise. Ainsi que vous avez déjà pu vous en rendre compte, aucun détail n'a été négligé.

Notre reconnaissance va également à la Faculté de droit de l'Université de Genève pour l'hommage qu'elle nous a fait d'un Recueil de mélanges publié à l'occasion de notre congrès.

Parmi les congressistes, j'ai le plaisir de saluer:

Monsieur le Conseiller fédéral KURT FURGLER, chef du Département fédéral de justice et police qui nous honore, une fois de plus, de sa présence,

Monsieur PIERRE CAVIN, président du Tribunal fédéral à Lausanne, Monsieur HANS KORNER, président du Tribunal fédéral des assurances à Lucerne, Monsieur JACQUES VERNET, conseiller d'Etat représentant le gouvernement cantonal genevois, Monsieur RAYMOND FOEX, procureur général de la République et Canton de Genève, Monsieur JACQUES PIERARD, président de la Cour de justice de Genève ainsi que de nombreux juges fédéraux et délégués des cours d'appel cantonales, Monsieur FRANCIS WOLF, sous-directeur général du Bureau International du Travail, président du Cercle des juristes internationaux de Genève.

A tous enfin, je souhaite la bienvenue à notre 110e assemblée générale que je déclare ouverte

II.

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

Maître CHRISTOPH STALDER, secrétaire au Tribunal fédéral à Lausanne,

Maître EMMANUEL DUCREST, avocat à Genève.

III.

Au cours de l'exercice écoulé, nous avons admis 102 nouveaux membres et perdu 56, soit 30 par suite de démission et 26 pour cause de décès. Le nombre de nos sociétaires s'est ainsi élevé de 46 pour atteindre le chiffre de 2897. Les nouveaux sociétaires sont (liste arrêtée au 25 août 1976):

Zürich

Hans Birchler, Stadtschreiber, Winterthur
Dr. Eric Dreifuss, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Georg Andreas Forrer, Versicherungsjurist, Zollikon
Hans-Jakob Heitz, Rechtsanwalt, Winterthur
Dr. Dieter Hierholzer, Bezirksrichter, Bülach
Robert Hunziker, Bezirksrichter, Zürich
Dr. Robert Imholz, wissenschaftlicher Mitarbeiter ETH, Zürich
Hans-Peter Kneubühler, Rechtskonsulent, Zürich

Dr. Alfred Kölz, Rechtsanwalt, Zürich
Rudolf Lang, Rechtsanwalt, Zürich
Christian Meyer, Jurist, Adliswil
Dr. John Henry Mueller, Assistent des Programmdirektors Schweizer Fernsehen, Zürich
Christof Peter, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Peter Pfenninger, Vizedirektor, Meilen
Dr. Paul Ramer, Rechtsanwalt, Zürich
Markus Schuppisser, Assistent, Zürich
Dr. Karl Strässle, Zürich
Dr. Martin Streichenberg, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Daniel Thürer, Assistent, Zürich
Peter A. Vollenweider, Assistent, Kilchberg
Alexander Weber, Rechtsanwalt, Zürich
Robert Wolf, Obergerichtssekretär, Zürich
Dr. Daniel Wyss, Rechtsanwalt, Zürich

Bern

Rolf Büchler, Fürsprecher und Notar, Thun
Dieter Grauer, eidg. Beamter EJPD, Bern
Eric Hess, juristischer Beamter, Bern
Hans-Rudolf Kuhn, Fürsprecher, Wabern
Pierre Lachat, avocat, Bonfol
Daniel Niklaus, Notar, eidg. Beamter, Schönbühl
Dr. Hans J. Pfilzmann, juristischer Beamter, Bern
Philippe Rochat, Dr en droit, juriste à l'office fédéral de l'air, Bern
Kurt Chr. Schneiter, Fürsprecher, Bern
Olivier Steiner, avocat-stagiaire, Bienne
Dr. Josef Würsch, juristischer Beamter, Bern

Luzern

Dr. Michael Gnekow, Verwaltungsgerichtsschreiber, Meggen
Thomas Ineichen, Rechtsanwalt und Notar, Luzern
Urs W. Studer, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Franz Weber, Sempach

Schwyz

Richard-André Schindler, Rechtsanwalt, Schwyz

Fribourg

Lukas Brühwiler, Jurist, Fribourg
Michel Gaudard, régisseur, Fribourg
Huber Münst, Jurist, Fribourg

Solothurn

Dr. Franz Burki, juristischer Sekretär, Langendorf
Michael Pfeifer, Fürsprech und Notar, Metzerlen
Dr. Herbert Plotke, Departementssekretär, Olten
Dr. Konrad Schwaller, Fürsprech und Notar, Solothurn

Basel-Stadt

Catherine Fürst, Advokat, Basel
Werner Haring, Advokat, Basel
Dr. Hans Georg Hinderling, Anwalt und Notar, Basel
Dr. Hans Hungerbühler, Erster Staatsanwalt des Kantons Basel-Stadt, Basel

Basel-Land

Felix Graber, Münchenstein
Rudolf Staehelin, Direktionsassistent, Allschwil

St. Gallen

Christoph Rohner, Rechtspraktikant, St. Gallen

Aargau

Kurt H. Beer, Fürsprecher, Aarau
Dr. Heinz Rey, Universitätsassistent, Aristau

Tessin

Bruno Cocchi, segretario-assessore, Bellinzona
Gianrico Moor, avvocato e notaio, Lugano
Giorgio Moroni-Stampa, avocat-stagiaire, Lugano
Bruno Notari, avvocato e notaio, Bellinzona
Mario Postizzi, avvocato, Giubiasco
Riccardo Rondi, avvocato e notaio, Giubiasco

Vaud

Dr. Margrith Bigler-Eggenberger, Bundesrichterin, Lausanne
Yves Burnand, Dr en droit, Seppey-près-Vulliens
Marc-Antoine Schaffner, avocat, Montreux
Jean-Marc Schwenter, président du tribunal de Lausanne, Lausanne

Valais

François Gasser, avocat et notaire, Sion
François Gillioz, avocat-stagiaire, Martigny
Wolfgang Guerraty, juriste, Monthey
Albert Rey-Mermet, avocat-stagiaire, Monthey
Philippe Roten, avocat et notaire, Sion
Antoine Zen-Ruffinen, avocat et notaire, Sion

Neuchâtel

Marie-France Berset, avocate-stagiaire, Neuchâtel
Marianne Bornicchia, avocate, Neuchâtel
Gérard Bosshard, avocat-stagiaire, La Chaux-de-Fonds
Rémy Erard, avocat-stagiaire, Peseux
Jacques A. Guy, avocat, Corcelles
François Matile, avocat-stagiaire, Neuchâtel
Pierre Matile, avocat-stagiaire, Auvernier
Silvia Matile, avocate-stagiaire, Neuchâtel

Genève

Marguerite Allenbach, avocate, Genève
Yves-Michel Baechler, avocat-stagiaire, Genève
Christian Brückner, Dr en droit, avocat, Genève
Thomas Burckhardt, avocat, Genève
Guido Corti, assistant-universitaire, Genève
Jean-Marie Crettaz, avocat, Genève
Jean-Louis Crochet, avocat, Genève
Françoise Dursaz, avocate, Genève
Jean Frossard de Saugy, avocat-stagiaire, Meyrin
Christine Gaitzsch, avocate-stagiaire, Genève
Olivier Gampert, notaire, Genève
Johanna Hoerler, juriste, Genève
Nicolas Junod, avocat-stagiaire, Genève
Bernard Lescaze, assistant, Petit-Saconnex
Laurent Lévy, avocat-stagiaire, Genève
Pierre-Louis Manfrini, juriste, Genève
Jean-Daniel Poncet, avocat-stagiaire, Hermance
Pierre-Alain Recordon, Dr en droit, avocat, Genève
Christiane de Senarclens, avocate, Genève
Jean-Louis von Planta, avocat, Genève
Hermann A. Warnier, Dr en droit, conseiller juridique, Genève
Martin Widmer, juriste, Genthod

30 sociétaires ont démissionné:

Date d'entrée	
1973	Dr. Markus Boeglin, Advokat, Reinach
1958	Dr. Harald Brauen, Fürsprecher, Bern
1973	Dr. Walter Burkhard, Basel
1956	Marc Chessex, notaire, Montreux
1973	Alain Clerc, juriste, Liebefeld
1963	Cherubino Darani, avvocato e notaio, Muralto
1947	Martial Depieraz, notaire, Lausanne
1961	Victor Dupuis, avocat et notaire, Martigny-Ville
1959	Dr. Jean Flachsmann, Rechtsanwalt, Zürich
1955	Dr. Hans Gautschi, Oberrichter, Bern
1960	Emil Hauswirth, Fürsprecher und Notar, Bern
1946	Dr. Candid Hochstrasser, Luzern
1955	Dr. Eduard Jöhr, juge fédéral, Pully
1951	Dr. Fridolin Ineichen, Oberrichter, Luzern
1936	Dr. Rudolf Mäder, Advokat, St. Gallen
1950	Dr. Hans Meisser, Rechtsanwalt, Zürich
1947	Edouard Meylan, notaire, Chavannes
1926	Gustav Muheim, juge fédéral, Lausanne
1960	Werner Müller, Notar, Bern
1962	Alain Nicollier, lic. en droit, Genève
1939	Dr. Otto Peter, Rechtsanwalt, Zürich
1967	Jacques Ruedin, avocat, Neuchâtel
1939	Dr. Karl Martin Sandreuter, Basel

Date d'entrée

1961 Dr. Hedwig Schudel, Rechtsanwalt, Schaffhausen
1939 Fritz von Steiger, Fürsprecher, Bern
1966 Dr. Adolf Stierli, Zug
1970 Didier Tornare, lic. en droit, Confignon
1946 Dr. Caspar Vital, Scuol
1939 Dr. Huldreich Widmer, Rechtsanwalt, Zürich
1937 Dr. Alfred Würz, Advokat und Notar, Basel

La mort nous a privé de 26 membres:

1945 André Archinard, Dr en droit, Conches
1959 Dr. Karl Bertheau, Rechtsanwalt, Küsnacht
1959 Dr. Emil Boller, Rechtsanwalt, Winterthur
1926 Dr. Fritz Bühlmann, Schaffhausen
1947 Georges Chuard, notaire, Rolle
1950 Olivier Cornaz, Lausanne
1928 Dr. Emil Diener, Oberrichter, Uster
1946 Dr. Friedrich Ebrard, Professor, Luzern
1924 Marcel Gardian, juge cantonal, Fribourg
1924 Dr. Walter Geering, Chailly/Lausanne
1928 Theodor Heusser, Wädenswil
1934 Emanuel Huber, Dr. iur., Basel
1962 Dr. Fritz Kind, Zürich
1911 Josef Jost Köpfli, Rechtsanwalt, Zürich
1909 Dr. Fritz Laager, Fürsprech, Aarau
1965 Jehan Loewer, avocat, La Chaux-de-Fonds
1932 Dr. H. Meyer-Scholer, Direktor, Liestal
1923 Dr. Alfred Müller, a. Fürsprech, Amriswil
1940 André Panchaud, a. juge fédéral, Pully
1919 Robert Petitmermet, a. juge fédéral, Lausanne
1943 José Python, Conseiller d'Etat, Fillistorf
1960 Dr. Moritz Schumacher, Rechtsanwalt, Luzern
1937 Dr. Kurt Sidler, Oberrichter, Luzern
1961 Dr. Kaspar von Stockalper, Advokat und Notar, Brig
1918 Dr. Max Vischer, Advokat und Notar, Basel
1947 Dr. Ernst Zumbach, Landschreiber, Zug

André Archinard est décédé à l'âge de 77 ans. Né à Naple en 1899, il vint à Genève à l'âge de 13 ans où il fit ses études. Après sa licence en droit, il obtint son brevet d'avocat en 1925. Il se spécialise alors dans les questions d'assurance et, après un stage au Tribunal fédéral des assurances à Lucerne, il entre comme juriste auprès de la Compagnie suisse de réassurance à Zurich. Il revient à Genève en 1930, pratique quelque temps le barreau et devient ensuite secrétaire de l'Université. Il obtient son doctorat en 1932. Puis, en sa qualité de secrétaire général du Département du commerce et de l'industrie du canton de Genève, il s'intéresse plus particulièrement au droit aérien. Lors du congrès de notre Société de 1946, il présente un rapport sur les «problèmes actuels de droit aérien». Fondateur et vice-président de l'Association suisse de droit aérien et spatial, il publie de nombreux articles dans le bulletin de cette association. Dès sa retraite, il devient

membre du Consistoire de l'Eglise nationale protestante à Genève et reste un membre actif de différentes associations juridiques. Il laisse le souvenir d'un haut fonctionnaire de grande classe, entièrement dévoué à la chose publique.

KARL BERTHEAU, né le 27 juillet 1898 à Winterthur, est décédé à l'âge de 78 ans. Après sa maturité, il fit des études de droit très poussées aux universités de Genève, Zurich, Göttingen, Berlin et Berne. Il obtint le doctorat en droit en 1922, passa son examen d'avocat en 1924 puis, après différents séjours à l'étranger, se lança dans la pratique du barreau. A l'armée il commanda la compagnie 167 puis le bataillon d'infanterie 63, fut officier d'état-major dans différentes unités d'armée et termina sa carrière comme lieutenant-colonel. Il pratiqua l'alpinisme jusqu'à un âge avancé et s'occupa avec beaucoup de dévouement de nombreuses sociétés philanthropiques.

OLIVIER CORNAT, né à Vevey le 2 juillet 1912, est décédé à Lausanne peu avant d'atteindre sa 64e année. Il fit ses études à l'Université de Lausanne et, après avoir passé un semestre à Berlin, obtint en 1937 son doctorat et en 1942 son brevet d'avocat vaudois. De 1944 à 1950, il fut secrétaire-rédacteur, puis greffier-substitut et greffier du Tribunal cantonal. De 1950 à 1963, il présida les tribunaux des districts d'Yverdon et Grandson et devint, dès le 1er janvier 1964, juge au Tribunal cantonal jusqu'à sa retraite le 31 décembre 1974 pour raisons de santé. Il assuma la présidence de la Commission fédérale d'estimation du 1er arrondissement (expropriations).

EMIL DIENER est décédé à Uster à l'âge de 81 ans. Après son doctorat obtenu à Zurich, il se consacra entièrement à la carrière judiciaire. Tout d'abord substitut au Tribunal de district de Hinwil, il fut nommé greffier du Tribunal de district de Uster en 1926 dont il devint le président en 1932. Elu juge à la Cour d'appel en 1947, il fut attribué à la première cour civile puis assuma, dès 1956, la présidence de la deuxième cour. Dès 1959, il fait partie de la Commission administrative de la Cour d'appel et atteint l'âge de la retraite en 1965. Il fut député au Grand Conseil et membre de nombreuses commissions administratives. A l'armée, en sa qualité de sergent d'infanterie, il fut juge militaire.

FRIEDRICH EBRARD, né à Bâle en 1891, est décédé à l'âge de 84 ans à Lucerne. Après des études secondaires à Bâle, il fit son droit à Leipzig, y devint privat-docent puis fut appelé comme jeune professeur à l'Université nouvellement créée de Hambourg. Il y assuma notamment la direction du séminaire de droit romain. Avec l'avènement d'Hitler en 1933, il transfère son domicile tout d'abord à Constance et enseigne à Zurich. Lorsque la guerre de 1939 éclate, il prend domicile dans le canton de Lucerne. Il laisse le souvenir d'un homme modeste et scrupuleux, d'une grande culture, s'intéressant plus particulièrement à l'histoire, à la littérature et à la musique.

MARCEL GARDIAN, né en 1890 à Estavayer-le-Lac, est décédé à l'âge de 86 ans. Après des études secondaires au collège Saint-Michel, il obtint sa licence en droit à l'Université de Fribourg, devint greffier du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg en 1916 et accéda en 1933 aux fonctions de juge cantonal, poste qu'il occupa jusqu'à sa retraite en 1960. Homme de grande culture, MARCEL GARDIAN participa comme expert à la préparation de l'actuel code de procédure civile fribourgeoise, entré en vigueur en 1955.

WALTER GEERING, né à Berne en 1890, est décédé à l'âge de 86 ans. Après des études secondaires à Bâle, il fit son droit dans cette ville et y obtint son doctorat en 1914. Dès 1916 il entre au service de l'Administration fiscale fédérale. Il assume en particulier le secrétariat de la Commission de recours en matière d'impôt de défense nationale également, dès 1918, le secrétariat de la Commission fédérale du droit de timbre. Rédacteur de nombreuses décisions et consultations, il acquit la réputation d'un grand spécialiste du droit fiscal. Il était ainsi préparé à occuper des fonctions semblables au Tribunal fédéral dont il devint greffier le 26 novembre 1928. Il exerça ces fonctions jusqu'à sa retraite à fin 1955. Il eut l'occasion de rédiger d'innombrables arrêts notamment de la Chambre de droit administratif. Il apparaît incontestable que grâce à ses qualités de rédacteur et ses compétences particulières en matière fiscale, WALTER GEERING a exercé une influence non négligeable sur la jurisprudence du Tribunal fédéral. Malgré ses fonctions très absorbantes, il trouvait toujours le temps de rédiger des articles notamment pour les archives de droit fiscal, pour la cartothèque suisse et d'autres ouvrages ou périodiques. WALTER GEERING laisse le souvenir d'un greffier exemplaire de notre Cour suprême.

EMANUEL HUBER, né en 1905 au Brésil, est décédé à Bâle à l'âge de 75 ans. Il étudia le droit à Bâle, obtint son titre de docteur en droit à 22 ans, passa son examen d'avocat puis, après un séjour en Angleterre, entra, à l'âge de 25 ans, au service de l'entreprise J. R. Geigy S.A. Il y consacra 38 ans de sa vie soit jusqu'à sa retraite et en devint l'un des directeurs. Au sein de cette entreprise, il se consacra aux problèmes posés par le droit des sociétés, à la propriété intellectuelle et plus particulièrement à la gestion des brevets et la conduite des procès pour la défense de ceux-ci. Ses connaissances et son expérience dans ce domaine l'ont amené à la présidence du Comité des brevets des entreprises inter-pharma. Il participa en cette qualité à de nombreuses réunions internationales. Il se préoccupa également d'œuvres philanthropiques et assuma notamment la présidence du Conseil de fondation de la Caisse des pensionnés, veuves et orphelins ainsi que de la Fondation pour l'assurance maladie et celle pour la construction de logements pour le personnel. Il assura, en outre, le secrétariat de la direction ainsi que du conseil d'administration. A l'armée il fut chef d'état-major d'une division et commanda de 1954 à 1957 le régiment d'infanterie bâlois. Il se retira des affaires à l'âge de 63 ans et meubla sa retraite d'activités multiples, cultivant sa vigne, présidant la Commission de la bibliothèque militaire de l'Université de Bâle, jouant avec talent du piano et pratiquant l'équitation. Il laisse le souvenir d'une personnalité particulièrement rayonnante et à l'esprit conciliant.

FRITZ KIND, après des études secondaires à Schaffhouse, étudia le droit à Berne puis obtint son brevet d'avocat à Zurich. Il compléta sa formation par des études à l'Institute for International and Foreign Trade Law à Washington puis à la Yale University Law School. A son retour en Suisse, il devint jurisconsulte de grandes entreprises industrielles suisses. Il laisse le souvenir d'un esprit critique, à la recherche de solutions originales et d'un grand sens des responsabilités.

JOST KÖPFLI, né en 1884, est décédé à l'âge de 91 ans. Il fréquenta les écoles secondaires de Beromünster et d'Einsiedeln, puis fit ses études de droit à l'Université de Zurich et obtint son brevet d'avocat en 1909. Après avoir fréquenté le barreau il fut juge de district à Zurich de 1918 à 1924 puis ouvrit sa propre étude et pratiqua le barreau de 1924 à 1970. De 1941 à 1965, il fut juge suppléant au Tribunal de cassation du canton de Zurich. En 1928, il publia un commentaire de

la jurisprudence du code pénal dans le canton de Zurich. Il fit partie du Conseil municipal de la ville de Zurich de 1918 à 1925 et fut député au Grand Conseil de 1920 à 1926. Il laisse le souvenir d'un excellent juriste, très cultivé, s'intéressant plus particulièrement aux classiques grecs, à la philosophie religieuse et à l'histoire suisse.

FRIDOLIN LAAGER, né en 1883 à Schöftland, est décédé à près de 92 ans. Il obtint sa maturité à l'Ecole cantonale d'Aarau puis étudia le droit aux universités de Genève, Zurich, Berne et Heidelberg. Après avoir obtenu son doctorat et son brevet d'avocat, il assuma les fonctions de greffier du Tribunal de district de Zurzach puis ouvrit, en 1909, sa propre étude. Très à l'aise dans cette profession, il acquit une grande réputation. Il se consacra, en outre, à la politique, fit partie du Grand Conseil qu'il présida en 1935 et devint maire de sa ville jusqu'à sa retraite en 1947. Très dévoué à la chose publique, il laisse le souvenir d'un homme entreprenant et cultivé, représentant sa ville avec beaucoup de dignité et d'esprit.

ANDRÉ PANCHAUD, né à Vevey en 1901, est décédé à l'âge de 75 ans. Après ses études de droit aux universités de Lausanne, Leipzig et Londres, il obtint son doctorat à l'Université de Lausanne en 1924 et son brevet d'avocat en 1926. Il pratiqua le barreau à Montreux pendant une dizaine d'années mais c'est la carrière de juge qui devait être sa véritable vocation. Membre du Tribunal cantonal vaudois de 1936 à 1948, puis du Tribunal fédéral jusqu'en 1970, il présida ces deux tribunaux. Auteur de plusieurs publications juridiques dont un code pénal suisse annoté et un ouvrage sur la mainlevée d'opposition en collaboration avec M. MARCEL CAPREZ, il a donné des cours à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. Il a représenté la Suisse à la conférence de droit international privé de La Haye et figuré sur la liste des membres de la Cour permanente d'arbitrage. Il a présidé la Société suisse de droit pénal et notre Société de 1956 à 1958. Très fidèle à nos congrès, il fut rapporteur en 1940 à Zurich puis à Montreux en 1950 et consentit encore à faire part de ses réflexions à propos des voies de recours au Tribunal fédéral lors du congrès de 1975. Il frappait par ses qualités de fermeté, de décision et de calme assurance. D'un abord facile, il s'entretenait volontiers avec nos jeunes congressistes. Notre Société gardera de sa personnalité rayonnante un souvenir reconnaissant.

ROBERT PETITMERMET est né à La Sagne dans le canton de Neuchâtel le 8 juin 1886 et est décédé à Lausanne le 27 juin 1976, soit peu après avoir atteint sa 90e année. Il fit ses études de droit aux universités de Lausanne et de Berlin. Après son doctorat, il obtint son brevet d'avocat puis se consacra entièrement à la carrière judiciaire. Substitut du Procureur Général du canton de Vaud de 1912 à 1916, il préside les tribunaux du VIIe ressort (Avenches, Payerne, Moudon et Oron) de 1916 à 1918. Secrétaire du Tribunal fédéral en 1919, il préside les tribunaux du IIe ressort (Vevey et Lavaux) de 1920 à 1930. Elu juge cantonal le 17 mars 1930, il préside la cour civile en 1934. Le 13 décembre de cette même année, il est élu juge fédéral et assume la présidence de notre Cour suprême en 1955 et 1956. A l'armée, il est commandant d'une compagnie de fusiliers en 1916, adjudant d'une brigade de 1922 à 1924 puis passe à la justice militaire, en qualité de juge d'instruction en 1925, d'auditeur du Tribunal division 2A en 1926, grand-juge du même tribunal en 1932, juge suppléant au Tribunal militaire de cassation en 1937 et juge à ce même tribunal de 1939 à 1945. ROBERT PETITMERMET s'est acquis d'emblée au Tribunal fédéral une autorité qui était fondée sur cette profonde expérience de magistrat, qu'il avait acquise par un labeur continu et par sa

science juridique et sa connaissance des gens et des choses de ce pays. Il la devait également et surtout à sa très haute conception de la responsabilité du juge, à la conscience scrupuleuse avec laquelle, ne négligeant jamais le moindre élément, il pesait le pour et le contre, envisageant tous les aspects de chaque cause.

MORITZ SCHUMACHER est né le 3 mai 1921 et est décédé aux Etats-Unis à l'âge de 55 ans. Docteur en droit, il pratiqua le barreau et fut cofondateur du parti «BGB» du canton de Lucerne dont il fut l'unique représentant au Grand Conseil de 1967 à 1971. A l'armée il obtint le grade de capitaine. A côté de sa profession d'avocat, il se consacrait à l'exploitation de son domaine agricole. Il était spécialisé dans le droit agraire.

MAX SEIFERT, né en 1910, est décédé à l'âge de 65 ans. Après avoir obtenu sa maturité à Saint-Gall, il fit ses études de droit à Lausanne, Munich et Zurich où il obtint son doctorat en 1934. Il passa son examen d'avocat en 1936 et ouvrit à Saint-Gall une étude en association avec le Docteur LITZ. De 1943 à 1946 il fut à Berne au service de l'impôt pour la défense nationale puis revint à Saint-Gall où il occupa les fonctions de secrétaire de la Chambre de commerce et d'industrie. Il pratiqua à nouveau le barreau, se spécialisant dans les affaires commerciales et fiscales. Rattaché au parti radical, il fit partie du conseil de l'école ainsi que du conseil municipal qu'il présida en 1959, s'intéressant plus particulièrement aux problèmes financiers. Il fut élu en 1960 au Tribunal cantonal, qu'il présida de 1967 à 1969 et auquel il appartint jusqu'à son décès. Il présida en outre la Commission de surveillance des avocats, appartint à la Commission d'examen des avocats et donna des cours de droit civil et commercial à la Haute Ecole de Saint-Gall. Il présida pendant 3 ans l'Association des juristes saint-gallois. Excellent juriste, homme de grande culture, il était également très doué en musique, jouant de divers instruments.

