

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: 110 (1991)

Rubrik: Procès-verbal de la 125e 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: 08.01.2026

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

Procès-verbal de la 125^e assemblée annuelle de la société suisse des juristes

du 4 au 6 octobre 1991 à Genève

Séance du samedi 5 octobre 1991,
à l'Hôtel Intercontinental, à Genève

Président:

Me LOUIS DALLÈVES, professeur, Genève/Sion

I.

Eröffnungsrede des Präsidenten und Begrüssungsansprache — Discours d'ouverture du Président et allocution de bienvenue.

Le Président ouvre la séance à 8.30 heures en prononçant les paroles suivantes:

Mesdames, Messieurs, chers collègues,

J'ai le plaisir de vous saluer et de vous souhaiter à tous la bienvenue dans la ville du bout du lac. Le comité d'organisation présidé par Mme CATHERINE ROSSET a fait son possible pour que vous gardiez un bon souvenir de votre séjour à Genève. J'ai l'honneur de saluer la présence de M. le Conseiller fédéral ARNOLD KOLLER, chef du Département de justice et police. Sa présence est pour nous un honneur et un encouragement. Je salue également la présence de M. ROBERT PATRY, président du Tribunal fédéral et de M. HANS WILLI, président du Tribunal fédéral des assurances. Il n'est pas d'usage de saluer les membres de notre comité. Toutefois, les juristes savent que toute règle comporte de nombreuses exceptions. Aussi je ne veux pas manquer aujourd'hui l'occasion de saluer la présence parmi nous, et parmi ces hauts magistrats que je viens de citer, d'un des membres de notre comité: M. LUZIUS WILDHABER, nouveau juge suisse à la Cour européenne des droits de l'homme.

Nous sommes honorés de la présence de M. BERNARD ZIEGLER, président du Conseil d'Etat et chef du Département de justice de Genève, de M. BERNARD BERTOSSA, procureur général, de M. PIERRE-CHRISTIAN WEBER, président de la Cour de Justice, de M. MICHEL ROSSETTI, conseiller administratif de la Ville de Genève. La Faculté de droit de l'Université de Genève, à laquelle nous devons les *Mélanges* que vous avez reçus, est dignement représentée par son doyen, M. JACQUES-ANDRÉ REYMOND. La Fédération Suisse des Avocats, avec laquelle nous entretenons de nombreux liens et avec laquelle nous avons des projets communs, nous a délégué son président M. ARNALDO BOLLA et son ancien président M. JACQUES BERCHER.

Je salue également, les deux rapporteurs à ce Congrès, Messieurs AUBERT et EICHENBERGER, ainsi que les éminents collègues étrangers qui animeront la table ronde, Messieurs FROWEIN, PALADIN, PESCATORE et VEDEL. Avant d'entrer dans le vif du sujet et de passer la parole aux rapporteurs, je prie M. le Conseiller d'Etat BERNARD ZIEGLER de bien vouloir nous adresser quelques mots et je l'en remercie.

BERNARD ZIEGLER, président du Conseil d'Etat et chef du Département de justice de Genève:

Monsieur le Conseiller fédéral, Messieurs les Présidents des tribunaux fédéraux, Monsieur le Président de la Société Suisse des Juristes, Mesdames et Messieurs,

C'est un très grand plaisir pour moi de saluer l'ouverture du 125^{ème} Congrès des Juristes Suisses, qui est organisé cette année sur un thème prometteur puisqu'il est à la jonction du droit et de la politique: "La Constitution, son contenu, son usage". Les autorités genevoises sont fières que votre société ait retenu Genève pour débattre de ce sujet. Genève qui est toujours gouvernée sous l'empire d'une constitution qui est antérieure à l'Etat fédéral, puisque c'est en 1846 que le peuple genevois a fait, si j'ose dire, sa Révolution de 48. C'est la plus ancienne des constitutions cantonales en vigueur, puisque la Constitution tessinoise de 1830 a fait l'objet d'une révision totale, sur le plan formel, en 1967.