KURT SIDLER, né en 1910 à Lucerne, est décédé en janvier 1976. Il étudia le droit à l'Université de Berne, obtint son doctorat en 1934, son brevet d'avocat à Lucerne en 1935 et, la même année, ouvrit son propre cabinet pour s'associer ultérieurement avec le Professeur ALOÏS TROLLER. Il s'acquit rapidement une grande réputation. Lors de l'introduction du code pénal suisse, il devint juge de l'enfance puis, en mars 1945, juge au pénal et, enfin, en 1960, juge à la Cour d'appel. Doué d'une capacité de travail peu commune, il déploya une activité considérable dans les domaines les plus variés. Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Lucerne de 1947 à 1951, président de la Fédération suisse des avocats de 1951 à 1953, rédacteur de nombreux textes de loi, de commentaires et de consultations, il trouve encore le temps de présider l'Eglise réformée de Lucerne à laquelle il était très attaché. Esprit libéral et de grande envergure, KURT SIDLER a, par son ouverture d'esprit et sa disponibilité, rendu de très grands services à son canton.

KASPAR VON STOCKALPER, né en 1900 et décédé à l'âge de 75 ans à Brigue. Après des études secondaires au collège des jésuites de Feldkirch, il fit son droit aux universités de Berne, Bonn et Vienne puis pratiqua dans sa ville natale en qualité d'avocat et de notaire. Dernier rejeton mâle de la célèbre famille valaisanne, personnage haut en couleur, plein de tempérament, il se lança dans le barreau avec toute sa fougue et ses dons. S'exprimant avec aisance aussi bien en allemand qu'en français, il acquit une grande notoriété dans son canton et plus particulièrement dans le Haut-Valais. Il avait ouvert son étude dans le château de

ses ancêtres, était réputé pour la solidité de sa documentation et disposait d'une très vaste bibliothèque. Il s'intéressa à la vie publique en qualité de membre de la municipalité, de président du conseil de l'école et de député au Grand Conseil. Avec sa mort, c'est l'un des plus authentiques représentants de l'aristocratie haut-valaisanne qui disparaît.

ERNST ZUMBACH, descendant d'une vieille famille de Baar, est né en 1894 et est décédé à l'âge de 81 ans. Après avoir fréquenté le collège d'Einsiedeln, il fit son droit aux universités de Fribourg et de Zurich tout en poursuivant parallèlement l'étude de l'histoire pour laquelle il avait une prédilection. Secrétaire du Gouvernement du canton de Zoug en 1921, il devint chancelier en 1934. fonctions qu'il occupa pendant 25 ans. En cette qualité il prit une grande part à la rédaction de nombreux textes administratifs, s'intéressa aux archives de son canton et consacra l'essentiel de ses loisirs à l'étude de l'histoire locale dont il devint un maître incontesté.

IV.

Nos congrès de 1974 à Locarno et de 1975 à Montreux ont été axés sur deux anniversaires, le centenaire de la Constitution fédérale et le centenaire du Tribunal fédéral.

Nous reprenons cette année l'ordonnance habituelle de nos congrès, à savoir un sujet avec deux rapporteurs pour chacune de nos matinées de travail.

Je me permets de rappeler les sujets retenus pour nos prochains congrès: en 1977 un sujet de propriété intellectuelle, le «Leistungsschutz» et la bonne foi en droit public; en 1978 le principe de proportionnalité et l'influence du droit fiscal sur le droit commercial. En 1979 nous nous pencherons sur les premières expériences avec la Convention européenne des droits de l'homme. Quant au second sujet, il appartiendra au prochain comité d'en faire le choix.

Votre Comité n'a eu aucune peine à trouver des rapporteurs. Il est permis de conclure de cette heureuse constatation que, contrairement aux apparences, l'effort désintéressé ne rebute pas les générations montantes et que le goût de la recherche reste bien vivant chez nos juristes. Ajouterais-je que l'effet séducteur du prestige de notre Société y est peut-être pour quelque chose?

Nous avons dû nous montrer toujours plus draconiens quant à l'ampleur des rapports, nos possibilités de financement étant strictement limitées. C'est ainsi que le rapport de M. le professeur LENDI «Planungsrecht und Eigentum» qui dépassait le nombre de pages prescrit, n'a pu être publié dans sa teneur originale qu'avec l'appui complémentaire de l'Institut de planification de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich ainsi qu'il en est fait mention au verso de la page de garde. Nous remercions cet Institut de sa contribution.

Notre Société s'est préoccupée à de nombreuses reprises de la création d'un institut de droit comparé.

Comme le navigateur met à profit les vents favorables pour quitter le port et prendre le large, il y a, en politique, des périodes fastes et d'autres qui le sont moins pour soumettre un projet aux Chambres fédérales. Transmis tardivement et à un mauvais moment, le message du Conseil fédéral tendant à la création d'un institut suisse de droit comparé n'a pas trouvé grâce devant le Conseil des Etats.

Les facultés de droit ont réagi par une résolution qui a la teneur suivante:

«Les facultés de droit des universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne, Neuchâtel et Zurich, la section juridique de la Haute Ecole de St-Gall et les professeurs de droit des deux EPF ont pris connaissance avec grand regret de la décision du Conseil des Etats de ne pas entrer en matière sur le message du Conseil fédéral tendant à la création d'un institut suisse de droit comparé.

Elles considèrent cette création comme très nécessaire et urgente. En effet, non seulement une documentation plus fournie sur le droit étranger est indispensable pour la législation fédérale et pour la jurisprudence, mais encore l'enseignement et la recherche en droit comparé et en droit international doivent être développés dans les facultés qui ne sauraient se passer de l'instrument de travail que constituera l'Institut. Les facultés regrettent que les sciences morales soient ainsi défavorisées dans la répartition de moyens publics attribués à la recherche. Elles approuvent la solution judicieuse proposée par le Conseil fédéral et prient les Chambres fédérales de s'y rallier.»

Se fondant sur les préavis favorables émis précédemment au sein de notre Société, votre Comité a décidé d'appuyer les démarches des facultés de droit. C'est ainsi qu'une première intervention a été faite auprès de la Commission du Conseil National chargée d'examiner le projet. Nous avons eu la satisfaction d'apprendre que cette commission est entrée en matière et nous formons le vœu que le projet aboutisse finalement.

Comme vous le savez, nous faisons partie depuis quelques années de la Société suisse des sciences humaines. Celle-ci a décidé – à notre corps défendant je dois dire – de créer des sections. Nous formons désormais, avec la Société suisse de théologie et la Société suisse de philosophie, une section dont nous assumons la première présidence.

V.

M. le Professeur Hans Marti, trésorier de la Société présente les comptes de l'exercice 1975/1976.

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1976

Aktiven	Fr.	Fr.
Kasse		1 252.15
Postcheck		31 912.24
WaadtländerKantonalbank, Lausanne, Kontokorrent Ord.		20 852.30
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent Nationalfonds		132 991.20
Wertschriften		55 421.45
Debitor Verrechnungssteuer		1 538.77
Mobilien		660.—
		244 628.11

Passiven		
Kto-Krt SJV, Rechtsquellenfonds		10 000.—
Transitorische Passiven		49 486.55
Rückstellung für besondere Publikationen		100 000.—
Kapital	84 802.78	
+ Gewinn pro 1975/76	338.78	85 141.56
		244 628.11

Erfolgsrechnung pro 1975/76

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	69 226.—
Beitrag Schweiz. Nationalfonds, Forschung	85 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweiz. Recht	1 600.—
Beitrag Schweiz. geisteswissenschaftliche Gesellschaft	7 500.—
Beitrag Eidg. Techn. Hochschule Zürich	9 000.—
Verkauf von Publikationen	3 799.20
Wertschriftenertrag	3 221.60
Buchgewinne anl. Wertschriftenverkäufe	2 604.35
Bankzinsen	504.40
	182 455.55

Ausgaben	
Druckkosten für Referate und Protokolle	107 621.80
Rückstellung für besondere Publikationen	45 000.—
Übersicht der Literatur über das Schweiz. Recht	7 861.—
Schweiz. Juristentag	9 289.40
Spesen des Vorstandes	590.—
Zirkulare und Drucksachen	2 007.—
Archivar, Sekretärin und Buchhalter	6 316.—
Post- und Bürospesen	2 051.80
Beiträge	1 000.—
Bankspesen	150.22
Abschreibungen	165.—
Steuern	64.55
	182 116.77
Gewinn pro 1975/76	338.78

II. Rechtsquellenfonds

Bilanz per 30. Juni 1976

Aktiven	Fr.	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent		28 369.70
Kto-Krt SJV, Allgemeine Rechnung		10 000.—
Wertschriften		86 575.—
Debitor Verrechnungssteuer		3 397.33
Debitor Sauerländer		26 536.55
		154 878.58

Passiven		
Kapital	177 803.26	
– Verlust 1975/76	22 924.68	154 878.58
		154 878.58

Erfolgsrechnung pro 1975/76

Einnahmen	Fr.
Beitrag Eidg. Justizabteilung	1 000.—
Beitrag Schweiz. Nationalfonds, Publikationen	10 000.—
Subventionen	500.—
Verkauf von Publikationen	3 571.20
Wertschriftenertrag	8 502.39
Buchgewinne anl. Wertschriftenverkäufe	11 185.10
Bankzinsen	91.48
	34 850.17
Verlust pro 1975/76	22 924.68

Ausgaben	
Druckkosten	57 425.—
Bankspesen	349.85
	57 774.85

III. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1976

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Lausanne, Kontokorrent	19 168.70
Wertschriften	23 877.65
Debitor Verrechnungssteuer	490.43
	43 536.78

Passiven	
Kapital	38 027.79
+ Gewinn pro 1975/76	5 508.99
	43 536.78

Erfolgsrechnung pro 1975/76

Einnahmen	
Wertschriftenertrag	1 867.98
Buchgewinne anl. Wertschriftenverkäufe	3 695.95
Bankzinsen	40.43
	5 604.36

Ausgaben	
Bankspesen	95.37
	95.37
Gewinn pro 1975/76	5 508.99

VI.

Le trésorier présente le budget de la Société pour l'exercice 1976/1977:

Budget pro 1976/77 =

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge	82 000.—
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds	50 000.—
Beitrag Zeitschrift für Schweizerisches Recht	1 600.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	15 000.—
Verkauf von Publikationen	3 000.—
Wertschriftenertrag	3 000.—
Bankzinsen	400.—
	155 000.—

Ausgaben	
Druckkosten für Referate und Protokolle	96 000.—
Rückstellung für besondere Publikationen	8 000.—
Übersicht der Literatur über das schweizerische Recht	10 000.—
Beitrag an Zeitschrift für Schweizerisches Recht	4 000.—
Schweizerischer Juristentag	19 000.—
Spesen des Vorstandes	2 000.—
Zirkulare und Drucksachen	3 400.—
Archivar, Sekretariat und Buchhaltung	8 000.—
Post- und Bürospesen	2 500.—
Beitrag Schweizerische Geisteswissenschaftliche Gesellschaft	1 000.—
Bankspesen	200.—
Steuern	700.—
Abschreibung	200.—
	155 000.—

Au nom du Comité, le trésorier propose à l'assemblée d'approuver ce budget et de fixer à Fr. 30.– la cotisation pour le nouvel exercice. L'assemblée accepte sans discussion et à l'unanimité ces deux propositions et reconduit pour une année les deux vérificateurs des comptes: Maître PHILIBERT LACROIX, notaire à Genève et Monsieur JOHN OCHSÉ, docteur en droit à Bâle.

En terminant ce bref rapport, je tiens à exprimer nos remerciements à M. ERNST SIGNER, notre archiviste pour son travail consciencieux, à nos éditeurs, HELBING & LICHTENHAHN pour le soin qu'ils apportent à nos publications et à la maison STÄMPFLI & Cie à Berne qui tient notre fichier à jour et expédie promptement nos circulaires.

VII.

Le président introduit les débats qui vont suivre en ces termes:

Ainsi que l'indique le programme qui vous a été adressé en juillet, la séance de dimanche comportera une table ronde. Cette méthode de discussion traduit le souci de votre Comité, après le rejet en votation populaire, de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, de créer les conditions à ses yeux les plus favorables afin que se dégagent des propositions constructives. Ce débat n'excluera d'ailleurs pas les interventions individuelles.

En revanche, ce matin, nous revenons, après une interruption de deux ans, à la discussion libre, méthode critiquée mais pas abandonnée pour autant et à propos de laquelle j'ai choisi de vous faire part de quelques remarques personnelles.

Lorsque tout se passe comme nous le souhaitons, les rapporteurs commencent par indiquer le fil conducteur de leurs recherches, les principales questions qu'ils ont eu à examiner, les divergences qui les séparent et donnent leurs conclusions. Leurs rapports passent ensuite les feux de la rampe. Les professeurs versés en la matière formulent des observations savantes, les praticiens font part de leurs expériences et posent des questions aux rapporteurs, les parlementaires nous disent si les innovations législatives souhaitées ont des chances d'aboutir et les magistrats, lorsqu'ils veulent bien sortir de leur réserve, donnent leur point de vue. Tous, enfin, ont le sentiment de participer au débat soit qu'ils gardent leurs réflexions pour eux-mêmes, soit qu'ils prennent la parole.

N'étant pas organisée, la discussion libre comporte cependant des risques. Les intervenants sont trop ou pas assez nombreux, le dialogue a de la peine à se nouer et cède trop souvent la place à des monologues qui peuvent laisser les congressistes sur leur faim.

Nos délibérations ne peuvent évidemment avoir l'éclat d'un face à face auquel la télévision nous a habitué.

On peut toutefois légitimement préférer et prendre davantage de plaisir à entendre une argumentation bien charpentée que d'assister aux esquives, expédients et coups portés dans un face à face dont la recherche de la vérité n'est pas le but.

En réalité, la discussion libre – aussi incontestables que soient ses insuffisances – est, je crois, souhaitée. Elle constitue une des raisons du rayonnement de notre Société et de l'attrait de celle-ci pour ses membres.

La discussion peut apporter des compléments utiles. Elle permet de mieux apprécier si les propositions des rapporteurs s'harmonisent avec notre droit ou en constitueraient un corps étranger, si elles ont

des chances de trouver une application pratique ou si elles sont condamnées à rester du domaine de la théorie.

Je serais tenté de dire que l'assemblée fait de la sociologie juridique si nous n'avions pas à l'égard des représentants de cette science une méfiance sans doute infondée en principe quoique justifiée concrètement parfois.

Enfin, pour qu'ils aient des prolongements pratiques et inspirent le législateur, les travaux de nos rapporteurs ont besoin d'un viatique, j'entends par là qu'ils subissent avec succès la critique de l'assemblée plénière qui en infléchit ou confirme les conclusions.

Notre Société poursuit deux buts, faire progresser en Suisse la science du droit, d'une part, établir et maintenir entre les juristes suisses des relations amicales, d'autres part. Ces deux buts, si différents de nature, sont en réalité en étroite connexion, la façon dont nous organisons la partie scientifique de nos assemblées conduisant à l'épanouissement de la confraternité et de l'amitié entre les congressistes.

En un temps où la plupart des orateurs se considèrent comme les engagés d'une cause et prennent en tout le point de vue du partisan, il faut savoir apprécier ce forum privilégié. Ici on pratique la litote, la modération dans l'éloge et le blâme, on respecte les idées d'autrui même si on ne les partage pas, on engage sa conscience plutôt que ses intérêts et si, parfois, impressionné par la qualité du parterre, on ne se contente pas de peser ses mots mais qu'on les écrit, ce n'est pas un drame dès lors qu'il y a des précédents honorables: ad quam ego nunquam nisi paratus et meditatus, accedo, disait Ciceron.

Lorsque s'expriment des juristes exerçant des professions différentes, venant de régions différentes ou appartenant à des générations différentes, nous mesurons mieux que nous assistons à de nouvelles manières de vivre et de sentir et que des changements s'amorcent dans l'orientation idéologique du droit. Et comme, en tant que juristes nous sommes de ceux qui pensent que tout changement si grand qu'il soit, suppose une permanence, nous sommes ici en quête de certitudes.

Nos débats et nos réflexions du matin trouvent tout naturellement leur prolongement dans les entretiens et les contacts confraternels et amicaux de la partie récréative et créent entre nous une cohésion, une communion d'esprit très précieuses.

Il vous appartiendra, Mesdames et Messieurs, lors du débat qui va s'ouvrir tout-à-l'heure, de nous faire éprouver les vertus de la libre discussion.

VIII.

«Les conventions déclarées de force obligatoire en tant que source de droit»

M. HEINZ HAUSHEER, Professeur à l'Université de Berne, sous-directeur de la division fédérale de la justice de Berne, rapporteur de langue allemande, s'exprime comme suit:

Der Schweizerische Juristentag gibt immer wieder Anlaß, sich der Vielfalt juristischer Tätigkeit bewußt zu werden.

Der Vielfalt dieser Tätigkeit entspricht eine ebensolche des methodischen Vorgehens. Strebt eine dogmatische Betrachtungsweise nach Widerspruchs- und Lückenlosigkeit in einer sich dauernd wandelnden Rechtsordnung, läßt sich in der freien oder syndikalisierten Rechtsberatung dialektische Interessenvertretung erkennen.

Aber all diese Vielfalt von Tätigkeiten und Methoden dient letztlich dem gleichen und immer gleichbleibenden Ziel, der Verwirklichung von Gerechtigkeit, die jedem das Seine garantieren soll. Das ist die Klammer, die verschiedenste Arten von Beschäftigungen mit dem Recht zusammenhält. Eine Klammer allerdings von erhabener Durchsichtigkeit, die erst Farbe bekommt, wenn es darum geht, das abstrakt Formulierte hinreichend in den Lebensablauf hinein zu konkretisieren. Unter diesem Gesichtspunkt jedoch erweist sich dann die Klammer aller juristischen Tätigkeit als buntscheckig und wenn noch die geschichtliche Dimension des Rechts hinzukommt, von der Art des Chamäleons. Gerechtigkeit als wesentlicher Bestandteil des Rechts im Sinne der Friedensordnung in den zwischenmenschlichen Beziehungen tritt somit mehr als Aufgabe denn als ein für allemal feststehende Größe in Erscheinung.

All dies gilt es in besonderem Maße zu berücksichtigen, wenn die Tauglichkeit gesetzgeberischer Gestaltungsmittel zu prüfen bleibt. Wir wissen alle um die immer stärker zunehmende Bedeutung gesetzgeberischer Maßnahmen in der heutigen Zeit. Das gilt mindestens in quantitativer Hinsicht. Man mag darüber nicht immer glücklich sein und darf auch einen strengen Maßstab an die Frage der absoluten Notwendigkeit anlegen. Keinesfalls kann man aber leichthin übersehen, daß die starke Zunahme gesetzgeberischer Maßnahmen auch darauf zurückzuführen ist, daß bisherige (Modell-) Vorstellungen darüber, was der Verwirklichung individueller und sozialer Gerechtigkeit diene, die in sie gesetzten Erwartungen nur teilweise erfüllten. So entsteht denn aus verschiedenster Richtung zunehmender Druck auf den Gesetzgeber nach rascher Abhilfe durch neue und vielfach zusätzliche gesetzliche Maßnahmen. Und kaum

etwas wäre in der heutigen Situation verkehrter als die Annahme, neue Gesetze würden in der bedrückenden Stille unwirtlicher Verwaltungskorridore geboren, um dann sogleich autokratisch in Kraft gesetzt zu werden; d.h. ohne daß die Betroffenen Gelegenheit gehabt hätten, sich dazu zu äußern. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Neue Gesetze werden dem Gesetzgeber heute meist abgetrotzt. Und nicht ganz unberechtigt ist die Klage, daß dabei vielfach nicht mehr das nötige Verständnis für das Gesamtwohl vorhanden ist. Denn wer sich am geschicktesten durchzusetzen vermag, hat nicht schon allein dadurch den Beweis erbracht, daß die Überzeugungskraft reiner Vernunft zum Sieg geführt hat. Der andauernde Kampf ums Recht läßt dem Gesetzgeber auch kaum noch die Möglichkeit, die Gesetzgebung so zu planen, wie dies die Rechtsfortbildung in einem sinnvollen Ganzen erfordern würde. So kommt es denn zum Vorwurf der unkontrollierten gesetzgeberischen Flickerei, des fehlenden Mutes zu umfassender Gesetzgebungstätigkeit. Wagt aber der Gesetzgeber diese berechtigte Kritik ernst zu nehmen, werden lautstark der Perfektionismus mit seinem Leerlauf und die wirklichkeitsfremde Wissenschaft angeprangert. Wo sich nur Kritik zusammenfindet, nicht aber gemeinsames Bemühen um die immer neu gestellte Aufgabe der Gerechtigkeit, ist es um die dazu erforderliche Rechtsfortbildung schlecht bestellt.

In dieser Situation ist der Schweizerische Juristenverein mit seiner großen Mitgliedervielfalt in besonderem Maße berufen, die Voraussetzungen für ein ausgleichendes Gespräch zu schaffen. Einmal mehr hat er auch den entsprechenden Willen dazu bewiesen, indem er unter anderem die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen zur Diskussion stellt. Wie schon früher hat der Gedanke des Kollektivvertrages und seiner Allgemeinverbindlicherklärung in einer mit Malaisesituation umschriebenen gesetzespolitischen Ausgangslage an Anziehungskraft gewonnen. Ohne die erforderliche sachliche Erörterung besteht aber die Gefahr, daß entweder mit einer stumpfen Waffe in den Kampf gezogen wird oder aber mit einer Waffe, die die eigenen Truppen ebenso bedroht wie den zu bekämpfenden Feind.

Im Hinblick auf diese Überlegungen bedarf es zur notwendigen Abklärung einer hinreichend weit geöffneten Optik. Die Aufgabe wäre somit nicht erfüllt, wollte man nur gerade feststellen, daß sich die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen unter bestimmten rechtstechnischen Bedingungen als gesetzgeberische Alternative denken läßt.

Aus diesem Grunde – und nicht etwa aus besonderer Neigung oder gar Kompetenz – wurde im entsprechenden ideengeschichtlichen

Zusammenhang der privatrechtliche Bezugsrahmen in Erinnerung gerufen, innerhalb dessen angemessene individuelle Bedürfnisbefriedigung und zugleich dem einzelnen übergeordnete Gerechtigkeit verwirklicht werden soll. Dabei konnte festgestellt werden, daß sich der Gesetzgeber der Abhängigkeit eines auf bloßen Spielregeln basierenden Systems des Individual- und Sozialausgleichs vom Erfolg des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches durchaus bewußt war. An entsprechendem Zweifel hat es auf alle Fälle nicht gefehlt. Demzufolge sind auch zahlreiche Abstufungen beim grundsätzlich freien Einpendeln der Vielzahl der Interessen vorgenommen und überdies auch Möglichkeiten geschaffen worden, arge Fehlleistungen technischer oder struktureller Art dieser Interessenbörse auszukorrigieren. Inwieweit man sich dabei auch schon bewußt war oder wenigstens entsprechende Befürchtungen hegte, daß diese Korrekturmöglichkeiten gerade zufolge struktureller Schwäche nicht viel nützen könnten, wenn man sie wiederum der Einzelinitiative überläßt, mag dem Urteil der Rechtshistoriker überlassen bleiben. Tatsache war und ist, daß die Rechtsdurchsetzung im privatrechtlichen Ordnungsrahmen ein Problem war und geblieben ist in all den Fällen, da ungleiche Partner miteinander in Verbindung treten mußten und weiterhin müssen.

Solcher Zwang besteht immer dort, wo es einerseits Elementarbedürfnisse zu befriedigen gibt, anderseits auf der Angebotsseite der an sich vorausgesetzte Wettbewerb nicht spielt. Mit Rücksicht auf letzteren wurde aber rasch erkannt, daß der Vertrag nicht nur notwendige Voraussetzung marktwirtschaftlicher Bedürfnisbefriedigung ist, vielmehr auch zu Wettbewerbsabsprachen dienen kann, wo die eigene Marktstellung allein noch nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung ausreicht. Der unverdächtig aussehende Einzelvertrag bekommt damit eine kollektive, normsetzende Bedeutung, die den Modellvorstellungen des privatrechtlichen Ordnungsgefüges widerspricht. Dieser Betrachtungsweise ist allerdings noch vor wenigen Jahren im Rahmen des Schweizerischen Juristenvereins vereinzelt widersprochen worden, sie dürfte im übrigen aber doch ganz überwiegend anerkannt sein. Kollektivismus in diesem Sinne läßt sich nicht leugnen und wir werden aller Voraussicht nach mit ihm auch weiterhin leben müssen. Darauf zu sehen, daß er nicht überbordet, ist eine wichtige Aufgabe aller, denen die Verantwortung dafür zufällt, daß die Rechtsordnung die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt. Dieser Aufgabe hat man sich in den jüngsten Jahrzehnten vermehrt angenommen. Und zwar in unterschiedlicher Weise für die Wettbewerbsabsprachen auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt und für solche auf dem Arbeitsmarkt, obwohl diese Unterscheidung

von der Sache her betrachtet keiner zwingenden Notwendigkeit entsprochen hätte. Sei dem wie es wolle; entscheidend ist hier die Tatsache, daß Kontrolle geübt wird, und wie wir hoffen wirksame Kontrolle gegen alle Überbordungsgefahr der Kollektivabsprache mit ihrem Normativeffekt für eine Vielzahl von Einzelverträgen, denen nicht auszuweichen ist.

Das gilt einmal für die im Vordergrund stehende Außenseiterfrage. Und diesbezüglich steht tatsächlich ein juristisches Instrumentarium zur Verfügung, das als einsetzbar und – wenn vom Außenseiter eingesetzt – bis zu einem gewissen Grade wirksam bezeichnet werden darf.

Möglicherweise war allerdings gerade eine unausgeglichene Marktposition im Einzelvertragsverhältnis der Anlaß zur Solidarisierung der schwächeren Marktseite. Daß es auch zu Zusammenschlüssen auf Anbieter- oder Nachfrageseite zum Zwecke des Ausgleichs von Marktungleichgewicht kommt, ist eine offenkundige Tatsache. Mindestens soweit es dabei um die Stärkung der Arbeitnehmerposition geht, darf man für die sonst nicht unkritisch betrachtete Kollektivabsprache, die dann der Solidarisierung folgt, auf das wohlwollende Verständnis des Gesetzgebers hoffen.

Indessen sind die Überbordungsgefahren im Verhältnis der Kollektivvertragspartner nicht zu übersehen. Je nach den im vertragslosen Zustand zur Verfügung stehenden Kampfmitteln sind sie größer und von der Rechtsordnung aus betrachtet unkontrollierbarer. Auf höherer Stufe wiederholt sich dann, was auch im individuellen Vertragsverhältnis vorkommen kann. Welcher zusätzliche Ausgleichsmechanismus aber ausgelöst werden soll, wenn durch Solidarisierung auf einer Marktseite keine Gleichgewichtslage, vielmehr nur eine veränderte Ungleichgewichtslage geschaffen wird, ist eine nur teilweise gelöste Frage. Sie gehört allerdings nur dann in den hier besprochenen Problemkreis, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen auch zulässig sein soll, wenn die Kartellmacht der Kollektivvertragspartner ohne staatliche Mithilfe ausreicht, sich bei den Außenseitern beider Seiten durchzusetzen. In diesem Falle kann die Mitwirkung des Staates bei der Durchsetzung der Kartellabsprache im Außenseiterbereich indessen gerade dazu genutzt werden, den Gesichtspunkt des Gemeinwohles nicht unberücksichtigt zu lassen. Einseitiges Übergewicht einer Kollektivvertragspartei läßt sich auf diese Weise zügeln. Dieser Umstand dürfte denn auch der Hauptgrund sein, weshalb die staatliche Mithilfe im Außenseiterbereich über das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen in der Rechtswirklichkeit kaum gefragt ist, wo hinreichende Kartellmacht für die ge-

wünschte Branchenordnung sorgen kann. Ist dabei von einem Ungleichgewicht der Kollektivvertragsparteien und entsprechenden Zweifeln an der Angemessenheit dieser Ordnung auszugehen, sieht das geltende Recht nur im Bereiche des Güter- und Dienstleistungsmarktes Eingriffsmöglichkeiten des Staates vor. Wie dem auch sei; überall, wo sich Kartellmacht spontan bildet, sei es ursprünglich oder zufolge von Reaktion, liegt die unter dem Deckmantel des Einzelvertrages versteckte Problematik des Kollektivismus in der hinreichenden Kontrolle im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung.

Anders dagegen zeigt sich die Sachlage dort, wo sich keine spontane Kartellmacht selbständig durchzusetzen vermag. Zufolge dieser Tatsache wird mit dem Wunsch nach Allgemeinverbindlicherklärung einer im Außenseiterbereich unzureichenden Kollektivvereinbarung der Staat um Mithilfe ersucht. Hier gilt es die Auswirkung dieser staatlichen Mithilfe genau zu prüfen.

Die entsprechende verfassungsrechtliche Grundlage vorausgesetzt, kann sie zu Mindestpreisen führen. Diese sind volkswirtschaftlich zu verkraften, oder sie werden so eliminiert, daß eine Strukturbereinigung innerhalb der betroffenen Branche stattfindet. So präsentieren sich die Verhältnisse im Bereiche des Arbeitsmarktes. Dabei ist festzustellen, daß vor allem sozialpolitisch bedeutsame Zusatzleistungen für den Arbeitnehmer zusätzlich zum Arbeitsentgelt auf dem Wege der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen verwirklicht werden. Die Problematik der Rechtsdurchsetzung zufolge unzureichender Kartellmacht, die an sich durch die staatliche Mithilfe so wenig wie beim zwingenden Privatrecht ohne weiteres überbrückt wird, kann immerhin solange entschärft werden, als die mit der Allgemeinverbindlicherklärung zusätzlich verbundenen Kosten überwälzt werden können. Die Kostenüberwälzung trifft gewöhnlich den Konsumenten, kann aber auch einmal die Staatskasse treffen, wenn andernfalls zu befürchtende Strukturbereinigungen ausnahmsweise nicht zugelassen werden dürfen.

Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen kann aber auch zu Höchstpreisen führen. Diese können ihrerseits Strukturbereinigung zur Folge haben, wenn sich keine angemessenen Gewinne mehr verwirklichen lassen. Mit bedeutsamen weiteren Folgewirkungen kann das eintreffen, wenn über die Allgemeinverbindlicherklärung Mietpreise festgelegt werden. Gleichwohl muß nämlich für das erforderliche Angebot gesorgt werden, das zur Befriedigung des Elementarbedürfnisses Wohnen ausreicht. Geht es aber bei der Allgemeinverbindlicherklärung im Bereiche der Wohnungsmiete nicht um die Hauptleistung des Vertrages, sondern um Einzelheiten

in der Vertragsabwicklung mit Einschluß der Vertragsdauer, dann bleibt mit Rücksicht auf den geringen Organisationsgrad der Betroffenen und die entsprechend schwache Hoffnung auf Verbesserung der Rechtsdurchsetzung zu prüfen, ob der Weg über staatlich zwingendes Privatrecht vielleicht nicht doch zu ausgewogeneren Ergebnissen führt. Allerdings ist dann staatlicherseits allenfalls dafür zu sorgen, daß die entsprechenden Vorschriften ohne großen Aufwand wieder an veränderte und an unterschiedliche Verhältnisse angepaßt werden können. Das ist ein Problem, das sich mit der Wahl des passenden Gesetzesinstrumentes ohne Schwierigkeit sollte lösen lassen.

Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen ist somit nicht in jedem Fall ein zwar vielleicht beschwerliches, aber dafür vom Ergebnis her – weil von einem gewissen Konsens der Betroffenen getragen – ein besonders angemessenes gesetzgeberisches Gestaltungsmittel. Sie ist zwar gesetzestechnisch immer «machbar», in ihren Auswirkungen aber bisweilen wenig lohnend, wenn nicht gar kontraproduktiv. In großem Umfang zur Anwendung gebracht, kann sie auch die Wirtschaftsverfassung in Richtung Zwangskollektivismus verändern. Die Frage nach der Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen läßt sich daher nur beantworten mit: Ja, aber ... Das bestätigt auch die Entwicklung der Verhältnisse zwischen dem schriftlichen Bericht und der für heute vorgesehenen Diskussion.

M. JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Professeur à l'Université de Genève, rapporteur de langue française, fait l'exposé introductif suivant:

1. Les rapporteurs sont maintenant incités à opérer entre eux une certaine division du travail. Cette manière de procéder est parfaitement légitime au sein de la Société suisse des juristes. Parmi nous, la barrière linguistique doit pouvoir être aisément franchie. Si deux rapporteurs s'expriment sur le même sujet au sein de la même Société, il est normal qu'ils se répartissent quelque peu la tâche. Cela implique évidemment que chacun des deux rapports présentés ne pourra pas constituer une vision exhaustive du sujet, mais devra au contraire être utilisé complémentairement avec l'autre. Cette façon de procéder limite les possibilités d'opposition de points de vue entre les co-rapporteurs. Ce qui n'est pas nécessairement souhaitable mais plutôt agréable pour les deux intéressés.

Ces précautions introductives sont surtout destinées à expliquer ce que l'on ne trouvera pas dans le rapport que j'ai présenté. Nous avions convenu, M. HAUSHEER et moi, que l'étude de la nature juridique de la convention collective de travail serait laissée en

dehors de mes préoccupations: alors que le co-rapporteur ne traiterait pas du tout le sujet de l'utilisation des mécanismes d'extension des accords entre la Banque Nationale et les banques suisses. Il s'agit en effet de deux domaines classiques pour lesquels la répétition de l'information dans les deux langues pouvait très bien être évitée. Les deux exemples sont cependant d'inégale importance dans leurs relations avec le thème central qui est aujourd'hui débattu. Le mécanisme d'extension des conventions collectives a surtout trouvé ses applications dans le domaine du droit du travail. S'il est possible d'établir une théorie générale de la convention collective et de son extension, c'est à partir du seul exemple du droit du travail qu'elle est à effectuer. Il s'agit essentiellement d'étudier les différentes techniques juridiques au moyen desquelles la convention collective du travail projette ses effets juridiques au niveau des contrats individuels. Plusieurs solutions sont possibles, en relation avec le droit de la représentation. Vous trouverez ces éléments dans le rapport de M. HAUSHEER, à partir du droit du travail; soit une étude de la nature juridique de la convention collective, notamment aux pages 300 et suivantes et de la déclaration de force obligatoire générale, aux pages 323 et suivantes. La prise en considération de ces développements est indispensable si l'on veut avoir à l'esprit toutes les données du problème. Il s'agit au demeurant de questions bien connues de la plupart des praticiens.

2. La question de l'intérêt du sujet que nous débattons aujourd'hui mérite quelques développements. Il y a tout d'abord l'intérêt pratique ou, plus exactement, la prise en considération des services que peut rendre l'institution de l'extension des conventions collectives en dehors du domaine du droit du travail. L'évaluation de cet intérêt est relativement plus aisée aujourd'hui qu'elle ne l'était au jour du dépôt du manuscrit du rapport. Nous avons écrit que l'utilisation du mécanisme à des fins de régulation conjoncturelle n'était pas très révélatrice de l'intérêt de la formule ni de ses possibilités d'utilisation dans d'autres domaines. De ce point de vue, les choses n'ont pas évolué; la formule est un palliatif. Cette observation n'est pas un jugement de valeur mais une constatation. Certains membres de notre Société m'ont d'ores et déjà écrit pour dire qu'ils regrettaient que la formule soit de plus en plus rejetée et disqualifiée. Elle ne redeviendra d'actualité que si le Peuple et les cantons suisses continuent à refuser la création d'un instrument normal de contrôle conjoncturel, ce qui, au vu de l'enseignement que l'on peut tirer d'un très récent scrutin, n'est pas tout à fait à exclure. Notre Peuple n'est décidément pas enclin à accepter les solutions dirigistes. Il faudra s'en souvenir.

Dans le domaine du droit du bail, les choses sont quelque peu

différentes. Nous sommes persuadés que dans ce secteur la formule pourrait rendre de grands services à moyen terme. Dans l'immédiat cependant, le débat politique tourne autour de la reconduction de la législation instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif. Le message, que nous avions annoncé, concernant l'initiative populaire pour une protection efficace des locataires est paru le 21 juin 1976. Le Conseil fédéral propose, à titre de contre-projet à l'initiative, la modification de l'actuel article 34^{septies} 2e al. CF, et la suppression de la limitation des mesures contre les abus aux régions où il y a pénurie de logements. Le Conseil fédéral propose d'établir de façon uniforme pour toute la Suisse la législation instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, quelle que soit la situation momentanée du logement. Le Conseil fédéral annonce d'ores et déjà qu'à son avis cette législation, qui arrive à expiration le 6 juillet 1977, devra être prorogée dès cette date. Le message y relatif est imminent. Enfin, la possibilité d'étendre le régime de protection contre les résiliations des baux sera examinée dans le cadre d'une révision générale des dispositions du Code des obligations régissant le bail. On s'achemine donc vers un renforcement et vers une normalisation de la législation contre les abus dans le secteur locatif et vers un renforcement des dispositions protectrices des locataires par le truchement du droit civil ordinaire. Nous avions écrit que l'intérêt pratique d'une législation sur l'extension des décisions collectives en matière de baux à loyer suivrait nécessairement un mouvement inversement proportionnel au développement de la législation de lutte contre les abus. Chacun d'entre-nous peut donc maintenant tirer la conclusion qui s'impose quant à l'intérêt immédiat de l'article 34^{septies} al. 1er de la Constitution fédérale.

Les travaux concernant l'élaboration d'une législation d'application de cette disposition constitutionnelle auront donc surtout été utiles pour étayer et illustrer par l'exemple la question de l'intérêt de la formule en droit privé d'une manière tout à fait générale. C'est au niveau de ces horizons, peut-être académiques mais au bon sens du terme, que l'on trouve le véritable intérêt pratique du sujet. Notre seule véritable conclusion positive réside en ce vœu, étayé et exprimé dans nos conclusions, de voir se développer, dans un proche avenir, une possibilité de contrôle des décisions normatives privées. La plupart des pays qui nous entourent préparent une législation qui restreindra une fois de plus par les techniques du droit public le champ d'application des règles du droit privé. Le thème central de notre rapport consiste dans l'affirmation de l'idée qu'un contrôle intervenant par le biais des techniques conventionnelles, avec la possibilité d'extension des résultats les plus tangibles, conviendrait

particulièrement à l'esprit de nos institutions. Cette technique normative devrait être plus facile à réaliser dans un pays tel que le nôtre au sein duquel la discussion entre partenaires, la confrontation positive des points de vue divergents et la combinaison des intérêts appartiennent à l'essence même du système politique. C'est finalement la seule chose importante qu'il y aurait lieu de retenir du rapport. Il m'appartient d'adresser ici mes remerciements au Comité de la Société suisse des juristes qui m'a donné l'occasion d'exprimer et de développer des idées qui sont, je le crois, relativement personnelles sur la nécessité de l'instauration d'un contrôle par le moyen préconisé.

3. Quittons cependant le terrain de la stricte utilité à court ou à moyen terme. Le thème débattu appartient nettement à la théorie générale du droit. Il constitue l'une des questions centrales de la théorie des sources formelles. Son choix par le Comité de la Société suisse des juristes n'en est que plus légitime. Notre Société a renouvelé récemment les manifestations d'intérêt pour ces questions considérées comme «théoriques». Ceux qui, parmi nous, se considèrent surtout comme des praticiens, ne s'en frapperont pas. C'est bien l'une des fonctions essentielles d'une organisation telle que la nôtre que d'inciter périodiquement à la réflexion sur les principes généraux qui animent la discipline. Les implications pratiques d'un tel thème sont d'ailleurs si évidentes et si rapidement sous la main que l'on ose à peine parler de théorie. D'ailleurs la différence entre la théorie et la pratique est bien difficile à faire en droit; il n'y a somme toute rien de plus utile qu'une bonne théorie.

Un problème de théorie générale du droit, une question à étudier dans le chapitre des sources formelles: ces localisations ne disent pas encore quelle est la particularité la plus remarquable du sujet, celle qui, à mon point de vue, en fait tout l'intérêt mais aussi l'extrême difficulté. Le thème est manifestement pluridisciplinaire. De ce point de vue, il doit être difficile de trouver un meilleur exemple. La multiplication des approches intervient d'une manière absolument nécessaire à deux niveaux:

a) Au plan juridique interne tout d'abord, une étude de la convention collective étendue comme mode génétique de réglementation se situe aux confins du droit privé d'une part et du droit public d'autre part. Il aurait donc tout d'abord fallu être aussi bien publiciste que privatiste pour traiter convenablement le sujet. J'ai appris à mes dépens que malgré tout notre bon vouloir et notre propension à l'ouverture, nous sommes rarement les deux. Le mode de genèse de ces règles fait appel aux techniques du droit privé; mais la déclaration de force obligatoire générale est un acte administratif qui, comme tel,

appartient au domaine du droit public. Le droit ainsi créé appartient souvent (c'est le cas en matière de droit du travail et de droit des baux à loyer) matériellement au droit privé. Mais la démarche étatique de contrôle qui s'opère à l'occasion de la déclaration de force obligatoire générale, appartient typiquement aux techniques du droit public. Le critère général d'admissibilité de la décision d'extension est la conformité du contenu à l'intérêt public. Enfin, la possibilité même d'une telle création normative pose, comme nous l'avons développé dans notre rapport, des problèmes de droit constitutionnel particulièrement délicats pour la solution desquels nous ne nous sommes pas particulièrement sentis à l'aise. Dans un arrêt rendu en matière de droit du travail et cité par M. HAUSHEER à la page 332 de son rapport (ATF 98 II 208 ss.), le Tribunal fédéral déclare assez nettement que le contrat collectif de travail déclaré de force obligatoire générale constitue matériellement du droit objectif civil. Il faut avoir à l'esprit que cette prise de position du Tribunal fédéral ne simplifie pas les difficultés que nous sommes en train de décrire. Toute la question n'est pas sans autre reléguée dans le camp des privatistes. L'arrêt est rendu dans un contexte dans lequel il s'agissait seulement de se prononcer sur la nature juridique du droit ainsi créé. Cette décision n'a pas, à notre point de vue, la conséquence de mettre le produit normatif de la convention collective étendue sur le même pied que le droit civil légal. Il y a place pour plusieurs catégories de normes juridiques de droit civil. Le problème de leurs relations réciproques se pose évidemment, comme nous l'avons montré en pages 515 et suivantes de notre rapport. C'est la question de la «hiérarchie normative» dont la solution fait appel à des considérations qui, à nouveau, appartiennent au domaine du droit public (question de droit constitutionnel). On le voit, la nécessité de faire fusionner les deux approches était l'un des impératifs du sujet et constitue sa difficulté centrale.

b) Le deuxième niveau est celui de la pluridisciplinarité au sens vrai du terme. Peu de sujets se prêtent aussi bien à la démonstration du fait que le droit doit essentiellement être défini comme un ensemble de techniques au service d'un système de représentation qui se forge en dehors de lui. Le droit est l'instrument d'une politique; cela est évident. Mais l'affirmation ne résoud pas les problèmes de communication; ceux-ci ne sont pas simples, ni à sens unique. Le droit ne peut pas tout ce que le politique veut; la mise en forme a ses contingences propres; toute technique n'est pas bonne au service d'une quelconque politique. La complexité de la relation est donc très grande et le juriste ne peut pas se cantonner à la connaissance des seuls aspects formels des relations qu'il s'agit de réglementer. Cela est particulièrement vrai dans les secteurs que nous avons utilisés pour

les exemples. Tant dans le domaine de la régulation conjoncturelle que dans celui, plus évidemment social, du bail à loyer, les finalités s'articulent en dehors du juridique et le droit n'intervient que pour armer une politique. Comment dès lors le juriste pourrait-il accomplir la tâche que l'on attend de lui s'il n'accepte pas a priori et de gaîté de cœur d'élargir sa vision et d'intégrer aussi complètement que possible tout le savoir matériellement nécessaire à la confection de ce type de lois. Les juristes jouent encore, en Suisse et aujourd'hui, un rôle énorme dans toutes les procédures de production des normes tant privées que publiques. Monsieur le Doyen DOMINICÉ dans son allocution de bienvenue parle, en émettant des considérations qui rejoignent celles que j'émets ici, de «mission essentielle» (S.J. 1976 p. 451). Ils ne sont cependant pas et ne peuvent pas être de véritables spécialistes des questions qu'ils contribuent à réglementer. Ils peuvent par contre et devraient être des spécialistes de la communication du savoir, apprendre à mieux intégrer, à mieux composer les données des différentes disciplines.

La décision d'extension des conventions privées est tantôt l'instrument d'une certaine politique économique (par exemple dans le cas de l'extension des accords entre la Banque Nationale et les banques suisses), tantôt l'instrument d'une politique sociale (dans le domaine du droit du travail ou du contrat-type de bail à loyer). Ce mécanisme institutionnel n'existe pas indépendamment des finalités au service desquelles il est utilisé. Les préoccupations les plus générales à son sujet font encore appel au métajuridique, en l'occurrence à l'histoire des idées politiques.

C'est tous ces points de vue qu'il aurait fallu pouvoir intégrer, synthétiser et mettre en forme. Nous avons évidemment failli à notre devoir. Pour être vraiment complet sur la question, le rapport aurait dû être le fruit du travail d'une équipe pluridisciplinaire. Cette optique d'ouverture ne constitue malheureusement au niveau de notre réalisation qu'un vœu pie ou une auto-critique. Ces considérations, émises à titre de conclusion, sont plutôt la présentation d'un rapport qui reste à faire que celles de celui qui a été fait. Voilà une formule de justification assez habile et qui a l'avantage d'intervenir avant les mises en accusation. Vu l'optique qui a été nécessairement choisie, bon nombre de développements du rapport sont sommaires et insuffisants. Il vous appartient maintenant, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs et chers collègues, de dire lesquels le sont le plus et pour quelles raisons. Je vous remercie de votre attention.

IX.

Après une interruption de séance, le Président ouvre la discussion et donne la parole à M. le Professeur A. SCHNITZER, Genève:

Da ich weder Spezialist des internen Rechts noch Spezialist des Arbeitsrechts bin, spreche ich nicht unmittelbar zu dem speziellen Thema, sondern zu der Grundfrage, ob das Recht ein Staatsmonopol des einzelnen Staates ist oder ob es, wie Herr PERRIN es ausgedrückt hat, auch private leges gibt. Diese Frage spielt natürlich im internen Recht auch eine Rolle, wo aber noch heute das Staatsmonopol sehr überragend ist. Die Frage, um Ihnen eine Parallele zu geben, ist interessant geworden im internationalen Recht, wo es praktisch, im Gegensatz zum Einzelstaat, keine zentrale, rechtsetzende Gewalt gibt. In diesem ganzen Bereich hat sich die Frage gestellt, ob in Ermangelung von Organen der Völkerrechtsgemeinschaft private Kreise Recht setzen können. Sie entsinnen sich in diesem Zusammenhang auf den berühmten Rückgriff auf die frühere lex mercatoria aus der Zeit, bevor der moderne Staat entstanden ist, wo die Handelskreise weitgehend über ganze Meeresbecken ihr eigenes Recht geschaffen haben. Der moderne internationale Handel steht vor einer ähnlichen Frage, weil er sich gestört gefühlt hat dadurch, daß auf die internationalen Sachverhalte einzelstaatliches Recht in der Komplikation der Kollisionsnormen usw. angewendet worden ist, und wie Ihnen bekannt ist, hat sich der internationale Handel weitgehend davon frei gemacht, indem er Vertragstypen, Inco-Terms, allgemeine Vertragsbedingungen, allgemeine Lieferungsbedingungen usw. selbst geschaffen hat, also praktisch in der Rechtswirklichkeit eine eigene Regelung getroffen hat. Dabei stellt sich natürlich das Problem, und das schneide ich hier an, ob das bloß eine Regelung ist, oder ob wir das als Recht in unserem Sinne auffassen können. Ordentliche einzelstaatliche Gerichte werden etwas negativ eingestellt sein; ich erinnere an die berühmte Entscheidung des französischen Kassationshofes, der gesagt hat, daß jeder Vertrag, also auch ein internationaler Vertrag, einem nationalen Recht unterstehe. Diese Frage des Staatsmonopols hat sich aber doch sehr aufgeweicht, weil auch im internen Recht der Staat weitgehend Parteiautonomie, weitgehend Schiedsgerichtsbarkeit, weitgehend Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen schon zugelassen hat. International hat sich die interessierte Kaufmannschaft in der Weise geholfen, daß sie – wie Ihnen bekannt – eine eigene Handelsschiedsgerichtsbarkeit ausgebildet hat, und den ordentlichen Gerichten der Einzelstaaten werden solche Fragen so gut wie überhaupt nicht vorgelegt. Und wenn die

Vollstreckung von Schiedssprüchen vom nationalen Recht abhängt, so haben sich die interessierten Kreise in der Weise beholfen, daß sie die Schiedssprüche respektieren, so daß eine Zwangsvollstreckung überhaupt nicht in Frage kommt.

Nun stehen wir da vor der Frage, ob in Ermangelung von Organen der Völkerrechtsgemeinschaft zur Rechtsetzung die privaten Kreise zur Regelung ihrer Angelegenheiten zuständig sind, das heißt, daß ihnen die Kompetenz der Rechtsetzung zusteht. Die Frage ist überaus umstritten. Ich kann sie hier natürlich nicht in extenso behandeln, sondern ich darf nur bemerken, daß wir da an der Schwelle von Entwicklungen sind, und daß gewisse Kreise, insbesondere SCHMITTHOFF, B. GOLDMANN und andere stark dazu neigen, hier eine Regelung durch private leges heute schon anzuerkennen. Damit ergibt sich das interessante Problem, ob mindestens auf internationaler Basis und – interessante Parallele – eventuell für das interne Recht die privaten Kreise befugt sind, ihre Angelegenheiten zu regeln, und zwar so, daß es sich nicht um eine bloße Gewohnheit handelt, sondern daß man dies heute schon als ein Handelsrecht auf internationaler Ebene anerkennen sollte. Es besteht eine interessante Diskrepanz zwischen der Rechtswirklichkeit, in der sich alles so abspielt, wie ich es skizziert habe, und der alten Theorie des einzelstaatlichen Staatsmonopols. Deshalb habe ich mir erlaubt, diese paar Worte zu sagen, um das Problem anzutönen, und zwar aufgrund meiner Sicht auf internationaler Ebene, die gewisse Parallelen für das interne Recht gibt, wie weit eine private Regelung, insbesondere soweit eine rechtsetzende Zentralgewalt nicht besteht, möglich ist.

M. BERNARD ZIEGLER, avocat à Genève, prend la parole en ces termes:

J'entends intervenir pour illustrer les difficultés auxquelles les praticiens se heurtent dans les discussions relatives à une convention-cadre de baux à loyer. Ces difficultés, qui ont trait également à l'élaboration d'une loi sur la déclaration de force obligatoire générale de ces conventions-cadre, ont d'ailleurs déjà été soulignées par les rapporteurs.

L'expérience actuelle en matière de conventions-cadre de baux à loyer est limitée, puisqu'une seule convention d'importance a été conclue: celle signée à Lausanne le 4 décembre 1970 entre l'Union Syndicale Suisse d'une part, et la Fédération romande immobilière, l'Union romande des Gérants et Courtiers en immeubles d'autre part. Or, cette convention est pratiquement caduque, ou du moins ne fonctionne plus selon la volonté originelle des contractants.

Il est vrai que des discussions sont actuellement en cours, tant sur le plan fédéral que sur le plan cantonal (notamment à Genève et dans le canton de Vaud). Une différence apparaît d'emblée avec les conventions collectives du droit du travail, qui portent toujours sur les salaires, c'est que ces discussions n'abordent jamais – sauf dans une mesure limitée à Genève – la question primordiale que constitue la détermination du loyer de la chose louée. C'est là la première difficulté. Il est difficile de contracter quand on ne s'entend pas sur un des éléments essentiels du contrat, à savoir la prestation pécuniaire que doit verser le locataire au bailleur. A ce sujet, il faut reconnaître que les divergences ne semblent pas près d'être résolues, car la doctrine des milieux des bailleurs et celle de ceux des locataires sont résolument antagonistes: le côté bailleur se réfère à la doctrine du loyer usuel dans la localité, soit le loyer du marché qui trouve sa transcription juridique à l'article 15 lettre a de l'arrêté fédéral du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, alors que le côté locataire, lui, se réfère au principe de la couverture des charges effectives, qui est à la base des articles 14 et 15 lettres b et c du même arrêté.

La deuxième difficulté vient de ce que le Professeur PERRIN appelle «l'absence d'effet normatif de la convention collective». Le projet qui a été élaboré par la commission d'experts chargée de préparer un projet de loi sur la déclaration de force obligatoire générale des conventions-cadre de baux à loyer, soumet cette force obligatoire générale à la condition que le contrat-cadre de bail à loyer s'applique à la plus grande partie des baux dans son champ d'application, soit à la majorité des contrats signés. Or, la réalisation de cette condition est laissée à la discrétion d'une seule des deux parties, à savoir le bailleur, puisque dans la pratique ce n'est pas le locataire qui va trouver son bailleur avec un formulaire à la main pour le lui proposer, c'est le bailleur qui fait signer le contrat sur le formulaire qu'il a lui-même choisi.