Débattre de la constitution est un sujet d'actualité si l'on observe les mutations démocratiques qui s'accélèrent depuis deux ans, de l'Afrique du Sud à l'Union soviétique en passant, bien sûr, par l'Europe. Organisation territoriale et politique des pouvoirs, protection des minorités sont des enjeux majeurs. Plus près de nous l'organisation future de la Communauté européenne, la Confédération européenne esquissée par le président

français FRANÇOIS MITTERRAND, constituent elles aussi des éléments d'un débat constitutionnel, dont la richesse est la complexité de ces notions. Permettez-moi d'attirer, un bref instant, votre attention sur une question particulière: le statut et l'organisation des régions transfrontalières. Genève comme vous le savez participe aux travaux de nombreux organismes, parmi lesquels le Comité régional franco-genevois, le Conseil du Léman. Mais au-delà des rapports de voisinage entre collectivités égales, n'y a-t'il pas place, dans certains domaines, pour un débat politique transversal ouvert à tous les citoyens et qui devrait nécessairement trouver un débouché institutionnel? Il y a un caractère spécifique du domaine transfrontalier qui me paraît devoir être pris en considération.

Mesdames et Messieurs, au nom du Gouvernement genevois, je vous souhaite de très fructueux et de très passionnants débats. Je vous souhaite un très agréable séjour à Genève et vous remercie encore une fois d'avoir choisi notre canton pour vos travaux.

Le Président donne la parole aux deux rapporteurs les professeurs AUBERT et EICHENBERGER:

II.

Referate der Berichtstatter und Diskussion — Exposés des rapporteurs et discussion

Professeur JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *rapporteur de langue française*:

A celui qui m'appellerait à l'aide pour composer un discours sur la constitution je répondrais, instruit moi-même par l'expérience, à peu près ceci: "N'écrivez, si cela vous est permis, qu'une seule phrase, et faites qu'elle soit brève. Ensuite, répétez-là jusqu'à ce que vos auditeurs vous aient bien compris. Mais surtout n'en ajoutez pas une autre, vous risqueriez de vous contredire". En effet, voici comment les choses pourraient se passer:

Vous commencez par affirmer quelque chose, quelque chose de fort et de raisonnable. Vous dites, par exemple, que la notion de constitution, telle qu'elle a été formée au dix-huitième siècle, est tout à fait inapte à rendre compte de la complexité des sociétés politiques d'aujourd'hui. Proposition dont personne ne contestera qu'elle est forte et, en même temps, raisonnable. Mais si maintenant vous avez l'imprudence de la

reconsidérer, le doute se met à vous grignoter. Est-ce qu'on sait vraiment ce qu'était la notion de constitution il y a deux cent ans? Est-ce qu'elle était aussi simple qu'on l'imagine aujourd'hui? Est-ce que, sous réserve d'évidentes différences de quantité, les sociétés étaient moins complexes? Et surtout, est-ce que la constitution d'une société supposée complexe doit en refléter toute la complexité, ou ne serait-il pas au moins aussi sage de la vouloir plus distante et plus stable? Et alors, dès que le doute s'est installé en vous, vous vous engagez dans la voie des retouches, des nuances, des tempéraments, des repentirs, si bien qu'au bout de quelques pages votre phrase raisonnable et forte du début a l'allure indéterminée d'un bonhomme de neige après trois jours de pluie. Le même processus d'altération vous guette d'ailleurs si vous adoptez, dès l'ouverture du discours, un profil plus bas. Vous dites, par exemple: dans le genre constitution, les Américains avaient déjà tout vu; ce qu'il faut, ce sont quelques règles solides sur l'organisation de l'Etat et sur la protection des droits des particuliers; tout le reste est renvoyé à la loi. Si vous écrivez cela, très bien, pourquoi pas? Mais n'essayez pas, ensuite, de vous relire. Parce qu'inévitablement vous trouverez que c'est un peu maigre. Est-ce qu'à la fin du vingtième siècle on peut rester muet sur les puissances économiques, sur les puissances médiatiques, ou tout bonnement sur la puissance de l'argent? Est-ce qu'on peut, décemment, sauter par-dessus l'énergie, les transports, l'environnement? Non, décemment, on ne peut pas. Et voilà inaugurée la période des ajouts, des paragraphes rapportés, ou alors, si vous n'avez vraiment plus le temps de rien faire d'autre, des notes en bas de page. De sorte qu'en quelques jours de travail, votre pensée simple et modeste est défigurée par les excroissances.