L'expérience de la Convention de Lausanne du 4 décembre 1970 témoigne de cette deuxième difficulté. Dans un premier temps, les bailleurs ont en effet usé largement des baux-types qui en sont issus. A partir du moment où le taux hypothécaire s'est mis à augmenter de manière catastrophique, les bailleurs de Suisse romande se sont montrés moins enclins à conclure des baux de trois ans; ils ont abandonné le bail-type pour recourir de nouveau aux anciennes formules. L'absence d'effet normatif de la convention collective s'est manifestée en ce sens que l'introduction du bail-type, puis son abandon, n'a dépendu que du bon vouloir des bailleurs.

Cette constatation nous oblige à rappeler la genèse de la disposi-

tion du projet de loi mentionnée à la page 530 du rapport du Professeur PERRIN, et prévoyant que le bail-type doit s'appliquer à la majorité des baux conclus dans une région. Primitivement, il était envisagé de prévoir un critère de représentativité des organisations contractantes. Il a été supprimé, et remplacé par le critère de la majorité des baux effectivement signés. En effet, comme les rapporteurs l'ont tous deux rappelé, l'absence de majorité des organisations susceptibles de négocier des conventions-cadres constituait un obstacle à l'adoption d'une telle condition. Sa suppression était cependant une solution de facilité, car je ne crois pas qu'il soit possible d'arriver à une solution satisfaisante en ayant recours au critère de la majorité des baux effectivement signés. Le Professeur PERRIN, qui a également relevé cette troisième difficulté, a proposé de biffer, purement et simplement, l'article 5 lettre b du projet, ce qui ne me semble pas être la solution non plus. Il faudrait réintroduire dans cet article un critère de représentativité des organisations. Peu importe si elles ne regroupent pas la majorité des bailleurs et des locataires: il n'est tout de même pas difficile de déterminer quelle est l'organisation de bailleurs ou de locataires la plus représentative de sa région. Il faudrait également prévoir que «les organisations défendant des intérêts semblables», ne puissent intervenir qu'à titre subsidiaire, uniquement quand n'existent pas des organisations spécifiques de bailleurs ou de locataires. Je crois que la solution proposée par le Professeur PERRIN dans son rapport mérite sur ce point d'être appuyée.

J'en arrive à la dernière difficulté. Toute solution conventionnelle est forcément limitée dans le temps. Cette difficulté est apparue dans toutes les discussions qui ont eu lieu en vue de la conclusion de conventions-cadre de baux à loyer. Les milieux des locataires préfèrent en effet unanimement une solution législative – permanente – pour les deux questions primordiales que sont la fixation du loyer et la résiliation, ce qui restreint considérablement le champ d'application matériel d'une éventuelle convention-cadre. Cela ne signifie pas qu'une telle convention ne puisse pas avoir d'utilité. Il existe une série d'autres questions, réglées de manière insatisfaisante dans les baux en vigueur – comme la résiliation anticipée, la sous-location, les travaux effectués en cours de bail –, qui sont d'une très grande actualité et qui mériteraient d'être unifiées sur le plan juridique, car c'est l'anarchie la plus complète en la matière. Pour un seul canton, les bailleurs recourent parfois à plus d'une dizaine de formules de bail différentes. Il serait même souhaitable que cette unification intervienne sur le plan suisse. Il est cependant difficile de discuter de ces questions en tenant compte de la possibilité d'une éventuelle force

obligatoire générale, sans savoir à quelles conditions celle-ci pourra être décrétée.

Dr. W. ZÄHNER, Advokat, Basel:

Mit Recht haben die beiden Referenten darauf hingewiesen, daß der Mietvertrag durch Formulare geregelt ist. Das Obligationenrecht regelt den Mietvertrag in einigen Artikeln, nicht allzu knapp; aber nur wenige dieser Artikel sind zwingendes Recht. Es besteht daher ein weites Feld, den Mietvertrag zu ergänzen. Es gibt allerdings Vertragsparteien, welche keinen Formularvertrag verwenden und einen Mietvertrag abschließen, ohne überhaupt irgend etwas schriftlich festzulegen. Man kann den Mietzins nur beweisen, indem man die Mietzinsquittungen vorlegt, und bloß dann sieht man, daß tatsächlich ein Mietverhältnis existiert. Meistens jedoch werden die Formulare verwendet, und ich glaube, daß das gerade auf diesem Gebiet ganz unausweichlich ist.

Wer macht diese Formulare? Sie haben manchmal merkwürdige Quellen. Ich habe schon ein Formular gefunden, das von einem Buchdrucker herausgegeben wurde. Der hat sein Geschäft gemacht, indem er einfach die Formulare gedruckt und verkauft hat, wie es auch Kollegen unter uns gibt, die Formulartypen verkaufen. Es war nicht einmal der schlechteste Vertrag. Hauptsächlich sind es die Hauseigentümer-Organisationen, welche solche Verträge herausgeben. Die von den Hauseigentümern gemachten Verträge sind vom Standpunkt des Mieters aus betrachtet in der Regel besser als das, was die bösen Außenseiter unter den Hausbesitzern an Verträgen auf den Markt werfen. Dann gibt es schon lange, lange bevor man von Rahmenmietverträgen sprach, lange bevor die Frage der Allgemeinverbindlicherklärung überhaupt aufs Tapet gebracht wurde, lange bevor im Welschland der Gewerkschaftsbund die berühmte Lausanner Konvention abgeschlossen hat, schon seit Jahrzehnten gibt es an verschiedenen Orten der Schweiz paritätische Vertragsformulare, die aufgrund von Gesprächen zwischen Mietervereinigungen und Hauseigentümervereinigungen geschaffen worden sind. Es gab auch eine weniger enge Zusammenarbeit in der Form, daß der Hauseigentümerverband zwar für den Vertrag zeichnete, aber den Mieterverband vorher konsultierte. Was bis heute leider noch nicht geschehen ist, ist das, daß die Mieter ihrerseits einen Vertrag prorogiert haben. Es wäre wahrscheinlich für die Mieter schwierig, ein solches Formular durchzudrücken. Man könnte es vielleicht einmal probieren, aber ich sehe da gewisse Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung.

Welche Möglichkeit besteht nun bei allen diesen Formularen? Man kann die theoretische Frage aufwerfen, ob es sich um objektives

Recht, ob es sich um privates Recht, um Vertragsrecht handelt. Meines Erachtens ist das Vertragsrecht, und auf dieses Vertragsrecht ist überhaupt niemand verpflichtet. Jedes Mitglied jedes Hauseigentümerverbandes kann alles streichen, was ihm im Vertrag nicht paßt, und kann Zusätze machen. Jeder Mieter kann im Einverständnis mit seinem Vermieter seinerseits am Vertrag herumstreichen und Zusätze machen. Es gibt Zusätze zugunsten und zulasten des Mieters. Oft ist die Klausel, daß der Vertrag jederzeit auf sechs Monate kündbar ist, gestrichen und ersetzt durch einen Nachtrag, daß das Mietverhältnis auf fünf Jahre fest abgeschlossen ist. Vielleicht bringt es ein Mieter fertig, daß im Vertrag stipuliert wird, er dürfe seine Katze in der Wohnung halten, und die schriftliche Zustimmung des Vermieters sei dafür zum vornherein gegeben. Alle diese Änderungen kommen vor. Vor allen Dingen ist man in der Vertragsdauer völlig frei; von der Miete der Ferienwohnung auf ganz kurze Zeit bis zu ganz langfristigen Mietverträgen kommt alles vor.

Was geschieht nun aber, wenn ein Rahmenmietvertrag allgemeinverbindlich erklärt werden soll? Herr ZIEGLER hat bereits darauf hingewiesen. Die Hauptschwierigkeit, daß der Rahmenmietvertrag im Hinblick auf die Allgemeinverbindlicherklärung abgeschlossen ist, ist die, daß sich die Parteien überhaupt über den Inhalt einigen können. Da kommt beispielsweise die Seite der Hauseigentümer und sagt, wir wollen langfristige, indexierte Mietverträge. Dann kommt die Mieterseite und fordert: wir wollen eine lange Bindung des Vermieters, selber aber wollen wir mit 14tägiger Kündigungsfrist wieder aussteigen können, und wir wenden uns gegen eine Indexierung. Da treffen sich gegensätzliche Standpunkte, die in dieser Schroffheit natürlich nicht vertreten werden; aber die Gegensätze können so groß sein, daß es einfach nicht zum Vertragsabschluß kommt. Wenn der Staat findet, man sollte auf diesem Gebiet etwas regeln, so kann er sich nicht einfach darauf verlassen, daß er Vertragspartner findet, welche überhaupt einen Kompromiß zustande bringen. Denn ich muß noch auf folgendes hinweisen: Gleich wie sich oft die Advokaten unter sich vor Gericht auf einen Vergleich einigen können, aber dann Mühe haben, ihre Klienten zur Zustimmung zu bewegen, so brächten auch im Mietsektor wohl die Unterhändler einen Kompromiß zustande. Aber dann muß der Hauseigentümervertreter vor seine Generalversammlung treten, der Mietervertreter gleichfalls, und mit allen diesen Eventualitäten müssen die Leute rechnen, weshalb es ziemliche Schwierigkeiten bereitet, sich zu einigen.

Aber wenn eine Einigung zustande kommt und ein Rahmenmietvertrag allgemeinverbindlich erklärt wird, dann hat das nur einen Sinn, wenn die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen zwin-

genden Charakter haben. Ohne zwingenden Charakter ist die ganze Übung etwas zu dubios. Man könnte sich zwar zur Not vorstellen, daß ein Formularvertrag geschaffen und im Sinne eines Normalarbeitsvertrages allgemeinverbindlich erklärt wird, daß also gewissermaßen dispositives Recht entsteht, das nur mit schriftlicher Zustimmung abgeändert werden kann. Ich glaube aber, das wäre ein Gebilde, das in der Praxis keinen Sinn hätte, weil die Marktkräfte über einen derartigen Normalmietvertrag hinwegschreiten würden. Ich glaube, das lohnte die Mühe nicht.

Man muß davon ausgehen, daß durch die Allgemeinverbindlicherklärung praktisch zwingendes Privatvertragsrecht geschaffen wird, das natürlich dem zwingenden Gesetzesrecht nachsteht, das aber im Rahmen des dispositiven Rechtes eben zwingend ist. Nun stellen Sie sich einmal die Bestimmungen über die Dauer des Mietvertrages vor, und stellen Sie sich die Vielfalt des Lebens vor: denken Sie an die Hauswartwohnung, an das Pfarrhaus. Die Parteien einigen sich beispielsweise auf einen Mietvertrag, der beidseitig auf fünf Jahre fest sein soll. Wenn nun der Pfarrer plötzlich zum Ketzer wird oder sonst den Dienst aufkündigt, dann muß man eine Ausnahme machen. Dies gilt nicht nur für das Pfarrhaus, sondern auch für alle Abwartwohnungen, für alle Schulhausabwarte, kurz, für x Kategorien. Wird eine bestimmte Mindestdauer vorgeschrieben, dann ergeben sich auch Probleme bei den Abbruchliegenschaften. Jedermann ist daran interessiert, daß Häuser bewohnt werden, bis sie abgebrochen werden, und daß sie nicht noch jahrzehntelang leerstehen. Welcher Hauseigentümer kann dann noch je ein Lokal vermieten, wenn er auf eine bestimmte Zeit gebunden ist? Man muß auch hier wieder eine Ausnahme schaffen. Deshalb muß man sich darauf beschränken, einen Mietvertrag für den Regelfall zu schaffen, und Dinge regeln wie die Untervermietbarkeit, die Mietvertragsdauer usw. für den Regelfall, das heißt für den Fall des seßhaften schweizerischen Menschen, der lange Zeit irgendwo wohnen will. Aber neben diesem Regelfall gibt es sehr viele Ausnahmefälle, wo die Interessen ganz anders gelagert sind. Es gibt auch Mieter, die ein Interesse daran haben, einmal einen kurzfristigen Mietvertrag abzuschließen. Alle diese Fälle vorzusehen, entweder in einem allgemeinverbindlich zu erklärenden Mietvertrag oder aber im Beschluß, welcher den Mietvertrag allgemeinverbindlich erklärt und dann die entsprechenden Ausnahmen vorsieht, alles das bietet sehr große Schwierigkeiten. Daher bin ich der Meinung, daß dieser Weg nicht gangbarer ist als der Weg über eine Gesetzesrevision, sei es auf der Basis der Mißbrauchsgesetzgebung, sei es des Mietrechts, der Revision der Bestimmungen im OR über das Mietrecht, oder sei es noch anderer Be-

stimmungen. Daher bin ich der Auffassung, daß hier die Allgemeinverbindlicherklärung doch wohl weniger zum Zuge kommen kann.

Professor R. JAGMETTI, Zürich:

Gestatten Sie mir drei Bemerkungen zum Gesamtarbeitsvertrag und seiner Allgemeinverbindlicherklärung.

Zunächst glaube ich, daß ein Kollektivabkommen und insbesondere ein Gesamtarbeitsvertrag durchaus sinnvoll sein kann, auch wenn seine normativen Bestimmungen nicht für alle wesentlichen Bestandteile des Einzelvertrages Regelungen enthalten. Das klassische Beispiel in der Schweiz ist der wohl bekannteste Gesamtarbeitsvertrag, nämlich das «Friedensabkommen» in der Maschinen- und Metallindustrie, das zwar u.a. die Arbeitszeit regelt, jedoch keine Lohnansätze enthält. Weil in der Schweiz Kollektivverträge dieser Art vorkommen, hat sich bei uns der Ausdruck «Tarifvertrag» ja auch nicht eingebürgert. Bei Gesamtarbeitsverträgen, die nicht alle «essentialia negotii» des Einzelarbeitsvertrages regeln, zeigt sich deutlich, daß ein Kollektivabkommen den individuellen Vertrag nicht seiner Substanz beraubt, sondern eine Stellung zwischen Gesetz und Einzelvertrag einnimmt. Mir scheint, daß sich für den Bereich des Mietrechts und – mit allerdings ganz anderer Akzentsetzung – auch bei den Konjunkturmaßnahmen ähnliche Überlegungen anstellen ließen.

Mit einer zweiten Feststellung stehe ich vielleicht in einem gewissen Gegensatz zu Herrn HAUSHEER. Die Gesamtarbeitsverträge ordnen nicht nur das Außenverhältnis, nämlich jenes zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Sie schaffen vielmehr auch im Innenverhältnis unter den Arbeitgebern gleiche Bedingungen. Das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen wurde seinerzeit außer aus sozialpolitischen Überlegungen auch aus solchen der Angleichung der Konkurrenzverhältnisse eingeführt. Auf diesem Wege sollte verhindert werden, daß ein Unternehmen durch Zahlung kleinerer Löhne, durch Anordnung längerer Arbeitszeiten und durch geringere Sozialleistungen in die Lage versetzt werde, billiger zu produzieren. In diesem Sinne dient jedenfalls der Gesamtarbeitsvertrag nicht nur der Handhabung der Kartellmacht, sondern auch der Ordnung des Verhältnisses unter Konkurrenten. Ich bin mir bewußt, daß die Verhältnisse im Mietwesen und bei den Konjunkturmaßnahmen etwas anders liegen. Die Angleichung der Konkurrenzbedingungen dürfte indessen auch hier von großer Bedeutung sein.

Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die beiden wohl wichtigsten Gesamtarbeitsverträge, nämlich das schon erwähnte «Friedens-

abkommen» in der Maschinen- und Metallindustrie sowie der Landesmantelvertrag im Baugewerbe nicht allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Daraus möchte ich die sehr vorläufige Folgerung ziehen, daß eine wirkliche sozialpolitische Neuerung durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht zu erzielen ist. Wenn der Staat sie vornehmen will, wird er zweckmäßigerweise den Weg der Gesetzgebung beschreiten. Auf dem Kollektivweg läßt sie sich nur erzielen, wenn sie vom wirklichen Willen der Betroffenen getragen wird, der sich nicht durch staatlichen Zwang überlagern läßt. Die kleine Zahl der Allgemeinverbindlicherklärungen von Gesamtarbeitsverträgen und ihre Ansiedlung im gewerblichen Bereich scheinen mir auf das hinzudeuten.

Professor H. HAUSHEER, Berichterstatter:

Herr SCHNITZER hat auf ein Problem hingewiesen, das tatsächlich von großer Tragweite ist. Ich würde mir das Wasser selber abgraben, wollte ich mich davon überzeugen, Wissenschaft sei nicht von Bedeutung, und die ganze Leistung, die das letzte Jahrhundert und auch dieses Jahrhundert erbracht haben, um das Recht wissenschaftlich zu erarbeiten, sei zu nichts nütze gewesen. Das wird auch in Zukunft so bleiben. Aber das ist nur *ein* Element. Neben dieser wissenschaftlichen Erarbeitung unseres Rechts ist es erste Pflicht für uns, zu sehen, daß Recht verwirklicht werden kann. Die vorwiegend rechtstheoretischen Fragen der lex mercatoria, die unlängst Gegenstand eines großen Kongresses in Rom gebildet haben – des zweiten Kongresses des Instituts UNIDROIT –, sind im Augenblick eigentlich eher nebensächlich. Es geht – gerade im internationalen Verhältnis – in erster Linie darum, ob wir Recht durchsetzen oder nicht durchsetzen können. Hier sind verschiedene Fragezeichen anzubringen, je nachdem, wie sich die Verhältnisse präsentieren, und sie präsentieren sich in der Rechtswirklichkeit unterschiedlich. Es gibt gleich starke Geschäftspartner, Unternehmer, die genau wissen, daß sie, wenn sie die Vereinbarungen nicht einhalten, die an und für sich staatlich nicht vollstreckt werden können, mit entsprechenden wirtschaftlichen Sanktionen zu rechnen haben. Dabei kann tatsächlich auch Rücksicht genommen werden auf Erscheinungen der lex mercatoria, ähnlich dem gemeinen Recht, wie es schon das römische Weltreich gekannt hat, mit seinen weiten wirtschaftlichen Ausstrahlungen. Aber in den Fällen, in denen keine wirtschaftlichen Sanktionen in Kauf zu nehmen sind, da ist es dann sehr schwierig, eine Kontrolle, insbesondere von allgemeinen Geschäftsbedingungen, durchzuführen. Eine staatliche Kontrolle fehlt, und eine wirtschaftliche fehlt ebenso. Nun, das ist genau das Problem, das wir in ähnlicher Weise

auch bei den Kollektivverträgen antreffen. Ich bin durchaus einverstanden mit dem, was Herr ZÄHNER ausführt. Jedoch Hauptproblem ist: Finden wir Rechtsdurchsetzungsmacht, mit der wir rechnen können? Finden wir zum Beispiel im Mietsektor die Mieterseite, die gesamthaft die gleichen Interessen hat? Wir finden sie insofern, als alle Mieter das Interesse haben, zu wohnen und die sozialen Beziehungen, die damit verknüpft sind, zu schützen. Dennoch gibt es sehr verschiedene Mieter. Es gibt nicht *den* Mieter. Es gibt Mieter, die in einer ganz komfortablen Lage sind, zu anständigen, überaus anständigen Mietzinsen zu wohnen, und die wären nie bereit, mit den andern Mietern ins gleiche Boot zu steigen; sie haben keine Schwierigkeiten in bezug auf den Mietpreis, ungeachtet der Problematik, daß die Mietzinse vor allem wegen der Baukosten, aber auch wegen der Bodenpreisentwicklung zu «hoch» geworden sind. Schon von da her werden wir deshalb kaum alle Mieter ins gleiche Boot hineinbekommen. Die Bedeutung des Rahmenmietvertrages im Sinne eines Kollektivvertrages ist deshalb eine ganz andere als der Kollektivvertrag einer Wirtschaftsbranche, die sich wirklich kollektivieren läßt, weil hier alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber praktisch in der je gleichen Lage sind, und sich nur die Frage stellt, ob man die aus dem Tarifvertrag entstehenden Kosten auf dem Markt überwälzen kann oder nicht. Wir sehen somit, daß das Kartellisierungsproblem, also die Solidarisierungsfrage, auf dem Mietsektor vorerst gelöst werden muß. Wenn mangelnde Solidarisierungsinteressen festzustellen sind, dann kann man das Rechtsdurchsetzungsproblem auch mit dem Unabdingbarkeitsgrundsatz, wie wir ihn im kollektiven Arbeitsrecht kennen, nicht allein lösen. Denn das ist nicht das Entscheidende des Kollektivismus, daß plötzlich vertragliches zwingendes Recht privatrechtlicher Natur da ist, sondern daß man Verbandsmacht erreicht, die das als angemessen vereinbarte Recht auch zur Anwendung bringt. Vieles in der rechtlichen Absicherung und in der praktischen Verwirklichung von Gesamtarbeitsverträgen ist juristisch gesehen nicht über jeden Zweifel erhaben. Das Ganze «hält» vielfach nur deshalb, weil die Verbände ganz genau wissen, daß, wenn sie sich auf die juristischen Mängel des Kollektivvertrages berufen würden, sie mit nachteiligen wirtschaftlichen Sanktionen rechnen müßten. Im arbeitsrechtlichen Sektor hat man das Problem der Unabdingbarkeit, also der Direkteinwirkung des Kollektivvertrages auf den Einzelvertrag, überbewertet. Entscheidend ist nach wie vor das Gewicht der Parteien, die sich im Kollektivvertrag gegenseitig gegenüberstehen. Und genau da liegt nun eben die Schwierigkeit auf dem Mietsektor. Es ist im Augenblick aus den allerdings nur zum Teil angedeuteten Gründen schwie-

rig, die entsprechende Solidarisierung zu finden, so daß dann auch bei der Rechtsdurchsetzung entsprechendes Gewicht eingesetzt werden könnte. Stellt sich dieses Problem der Rechtsdurchsetzungsmacht nicht, dann stimme ich durchaus mit Herrn JAGMETTI überein, wonach der Kollektivvertrag nicht nur ein Problem der Außenseiter, sondern auch ein solches im internen Verhältnis ist. Das zeigt der arbeitsrechtliche Bereich anschaulich. Zuerst regeln wir die internen Verbandsverhältnisse. Aber nur wenn genügende Rechtsdurchsetzungsmacht vorhanden ist, kann man auch im internen Bereich des Verbandes damit rechnen, daß der Kollektivvertrag zustande kommt. Ist das der Fall, dann kommt automatisch die Tendenz, die Branche ganz allgemein zu organisieren und auch die Außenseiter einzugliedern, damit nicht die Konkurrenzverzerrungen eintreten, wie sie im schriftlichen Referat angetönt worden sind. Im Bereiche der Wohnungsmiete ist zurzeit weder das eine noch das andere gegeben. Damit möchte ich nicht sagen, daß es zum vornherein nutzlos sei, in einer Situation, in der es schwierig ist, Solidarität herbeizuführen, über die eigene Marktseite hinweg Gespräche zu führen. Ich habe durchaus Verständnis dafür, wenn man das macht; insbesondere habe ich durchaus Verständnis dafür, wenn man zum Beispiel Schlichtungsstellen einrichtet. Das hat psychologische Wirkung. Diese Wirkung ist manchmal viel wichtiger als der Rechtsbescheid, den man zwar bescheinigt erhält, der dann aber aus irgendwelchen Gründen doch nicht vollstreckt wird. Unter diesem Gesichtspunkt würde ich jede Bestrebung zum Abbau von Spannungen, auch im Mietsektor, durchaus begrüßen. Die Alternative dazu, bei Schwierigkeiten im Mietsektor beim zwingenden Recht des Gesetzes Zuflucht zu suchen, ist nämlich auch nicht durchwegs verlockend. Die Verhältnisse, die der Gesetzgeber zu regeln hat, sind auch für diesen von großer Vielfalt. Das ist ja gerade ein wesentlicher Grund, weshalb man nicht ohne weiteres Solidarität bei den Mietern erreichen kann. Was der Gesetzgeber sich hier einfallen lassen muß, das erfordert einiges, und ist in der Rechtsdurchsetzung, wenn zwingendes Privatrecht eingeführt wird, auch nicht immer garantiert. Die Durchsetzung von zwingendem Privatrecht ist ja der Einzelinitiative überlassen. Der Betroffene muß sein Recht vor dem Richter erstreiten. Ob das immer gemacht wird, auch wo durchaus Aussicht auf Erfolg besteht, bleibt fraglich: Wohl zum Glück für die Richter, die sonst noch mehr überlastet wären, oft aber zum Nachteil dessen, der sich im Recht befindet. Aber auch mit zwingendem öffentlichen Recht lassen sich nach der gemachten Erfahrung nicht alle Schwierigkeiten aus der Welt schaffen. Das Idealste wäre, wir könnten das Problem von der wirtschaftlichen Seite her lösen, da-

durch, daß wir die Kostenfrage in den Griff bekämen. Und hier kommt es zu eigenartigen Überschneidungen von Interessen. Wir haben dann plötzlich diejenigen, die sich auf der einen Seite engagieren – zum Beispiel die Gewerkschaften, die sich heute als Vertreter der Mieter engagieren –, auch auf der andern Seite; denn in bezug auf die Baukosten, wo die Löhne der Bauarbeiter eine wichtige Rolle spielen, stehen die Gewerkschaften im Lager der Vermieter und nicht in jenem der Mieter. Hier Lösungen zu finden, ist recht schwierig. Man muß probieren, auf umfassende Weise, aber vor allem von der wirtschaftlichen Seite her, das Problem anzugehen. Mit unkoordinierten gesetzgeberischen Einzelmaßnahmen kommt man nicht besonders weit, insbesondere wenn dabei die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung im einzelnen nicht genau abgeschätzt werden.

Professeur J.-F. PERRIN, rapporteur:

Quelques mots de réponse à Me ZIEGLER, tout d'abord, qui nous a bien indiqué que la différence essentielle entre l'extension dans le domaine du travail et l'extension dans le domaine du bail à loyer réside dans le fait que, dans un des secteurs on fixe le prix, qui est l'élément primordial du contrat, alors que dans l'autre secteur jusqu'à présent, on n'a pas fixé le prix et on ose à peine envisager le fait que le mécanisme d'extension puisse servir à fixer ce prix. Sur ce point je précise quand même qu'à mon avis, l'impossibilité de fixer le prix est purement historique. Je ne vois pas pour quelles raisons, somme toute, un développement de la situation politique ne permettrait pas aux parties contractantes de se mettre d'accord sur des normes de fixation des loyers. Peut-être que si, comme cela a été le cas par la convention de Lausanne, on commençait par ce qui est facile et on envisageait le plus difficile après, le mécanisme pourrait être utilisé pour cette fin plus ambitieuse. C'est la raison pour laquelle (toujours dans cette vision un peu optimiste de l'institution que je présentais) j'aimerais aussi répondre au Professeur JAGMETTI ce qui suit: il y a peu de conventions dans le domaine du travail qui aient fait l'objet d'une décision d'extension; la proportion entre les conventions non étendues et les conventions étendues est évidemment favorable aux conventions non étendues; cela n'empêche pas que l'existence même du mécanisme d'extension est un élément qui pousse à la négociation. J'ai le sentiment, que si le même mécanisme existait dans le domaine du bail à loyer, même s'il était peu ou pas utilisé, il inciterait les interlocuteurs à se rencontrer et à essayer de promouvoir une solution conventionnelle aux problèmes qu'ils ont en commun. Je ne suis pas tellement sensible à l'argument qui consiste à dire que ce mécanisme n'est utilisable que dans des circonstan-

ces très exceptionnelles. Sur un point encore au sujet duquel Me ZIEGLER s'est aussi exprimé tout-à-l'heure: il s'agit du problème de l'absence d'effet normatif, l'absence de solutions qui seraient analogues à celles de l'art. 357 CO. Il semble donc que les experts, qui se sont réunis pour mettre au point ce projet, aient d'emblée renoncé à une solution analogue à celle du droit du travail et pour des raisons que l'on peut facilement comprendre qui tiennent à la différence de puissance des organisations professionnelles – c'est ce que Me ZIEGLER nous a dit tout-à-l'heure.

Le critère qui a été proposé à titre de substitution de l'effet normatif est celui de *l'utilisation de la majorité des baux conclus dans l'arrondissement*. Cette exigence est trop dure; tout le monde est à peu près d'accord. Me ZIEGLER nous indique aussi qu'il considère que ce critère est trop dur. Il serait possible de faire des progrès, pour autant que nous fassions sauter ce verrou. C'est ici que réside la question clé; tout le monde en est actuellement conscient. Comment faire sauter ce verrou? Par quel mécanisme juridique pourrait-on remplacer cette lourde majorité des baux conclus dans la circonscription administrative?

On nous propose de faire simplement confiance à une évaluation subjective de la représentativité des organisations qui sont partenaires.

J'aurais quelques appréhensions sur l'existence d'une telle formule juridique. Je me demande même si elle est compatible avec les pouvoirs qu'habituellement on délègue à nos administrations. L'administration déciderait subjectivement que telle organisation, qui procuirait certaines listes de membres d'adhérents, serait considérée comme représentative. Je crains cette formule que je trouve un peu «trop corporative» (au sens mauvais du terme!). Je me demande si une meilleure solution n'existe pas. On pourrait mêler le subjectif à l'objectif en retenant comme critère l'existence d'une proportion des baux conclus dans la circonscription; mais une proportion qui ne serait pas fixée dans une norme arithmétique. On pourrait alors laisser ce soin à l'administration d'évaluer une «proportion raisonnable» ou «importante» des baux déjà en vigueur dans la circonscription.

Ceci est le problème central de cette législation. Si on arrivait à le surmonter, peut-être que cette loi pourrait voir le jour.

Un dernier mot d'intervention, sur le problème de la difficulté de qualifier juridiquement les normes qui sont issues de ce mécanisme d'extension. Me ZÄHNER nous a dit, qu'à son avis, le droit ainsi produit était plutôt d'essence contractuelle.

Je voudrais signaler encore une fois, l'énorme difficulté technique

de ces problèmes de hiérarchie normative. Je n'ai pas du tout le sentiment, qu'au sein des quelques pages que j'ai consacrées dans mon rapport à ce problème, j'ai été au fond des choses. Après avoir beaucoup réfléchi à ces problèmes, j'ai le sentiment qu'il y a beaucoup de choses à dire. Le fait de dire que ce droit est «d'essence contractuelle» ne situe pas du tout ces normes dans l'édifice hiérarchique. Les normes d'essence contractuelle priment le droit dispositif. C'est une conséquence bien connue et tout-à-fait élémentaire.

Donc il reste toujours la nécessité de situer, à certains échelons, les différentes normes. La complexité du problème en liaison avec le mécanisme d'extension est extrême. Il y a toutes sortes de variables au problème; il faut prendre en considération la situation sans et avec le mécanisme d'extension. Pour chaque choix dans chaque secteur, il faudra trouver une solution technique au problème de la hiérarchie des normes. Sur ce point, je dois dire, que le projet qui avait été proposé par la commission d'experts, ne va peut-être pas, à mon avis, absolument au fond des choses et des difficultés, qui dans la pratique se révèleront beaucoup plus considérables que ce que l'on pourrait penser à la lecture de ce projet, et à la lecture de l'exégèse qui en est faite dans mon rapport.

A titre de conclusion sur ce point, je dois dire que j'ai un sentiment d'insécurité sur le problème de la hiérarchie normative. Je pense qu'il faudra le traiter avec un soin extrême; au plan théorique d'abord, en ne se faisant pas trop d'illusions, les vraies difficultés pourraient bien éclater seulement le jour où ce sera le moment de leur donner une solution par la voie jurisprudentielle.

* * *

Le Président reprend la parole:

Nous arrivons au terme de cette discussion; je tiens à remercier tous ceux qui l'ont animée de leurs interventions et les rapporteurs qui nous ont fait part de leur réflexions complémentaires.

On peut, semble-t-il, constater que la représentativité est difficile à cerner et qu'au fur et à mesure que la discussion avançait, le sujet paraissait se rétrécir. Un débat n'est pas seulement intéressant lorsqu'il donne des dimensions insoupçonnées au thème abordé mais aussi lorsqu'il le réduit, l'essentiel étant de prendre conscience des réalités.

La séance est levée à 12 h.

Séance du dimanche 3 octobre 1976
à l'Université II, Genève

Président
Me RENÉ HELG, avocat, Genève

Les débats sont repris à 9 h. 00.

X.

Rapport de la Commission des sources du droit

Me CHRISTOPH STALDER donne lecture du rapport du Professeur H. HEROLD, Zurich, empêché:

Der Tod hat tiefe Lücken in den Mitarbeiterstab gerissen. Im Sommer 1975 verschied Prof. Dr. DOMINIQUE FAVARGER an den Folgen eines Automobilunfalles, im Winter darauf Dr. h.c. WALTHER MÜLLER ganz plötzlich durch Herzinfarkt und im Sommer 1976 Dr. KARL MOMMSEN nach längerer Krankheit. Die Hauptsorge der Kommission galt daher der Fortsetzung der hinterlassenen Arbeiten. Der Rechtsquellenband Neuchâtel wurde in einer abgeschlossenen Quellensammlung hinterlassen. Herr J. J. DE TRIBOLET, Archiviste adjoint früher in Genf, jetzt in Neuenburg, der seinem Freunde FAVARGER schon früher in der Lösung paleographischer Probleme behilflich war, sprang sehr bereitwillig ein, erhielt vom Genfer Staatsarchiv einen Wochentag Urlaub und wird für die 3 Monate, die er zwischen den beiden Stellen ganz dem Bande widmen will, von der Friedrich-Emil-Welti-Stiftung besoldet. Ihm stehen Staatsarchivar SCHNEGG und Prof. Dr. SCHEURER zur Seite. Zur Fortsetzung der Arbeit an den Akten der Fürstabtei St. Gallen konnte Frau Dr. phil. MAGDALEN BLESS-GRABHER gewonnen werden.

Der Band Bern, Wehrwesen, ist im Berichtsjahr erschienen, der letzte der Serie RENNEFAHRT bedarf noch des Registers. Der zweite Band Waadt von Frau Dr. CABANIS-ANEX und Prof. Dr. POUDRET konnte in Druck gegeben werden. Die Organisatoren des letzten Juristentages in Montreux spendeten den Überschuß der Festrechnung an dieses Werk, wofür ihnen auch an dieser Stelle gedankt sei. Die Bände Haslital, Amt Weggis, Graubünden, Tessin und Glarus stehen weiterhin in Bearbeitung.

Das Kuratorium für die Aufnahme die Schweiz betreffender Urkunden in ausländischen Archiven trat zusammen, um das Register für den bisher in *Karlsruhe* aufgenommenen Teil vorzubesprechen. Es ist von den Herren Dr. MOMMSEN und Dr. SALZMANN sowie von Frau Dr. BOSSHART-PFLUGER vorbereitet worden, die ab August 1976 durch Dr. phil. PETER HOPPE abgelöst werden soll, der vollamtlich in Karlsruhe eingesetzt wird.

Die Finanzierung des zweiten Bandes Schaffhausen, den Dr. MOMMSEN noch ohne Register fertigstellen konnte, ist nun so gesichert, daß er in Druck gegeben werden kann.

Der Absatz der Bände läßt nach wie vor zu wünschen übrig.

Sur la proposition du Professeur HEROLD, M. J. J. SIEGRIST, archiviste cantonal à Aarau, est nommé membre de la Commission. Le mandat des autres membres est renouvelé.

XI.

Renouvellement de la Commission de recherches

Son président, M. le Juge fédéral SCHWANDER, ayant exprimé le désir que son mandat ne soit pas renouvelé, la présidence est désormais assumée par le Professeur PIERRE LALIVE. Le Professeur RAYMOND JEANPRÊTRE, jusqu'alors suppléant, devient membre.

XII.

Election du Président et des autres membres du Comité pour la période 1976–1979

A la fin de l'exercice courant, les membres suivants se retirent définitivement du comité, selon les dispositions statutaires:

- Me RENÉ HELG, avocat, Genève (président),
- M. HANS MARTI, docteur en droit, professeur, avocat et notaire, Berne (trésorier),
- M. E. W. STARK, docteur en droit, professeur, directeur, Winterthur,

- SANDRO CRESPI, docteur en droit, conseiller juridique, Bellinzone,
- M. ALOÏS TROLLER, docteur en droit, professeur, avocat, Lucerne.

Les membres suivants du comité actuel sont disposés à rester en charge:

- M. FRITZ GYGI, professeur à l'Université de Berne, Berne (vice-président),
- M. JEAN CASTELLA, juge fédéral, Lausanne.

Pour le renouvellement du comité, les membres suivants qui ont accepté de poser leur candidature sont élus à l'unanimité:

- Me ERIC HOMBURGER, docteur en droit, avocat, privat-docent, Zurich,
- Me PIERRE JOLIDON, docteur en droit, professeur à l'Université de Berne, Berne,
- Me JACQUES MATILE, docteur en droit, avocat, Lausanne,
- M. PEIDER MENGIARDI, administrateur délégué de la Fiduciaire Générale S.A., Oberwil,
- M. PETER MOSER, président du Tribunal administratif, Zurich.

Il est procédé ensuite à l'élection du Président de la Société Suisse des Juristes pour la période 1976–1979.

Monsieur le Professeur GYGI est élu à l'unanimité sous les applaudissements chaleureux des congressistes.

XIII.

Allocution du nouveau président:

Sie haben einen neuen Vorstand bestellt, und im Namen meiner neuen Kollegen habe ich Ihnen die Wahl zu verdanken. Bei unserem Verein verhält es sich nicht so, daß man den Vorstand auswechselt, weil man vom neuen etwas Spektakuläres erwartet. Das ist nicht die Art des Schweizerischen Juristenvereins, sondern man erwartet, daß der Vorstand mit der Tradition fortfährt, die von unserem früheren Präsidenten in so hervorragender Weise gewahrt worden ist. Herr HELG, Sie haben den Vorstand und den Verein mit der diskreten Eleganz geleitet, die Ihr Geheimnis ist. Sie haben auch jene verbindliche Autorität gehabt, die nicht autoritär wirkt. So haben Sie den Verein geleitet in dem Geiste und in der Aufgabe, die sich der Schweizerische Juristenverein immer gestellt hat, nämlich einen ruhigen, aber beständigen Beitrag für ein besseres Recht zu leisten. Auch das wollen wir von Ihnen als unsere Aufgabe übernehmen. Wenn Sie nun

zurücktreten, so können Sie es tun im Bewußtsein, den Verein vorbildlich geleitet zu haben, und es wird schwer halten, Ihnen gleichzutun. Ich bitte die Versammlung, Ihnen die Anerkennung auszusprechen (Beifall).

Zusammen mit dem Präsidenten verlassen noch vier Mitglieder den Vorstand. Es sind das die Herren Dr. CRESPI, Professor HANS MARTI, Professor STARK und Professor ALOIS TROLLER. Auch ihnen möchte ich, da jeder von ihnen eine besondere Charge übernommen hat, den Dank aussprechen. Die Herren haben mich aber gebeten, noch einen besonderen Dank an Herrn Professor ALOIS TROLLER auszusprechen. Herr Professor ALOIS TROLLER ist unlängst 70 Jahre alt geworden, und man hat ihn verdientermaßen in einer Festschrift gefeiert. Herr Professor TROLLER hat, wie Sie alle wissen, für das Recht des geistigen Eigentums der schweizerischen Juristenwelt Hervorragendes gebracht. Er hat aber noch mehr getan; er hat auch in Werken, die über das geistige Eigentum hinaus gehen, in anderen Werken für den Geist des schweizerischen Rechtes gearbeitet. Wir Kollegen vom Vorstand haben es als angebracht erachtet, ihm bei dieser Gelegenheit, wo er das 70. Altersjahr vollendet hat und aus dem Vorstand austritt, den besonderen Dank der schweizerischen Juristen auszusprechen. (Beifall.)

XIV.

Désignation du lieu de l'assemblée générale ordinaire de 1977

L'assemblée accepte par des applaudissements la proposition de tenir son prochain congrès à Lucerne.

XV.

« Aménagement du territoire et propriété privée »

Rapporteurs MM. les Professeurs PIERRE MOOR, Lausanne, et MARTIN LENDI, Ecole polytechnique, Zurich.

Table ronde présidée par M. le Professeur F. GYGI, vice-président, qui introduit le sujet en ces termes:

Prof. GYGI: Zu diesem runden Tisch möchte ich zunächst die Teilnehmer vorstellen und gewisse Vorbemerkungen machen. Anfänglich hatten wir eigentlich vorgesehen, einen runden Tisch zu veranstalten, der auch einen Tessiner umschließen sollte. Einmal, damit die italienische Sprache zum Zuge kommt, die bei uns leider etwas ver-

nachlässigt wird, zum zweiten, weil der Kanton Tessin in raumplanerischer Hinsicht besonders sensibilisiert ist, wenn man modern sprechen will. Leider habe ich erst am Freitag, als ich vor der Abreise stand, eine Absage bekommen, weil der betreffende Vertreter in letzter Minute anders in Anspruch genommen worden ist. Wir entschuldigen uns also in dieser Form, daß niemand aus dem Kanton Tessin am Gespräch teilnimmt.

Am Gespräch nehmen teil in erster Linie die beiden Referenten, Herr Professor MOOR und Herr Professor LENDI. Ihnen möchte ich bereits jetzt – weil ich nicht weiß, wie turbulent dieses Programm angesichts des Themas ablaufen wird – Ihren und meinen Dank für die hervorragenden Referate abstatten. Ich bin froh, daß sie an der Verhandlung teilnehmen und damit nun gewissermaßen in das Schaufenster treten; dies auf die Gefahr hin, daß man möglicherweise mit Steinen auf sie werfen wird, denn ich habe in der Teilnehmerliste gesehen, daß es verhältnismäßig viele Namen hat, die raumplanerisch «verdächtig» sind. Ich kann also damit rechnen, daß eine gewisse Belebung stattfinden wird, wie wir sie in den Verhandlungen des Juristenvereins gern haben. Damit habe ich auch gesagt, daß dieser runde Tisch nicht ein üblicher runder Tisch ist, sondern wir werden uns auch Ihnen gegenüber öffnen; wir werden nicht «en circuit fermé» bleiben, sondern auch Sie zu Wort kommen lassen.

Zur Thematik muß ich auch gewisse Vorbemerkungen machen, vielleicht sogar eine gewisse Entschuldigung für die Referenten vorbringen. Das Thema lautet «Raumplanung und Eigentumsgarantie». Nach der Aufgabe, die sich der Schweizerische Juristenverein seit eh und je gestellt hat, sollen die Verhandlungen des Vereins zu rechtspolitisch aktuellen Fragen wissenschaftlich einwandfreie und praktisch brauchbare Vorschläge ausarbeiten. Das ist die Aufgabe, die wir uns gesetzt haben. Nun war es hier so, daß wir die Aufträge an die Referenten verhältnismäßig früh erteilten, zu einem Zeitpunkt, da noch nicht absehbar war, daß ein Raumplanungsgesetz in die Hände von Bundesrat FURGLER und von Professor SCHÜRMANN fallen werde. Das hat schlußendlich dazu geführt, daß in dem Zeitpunkt, da unsere Referate veröffentlicht wurden, das Gesetz nicht nur bereits vorhanden, sondern bereits abgelehnt war. Die beiden Referenten waren insofern behindert, daß im Moment, als sie ihre Referate abfaßten, diese Vorlage im Referendumsverfahren war. Es war deshalb eine besonders heikle Aufgabe, unter dieser Voraussetzung zu einer rechtspolitischen Frage etwas beizutragen, zu bestätigen oder zu kritisieren, wenn eine gesetzliche Lösung bereits beraten war, aber noch in der Schwebe lag, ob sie in Rechtskraft erwachsen würde. Das hat den Referenten die Hände etwas lahmgelegt, und wir hoffen nun,

daß wir das nachholen können, denn deshalb haben wir das Gespräch auf diese rechtspolitische Problematik ausgerichtet.

Zum Ausgangspunkt: Sie wissen, daß wir in die Verfassung in der gleichen Abstimmungsvorlage im Jahre 1969 zwei Bestimmungen aufgenommen haben, und dies mit einer ganz klaren Mehrheit, sozusagen unbestritten. Einerseits den Art. 22ter, wonach das Eigentum gewährleistet ist. Die Eigentumsgarantie, die bisher als ungeschriebenes Verfassungsrecht gegolten hat, ist damit förmlich verankert worden, und es ist die Dreikriterientheorie aufgenommen worden, daß Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen können. Im gleichen Zuge, also unter dem Aspekt der Einheit der Materie ist aber auch Art. 22quater geschaffen worden, dessen erster Absatz wie folgt lautet: «Der Bund stellt auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze auf für eine durch die Kantone zu schaffende, der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedelung des Landes dienende Raumplanung.» Das ist der Zusammenhang, also das «sowohl» von Art. 22ter über die Eigentumsgarantie wie das «als auch» der Raumplanung, bundesrechtlich geboten, den Kantonen auferlegt und bundesrechtlichen Grundsätzen nach Art. 22quater unterstehend. Dieses sowohl als auch hat den Juristen immer wieder Schwierigkeiten bereitet. Wir müssen uns auf irgendeine Weise mit der Raumplanung einerseits und der Eigentumsgarantie anderseits zurechtfinden. Das heißt, wir müssen dazu kommen, eine Raumplanung zu bejahen, die sich mit Art. 22ter vereinbaren läßt, oder sonst müssen wir den Mut haben, eine Verfassungsinitiative in die Wege zu leiten, um Art. 22quater aufzuheben. Denn wir müssen in irgendeiner Weise mit diesen beiden Bestimmungen zurechtkommen. Anders ausgedrückt – und da möchte ich dann das erste Gesprächsthema einleiten –, in welchem Verhältnis stehen Art. 22ter und Art. 22quater, die Verfassungsgarantie des Privateigentums und Planung? Ist Planung mit der Eigentumsfreiheit vereinbar oder ist sie vielleicht – gleich wie wenn wir die Parallele zu Art. 31 BV ziehen – eine Ausnahme von der Eigentumsfreiheit? Wie wir in Art. 31bis sagen, es gebe gewisse Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit, von der Wirtschaftsfreiheit, wobei ich jetzt diese Frage – Ausnahme oder Wirtschaftspolitik, die das System unterstützt – nicht weiter besprechen will. Aber gibt es ein Verhältnis der Ausnahme oder ist es nicht vielmehr so, daß auch die Raumplanung, aber nicht jede Raumplanung, sondern eine bestimmte Art von Raumplanung, ein Erfordernis des privaten Eigentums ist? Ist hier ein Unterschied zu machen zwischen Planung und Planwirt-

schaft? Ist es notwendig, daß wir Juristen diesen Unterschied machen, auch wenn in Abstimmungskampagnen natürlich die Versuchung groß ist, die Planung sofort als Planwirtschaft abzutun?

Ich würde sagen, daß das das erste Thema wäre, zu dem sich zu äußern ich die Herren Referenten und die übrigen Teilnehmer am runden Tisch, die ich nun noch vorstellen will, bitten möchte. Zu meiner Rechten Herr Professor FRIEDRICH, ein Mann, der sowohl mit dem Planungsrecht wie mit dem Privateigentum bestens vertraut ist und in diesen Problemen immer gearbeitet hat. Ihm bin ich besonders dankbar, weil er mir ein administratives Versehen überbrücken half und sich von einer Stunde auf die andere zur Teilnahme bereit erklärt hat. Zu meiner Linken ist Herr Dr. MATILE, ein Waadtländer, und ein Waadtländer muß etwas vom Boden verstehen; er hat zwar bei uns auch schon über das Kartellrecht referiert. Wir sind froh, daß wir die sprachlichen Teile auch in dieser Hinsicht ausgeglichen haben.

Darf ich nun jemandem zu diesem ersten Thema spontan das Wort erteilen?

Prof. LENDI: Spontan muß man beginnen! Ich würde zunächst folgendes sagen: Die rein verfassungsrechtliche Frage des Verhältnisses von Art. 22ter und 22^{quater} BV kann relativ kurz behandelt werden. Die Herren AUBERT und JAGMETTI haben dazu das Wesentliche ausgeführt. Auf eine Kurzformel gebracht: Art. 22ter ist keine Kompetenznorm. Die Eigentumsbeschränkungen der Raumplanung müssen ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Art. 22^{quater} BV finden.

Das Problem, das mich beschäftigt, und das ich gleich einleitend anschneiden möchte, betrifft eine Vorfrage zum Verhältnis zwischen Planung und Eigentum. Vorfrageweise müssen wir uns nämlich kritisch Rechenschaft geben, ob wir Juristen nicht etwas zu gebannt auf das Spannungs-, Einordnungs-, Koordinations- und Harmonisierungsverhältnis «Planung und Eigentum» schauen. Verkrampfen wir uns auf diese Gegenüberstellung? Wenn man sich etwas eingehender mit dem Wesen der Planung und vor allem auch mit der reichen ausländischen Literatur befaßt, dann bekommt man den Eindruck, daß die ungelösten Probleme nicht im Spannungsverhältnis, sondern wohl eher im ungeklärten Wesen der Planung ihren Grund haben. Sollte es uns gelingen, in diese Problematik klärend einzudringen, dann werden wir mit der Zeit wahrscheinlich eine differenzierte und einfachere Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen Planung und Eigentum erarbeiten können. Ich will diese Frage nicht zu Ende diskutieren, aber doch darauf aufmerksam machen, daß die wesentliche Aufgabe unter anderem darin besteht, «gutes» Raum-

planungsrecht zu machen. Ich darf vielleicht den Gedankengang noch erweitern, damit meine Überlegungen klarer hervortreten. Das geltende Raumplanungsrecht charakterisiert sich im wesentlichen als formelles, als instrumentelles Recht. Von daher begründet es Planungsmacht. Dies ist sicherlich eine Aufgabe des Planungsrechtes, aber nicht die abschließende; denn die Planungsmacht kann im Rechtsstaat nur eine gebundene sein. So stehen wir vor einer zweiten wesentlichen Vorfrage, nämlich vor der Frage, wie sich Planungsmacht rechtlich binden läßt. Diese Frage ist meines Erachtens von der rechtswissenschaftlichen Seite her nicht geklärt. Hätten wir diese Problematik einigermaßen im Griff, dann ließe sich die Angst vor der «Allmacht Planung» bannen und dann ließe sich das Verhältnis «Planung und Eigentum» nüchterner betrachten.

Nun zur kritischen Frage, die Sie direkt angesprochen haben: Die erste Vorlage, die der Bundesrat über die Raumplanung eingebracht hat, stand noch unter dem Klammertitel «Verfassungsrechtliche Ordnung des Bodenrechts». Die Erkenntnis dürfte heute aber eine allgemeine sein, daß das Bodenrecht nicht identisch ist mit dem Raumplanungsrecht und umgekehrt. Da muß man sich nun fragen, wo sich Planung und Eigentum wirklich berühren und was den bodenrechtlichen Gehalt des Raumplanungsrechts ausmacht. Ich habe in meinem Referat versucht darzulegen, daß der eigentliche Berührungspunkt im Verhältnis zwischen Nutzungsplanungsrecht und Eigentum liegt, da sich das Nutzungsplanungsrecht auf das Eigentum auswirkt. Bezieht man aber nur das Nutzungsplanungsrecht in die Betrachtungen ein, so ist dies zu eng. Es gibt eben neben dem Nutzungsplanungsrecht sogenannt raumrelevantes Recht, das sich seinerseits auf das Eigentum auswirkt und zu Eigentumsbeschränkungen führt, beispielsweise das Forstpolizeirecht, das Natur- und Heimatschutzrecht, das Gewässerschutzrecht usw. Es ist also nicht nur das «böse» Raumplanungsrecht, das auf das Eigentum einwirkt. Bedauerlicherweise wird immer wieder so getan, wie wenn die Eigentumsbeschränkungen ausschließlich eine Folge des Raumplanungsrechtes seien. Das Verhältnis zwischen Nutzungsplanung und Eigentum ist ein qualitativ eminent wichtiges, doch rein quantitativ besehen gehen aus dem übrigen Recht wesentlich mehr Eigentumsbeschränkungen hervor als aus dem Raumplanungsrecht im Sinne des Nutzungsplanungsrechts.

Prof. MOOR: Je répondrai encore plus brièvement que Monsieur le Professeur LENDI à la question posée par mon collègue M. GYGI, question qui est d'ailleurs – tout comme la table ronde elle-même – plutôt politique que juridique.