Bref, Mesdames et Messieurs, de quelque manière que vous vous y preniez, si on vous oblige à rédiger non pas une phrase, mais cent vingt pages sur la constitution, comme l'ont fait MM. DALLÈVES et STEINAUER, le lecteur finira presque toujours par se demander: mais qu'est-ce que l'auteur a voulu dire? C'est probablement pour essayer de répondre à cette question que l'auteur dispose ensuite d'une demie heure un matin d'automne à Genève. Ce que j'ai voulu dire, et qui a peut-être été occulté par de trop nombreux repentirs, c'est que j'ai sur la notion de constitution une position conservatrice. J'entends par là qu'à mon avis la constitution doit avoir pour objet principal d'organiser et de limiter le pouvoir de l'Etat; c'est-à-dire qu'elle doit contenir des règles sur la structure de l'Etat, des règles sur son régime politique, des règles enfin qui garantissent les droits des citoyens. Il est à peine besoin de préciser que le conservatisme sur la notion de constitution n'implique pas nécessairement qu'on soit conservateur sur la politique de l'Etat, ni même sur les institutions politiques de

l'Etat. Je serais même tenté de penser: au contraire. Car, plus on charge la constitution de règles substantielles, et en supposant que ces règles soient autre chose que de vagues déclarations d'intention, plus on limite le législateur dans sa faculté de choisir et plus on rend difficile la révision des lois.

Ce que je viens de noter montre assez que la constitution dont je parle est ce que les juristes appellent la constitution au sens formel, c'est-à-dire l'ensemble des règles juridiques nationales dont le respect s'impose (sous la réserve du droit international) à toutes les autorités du pays, y compris l'autorité politique par excellence qui est le législateur. C'est de cette constitution, qui revêt pour l'essentiel la forme d'un document, que j'attends qu'elle règle principalement la structure, fédérative, régionaliste ou unitaire, de l'Etat; son régime, parlementaire, présidentiel ou directorial, et le degré de démocratie qui convient le mieux à la société; enfin les droits les plus importants qui doivent être reconnus aux particuliers.

Voilà, j'ai fait ma confession publique, elle m'en a coûté, parce qu'il n'est jamais agréable de donner à entendre à vos collègues qu'on n'a pas suivi, dans la discipline qui est la leur et la vôtre, les progrès de la pensée contemporaine. Et maintenant que la position de départ est marquée, je vais chercher à l'expliquer. Pourquoi est-ce que je pense comme cela? Des quatre fonctions majeures qui, sous quelque dénomination que ce soit, sont communément attribuées aux constitutions modernes, l'organisation de l'Etat, la limitation des pouvoirs, l'intégration de la nation et l'orientation de l'action politique, je dirai que je comprends très bien les deux premières, que j'ai peine à croire à la troisième et que j'ai de fortes réserves sur la quatrième. Des deux premières, qui sont l'organisation de l'Etat et la limitation des pouvoirs, je ne parlerai pas davantage. J'ai dit que je pensais que je les comprenais très bien; c'était avouer qu'elles sont faciles à comprendre et c'était donc supposer que vous les avez comprises, vous aussi.

Je vais plutôt vous dire pourquoi j'ai peine à croire à la fonction d'intégration de la constitution. Par "intégration", dans ce contexte, on entend l'ensemble des phénomènes de psychologie collective qui font que la population d'un pays se reconnaît comme une unité ou, si l'on préfère, que ce "plébiscite de tous les jours" qu'évoquait ERNEST RENAN lorsqu'il voulait définir la nation donne tous les jours un résultat positif. Je crois que cette intégration existe en Suisse, du moins "globalement", comme elle existe aussi dans les pays qui nous entourent. Mais je ne crois pas — je parle toujours pour la Suisse — que notre constitution y soit pour grand'chose. Non pas que je n'imagine pas qu'en certaines circonstances de temps ou de lieu, par exemple dans un Etat nouveau ou récemment libéré, la constitution puisse fortifier l'esprit national, qu'on en apprenne par coeur des morceaux entiers, que les enfants des écoles en chantent des

paragraphes comme on peut chanter la Marseillaise ou le God save the Queen. Cela ne me paraît pas du tout incroyable. Mais cela me paraît hautement improbable pour la Suisse.