Au fond, la compatibilité entre l'article 22ter et l'article 22quater CF, considérée comme acquise au moment de leur adoption, est donnée sur le plan théorique. Concrètement, la question se résoudra à l'usage: il faudra analyser la pratique qui va être suivie. Je m'explique: la garantie de la propriété, du moins sous l'angle subjectif, ne peut plus être qualifiée comme un droit du propriétaire à l'abstention de l'Etat. Elle constitue en réalité le droit au respect de certaines conditions posées par l'ordre juridique à l'activité de l'Etat. Cette idée – que la collectivité agit – est très importante, et la portée de l'article 22ter ne peut pas être conçue en faisant abstraction. L'activité de la collectivité est prévue à l'article 22quater comme un mandat impératif pour la Confédération d'abord, mais aussi pour les cantons et les communes: activité en matière d'aménagement du territoire, que la disposition constitutionnelle symbolise – je la prends donc par métonymie – puisqu'il y a beaucoup d'activités publiques qui concernent la politique spatiale sans être absorbées par l'article 22quater.

L'article 22quater fonde à mon sens un droit, social, de l'espace et à l'espace pour tout habitant de la Suisse. L'équilibre doit donc être trouvé entre la garantie subjective de la propriété et ce droit «social»; une telle situation d'équilibre *doit* être possible. En effet, en adoptant simultanément les deux dispositions, le constituant a fait en quelque sorte un pari. Il s'agit dès lors de savoir si nous voulons le tenir.

Je crois que la Constitution fédérale nous en fait l'obligation. La question qui se pose est de déterminer quelles vont être les conditions du jeu – pour continuer sur la métaphore que j'évoquais par le terme de pari. Nous reviendrons sur elles, je pense, dans les interventions suivantes.

Prof. GYGI: Wir stellen jetzt bereits fest, daß wir zwei Thesen haben, zwei Thesen in dem Sinne, daß beide diese Planungsnotwendigkeit von der Verfassung her bejahen; die eine Seite legt das Schwergewicht auf die rechtsstaatliche Bewältigung der Planungsmacht, und Herr MOOR auf die Aktualisierung der Sozialverpflichtung. Wie sieht das, Herr FRIEDRICH, aus dem Gesichtspunkt des Privateigentums für den klassischen Privatrechtler aus?

Prof. FRIEDRICH: Wenn ich als Privatrechtler aufgerufen bin, zu der gestellten Frage Stellung zu nehmen, so möchte ich mir erlauben, sie etwas auszuweiten. Sie haben dem Referat von Herrn LENDI entnehmen können, daß im Grunde genommen das Problem des Verhältnisses von Eigentum und Raumplanung zu einer Konfrontation der öffentlichen Interessen einerseits und denjenigen des Individuums als Privateigentümer anderseits führt. Der Privatrechtler wird sich

dann sofort die Frage vorlegen, wie sich denn eigentlich dieses Anliegen der Wahrung der Gesamtgesichtspunkte mit dem Eigentumsbegriff vereinbart. Herr LENDI mußte sich mit dieser Frage auseinandersetzen; er hat – wenn ich mir erlauben darf – dem herkömmlichen privatrechtlichen Eigentumsbegriff eine Note erteilt, die ich, wenn wir sechs als beste Note nehmen, in der Größenordnung vier bis fünf einstufen würde. Ob der Privatrechtler sich damit zufriedengeben will oder nicht, mag dahingestellt bleiben. Er attestiert dem Begriff des Eigentums, daß er immerhin in der Lage gewesen sei, sich veränderten Vorstellungen von der Funktion und der Aufgabe des Eigentums anzupassen. Ich glaube, das ist eines der großen Verdienste des herkömmlichen Eigentumsbegriffes, daß er eben nicht als absolutes, umfassendes Recht verstanden wird, sondern geeignet ist, aus seiner Definition heraus – das Eigentum besteht ja nur im Rahmen der jeweiligen Rechtsordnung – solchen veränderten Verhältnissen sich anzupassen. Aber ich glaube, Herr LENDI möchte dann noch eine gewisse Unzulänglichkeit des herkömmlichen Begriffes erkennen, und er schlägt deswegen vor, daß man von der bisherigen Schau, daß man vom privatrechtlichen Eigentum ausgehe, abgehen sollte und nun das öffentliche Recht – er sagt, als eine für sich geltende Ordnung, – neben das privatrechtliche Eigentum stellen soll. Nun, wenn ich etwas antithetisch formulieren darf, so sehe ich nicht ganz, wie unter dieser Sicht das Verhältnis dieser beiden Bereiche dann gestaltet sein soll. Ich wäre beruhigt, wenn man als Privatrechtler, der nun immerhin von einer liberalen Eigentumskonzeption auszugehen gewohnt ist, hören könnte, daß aus diesem Nebeneinander zum mindesten nicht die Folgerung abgeleitet wird, daß sich der Gehalt des Eigentums im wesentlichen oder unter anderem auch durch eine Zubilligung von Rechten und Befugnissen durch den Staat an den Privateigentümer auszeichnen würde. Konkreter gesagt, und ich bin beruhigt, daß Herr LENDI in seinem Referat nichts anderes vertritt, würde ich es für bedenklich halten, wenn man aus dieser öffentlich-rechtlichen Eigentumsordnung heraus die Folgerung ableiten würde, daß der Staat etwa dem Eigentümer die Befugnis zu bauen verleihen muß, verleihen könne. Ich würde es für einen grundsätzlich bedenklichen Ausgangspunkt ansehen, wenn man nicht wie bis anhin sagen würde, der Eigentümer verfügt über diejenigen Befugnisse, die aus dem Eigentum, aus dem umfassenden Recht heraus typisch sind, sondern er müsse sich gewissermaßen an den Staat wenden und ihn bitten, ihm gewisse Befugnisse, etwa das Recht zu bauen, einzuräumen.

Wenn das gesagt ist, und wenn diese These abgelehnt wird, würde ich es bis zu einem gewissen Grade durchaus anerkennen, daß sich

die Anforderungen des Raumplanungsrechtes auf den Inhalt des privaten Eigentums auswirken können. Ich bin froh, daß Herr LENDI dann in seinem Referat in besonderer Weise die Anforderungen umschreibt, die sich unter den rechtsstaatlichen Gesichtspunkten an dieses Verhältnis von Privateigentum und Beschränkungen durch Gesichtspunkte planerischer, nutzungsplanerischer Natur namentlich, ergeben. Zusammengefaßt würde ich sagen, daß das Eigentum, so wie wir es herkömmlicherweise verstanden haben, in der Lage ist, den modernen, den heutigen Anforderungen der zweckmäßigen, geordneten, geplanten Nutzung des Bodens zu entsprechen, ohne daß man die bisherige Eigentumskonzeption als solche preisgeben wird.

Vielleicht noch eine Bemerkung. Man könnte ja das Gedankenspiel einmal vollziehen, davon auszugehen, wir hätten, einer germanischen Rechtsanschauung folgend, unterschiedliche Eigentumsbegriffe für bewegliches und unbewegliches Gut entwickelt und hätten uns in dieser Hinsicht nicht vom römischen Recht leiten lassen. Ich würde nicht annehmen, daß sich unter einer solchen Konzeption für unsere auf freiheitlichen Auffassungen beruhende Eigentumsordnung wesentliche Unterschiede ergeben hätten. Ich glaube, man hätte wohl auch die Grenzen der staatlichen Beeinflussungsmöglichkeiten erkannt, die heute vielleicht etwas automatisch wirken, indem wir gegenüber Eingriffen in das bewegliche Eigentum offenbar wesentlich zurückhaltender sind. Ich würde es als einen Vorteil der einheitlichen Eigentumskonzeption ansehen, daß diese Zurückhaltung gegenüber dem beweglichen Eigentum in einer gewissen Weise auch ausstrahlt bei der Entscheidung, wieweit planerische Gesichtspunkte beim Bodeneigentum nun ein Zurückdämmen der Befugnisse des einzelnen Grundeigentümers mit sich bringen.

Me J. MATILE: Vous me permettrez de donner à mes propos un cours plus politique que juridique. Appartenant aux milieux qui ont soutenu le référendum et qui ont combattu la loi, il me paraît normal que je vous apporte ici précisément la position des vainqueurs du 13 juin.

On a prêté aux opposants à la loi l'intention de combattre l'aménagement du territoire comme tel. Ils s'en sont toujours défendus, disant qu'ils combattaient une loi sur l'aménagement du territoire qui ne leur paraissait pas compatible avec certains principes politiques. Cette position, ils la maintiennent aujourd'hui encore.

Les opposants à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire considèrent dès lors qu'il est parfaitement possible de trouver une solution aux contradictions ou aux difficultés qui résultent des textes des articles 22ter et 22quater. Comme le disait Monsieur le Professeur

FRIEDRICH tout à l'heure, nous pensons que la notion traditionnelle de propriété est suffisamment souple et large pour permettre de trouver une solution à ces problèmes.

Nous pensons donc qu'aujourd'hui, placés devant un article 22quater qui existe, qui a été voté très largement par le peuple suisse et par les cantons, le mandat constitutionnel qui découle de cet article doit être rempli. Cela est si vrai que le comité référendaire d'une part, le parti libéral vaudois d'autre part, ont sitôt après la votation du 13 juin mis en œuvre des commissions d'étude chargées d'élaborer des avants-projets de loi fédérale sur l'aménagement du territoire, répondant à des principes leur paraissant acceptables – dans le cadre de l'article 22quater.

Nous pensons dès lors, qu'il est parfaitement possible de concilier les articles 22ter et 22quater. Encore faut-il s'entendre sur les principes applicables. Quant à nous, nous considérons qu'il y a lieu de passer maintenant à l'étude d'une nouvelle loi fédérale sur l'aménagement du territoire; il ne s'agit donc pas du tout de saboter l'aménagement, que ce soit au nom de la propriété ou de quelqu'autre principe.

Prof. GYGI: Ich glaube, wir wollen diese auf der Verfassungsebene verharrende Diskussion nicht zu weit treiben. Ich glaube Ihren Äußerungen entnommen zu haben, daß man sich als Anhänger des Privateigentums mit der Raumplanung versöhnen oder sie sogar bejahen kann, je nachdem, was sich diese Planung zum Ziel setzt, was sie sich zur Aufgabe macht, welcher Mittel sie sich bedient und wie sie, wie es Herr LENDI gesagt hat, rechtsstaatlich insbesondere im Verfahren zu bewältigen ist, aber, was ich beifügen müßte, dann auch trotz aller dieser Garantien auch noch wirksam ist und in diesem Sinne referendumstüchtig wirksam wird. Ich glaube, das ist das erste Thema, das wir hier abschließen können. Da ich aber Stimmen gehört habe von außen her, möchte ich jetzt so vorgehen, daß, wenn sich jemand zu dieser Grundfrage, zu der ersten Frage äußern möchte, er dies jetzt tun kann, während wir die zweite Frage, nämlich die Frage nach den Zielen einer liberalen Raumplanung mit ihren Mitteln und Garantien, nachher besprechen wollen.

Dr. R. ROHR: Gestatten Sie mir als einem der raumplanerisch Verdächtigen hier in diesem Saal einige kritische Bemerkungen zu einer Hauptthese des Referates LENDI, die jetzt bei dieser ersten Diskussionsrunde in etwa angeklungen ist, und zwar einige kritische Bemerkungen zu einer Hauptthese in einem sonst überaus eindrücklichen und streckenweise sehr überzeugenden Referat.

Professor LEO SCHÜRMANN hat im Novemberheft der Schweizer

Monatshefte des Jahres 1974 de lege ferenda folgendes vorgeschlagen: «Das Grundeigentum besteht in der Befugnis, Grundstücke nach Maßgabe der dafür geltenden Raumplanungsgrundsätze zu nutzen und in diesem Rahmen darüber zu verfügen. Der Bund kann auf dem Wege der Gesetzgebung den Nachweis des Bedürfnisses für den Erwerb von Grundeigentum und die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen aufstellen.» Unser Referent hat nun den ersten Teil der ersten Forderung als de lege lata gültig erklärt und er hat den zweiten Absatz als möglicherweise de lege lata gültig erklärt. Wenn Sie auf Seite 126, Fußnote 17, nachblättern, dann sehen Sie, daß der Referent als möglich erachtet, daß die Einführung einer Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken, und zwar nicht nur landwirtschaftlicher Grundstücke, verfassungsmäßig sein könnte. Ich darf mir gestatten, eine gegenteilige Ansicht zu vertreten und zu behaupten, daß hiefür keine Verfassungsgrundlage vorliegen würde. Wesentlicher ist mir aber die erste These, eine Forderung, die in ihrer Tragweite weit über die Streitfrage der Immanenz der Schranken des Grundeigentums hinausgeht. Es ist die These, die auf Seite 162 das erste Mal anklingt: «Der Inhalt jeglichen Grundeigentums wird durch die Rahmennutzungsordnung als einer öffentlich-rechtlichen Ordnung festgelegt.» Um die Tragweite dieses Satzes zu erkennen, um zu erkennen, daß die Tragweite möglicherweise fast so weit geht wie die von Herrn Professor FRIEDRICH abgelehnte These, daß der Staat die Befugnis zum Bauen konzessionsweise verleiht, dazu möchte ich Sie auf drei weitere Textstellen verweisen. Auf Seite 176 lesen Sie den markanten Satz, daß die Rahmennutzungsordnung als solche deshalb Vorteile und nicht Nachteile verschafft. Das würde nun bereits in einem wesentlichen Gegensatz zur Konzeption stehen, daß Art. 22^{quater} eine erste Verfassungsgrundlage für Einschränkungen gegenüber der Eigentumsgarantie von Art. 22ter darstellen würde. Und wenn Sie etwa Seite 193 nachlesen, so finden Sie dort einen Begriff «Unrechtstatbestand». Und was soll ein solcher Unrechtstatbestand sein? Der ganze Satz lautet hier: «Der Zeitpunkt der tatsächlichen Realisierung des Sondervorteils auf dem Markt ist nicht maßgebend, weil der Unrechtstatbestand, der in einem Verstoß gegen den Grundsatz der Vorteilsgleichheit besteht, bereits im Zeitpunkt der getätigten staatlichen Maßnahme (Leistung) erfüllt ist.» Was wäre ein solcher Unrechtstatbestand? Das bernische Baugesetz, das im übrigen Gemeindegebiet dem Landwirt gestattet, für seine Familienangehörigen Parzellen für Wohnbauten freizugeben, das wäre ein solcher Unrechtstatbestand, der einen Verstoß gegen Art. 4 BV darstellen würde, wenn dieser Sondervorteil nicht alsogleich durch eine Mehrwertabschöpfung kompensiert würde. Ich

glaube, man sieht an der Verwendung dieses Begriffes «Unrechtstatbestand», wie sehr diese Theorie im Widerspruch steht zum Volksempfinden über den Inhalt des Grundeigentums. Und ein dritter Texthinweis: Auf Seite 212 erkennen Sie, was nun an Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens einer materiellen Enteignung nicht mehr anerkannt werden soll. Es soll nicht mehr anerkannt werden, wie der Markt die Nutzungsmöglichkeiten einschätzt; es soll nicht mehr anerkannt werden die absolute Schwere des Eingriffes; es soll nicht mehr anerkannt werden, ob eine größere oder kleinere Zahl von Grundeigentümern betroffen ist. Diese These, daß der Inhalt des Grundeigentums durch die Rahmennutzungsordnung bestimmt werde, führt zu einer weitgehenden Entleerung des Eigentumsinhaltes, zu einer unzulässigen Verkürzung der Eigentumsgarantie, die in Art. 22ter ausgesprochen wird. Es werden gedanklich dem Eigentümer praktisch die zentralen Befugnisse, die zentralen Ansprüche weggenommen. Ich möchte hier zur rechtlichen Begründung meiner Gegenthese folgendes sagen: Ich will nicht darauf eintreten, daß mit dieser These von Herrn LENDI natürlich eine dogmatische Grundlage für die Mehrwertabschöpfung geschaffen wird, sondern ich beschränke mich auf die rechtlichen Folgen speziell in bezug auf die Entschädigung. Sie bedeutet einmal eine Ablehnung der Praxis des zürcherischen Verwaltungsgerichtes, aber sie bedeutet wahrscheinlich auch einen Konflikt mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Sie sehen auf Seite 207, wo der Referent moniert, daß das Bundesgericht an die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse anknüpft, womit es die Annahme eines unbeschränkten Eigentums involviere; das aber gebe es doch eben nicht, weil das ja durch die Rahmennutzungsordnung einen differenzierten und objektivierten Inhalt erhalte. Der Konflikt mit dem Bundesgericht wird auch daraus ersichtlich, daß heute das Bundesgericht bei diesen Entschädigungsfragen eine Gratwanderung unternehmen muß. Es muß verhüten, daß es zu Zirkelschlüssen kommt. Es kann wohl bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der Überbauung darauf abstellen, wie die Rechtslage ungefähr ist, aber es kann nicht als Rechtfertigungstatbestand einfach auf die Rahmennutzungsordnung hinweisen. Nach der These von Herrn LENDI hätte es nun bequemerweise einen solch generellen Rechtfertigungstatbestand; das Gericht müßte nicht mehr zu einem Kunstgriff greifen, wie das Gerichte in der heutigen Ordnung immer wieder tun müssen und mit Recht tun müssen. Ich verweise auf das Augustheft 1976 des Schweizerischen Zentralblattes, in dem ein Urteil des basellandschaftlichen Enteignungsgerichtes festgehalten ist, welches feststellt, daß eine materielle Enteignung nicht gegeben sei, weil die Bauchance nicht definitiv vernichtet worden sei. So

müssen sich die Gerichte heute behelfen, und ich glaube, es ist auch richtig, daß sie sich so behelfen müssen. Nun kann man natürlich die ganze Problematik auch bagatellisieren. Man kann, wie das Herr Bundesrichter KAUFMANN gemacht hat, in einem Artikel, der im CNG-Gewerkschaftsblatt vom 28. September 1976 erschienen ist, einfach folgendes sagen: «Durch das Gewässerschutzgesetz von 1972 ist z. B. für den größten Teil des Schweizer Bodens die Baufreiheit, die Möglichkeit zur Überbauung aufgehoben worden; außerhalb der Bauzonen und der generellen Kanalisationsprojekte kann nicht mehr gebaut werden; diese grundlegende Änderung unserer Grundeigentumsordnung wurde durch die Verwerfung des Raumplanungsgesetzes nicht mehr rückgängig gemacht.» Man kann also einfach sagen, es ändere für den Eigentümer nichts mehr, wenn wir zu neuen Eigentumskonzeptionen greifen. Ich darf aber immerhin auf die kritischen Bemerkungen auch im Referat LENDI selber gegen diesen Beizug des Infrastrukturrechtes als Beitrag zum Raumplanungsrecht hinweisen; ich darf auf die kritischen Bemerkungen von Herrn SALADIN hinweisen in seinem Werk «Grundrechte im Wandel» auf den Seiten 138/139, und ich darf auf den Bericht der Zürcher Bodenrechtskommission hinweisen, nämlich auf die Ausführungen auf Seite 60 unter dem schönen Titel «Die rechtliche Fragwürdigkeit des Anschlußverbotes im allgemeinen». Wir müssen uns also hier doch vielleicht etwas eines Besseren besinnen, und der ebenfalls in den letzten Tagen publizierte Entscheid der verwaltungsrechtlichen Kammer des Bundesgerichtes (BGE 102 Ib 76ff.), der einem Bundesamt – diesmal nicht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, sondern des Departements des Innern – gestattet hat, einen Regierungsratsentscheid umzustülpen, und zwar gestützt auf die Gewässerschutzverordnung, sollte uns, de lege ferenda, nicht daran hindern, eine saubere raumplanerische Grundordnung zu schaffen.

Ich komme zum Schluß, meine Damen und Herren. Ich war vielleicht etwas zu ausführlich, aber ich möchte festhalten: Art. 22quater bedeutet, daß sich der Grundeigentümer die Durchsetzung einer Nutzungsordnung gefallen lassen muß, aber er bedeutet nicht mehr. In bezug auf die Entschädigungsfrage hat es der Verfassungsgesetzgeber abgelehnt, die Entschädigungslosigkeit für Landwirtschaftszonenland in den Verfassungsartikel aufzunehmen, obwohl entsprechende Vorschläge da waren. Ob im Sinne der Zielvorstellungen von Herrn Professor SCHÜRMANN der Eigentumsinhalt neu umschrieben werden soll, ist eine Frage des Verfassungsgesetzgebers. Der heutige Zeitpunkt, 16 Wochen nachdem der Souverän abgelehnt hat, einer Betrachtungsweise zu folgen, wonach die Raumplanung nur Vorteile und nicht Nachteile schaffe, scheint mir unge-

eignet dazu zu sein. Ich möchte Sie bitten, nicht auf dem Interpretationswege einen Rechtszustand herbeiargumentieren zu wollen, der in unserem Lande korrekterweise nur über den Souverän, und zwar durch Volks- und Ständemehr, herbeigeführt werden kann.

Prof. LENDI: Ich möchte zunächst Herrn Dr. ROHR danken. Es ist für den Referenten befriedigend, wenn sein Referat bis zur letzten Fußnote gelesen wird. Darf ich nun aber kurz meinen Gedankengang darlegen, weil vielleicht nicht alle Anwesenden alle Fußnoten gelesen haben. Damit kein falscher Eindruck aufkommt, muß klargestellt sein, daß ich nirgends gesagt habe, es gebe kein Privateigentum. Ich habe im Gegenteil ausgeführt, daß die Eigentumsfreiheit ein wesentliches Grundrecht darstellt und daß das Privateigentum inhaltlich einen maximal möglichen Raum freiheitlicher Nutzung und Verfügung vorsehen müsse. Sie haben es, Herr Dr. ROHR, unterlassen, genauer auszuführen, was ich unter dem Begriff der Rahmennutzungsordnung verstehe. Einig gehe ich mit Ihnen in der Auffassung, daß die kritische Frage darin besteht, wieviel des Inhaltes des Eigentums öffentlichrechtlich geregelt sein muß. Aber Sie dürfen nicht beim Zuhörer den Eindruck erwecken, ich hätte hier gleichsam für die innere Aushöhlung des Eigentums die Türe geöffnet. Im Gegenteil! Freundlicherweise haben Sie zugegeben, daß ich die Baufreiheit in der Bauzone rehabilitiere, ein Beispiel für die inhaltlich liberale Ausrichtung des Eigentums.

Nun, um was geht es in der Grundfrage? Ich bin beinahe versucht, bei den Klassikern anzufangen. Wenn ich heute Dinge sagen würde, die beispielsweise ein OTTO VON GIERKE bereits im Jahre 1889 recht plastisch ausgedrückt hat, dann würden Sie mich in Frage stellen. OTTO VON GIERKE hat im Jahre 1889 ausgeführt, daß, wenn man nicht sehe, daß das Eigentum und insbesondere das Grundeigentum etwas sehr Differenziertes sei, je nachdem welchen Sachgegenstand es betreffe, daß man dann zu einem – und jetzt zitiere ich – «kulturfeindlichen Widersinn» komme. Ob man dies wirklich so sagen kann, das ist offen. Die kritische Frage ist aber, ob der Boden wirklich eine «Sache» ist. Wahrscheinlich ist der Boden etwas mehr als eine neutrale Sache. Die Summe des Grundeigentums macht nicht die Schweiz aus. Der Boden ist eben immer gleichzeitig Teil eines Raumes und er ist ferner eine Lebensvoraussetzung, und zwar für den Wurm wie für den Menschen. Er ist auch Lebensvoraussetzung für Nicht-Grundeigentümer. Mit dieser Problematik müssen wir uns auseinandersetzen. Sie wird uns als Juristen bewußt, wenn wir uns fragen, ob der rechtliche Begriff des Eigentums – «rechtlich geschützte, umfassende Sachherrschaft» – sich wirklich auf den «Bo-

den» übertragen läßt. Was heißt schon Sache, wenn man vom Boden handelt? Was ist Herrschaft über den Boden? Was ist umfassende Herrschaft über den Boden? Dieser Problematik wegen habe ich in meinem Referat zu zeigen versucht, daß gewisse Aspekte, die mit dem Boden vorgegeben verbunden sind, wie beispielsweise ökologische, durch das öffentliche Recht erfaßt und als vorgegebener Inhalt des Eigentums verstanden werden müssen. Dazu gehören auch Aspekte des Raumes. Es ist doch nicht funktionsgerecht, wenn der Grundeigentümer nicht nur über sein Grundeigentum, sondern auch über den Raum (Lebensraum) verfügen kann. Es spielen also öffentlichrechtliche Probleme in das Privateigentum und insbesondere in das Grundeigentum hinein, die nicht übersehen werden dürfen. Von daher kam ich zum vertieften Verständnis des Instituts des Rahmennutzungsplanes, der die Funktion hat, die öffentlichen Aspekte des Bodens und der Bodennutzung vorgegeben festzulegen. Im übrigen aber soll der Inhalt des Eigentums durch die freie Nutzung und Verfügung des Grundeigentümers bestimmt werden. Diesen Gedankengang wollte ich rekapitulieren, damit nicht der Eindruck eines zu großen Gegensatzes zwischen Herrn ROHR und mir haften bleibt.

Prof. USTERI: Nachdem die Rechtspolitik zum Thema «Planungsrecht und Eigentum» ihr Forum gefunden hat, sollte doch auch noch die Rechtsdogmatik zu den Problemen «Eigentum und Planungsrecht» zu ihrem Recht kommen. Ich möchte zu zwei grundlegenden Fragenkomplexen, die das Referat LENDI behandelt, in der gebotenen Kürze Stellung nehmen:

1. Mit großer Genugtuung ist zunächst festzustellen, daß zum ersten Mal in neuerer Zeit die offizielle Lehre die Eigentumsfreiheit gemäß Art. 22ter BV als echtes Freiheitsrecht anerkennt; in den letzten 20 Jahren stand derjenige, der dieses wichtige Dogma im Anschluß an die französische *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* auch für unsere Zeit lehrte, allein. Und zwar dies, obwohl das Bundesgericht im Fall Hell gegen Reinach und Baselland (BGE 92 I 510) die Auffassung der Eigentumsfreiheit als echtes Freiheitsrecht bekräftigt hatte. In Ergänzung der bisherigen Darlegungen von HANS PETER, IMBODEN und LENDI ist darauf aufmerksam zu machen, wie es eigentlich in der Schweiz zu der wenig glücklichen Uminterpretation der Eigentumsgarantien der kantonalen Verfassungen aus einem echten Freiheitsrecht in die ominöse Institutsgarantie gekommen war: Es handelt sich wie so oft im öffentlichen Recht um die kritiklose Übernahme einer deutschen Dogmatik. Die Weimarer Verfassung enthielt aufgrund eines politischen Kompromisses eine neue Formel über die Gewährleistung des Eigentums. Und diese Ver-

fassungsstelle (Art. 153 Weimarer Reichsverfassung) wurde zuerst von MARTIN WOLFF (1923) als Institutionsgarantie systematisiert. Gestützt auf diese Formel hat CARL SCHMITT 1928 und 1931 das bis heute vorherrschende Dogma von der Eigentumsgarantie als Institutsgarantie geprägt. In der Schweiz kommen wir trotz ungebrochener Tradition des positiven Rechts erst nach über 50 Jahren wieder zur zutreffenden Dogmatik als echtes Freiheitsrecht.

2. Zum Zweiten muß nun aber ein Kardinalpunkt behandelt werden, in dem sich die Geister von LENDI und dem Sprechenden scheiden, auch wenn heute noch in den konkreten Auslegungsergebnissen weitgehend Übereinstimmung besteht: LENDI erklärt mehrfach, die Raumplanung, insbesondere die Nutzungsplanung sei eine *wohlfahrtspolitische* Aufgabe. Art. 22ter und 22^{quater} BV enthielten daher die Verfassungsgrundlage für wohlfahrtspolitische Eigentumsbindungen und -beeinträchtigungen. Diese Auffassung ruft nach Widerspruch. Denn mit der *wohlfahrtspolitischen* Zielsetzung der Raumplanung würde das Freiheitsrecht der Eigentumsgarantie illusorisch gemacht. Ließe sich – so ist zu fragen – eine Nutzungsplanung denken, die nicht wohlfahrtspolitisch im Sinne des skandinavischen Volksheims gerechtfertigt werden könnte? Nein! Wir wären der kolossalen Herrschaft der Raumplanungstechnokraten samt ihren kolossalen Irrtümern ausgeliefert. Nur die Entschädigungspflicht für formelle und materielle Enteignung würde eine finanzielle, nicht aber eine verfassungsrechtliche Bremse darstellen. Gewiß sind Raumplanungsmaßnahmen nach geltendem Verfassungsrecht nicht nur klassisch-polizeilicher, also baupolizeilicher Natur. Ihr Charakter ist jedoch in Übereinstimmung mit der *allgemeinen* Lehre von der Staatstätigkeit in einem modernen menschengerechten Gemeinwesen als ein beschränkter zu definieren. Die Staatstätigkeit ist nicht Planung des Glücks, sondern viel bescheidener Vermeidung von schweren wirtschaftlichen und sozialen *Gleichgewichtsstörungen* sowie *Selbstverwirklichungshilfe. Diese* Funktionen hat die Raumplanung zu erfüllen, mehr nicht. Es gilt immer noch der von KUTTLER am Juristentag 1964 in Zermatt geprägte Satz, daß Ausgangspunkt rechtlicher Betrachtungen zur Raumplanung die *natürliche* wirtschaftliche und soziale Entwicklung sein muß; der Plan, insbesondere der Nutzungsplan, stellt die *Ordnung* dieser *natürlichen* Entwicklung dar. Allgemeiner können wir formulieren: Die Eigentumsfreiheit gewährleistet auf dem Gebiete der Sachherrschaft die Evolution, die Raumplanung die entsprechende Stabilität.

Prof. GYGI: Bevor ich Herrn LENDI das Wort gebe, möchte ich von meiner Sicht drei Bemerkungen dazu machen.

1. Herr USTERI, in Raumordnungsfragen sind große Irrtümer auch begangen worden durch Nichthandeln; sie werden nur weniger kraß sichtbar. Ich glaube, das muß man auch einmal sehen.

2. Die Institutsgarantie, von der Sie gesprochen haben, ist vom Bundesgericht immer als Kerngehaltsgarantie eines freiheitlichen Eigentums verstanden worden, nicht als ein Gegensatz zum heutigen Art. 22ter BV.

3. Ein Letztes, was ich aus meiner Erfahrung – als ich ungefähr 25 Jahre Anwalt und speziell in diesen Belangen tätig war – nachtragen möchte: Ich habe die Erfahrung gemacht, daß, wer bauwillig war, die größten Widerstände nicht beim Gemeinwesen fand, sondern bei seinen privatrechtlichen nachbarlichen Grundeigentümern. Das ist in diesem Zusammenhang ferner zu bedenken, daß eine Raumordnung nicht nur Nachteile bringt. Ich bin der Meinung, daß sie dem Grundeigentümer Belastungen zumutet, aber sie bringt ihm auch Vorteile, das läßt sich nicht bestreiten. Wir werden immer wieder feststellen, daß jedenfalls zu der Zeit, als der Wohnungsbau gefördert werden mußte, die Behörden am meisten daran Anstoß nahmen, daß von den privaten Einsprechern und Rechtsmitteln der Nachbarn der größere Widerstand ausging als von den Behörden.

Prof. LENDI: Es tut mir leid, schon wieder das Wort ergreifen zu müssen. Herr USTERI, wir sind uns einig in der These, daß die deutsche Lehre von der Institutsgarantie problematisch ist. Von daher läßt es sich rechtfertigen, die Argumentation von Herrn SCHMITT kritisch unter die Lupe zu nehmen und zu versuchen, die Lehre von der Institutsgarantie zu widerlegen. Über das Ergebnis kann man geteilter Meinung sein. Nicht ganz unwesentlich ist nun aber, daß ich es in meinem Referat nicht bei der Ablehnung der Lehre von der Eigentumsgarantie als einer Institutsgarantie bewenden ließ. Aus dem Verhaltensnormcharakter des Eigentumsfreiheitsrechts habe ich abgeleitet, daß der Privatrechtsgesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet ist, das Institut des Privateigentums vorzusehen. Insofern kann man davon handeln, das Institut des Privateigentums sei gewährleistet. Die Gewährleistung ist aber nicht eine «ursprüngliche», sondern eine abgeleitete. (Nachdem nun das Institut des Privateigentums dennoch gerettet ist, bekomme ich vielleicht von den Vertretern des Privatrechts die Note «fünf», und nicht mehr «viereinhalb».)

Nun zur Frage des polizeilichen oder wohlfahrtspolitischen Charakters der Raumplanung. Sie haben den Wohlfahrtsbegriff eines extremen Sozialstaates unterstellt. Ich bin mit Ihnen der Auffassung, daß die Raumplanung nicht auf einen Wohlfahrtsbegriff höchster Sozialstaatlichkeit ausgerichtet werden darf. Aber man muß viel-

leicht doch den Mut haben zu sagen, daß die Raumplanung wesentlich mehr macht als Immissionsgrenzen zu ziehen und von daher polizeiliche Güter zu schützen. Wenn wir Erholungszonen ausscheiden, wenn wir Grünzonen mit der positiven Funktion der Erhaltung des Grünraumes festlegen, dann stehen Maßnahmen in Frage, die sich mit dem klassischen Polizeibegriff nicht in Einklang bringen lassen. Die Raumplanung hat eine wohlfahrtspolitische und nicht eine polizeiliche Funktion. In diesem Sinne möchte ich verstanden sein.

Prof. GYGI: Wir kommen nun zum zweiten Gegenstand der Betrachtung, nämlich zu der Frage der Ziele einer – wie ich nun deutlich sagen möchte – liberalen, einer freiheitlichen Planung, ihrer Garantien und vielleicht auch ihrer Mittel. Ich glaube, auch bei Herrn Professor USTERI hat die Frage angeklungen, ob die Planung, die sich auf die Vermeidung bestimmter wesentlicher Nachteile nicht nur zu beschränken, sondern vor allem darauf zu verlegen habe, ob sie bestimmte Teilziele zu verfolgen habe, damit sich das Gespenst vermeiden läßt, dass ein schweizerisches Planungs-Einheitsbild entstehe. Das mag eine Gefahr sein, die viele sehen.

Prof. MOOR: Le problème de la répartition des compétences tel que posé par l'article 22quater sera abordé à la fin de la table ronde. Ce qui nous intéresse tout d'abord, ce sont les buts prévus, mentionnés par la disposition. Elle contient, comme je l'ai déjà dit, un mandat impératif pour la Confédération, mais aussi pour les cantons et les communes, mandat qui fonde un droit «social» de et à l'espace pour tout Suisse et même pour tout habitant de la Suisse. Le texte parle d'«une utilisation judicieuse du sol et d'une occupation rationnelle du territoire». Ces mots sont en fait vides de sens et il faudrait peut-être examiner les raisons pour lesquelles ils ont un tel niveau d'abstractions qu'il est si difficile de leur donner un contenu.

On peut dire en tout cas que l'article 22quater ne prévoit pas simplement que la collectivité doit établir les conditions minimales d'habitabilité; son mandat dépasse une pure *Polizeiverwaltung*, pour utiliser un terme de la doctrine allemande. Il n'est pas aisé de trouver une meilleure formule; je dirais peut-être que le droit «social» institué par l'article 22quater est le droit à un espace hospitalier, tout en restant persuadé que je n'avance pas beaucoup dans la définition des buts.

Je crois que l'aménagement ne peut avoir de buts abstraits préétablis. L'aménagement du territoire a par définition des buts concrets, parce qu'il s'applique toujours à un espace concret et que l'on

ne peut comparer un espace concret à un autre espace concret. La notion de concret est extrêmement importante: il me semble que les difficultés que pose l'aménagement du territoire à la méthodologie juridique découlent précisément de sa dimension concrète. Les juristes étant habitués par leur méthode à raisonner dans et par l'abstraction, c'est sous cet angle que l'aménagement du territoire trouve difficilement à s'intégrer dans les institutions du droit public.

Les buts de l'aménagement du territoire sont donc nécessairement concrets et sont définis, non pas dans un texte constitutionnel (qui ne peut contenir que des valeurs tout à fait abstraites), mais dans des procédures spécifiques à la politique de l'espace. C'est déjà le cas maintenant pour cantons et communes; ils le feront à l'avenir, si une loi fédérale finit par être adoptée, conformément aux prescriptions fédérales.

Toujours sous le même angle de la dimension du concret dans la définition des buts, j'aimerais insister sur un autre point. L'aménagement du territoire ne peut pas être comparé à une matière déterminée à l'avance, comme en prévoient divers textes constitutionnels, telles que le droit privé, l'utilisation des forces hydrauliques, l'énergie atomique, etc. L'aménagement du territoire n'est pas seulement une matière, c'est aussi, sinon essentiellement, un ensemble de buts; et non seulement les buts définis dans des procédures spécifiques, mais aussi ceux, annexes, d'autres compétences étatiques qui n'ont, simplement à première vue, rien à faire avec la politique de l'espace. Ainsi, au sens large, il faut intégrer dans l'aménagement du territoire toutes sortes de domaines, tels que les transports, l'énergie, la protection contre les pollutions, la politique économique agricole. Il importe de bien garder à l'esprit cette distinction entre l'aménagement au sens large et l'aménagement au sens étroit, distinction qui se trouve déjà à l'article 22^{quater}, entre les alinéas 1 et 3.

Au sens étroit, il s'agit de la planification spatiale, qui aboutit en dernière analyse au zonage. Mais ce n'est que la dernière étape. Il faut aussi concevoir l'aménagement du territoire comme une situation de base qui comprend tout un ensemble de compétences, d'instances et de procédures et qui aboutit en fin de processus seulement au zonage; zonage qui, pour être cohérent, réclame une multiplicité de compétences et leur coordination à tous les niveaux. C'est au cours des procédures spécifiques qui aboutissent au zonage, mais dont le début se situe beaucoup plus tôt, et qui passeront notamment par l'étape de la planification directrice, que se définiront les buts de l'aménagement du territoire; définition qui rejaillira sur toutes les compétences annexes qui peuvent avoir une pertinence dans la politique de l'espace.

Voilà, me semble-t-il, ce que l'on peut dire sur les buts de l'aménagement du territoire par référence à l'article 22quater.

Me MATILE: Tout d'abord, j'ai pour ma part les doutes les plus sérieux quant à l'existence d'un droit social à l'aménagement du territoire. Je constate en effet que l'article 22quater est une disposition qui accorde à la Confédération des compétences déterminées dans un certain secteur et que nulle part, il ne fait état d'un droit social du citoyen à cet aménagement. Je pense que c'est outrepasser la portée de la disposition de l'article 22quater que d'en tirer un droit social à l'aménagement.

Si nous examinons l'article 22quater, je crois que l'on ne peut pas ne pas poser déjà maintenant un principe fondamental (que nous retrouverons tout à l'heure lorsque nous examinerons les problèmes en relation avec la répartition des compétences): c'est que cet article donne à la Confédération des compétences déterminées et limitées. Il accorde aux cantons le droit et l'obligation d'assurer l'utilisation judicieuse du sol et une occupation rationnelle du territoire.

Les pouvoirs de la Confédération sont limités à poser les principes applicables en matière d'aménagement, par la voie législative, à coordonner les actions des cantons et ceux de la Confédération et des cantons. Et dans une mesure très limitée, c'est-à-dire dans la mesure où la Confédération accomplit ses propres tâches, qui découlent d'autres dispositions constitutionnelles, la Confédération a alors un pouvoir de planification propre.

Nous pensons que c'est de cette manière là que doivent être définis les buts de la planification et que, comme le Professeur MOOR le disait tout à l'heure: «on doit rester dans le concret». Si on veut rester dans le concret, c'est précisément en étant aussi proche que possible des autorités inférieures, cantons et communes, qui connaissent parfaitement les problèmes quotidiens et concrets de l'aménagement du territoire. On peut alors résoudre et concrétiser les normes extrêmement floues que sont l'utilisation judicieuse du sol et une occupation rationnelle du territoire.

Prof. GYGI: Bevor ich das Wort weitergebe, möchte ich bemerken, daß ich meinerseits gewisse Bedenken gegen die Auslegung von Art. 22quater habe, wie sie Herr MOOR getroffen hat, ohne daß sich daraus eine Grundsatzfrage ergeben muß. Zu seiner Bemerkung über die Aufgabe der Planung war es für mich noch auffallend, daß im Ingreß des abgelehnten Raumplanungsgesetzes, etwas überspitzt gesagt, etwa die Hälfte der Bestimmungen der Bundesverfassung aufgezählt war. Das bringt nur zum Ausdruck, daß die Raum-

planung vor allem auch eine Koordinationsaufgabe zwischen anderen raumwirksamen staatlichen Kompetenzen ist. Das ist ein wesentlicher Gesichtspunkt, eine notwendige Koordination, um Reibungen, Gegensätze und Verluste in diesen Belangen zu vermeiden. Die verschiedenen Kompetenzen müssen aufeinander eingespielt werden. Nun haben wir ja ein Beispiel einer begrenzten Planung, und zwar die vorsorglichen Maßnahmen, die jetzt wieder in anderer Gestalt, nicht mehr als dringliches Bundesrecht, kommen. Das war ein Ansatz für eine begrenzte Planung, mit der auffallend viele einverstanden gewesen sind. Sicher ist das kein Weg für die Zukunft, deswegen, weil der Natur der Sache nach diese Raumordnung rein konservierender Art war. Sie war nur darauf angelegt zu vermeiden, daß bis zum Erscheinen eines Raumplanungsgesetzes gewisse Tatsachen oder gewisse Umstände gesetzt wurden, die unkorrigierbare, nicht mehr behebbare Gegebenheiten geschaffen hätten. Aber wir haben doch einen Ansatzpunkt, und ich nehme an, daß man von dem weiterfahren könnte, um eine Raumplanung zu finden, die föderalistisch in diesem Bundesstaat Platz hätte.

Monsieur le Conseiller fédéral KURT FURGLER, chef du Département fédéral de justice et police, intervient alors en ces termes:

Gestatten Sie mir nur mit einem Satz eine Vorbemerkung. Ich möchte dem scheidenden Präsidenten unseres Vereins von ganzem Herzen danken für alles, was er uns geschenkt hat und damit auch unserem Staat. Ich bin tief beeindruckt und hoffe, Sie auch weiterhin als Partner haben zu dürfen. Ich wünsche dem neuen Präsidenten von Herzen Glück; auch ihm sei von seiten des Justizdepartements alle Hilfe, sofern er sie nötig hat, jederzeit zur Verfügung gestellt. Ich freue mich auf unsere Zusammenarbeit.

Doch nun zum Tagungsthema. Ich bin froh, daß ich in der Debatte mitwirken darf, weil ja dieses Thema mich wirklich seit dem ersten Tag, da ich in den Bundesrat eingetreten bin, außerordentlich intensiv beschäftigt. Ist-Zustand: Ich kam mit einem klaren Verfassungsauftrag, der für uns alle gilt und der jetzt von den verehrten Referenten angesprochen worden ist; der Verfassungsauftrag 22ter *und* 22^{quater}. Ich glaube, das Wort von Herrn LENDI spricht Bände: Weshalb muß man so verkrampft diese beiden Verfassungsnormen zur Kenntnis nehmen in diesem Staat? Sie gehören zusammen, und sie werden miteinander von der Regierung als verpflichtender Auftrag empfunden. Das heißt nichts anderes, als daß man das private Eigentum in den Schranken dieses Rechtsstaates bewahren will, daß man sich aber auch Rechenschaft gibt, ohne Raumordnung geht es nicht. Mit Recht wurden auch diejenigen, die noch kein privates

Eigentum haben, angesprochen. Dieses soll allen zugänglich gemacht werden. Mir scheint, daß die Streuung des Eigentums bei der Verwirklichung von 22ter inskünftig eine sehr große Rolle spielen muß. In diesem Sinne verstehe ich auch für jeden Eigentumsträger eine Sozialpflichtigkeit als Revers der Medaille, und ebenso auch die gegenseitige Rücksichtnahme. Dieses Wort stelle ich hinein in das Zentrum von 22quater. Je mehr ich darüber nachdenke, wie man den Raum Schweiz gestalten kann in Erfüllung dieses Verfassungsauftrages, umso mehr gebe ich mir Rechenschaft, daß man nicht einfach mit dem «laisser faire – laisser aller» durchkommt. Die Tatsache, daß wir pro Jahr 3500 ha verbauen, übersetzt den Kanton Basel-Stadt; die Tatsache, daß wir nur noch einen Drittel unserer Fluß- und Seeufer dem allgemeinen Zugang geöffnet haben, zwingt uns doch auch als Juristen zur Feststellung: so kann es nicht weitergehen, wenn wir freiheitlich legiferieren wollen. Die Tatsache, daß auch in den vergangenen sechs Jahren wohl viele neue Ortsplanungen dazugekommen sind, aber immerhin noch 45% aller Gemeinden keine haben, beschäftigt uns natürlich auch. Ich bin Herrn GYGI dankbar, daß er soeben in seinem letzten Votum ausführte, daß die Übergangsordnung, die nun vom Parlament beschlossen worden ist, eben nur konservieren kann; Schutzzonen werden noch auf drei Jahre Gültigkeit haben. In dieser Zeit haben wir ein Bundesgesetz zu schaffen. Die Erklärung, die fast alle Siegergruppen abgegeben haben, sie würden nun mitwirken, um 22quater zusammen mit 22ter zu konkretisieren, sollte Wirklichkeit werden und kein Lippenbekenntnis darstellen.

Zielvorstellungen: Ich konnte mir nicht verkneifen, gelegentlich ganz leise zu schmunzeln, als ich die hochinteressanten dogmatischen Ausführungen zum Stellenwert, den das private Eigentum in diesem Staate haben soll, zur Kenntnis nahm. Aber dieses Eigentum wird viel sicherer zerstört, wenn die überwältigende Mehrheit der Menschen kein privates Eigentum hat und auch keine Chance erhält, solches zu erwerben. Sie müssen mit den Talenten wuchern, die wir haben, und dazu gehört auch das Mitteilen der Eigentumschance, im Gegensatz zu Staaten, die das nicht mehr anerkennen. Ich bin persönlich überzeugt, daß, wer immer auch nur einen Vorgarten sein Eigen nennt, immun wird gegen linksextreme Doktrinen. Wer aber nur sich sieht, wird erleben, daß wir nicht zu einer Synthese von Freiheit und Ordnung kommen, und darum geht es hier. Ordnung isoliert will keiner von uns. Ich würde nie Hand bieten, und die Partner im Bundesrat auch nicht, daß wir uns nicht dessen bewußt sind, was soeben gesagt worden ist: 22quater zwingt uns zur Bescheidung. Allererste Aufgabe des Bundes ist es, Grundsätze aufzustellen

über eine zweckmäßige Nutzung der 41 000 km² Schweiz. Den Kantonen ist die Hauptaufgabe zugeschrieben. Was mich in allen Debatten überrascht hat, war das merkwürdig verzerrte Staatsbewußtsein, das sich da und dort herauskristallisiert hat. Ich komme aus Valens, einer kleinen Gemeinde im Taminer Tal, bin also Bürger von dort. Ich komme aus St. Gallen, bin also Bürger jenes Kantons. Und ich bin auch gleichzeitig Bürger dieses schönen Landes Schweiz. Diese Trilogie ist jedem als Aufgabe gestellt, und wenn wir sie nicht gesamthaft zu verwirklichen trachten, kann man diese Schweiz nicht verwirklichen in einer europäischen Umwelt und in der Völkergemeinschaft. Also bezogen auf die Raumordnung: Ich darf mich nicht nur mit meiner Gemeinde und deren Nutzungsordnung begnügen. Ich muß mich um eine Richtidee des Kantons kümmern, herausgearbeitet von allen Bürgern. Wie soll denn der Kanton Genf an der Schwelle des nächsten Jahrtausends aussehen? Und wie bezogen aber auch auf die Schweiz als Ganzes? Weder die Regierung, noch das Parlament, das heutige und das morgige nicht, wird diese Uridee unseres Staates, den Staatsgedanken Nummer eins, den föderativen Aufbau, gefährden wollen. Aber damit wir ihn nicht gefährden, müssen wir diese Dreiheit verwirklichen, Bund, Kantone und Gemeinden. Wir haben nun den Zahlvater im Familienrecht abgeschafft. An seine Stelle soll nicht einfach Zahlvater Bund in allen und jeden übrigen Bereichen des menschlichen Lebens treten, ohne eigene Wertvorstellung, ohne eigene Aussagefähigkeit. Das ist auch nicht die Meinung von 22quater. Koordinieren: ja. Wir sind aber nicht dispensiert von einer eigenen Planung. Ich erinnere an den militärischen Bereich, an den Straßenbereich, an den Grenzbereich. Wie wollen Sie mit Frankreich verhandeln, mit Deutschland, mit Italien und mit Österreich, ohne daß der Bund doch auch ganz selbstverständlich mitgestaltet? Wie wollen Sie die Fragen von Cointrin lösen und von Kloten, ohne daß die Schweiz ihre eigenen Zielvorstellungen mit einbringt? Ich meine also, es gibt eigene Bundesplanungsbereiche, die wir den Kantonen nicht aufzwingen wollen. Im Gegensatz zur heutigen Rechtslage soll das Raumplanungsgesetz dazu führen, daß die Zielvorstellungen auch des Bundesrates und des Parlamentes den Kantonen früher als bisher und nicht mehr post festum zur Verfügung gestellt oder bekanntgegeben werden, sondern daß man diesen kargen Raum Schweiz miteinander weiterentwickelt.

All jenen, die beim verworfenen Gesetz der Meinung waren, es sei zu etatistisch, zu zentralistisch, will ich sagen: Wir geben uns Rechenschaft und versuchen, dies deutlich zu machen, daß der Verfassungsauftrag schwergewichtig die Kantone mit der Raumordnung beauftragt. Aber der Bund ist nicht einfach eine quantité négligeable.

Man kann nicht glücklich werden als Genfer, wenn man als Schweizer nicht auch glücklich ist, und das gilt für alle von uns, von wo immer wir herkommen.

Ich wende mich wieder den Zielen der Raumordnung zu: Um eine menschenfreundliche Schweiz von morgen zu schaffen, wie Herr MOOR sich audrückt, kommen wir um das Planen nicht herum. Wir wollen nicht Planungstechnokraten, die die Exekutive in Genf oder in Bern ablösen; diese Gefahr besteht nicht. Wir empfinden uns in der Regierung nicht als Spezialisten, wissen aber sehr wohl mit Spezialisten zu arbeiten. Wir haben auch keine Hemmungen, das Wort «Planung» als Führungsbestandteil zu erkennen. Sie können heute nie, weder in einer privaten Unternehmung, noch in einem Staat, führen, ohne daß Sie planen *und* handeln. Wenn Sie auf das Planen verzichten, nur weil man die Technokraten nicht so «mag», dann sind Sie vielleicht ein Star im Improvisieren, aber Sie werden die Aufgabe nie sinnvoll, mit denkbar einfachen, zweckmäßigen Mitteln, die auch der finanziellen Tragbarkeit entsprechen, zu bewältigen vermögen. Selbst mit Planung bleibt genügend Raum für das Improvisieren, weil das Leben ja immer noch über das Planen hinausgeht. Das wissen wir doch aus dem privaten Bereich. Planen allein genügt nicht, das Handeln muß dazukommen. Der Bundesrat fühlt sich verpflichtet, 22^{quater} – seinerzeit im Jahre 1969 in die Verfassung aufgenommen – nicht als für die übernächste Generation geltend zu betrachten, sondern als prioritäre, aktuelle Aufgabe, mit dem innern Zwang und der Verpflichtung, durch sinnvolle Interpretation der beiden Verfassungsnormen 22ter und 22^{quater} dem Parlament in naher Zukunft ein maßvolles Gesetz vorzulegen. Dieses Gesetz soll die Bundesplanung enthalten, es soll die kantonalen Planungen voll und ganz ermöglichen, wobei – ich wiederhole – das Schwergewicht bei den Kantonen liegt. Aber nur gemeinsam können wir dieses Schweizerhaus bauen. Ich zähle auch auf die Partnerschaft des Juristenvereins. Es wäre bedrohlich, mit dem Stichwort «Beschränkung» Mißtrauen zu säen, um viele Leute kopfscheu zu machen. Wer sich nicht selbst rechtzeitig, auch mit Rücksicht auf seinen Partner, gelegentlich Beschränkungen auferlegt, der wird, wie die Geschichte zeigt, durch Dritte beschränkt. Gestalten wir unseren Raum frei und maßvoll, dann haben wir miteinander den Verfassungsauftrag erfüllt. Das kann man allerdings nicht ein für allemal, sondern das werden wir durch alle Jahre hindurch miteinander tun müssen.