Notez que je n'ironise pas. Je ne demande pas qu'on chante l'article sur le blé ou l'article conjoncturel, après l'avoir réduit en octosyllabes pour mieux le mémoriser. Mais même nos grands textes, le Préambule, l'art. 2 sur le but de la Confédération, l'art. 4 sur l'égalité, n'ont pas, en tant que dispositions constitutionnelles, pénétré dans la conscience populaire. D'ailleurs, la situation me paraît très simple: notre constitution n'est pas lue. Je note en passant que cela doit nous rendre prudent quand nous voulons parler de sa valeur didactique ou émotionnelle. Et non seulement notre constitution n'est pas lue, mais elle est peu connue. Comment voulez-vous qu'elle soit un instrument d'intégration? Nous avons certainement, comme les autres peuples, besoin de symboles. Nous avons ces symboles, à commencer par la croix blanche sur fond rouge; cette année, nous avons eu de nombreuses fêtes patriotiques, nous avons la Voie suisse; voilà des symboles d'intégration. La Constitution fédérale n'en est pas un, c'est tout ce que je voulais dire. Et si l'on me réponds que je regarde les choses par le petit bout de la lorgnette, que la fonction d'intégration d'une constitution ne se mesure pas au nombre des personnes qui la lisent, mais aux effets qu'elle produit, je répliquerai que, dans l'opinion publique, ces effets sont rarement rapportés à la constitution; et que, paradoxalement, l'opération politique dont l'origine constitutionnelle est le plus visible, qui est le référendum, est celle qui nous divise le plus, quand elle ne tombe pas dans la plus grande indifférence.

Quant à la fonction d'orientation, on ne peut guère la nier, on la rencontre dans la plupart des constitutions contemporaines, mais il me semble qu'elle ne devrait être reçue qu'avec d'expresses réserves. Cette fonction d'orientation, c'est celle qu'exerce la constitution quand elle entend diriger l'action des pouvoirs publics, en particulier celle du législateur. Elle l'a d'ailleurs fait depuis le commencement du constitutionnalisme avec la garantie des droits fondamentaux, qui est déjà une manière de guider les autorités en leur disant au moins ce qu'elles ne doivent pas faire. Mais il faut bien admettre que, dès l'origine, certaines prescriptions leur disaient aussi ce qu'elles devaient faire: les premières déclarations de droits sont des mélanges de négatif et de positif. Seulement le négatif a longtemps prévalu. C'est surtout au vingtième siècle que le côté positif s'est développé, soit par l'effet d'une nouvelle interprétation des droits fondamentaux, soit du fait de l'inscription, dans le texte constitutionnel, de phrases d'un genre nouveau qui fixent aux organes de l'Etat des buts, des tâches ou des mandats.

Quel mal, penserez-vous peut-être, quel mal peut-il y avoir à donner, dans la constitution d'un Etat, des directives sur la politique que le Gouvernement ou le Parlement de cet Etat devront suivre? Quoi de plus satisfaisant pour l'esprit que de trouver, dans la loi fondamentale d'un pays, l'annonce de ce qui sera fait dans des domaines aussi essentiels que la protection de l'environnement, l'aménagement du territoire, la coordination des transports, la production d'énergie, la prévoyance sociale? Oui, en effet, c'est peut-être satisfaisant pour l'esprit: ces matières sont importantes et tout ce qui est important appartient à la constitution. Encore faut-il se rappeler que la constitution a pour vocation d'être un instrument normatif et que les mots qu'on y introduit devraient pouvoir servir à former des règles de droit. Ce qui nous amène à examiner successivement deux problèmes, sous la forme de deux alternatives.

La première alternative concerne la précision du langage. Ou bien les termes employés dans les règles directrices sont tellement vagues qu'on peut leur faire dire n'importe quoi. Nous disposons, par exemple, dans notre vocabulaire fédéral, de tout un assortiment d'adjectifs de cette espèce. Je cite au hasard: approprié, convenable, judicieux, rationnel, harmonieux. Un mandat constitutionnel qui serait libellé dans ces termes serait probablement inoffensif et laisserait aux autorités politiques une entière liberté d'action. On peut simplement se demander si cette sorte de règles a vraiment sa place dans une constitution. Ou alors, les termes employés sont assez pointus pour qu'on puisse, avec au moins un semblant d'objectivité, dire de l'action du Gouvernement ou du législateur qu'elle est conforme ou qu'elle n'est pas conforme à la constitution. Et ceci nous place devant une seconde alternative, qui nous paraît plus délicate. C'est celle que nous avons en vue, dans notre exposé écrit, quand nous avons abordé la question du "dernier mot".