Die Zersiedelung darf nicht weitergehen. Den Entscheid, wo gebaut wird und wo nicht, müssen wir als Menschen verantwortungsbewußt treffen. Es kommt kein neues Land zur Schweiz hinzu, und

die Tatsache des Ungleichgewichts ist Ihnen bekannt, und sie macht Ihnen und uns allen Sorge. Diese Fakten zwingen, den Sollzustand möglichst bald durch eine maßvolle Raumordnung sicherzustellen.

In diesem Sinne danke ich für die Möglichkeit, hier mitsprechen zu dürfen. (Beifall.)

Prof GYGI: Ich möchte meinerseits Herrn Bundesrat FURGLER danken, der Gewicht darauf gelegt hat, hier auch als Angehöriger des Schweizerischen Juristenvereins, als Teilnehmer und nicht in erster Linie als Bundesrat, das Wort zu ergreifen.

Ich fahre mit der Diskussion über das zweite Thema weiter, wobei ich mir bewußt bin, daß eigentlich ein Planungswunder geschehen müßte, wenn wir uns hier in dieser Diskussion sehr konkret und verbindlich genug über die Ziele einer solchen Planung aussprechen könnten oder über die Erwartungen in eine solche Planung. Wir haben es insofern wenigstens getan, daß wir uns bewußt sind, daß wir eine Planung von 22^{quater} auf 22ter hin wollen, auf ein freiheitliches Eigentum in möglichst breiter Streuung. Wo die Ziele liegen, wie sie anzusetzen wären, ich glaube, das kann man auch feststellen. Wir wollen nicht bestimmte Zustände herstellen, an denen alle gleiche Freude haben sollen, sondern wir wollen gewisse wesentliche Nachteile vermeiden, wie Herr Bundesrat FURGLER gesagt hat. Es stellt sich beispielsweise die Frage, wie weit die Verbauung der Seeufer noch weitergehen kann, so daß der Zugang zu ihnen vielleicht dereinst 5% der Bevölkerung vorbehalten bleibt; die andern hinter den mehr oder weniger hohen Hecken könnten dann zusehen, wie die übrigen das Ufer benützen. Das ist eine Frage, die man sich früher oder später stellen muß, und die früher oder später auch Auswirkungen auf die eigentumspolitische Einstellung derjenigen haben wird, die hinter der Hecke stehen.

Wer möchte sich hier noch zu dieser Thematik äußern? Sonst könnten wir die letzte halbe Stunde verwenden auf das Problem, das sicherlich hier in Genf und im Waadtland brennend ist, nämlich auf das Verhältnis des Föderalismus zu der Raumplanung nach 22^{quater}.

Prof. LENDI: Meine Herren, nur noch ganz kurz. Ich möchte auf der Ebene der reinen Jurisprudenz ein Problem einspielen, das wir früher oder später im Planungsrecht bewältigen müssen. Es geht um die Frage, wie wir Ziele der Raumplanung gesetzgeberisch bewältigen. Das ist ein Problem, das nicht nur die Raumplanung betrifft, sondern das Planungsrecht schlechthin. Ich habe in meiner einleitenden Bemerkung gesagt, daß das Planungsrecht zunächst planungsmachtschöpfend ist, indem es Kompetenzen begründet, Instrumente ein-

führt, Verfahren festlegt usw. Danach stellt sich das Problem der Bindung der Macht, und diese Bindung der Macht geschieht unter anderem über das gesetzliche Festlegen von Zielen. Nun wissen wir aber auch, daß die Ziele konkret sind, und daß sie sich ändern, und daß sich Ziele unter Umständen sogar widersprechen. Diese ganze Problematik widersprechender, sich ändernder Ziele schafft einen Widerspruch zu unserm normalen Gesetzgebungsverständnis, das auf ein konfliktfreies Konditionalprogramm ausgerichtet ist. Es stellt sich also die Frage, wie wir finale Probleme gesetzgeberisch bewältigen, nachdem wir an sich gewohnt sind, mit einem «Wenn-dann»-Schema langfristige Rechtssicherheitsfragen zu bewältigen. Ich möchte diese Fragen diskutiert wissen, weil ich festgestellt habe, daß beispielsweise der Vorentwurf zum Forschungsplanungsgesetz unter anderem an dieser Frage gescheitert ist. Man hat dort Kompetenzen gesetzt, aber man hat keine Bindungen eingebracht. Man hat gesagt: Plant Mehrjahresprogramme, Rahmenkonzepte usw., aber man hat nicht gesagt, was jetzt der Wissenschaftsrat eigentlich tun darf und was nicht. Ich habe die gleiche Problematik im Umweltschutzgesetz gesehen. Dort wurde zwar von Zielen gesprochen, aber sie waren letztlich nicht so operabel, daß daraus eine Bindung entstanden wäre. Wenn wir die Aufgabe der materiellen Ausrichtung der Planung nicht lösen, dann kommt es zu einer ungebundenen Planungsmacht. Wie haben gehört, daß Herr USTERI Angst vor der Planungsmacht hat, und ein Kollege unter Ihnen hat mir schon am ersten Abend gesagt, ich habe Angst vor der Planung. Ich glaube, die Antwort des Juristen müßte sein, daß man dann keine Angst vor der Planung zu haben braucht, wenn es gelingt, die Planungsmacht zu schaffen und zu binden. Das ist doch die klassische Aufgabe der Gesetzgebung und mithin auch der Raumplanungsgesetzgebung. Unsere Staats- und Verwaltungsrechtler in der Schweiz sollten sich des Problems finaler Rechtssätze – im Gegensatz zu konditionalen – annehmen, damit es gelingt, den Ermessensbereich der Planung einzuschränken.

Me MATILE: L'article 22quater, je l'ai dit tout à l'heure, donne à nos yeux la responsabilité principale de l'aménagement du territoire aux cantons. Cela ne signifie pas que la Confédération n'ait pas un rôle éminent et essentiel à jouer; et ce rôle, elle doit le jouer selon les compétences qui lui sont données par l'article 22quater sous trois aspects.

Tout d'abord, elle pose les principes qui doivent régir les plans d'aménagement des cantons et comme telle, elle va influencer de façon très nette la planification cantonale en obligeant les cantons à

avoir des systèmes de planification qui soient comparables et qui soient adaptés aux mêmes principes. Voici pour le premier point.

En ce qui concerne le troisième alinéa de l'article 22quater, la Confédération a des tâches qui l'obligent elle-même à une planification (et ce ne sont pas des tâches secondaires): les routes nationales, les CFF, la défense nationale, la lutte contre la pollution des eaux etc. ... (j'en passe), sont des tâches essentielles qui obligent la Confédération à une planification très poussée qui va avoir une influence directe sur la planification cantonale. Dans le cadre de cette mission de planification, la Confédération devra édicter des plans qui concrétiseront ses intentions dans le domaine et qui auront une influence directe sur les plans cantonaux.

Reste la troisième mission de la Confédération qui n'est pas la moindre et qui n'est pas la moins difficile (si je laisse de côté le problème de l'encouragement qui se résume à des problèmes financiers qui aujourd'hui peuvent paraître extrêmement difficiles à résoudre), c'est celui de la coordination.

Cette coordination, la Confédération va l'exercer sous différents aspects. Comme Monsieur le Conseiller fédéral FURGLER l'a rappelé tout à l'heure, il est clair que la Confédération ne peut pas se désintéresser de ce qui se passe aux frontières nationales tout d'abord, et aussi aux frontières entre cantons. Il est bien clair que chaque canton n'est pas un petit royaume indépendant qui va pouvoir aménager son territoire sans se préoccuper de ce qui se passe à l'extérieur de ses frontières. La Confédération a un rôle d'arbitre à jouer dans le cadre de la conception qu'elle se fait de la planification générale pour coordonner les planifications cantonales dans les régions frontières. Ces régions frontières sont évidemment importantes, quand on pense notamment à la mégalopolis zurichoise; il y a là des problèmes extrêmement difficiles à résoudre où la Confédération aura un rôle d'arbitre à jouer.

Il y a un autre rôle de coordination à jouer par la Confédération et qui est peut-être plus délicat encore: c'est la coordination entre la planification cantonale et la planification de ses services. Nous vivons dans le canton de Vaud maintenant des cas extrêmement éclairants dans ce domaine où l'on voit des grandes régies fédérales prétendre construire des installations en violation caractérisée des planifications cantonales. Il y a là un problème qui doit être résolu dans le cadre de cette coordination qui est une des missions de la Confédération. Mais comment le résoudre dès l'instant où la Confédération est à la fois juge et partie?

Dans un des projets qui est en voie d'élaboration, celui du comité référendaire, une solution a été envisagée. Il s'agit de créer, en quel-

que sorte, un arbitrage fédéral qui ne serait pas le Conseil fédéral, mais une commission qui serait sous la présidence du Président du Tribunal fédéral avec des arbitres qui seraient chargés de trancher ces difficultés. C'est une idée qui a été lancée dans le débat. Personnellement, je n'ai pas participé à l'élaboration de ce texte, si bien que ceux des auteurs qui sont là pourront peut-être le faire valoir de façon plus précise tout à l'heure.

Je crois qu'en ayant simplement énuméré les tâches de la Confédération dans le cadre de la planification telle que nous la concevons dans la nouvelle loi sur l'aménagement du territoire, j'ai répondu à la critique qu'on pourrait nous faire: à savoir, d'accorder à la Confédération une part secondaire et non pas de lui laisser jouer le rôle qu'elle doit jouer dans l'aménagement du territoire. Dans cet aménagement les cantons et les communes doivent jouer le rôle moteur et le rôle de base.

Une dernière remarque:

Il est clair qu'un certain nombre de cantons jusqu'à maintenant n'ont pas de planification et se sont moqués de la planification, de telle sorte qu'ils ont entraîné des réactions extrêmement vives et justifiées tendant à une planification plus impérative que cela n'était le cas par le passé. Pour nous qui défendons l'autonomie des cantons, nous considérons que, si ces cantons ne se plient pas à la planification prévue par la législation fédérale sur la base des principes posés, il appartiendra alors à la Confédération de prévoir une législation subsidiaire qui s'appliquera à ces cantons. Législation subsidiaire qui devrait à notre sens être plus draconienne que la législation s'appliquant aux cantons qui ont eux-mêmes fait leur planification. De manière à inciter les intéressés à faire l'effort nécessaire pour planifier eux-mêmes leur territoire dans le cadre défini tout à l'heure.

Voilà les quelques remarques que je voulais faire sur la conception que nous nous faisons de la planification dans le cadre de l'article 22quater.

Prof. GYGI: Herr MATILE, wenn ich Sie richtig verstanden habe, gehen Sie von Art. 22quater Abs. 3 aus und sagen, der Bund berücksichtigt in Erfüllung seiner Aufgaben die Erfordernisse der Landes-, Regional- und Ortsplanung. Damit ist gesagt, Sie haben die Beispiele erwähnt, daß der Bund viele Aufgaben erfüllt, welche raumplanerisch sehr wirksam sind, Daten setzt, die von entscheidender Bedeutung sind. Aber mit Absatz 3 kann ja sicher nicht gemeint sein, daß der Bund in seinen eidgenössischen Werken gewissermaßen den Wegen oder Irrwegen der kantonalen Planung folgen müßte.

Me MATILE: Non, je crois que c'est un des problèmes de coordination.

Prof GYGI: Das ist das erste Problem; wir fangen jetzt gewissermaßen von hinten an und kommen dazu zu sagen, es kann nicht so gemeint sein, daß der Bund bei der Erfüllung der Bundesaufgaben der Landes-, Regional- und Ortsplanung sklavisch nachfolgen müßte, sondern daß hier eine koordinative Planung von Bund, Kantonen und Gemeinden vorausgesetzt ist. Man käme dann dazu zu sagen, daß, was in Absatz 1 steht, eigentlich zwangsläufig schon in Absatz 3 inbegriffen oder dessen notwendige Folge ist.

Prof. MOOR: En ce qui concerne le fédéralisme (et d'autres questions proches), il faut bien avoir à l'esprit la distinction entre les deux sens que peuvent avoir les termes d'aménagement du territoire. La politique de l'espace constitue la coordination d'une multiplicité de compétences qui se situent à tous les niveaux, fédéral, cantonal et communal. Il s'agit d'assurer cette coordination, à défaut de quoi il n'y a tout simplement pas d'aménagement du territoire, en fonction des buts définis dans les procédures spécifiques.

Pour le fédéralisme tout d'abord, je pense qu'il faut quitter une idée du fédéralisme assez répandue, que j'appellerai le fédéralisme de répartition: le fédéralisme où l'on répartit les matières, à la Confédération les unes, aux cantons les autres. On pourrait, pour prendre une métaphore, utiliser l'image d'un gâteau; chacun y aurait sa part, la Confédération la sienne, les cantons la leur et les communes la dernière.

Il faut arriver, me semble-t-il, à la conception d'un fédéralisme de coordination, c'est-à-dire d'un fédéralisme qui permette effectivement la collaboration des différentes collectivités publiques en vue de buts communs; c'est aujourd'hui indispensable dans l'aménagement du territoire. Une institution centrale doit permettre cette coordination: celle du plan directeur cantonal. La loi fédérale rejetée le 13 juin de cette année prévoyait à cet égard une procédure à laquelle pouvaient participer trois catégories d'acteurs, sous la direction du canton, qui en portait la responsabilité.

Tout d'abord, la Confédération. Pour qu'il soit réellement efficace, la Confédération doit participer à l'élaboration du plan directeur cantonal: c'est à cette condition qu'elle peut y être liée, ce que, comme Me MATILE, j'estime nécessaire. Sous cet angle, la loi fédérale était peut-être trop vague, puisqu'elle prévoyait simplement que le plan directeur cantonal devait tenir un juste compte des tâches de la Confédération et, à un autre endroit, que celle-ci établira des plans secto-

riels après avoir entendu les cantons. Il serait utile que, sur ce point, la nouvelle loi fédérale puisse être plus précise.

Deuxième catégorie d'acteurs, les communes. Si vous me le permettez, Monsieur le Président, j'aimerais ici élargir la question. La loi fédérale ignorait les communes, et il y avait sans doute à cela de bonnes raisons; mais je ne suis pas sûr qu'elles aient été suffisantes. Il faut assurer dans la planification directrice cantonale la participation active, les initiatives des communes; je serais favorable à ce qu'une future loi fédérale tienne compte du rôle actif que les communes peuvent jouer, non pas seulement dans le zonage, qui est la dernière étape, mais déjà au niveau de la planification directrice cantonale.

Enfin, je crois qu'il faut également parler de la troisième catégorie d'acteurs, sur laquelle la loi fédérale était un peu laconique: les administrés. Les procédures actuelles d'aménagement du territoire posent à cet égard un problème important, car le plus souvent les décisions auxquelles les administrés, et notamment les propriétaires, peuvent participer juridiquement interviennent après qu'elles ont été matériellement déjà prises. La décision, juridiquement parlant, celle qui est susceptible actuellement de participation intervient alors qu'il y a à ce moment un acquis tel qu'il n'est plus possible de revenir sur ce qui a été dans les faits déjà fixé. Il s'agit donc de trouver des procédures de participation des administrés plus ouvertes que celles qui existent aujourd'hui. Il est évident que de telles procédures ne peuvent pas n'être accessibles qu'aux propriétaires, parce qu'au moment où elles se dérouleraient, ceux-ci ne sont pas encore visés en tant que tels.

Monsieur le Professeur LENDI a parlé d'un «gesetzgeberisches Problem»: un problème de législation. Il faut préciser, en ce sens que l'on ne peut résoudre les problèmes posés par la planification dans ses rapports avec la norme au niveau du pouvoir législatif. Les formes de participation actuelles, qui sont presque toutes adaptées à la procédure législative ou à la nature normative de la loi, ne peuvent pas être intégrées dans la planification, car on ne pourra jamais faire en sorte que le plan soit réellement une loi. Sa nature propre l'exclut et par voie de conséquence il est exclu que les procédures actuelles de participation puissent effectivement fonctionner: elles ne sont pas efficaces parce qu'elles sont calquées sur les rapports entre la loi et la concrétisation de la loi, rapports qui ne peuvent être transposés à la planification.

Ces remarques, je les ai faites pour attirer l'attention sur l'intérêt de l'institution du plan directeur, qui est capital dans le domaine de l'aménagement du territoire, aussi bien sous l'angle du fédéralisme que sous celui de la participation des administrés.

Prof. LENDI: Ich will nicht die ganze Problematik des Föderalismus in der Raumplanung ansprechen. Es scheinen mir aber noch Fragen im Raume zu stehen, die von der schweizerischen Rechtswissenschaft vordringlich aufgenommen werden sollten. Die Frage von Herrn MOOR, wie weit man mit Plänen wirklich planen kann, muß beantwortet werden. In der deutschen und teilweise auch in der österreichischen Jurisprudenz hat sich unter anderen eine Lehre herausgebildet, die neben dem System von Rechtssätzen ein eigenes Plansystem entwickelt. Von diesem wird ausgesagt, es reguliere sich selbst. Es stellt sich damit notwendigerweise die Frage, ob man Pläne nach den Prinzipien der Derogation und der Kollision von Normen behandeln kann und soll. Die damit verbundenen Probleme sind meines Erachtens nicht gelöst. Ich meine deshalb, wir sollten in der Schweiz den Schritt zum selbständigen Plansystem mindestens zur Zeit nicht tun, möglichst viele planerische Probleme über den Erlaß von Rechtssätzen angehen und Pläne nur dort vorsehen, wo eine generell-konkrete Ordnung geschaffen werden muß. Wir erreichen über diesen Weg eine bessere Integration der Planung – und damit auch der Raumplanung – in diesen Staat.

Die Planung ist – und dies wird meines Erachtens zu oft übersehen – nicht nur ein rechtliches Problem, sondern zunächst und vor allem ein politisches. Föderative Fragen der Raumplanung müssen in den politischen Willensbildungsprozeß dieses föderativen Staates eingefügt werden. Allenfalls sind zusätzlich Entscheidungsverfahren vorzusehen, die eine politische Auseinandersetzung zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden über Planungsfragen erlauben. Insofern habe ich ein gewisses Verständnis dafür, daß man Absatz 3 von Art. 22quater BV etwas aufwerten möchte, doch darf dies nicht zu einer einseitigen Betonung einer Planung von unten nach oben führen. Eine solche Regelung würde den politischen Prozeß der Planabstimmung und Koordination im föderalistischen Staat letztlich genau so hemmen wie eine Planung von oben nach unten.

Darf ich noch ein Wort zur Frage der Region sagen. Herr Professor WERNER KAEGI hat jüngst in einem Vortrag in Zürich gesagt, eine Lösungsmöglichkeit des Problems «Raumplanung/Föderalismus» könnte in einer stärkeren Betonung der Region liegen. Dazu setze ich einige Fragezeichen. Wenn Sie sich intensiv mit der Planung befassen und mit Planern zu tun haben, dann stellen Sie sehr bald fest, warum die Planer so begeistert sind von der Region. In der Regionalplanung ist man der «lästigen» Ordnung des geltenden Rechts weitgehend entbunden, da man auf dieser staatsrechtlich wenig gefestigten Ebene alles neu und frei erfinden kann, inhaltlich und organisatorisch. Auf der Ebene Region muß man sich auch nicht

mit einer tatsächlichen, bestehenden politischen Situation auseinandersetzen. Der Planer erlebt dort die kreativsten Möglichkeiten. Ich komme deshalb nicht um den Eindruck herum, daß wir es mit einer Flucht in die Region zu tun haben und daß diese Flucht letztlich eine solche aus dem Recht und der Staatswirklichkeit ist. Gesamthaft neige ich dazu, daß wir das Spannungsverhältnis zwischen Raumplanung und Föderalismus am besten dann zu lösen vermögen, wenn es uns gelingt, die Raumplanung in diesen Staat zu integrieren, also in einen Staat, der als solcher ein föderalistischer sein will.

M. le Conseiller d'état JACQUES VERNET, chef du département des travaux publics du canton de Genève, prend la parole en ces termes:

Il me semble que le thème n° 2 et le thème n° 3 sont en fait liés. C'est parce que le débat a été a un moment donné mal porté sur des prétendus buts, que le débat sur les compétences s'est trouvé faussé.

Je m'en explique. Le législateur constitutionnel avait parfaitement bien vu que l'aménagement du territoire n'a lui même pas de but. Il est un moyen de travail et un moyen pour promouvoir, par exemple, un certain type de société, sur lequel on s'entend pour favoriser une certaine manière de vivre, sur laquelle les Suisses sont d'accord entre eux. Que ce soit au niveau fédéral, cantonal ou communal il y a bien un consensus assez profond sur une manière de vivre. L'aménagement du territoire doit être ressenti comme un moyen de faciliter, soit la conservation, soit la promotion de ce type de vie.

Le législateur qui a fait la loi (non pas les auteurs et les experts du Conseil fédéral mais les parlementaires) ont cru devoir introduire dans la loi, qui a été refusée, un certain nombre de buts, ce qui était à mon avis une erreur. Parce que la loi qui devait, comme le dit la constitution, permettre d'établir des principes, a voulu remplir d'autres fonctions.

Si on était resté au niveau de cette tâche constitutionnelle qui est de fixer des principes, on n'aurait pas de faux débats sur les compétences, car lorsqu'il s'agit de fixer des principes, c'est à dire, en définitif des méthodes de travail, des méthodes pour aménager notre pays, il n'y a pas de lutte entre les cantonalistes, les fédéralistes et les centralistes. Car tout le monde est d'accord que l'on devrait avoir des principes communs, c'est-à-dire des principes qui permettent aux divers organes de recueillir des avis, de faire participer non pas seulement les fonctionnaires qui sont des subordonnés, mais les citoyens, qui sont des souverains. Faire participer chaque niveau à l'élaboration des plans directeurs et par conséquent à l'image selon laquelle nous voudrions promouvoir une certaine manière de vivre.

Si l'on débat là-dessus, il n'y a plus de contestation entre les divers

niveaux, car la manière de faire reste la même et la conséquence des consultations est aussi la même.

Lorsqu'on aura établi des principes pour planifier les tâches fédérales en matière d'aménagement et qu'on aura les mêmes principes pour planifier les tâches cantonales à d'autres niveaux on se retrouvera justement à des tables rondes, parce que l'on arrivera à intégrer dans les plans directeurs ce qui est nécessaire à l'autorité fédérale pour exécuter ses tâches, ce qui nous est nécessaire à nous pour exécuter les nôtres, ce qui est nécessaire aux communes pour exécuter les leurs.

Même si, Monsieur MOOR, je suis bien d'accord avec vous, avec votre fédéralisme coopératif, c'est-à-dire qu'il ne devrait pas y avoir une séparation complète, il faut que l'on arrête de penser, en tous cas c'est le cas la plupart du temps, qu'il y a des tâches purement fédérales et purement cantonales. Il y en a de moins en moins.

Au contraire, il y a de plus en plus de tâches qui requièrent à la fois la compétence cantonale ou communale et à la fois la compétence fédérale. Si l'on veut bien l'admettre, on verra qu'on pourra, comme nous l'a dit le Président tout à l'heure (ou Monsieur LENDI), se décrisper aussi bien sur le débat des compétences, comme on a cherché sans succès tout à l'heure à se décrisper dans le débat de la propriété.

Prof. GYGI: Herr JACQUES VERNET, Sie haben einen sehr glücklichen Schlußstrich gezogen, will ich meinen, unter dieses Gespräch. Sie gehen damit einig, daß die Ziele auf irgend einer Ebene konkret erreicht werden müssen und zwar unter möglichst viel Mitwirkung der Beteiligten aller Ebenen. Planung muß nicht eine Frage des Entscheides, sondern vor allem eine Frage der Überzeugung und des Überzeugens des andern sein. Was wir, der Vorstand, mit diesem Thema bezweckt haben, das war, die Planung aus dem Gesichtspunkt des Verantwortungsbewußtseins für das Privateigentum anzugehen – was ich sehr betonen möchte, aus dem Gesichtspunkt des Verantwortungsbewußtseins für das Privateigentum. Und ich bin der Meinung, daß wir Juristen immer noch einen gewissen Antiplanungsaffekt zu überwinden haben, der der Planung, dem Privateigentum und uns schadet, indem zu sehr ohne uns geplant wird, weil wir zurückhaltend waren und den Beitrag an ein anderes Recht, das hier zu kreieren war, nicht geleistet haben. Wenn wir diesen Weg gehen, so hoffen wir, daß wir inskünftig als Juristenverein auch den Behörden eine Hilfe sein können.

Ich schließe das Gespräch mit dem nochmaligen Dank an die Referenten, an die heutigen Teilnehmer am runden Tisch und an die Votanten aus diesem Saal. Einen speziellen Dank möchte ich auch

an die Behörden von Genf richten, weil Herr Maître HELG als Genfer dies vielleicht weniger tun kann. Sie verdienen unseren vollen Dank. Das will aber nicht sagen, daß ich damit die Tagung schließen möchte; das steht in der Kompetenz Ihres Präsidenten, Herrn Maître HELG.

* * *

Le Président remercie le Professeur GYGI, les rapporteurs et les autres membres de la table ronde ainsi que les orateurs qui sont intervenus dans le débat. Il clôt à 12 h. la 110e assemblée de la Société suisse des juristes en exprimant aux organisateurs la profonde gratitude des congressistes.

Verzeichnis der Diskussionsredner / Liste des participants aux débats

(Erfaßt sind nur diejenigen Voten,
die zu den Tagungsthemen abgegeben worden sind.)

Friedrich, H.-P., Zürich/Basel, S. 605
Furgler, K., Bern, S. 619
Gygi, F., Bern, S. 600, 605, 608, 614, 616, 618, 623, 626f., 631
Hausheer, H., Bern, S. 572, 591
Helg, R., Genève, S. 570
Jagmetti, R., Zürich, S. 590
Lendi, M., Zürich, S. 603, 612, 615, 623, 629
Matile, J., Lausanne, S. 607, 618, 624
Moor, P., Lausanne, S. 604, 616, 627
Perrin, J.-F., Genève, S. 577, 594
Rohr, R., Zürich, S. 608
Schnitzer, A., Genève, S. 583
Usteri, M., Zürich, S. 613
Vernet, J., Genève, S. 630
Zähner, W., Basel, S. 587
Ziegler, B., Genève, S. 584