Je rappelle brièvement en quoi consiste la question du "dernier mot". Il s'agit du dernier mot dans l'application des constitutions. Quand l'autorité politique et l'autorité judiciaire ont des vues différentes sur le sens de la constitution, qui est-ce qui tranche en dernier ressort? Notez qu'il est inutile de nous retrancher, ici, derrière le bastion de l'art. 113 III de la Constitution fédérale. D'abord, le problème est général et ne concerne pas seulement la Confédération suisse. Et puis la clause d'immunité qui protège aujourd'hui les actes de l'Assemblée fédérale contre la censure des tribunaux ne durera peut-être plus très longtemps. Nous le disons sans plaisir, mais nous avons le sentiment qu'elle a commencé un lent naufrage. Et la voie d'eau qui la fera sombrer est le développement du droit international ainsi que la conscience toujours plus aiguë que nous avons de sa supériorité sur l'ordre national: quand les tribunaux se seront

habitué à faire quotidiennement prévaloir les traités sur les lois, il sera difficile de les contraindre à faire prévaloir les lois sur la constitution. Quoi qu'il en soit, la question du dernier mot se pose. Elle se pose dans la plupart des Etats étrangers. Elle se pose dans les cantons suisses. Elle finira vraisemblablement par se poser un jour aussi pour la Suisse.

Or cette question n'est pas aussi simple qu'elle le paraît de prime abord. La reconnaissance d'une juridiction constitutionnelle ne signifie pas que toutes les parties de la constitution se prêtent également à une application judiciaire. Par exemple, les droits fondamentaux s'y prêtent mieux que les droits sociaux; le partage des compétences entre l'Etat fédéral et ses membres s'y prête mieux que les rapports entre le Parlement et le Gouvernement. Et c'est ici que nous retrouvons les dispositions directrices, les indications de buts, de tâches et de mandats, avec l'alternative qu'elles impliquent: pour les règles de ce type-là, le dernier mot appartiendra-t-il à l'autorité politique, parce que ces règles sont très politiques, ou à l'autorité judiciaire, parce qu'il s'agit tout de même de règles de droit?

Si le dernier mot appartient à l'autorité politique, c'est elle, par exemple une majorité parlementaire, qui nous dira si elle estime qu'elle a atteint le but, accompli la tâche, exécuté le mandat prescrit par la constitution. Et l'opposition lui reprochera, tout au contraire, de n'avoir pas, ou pas suffisamment, respecté la constitution. De sorte qu'en marge du débat politique, qui sera sans doute considéré comme le débat principal, se déroulera une petite bataille juridique et qu'on aura même parfois le spectacle divertissant de députés qui, pour mieux faire oublier leurs véritables raisons, s'accuseront réciproquement de violer leur serment. Remarquez que cela peut rendre service: pour parler d'histoire contemporaine, je pense aux débits minimums des cours d'eau, il était probablement utile, pour la délibération de la nouvelle loi fédérale sur la protection des eaux, de les avoir dans la constitution. Mais on aura aussi pu mesurer, à cette occasion, le poids respectif du droit et de l'opportunité. En conclusion sur ce point: l'inscription de règles directrices dans la constitution ne crée qu'un petit problème s'il est bien entendu que le soin de les interpréter incombe exclusivement au pouvoir politique.

Mais voici venir l'autre terme de l'alternative. Qu'est-ce qui se passe si les juges se déclarent compétents pour statuer sur le respect de ces règles? Qu'est-ce qui se passerait si, un jour, à la demande d'une association de défense de la nature ou du troisième âge, un tribunal décidait que c'était à lui de dire si une loi sur la prévoyance sociale ou sur l'environnement remplit de façon correcte le programme constitutionnel? Qu'est-ce qui se passerait si les innombrables dispositions sur les tâches de l'Etat qu'on trouve dans les plus récentes constitutions des cantons, étaient

traitées comme le sont traditionnellement les droits fondamentaux? Ce qui se passerait, ce serait une modification sensible de notre régime. La constitution ne serait plus seulement le cadre juridique de l'action des pouvoirs publics, elle en deviendrait le moteur. De nombreux problèmes qui étaient jusqu'alors réservés à l'appréciation des électeurs et de leurs représentants seraient transformés en autant de points de droit si bien que, sur la scène la plus élevée du théâtre politique, une troupe nouvelle, composée de juges constitutionnels, viendrait remplacer celle des parlementaires et des ministres.

C'est cette modification du régime que je ne peux pas envisager sans une certaine appréhension. Non pas que je me méfie, en principe, du pouvoir judiciaire. Ce serait absurde. Mais il en va du pouvoir judiciaire comme du pouvoir de tous les organes de l'Etat, y compris le corps électoral. Tous ces pouvoirs doivent être délimités, même si les frontières ne peuvent pas toujours être marquées avec certitude, même s'il subsiste d'inévitables zones d'ombre. Le pouvoir judiciaire aussi doit être borné. Il est établi d'abord et surtout pour assurer la bonne application des lois. Au-dessus et au-delà des lois, il a encore pour tâche de protéger les particuliers dans l'exercice de leurs droits fondamentaux et de leurs droits d'électeurs, de les défendre contre les abus de la puissance publique ou privée. Mais ici déjà, dans son ministère de gardien des libertés, le pouvoir judiciaire pénètre dans une zone d'ombre. Faire prévaloir une liberté sur une autre, faire prévaloir l'intérêt public sur la liberté sont des opérations où le juridique et le politique sont tellement mélangés qu'il ne paraît pas acceptable de les abandonner à l'arbitrage exclusif des juges. Avec la question des buts et des tâches de l'Etat, nous avons, à mon avis, même dépassé la zone d'ombre. Ces dispositions constitutionnelles, dont la mise en oeuvre nécessite des choix politiques et entraîne souvent d'importantes conséquences financières, se prêtent vraiment très mal à un contrôle judiciaire. Voilà pourquoi la fonction d'orientation des constitutions, s'il faut qu'elle soit garantie par le juge, m'inspire des réserves.

Mais je n'aimerais pas achever ce discours sur des propos trop pessimistes. J'éprouve des appréhensions, je les ai exposées. J'ai toutefois deux raisons de me rassurer. La première raison, c'est l'expérience. Si on considère la jurisprudence des tribunaux les plus ambitieux, on s'aperçoit qu'ils revendiquent souvent des compétences très larges, mais qu'ils n'en usent, finalement, qu'avec mesure. Exemple: quand l'Assemblée nationale française a décrété la nationalisation de plusieurs entreprises privées, le Conseil constitutionnel s'est expressément reconnu le droit d'en contrôler la justification et de la nier s'il la jugeait fondée sur une erreur manifeste; mais il a eu bien soin de ne pas la contester dans le cas d'espèce.

L'autre raison qui me rassure, c'est que les juges sont, eux aussi, soumis à un contrôle. Ici, je ne pense pas tellement au contrôle parlementaire. Le Parlement, s'il ne veut pas sortir de son rôle, qui est également limité, ne pourrait guère opposer à une jurisprudence qui lui déplaît qu'une révision de la constitution. Non, je pense tout simplement au contrôle exercé par le public en général, par la presse écrite, parlée ou télévisée en particulier. Les arrêts des tribunaux, dans les domaines sensibles du droit constitutionnel, ne passent pas inaperçus. Ils sont rapportés, commentés, disséqués. Et pas seulement par des professeurs, mais aussi par des journalistes qui, dans leur pluralité, donnent une bonne représentation de la pensée politique du pays. Une jurisprudence qui usurperait le rôle du Parlement et du Gouvernement ne serait probablement pas destinée à durer.

Ce qui me permet de conclure en disant que la garantie de la liberté de communication était peut-être la contribution la plus efficace que la constitution pouvait faire à une juste répartition des pouvoirs.

Professeur KURT EICHENBERGER, *rapporteur de langue allemande*:

Herr Präsident, Herr Bundesrat, Herren Bundesrichter, meine sehr verehrten Damen und Herren.

1. Ein Referent ist immer in der Schwierigkeit oder im Dilemma: Soll er jetzt sein schriftliches Referat noch einmal zusammenfassen, auf dass die Versammlung höre, was da zu schreiben versucht wurde? Oder soll er etwas daneben setzen? Ich will einmal den zweiten Weg beschreiten, wobei immerhin die Beziehungen da sind. Einleiten möchte ich mit einem Satz: Dass die Verfassung es nicht leicht hat — oder — eine Verfassung es nicht leicht hat. Ja, was meinen wir eigentlich mit Verfassung? Wir meinen jedenfalls eine geschriebene, das war hier vorgegeben, und zwar die geschriebene Verfassung im Verfassungsstaat. Aber was ist nun der Verfassungsstaat? Das ist der Staat, der sich bemüht — nach der berühmten Umschreibung von *Ulrich Scheuner* — als politische Einheit Ordnung und Frieden zu verwirklichen, und zwar — jetzt kommt das Entscheidende — aufgrund und vermittelt richtigen Rechts nach Massgabe einer Verfassung. Politische Einheit und Ordnung sollen den Frieden verwirklichen nach Massgabe einer Verfassung.

Trotz der grossen Verbreitung der Verfassungen wartet einer "echten", normativ wirksamen Verfassung im gegenwärtigen Zeitalter der sozialstaatlichen Demokratie mit ihren Öffnungen auf eine neuartige Internationalität kein müheloses Walten und Gelten.

Neben vielen sachlichen und rechtsmethodischen Schwierigkeiten — Herr AUBERT hat darauf einlässlich hingewiesen — die Verfassung hat sich auch der Übertreibung zu erwehren.

Da ist auf der einen Seite ein Heerlager (oder wenn man es friedlicher haben will: ein Campingplatz) derer vorhanden, die die Verfassung mit einer Glorie des Absolut-Richtigen umgeben, für die sie beinahe die letzte sakrosankte Schrift einer gänzlich säkularisierten Gesellschaft darstellt, für die sie mit ihren traditionsreichen Aufzeichnungen an sich bereits Garantie des tauglichen Staates und des menschenwürdigen Daseins bilden möchte. Eine zusätzliche Erhöhung kann da eintreten, wo die Staaten böse Zeiten einer totalitären Herrschaft hinter sich haben und anschliessend dann die konträren Nachfolgephasen von Staatsabwendungen durchleben. Hauptbeispiel ist immer wieder die Bundesrepublik. Hier, also nach dem Abstreifen des Totalitären, mit der nachfolgenden Differenzierung und Distanzierung zum Staate, hier kann die Verfassung die gemeinschaftsstützenden Werte und Gefühle wie “Loyalität, Anhänglichkeit, Zuneigung” auf sich sammeln. Es entsteht das, was DOLF STERNBERGER “Verfassungspatriotismus” genannt hat: das Beieinanderbleiben und das Zusammenhalten einer Vielheit von Menschen in und mit der Verfassung, die aufsteigt zum Einzigem und Ganzen einer gemeinschaftlichen Existenz. Das ist das eine Lager. Und es scheint, dass die heutige Jugend davon eher abgerückt ist, während die mittlere und gar die ältere Generation natürlich streng sich hält an die Leitvorstellungen des ersten Lagers.

Gestern hatten die Studenten in ihrem Seminar erklärt, die Verfassung würde auf diese Weise allzu sehr personifiziert und in eine Personähnlichkeit versetzt. Das ist es hier: Loyalität, Anhänglichkeit, Zuneigung sammelt sich auf dem Staat.

In einem gegensätzlichen Lager lassen sich Auffassungen und Haltung nieder, die die Verfassung in die Belanglosigkeit verweisen: Sie ist bestenfalls symbolisches Zierstück, an dem vorbei Politik, Gesellschaft und Wirtschaft ihre Machtspiele spielen und an dem vorbei die Staatspraxis abläuft. Die Verfassung ist rechtsromantisches Überbleibsel, ist Hätschelei verlebter Normierungskünste, ist manifeste Hilflosigkeit im supra-modernen (oder post-post-modernen) Hochleistungsstaat. Gleichgültigkeit und Vernachlässigung und Entbehrlichkeit gewähren da schleichen-dem Verfassungsnihilismus Eintritt. Und wenn wir redlich sind, ist die Praxis und sind die Grundlagen gegenüber der Verfassung mitunter nicht weit von einer solchen nihilistischen Grundhaltung entfernt.

Hochgepeitscht einerseits, niedergeworfen andererseits — die Reaktion des nüchternen Juristen — und das sind wir offenbar, sonst wären wir

nicht Juristen — die Reaktion des nüchternen Juristen darauf wird sein: Herbeiholen dort, herausheben da; die hochmütige Übersteigerung und den Boden staatlicher Realität zurücknehmen, die erniedrigende Unterschätzung auf den wahren Wert bringen. Denn dergestalt bietet sich die wirkliche Situation der Verfassung doch dar: Es kann gar nicht so übel um sie bestellt sein; denn sie lebt und gilt. Sie ist allerdings auch in ihrer tüchtigsten Formierung nicht gekrönte Kraft einer rechtlich gefassten Staatlichkeit; denn sie leidet offenbar auch und sinnt auf Sanierung.

2. Es geht allemal um die richtige Verfassung. Sie ist die sinnvolle. Wann aber ist sie das? Überstaatliche Instanzen geben darauf keine verbindliche Auskunft. Das entscheidende Wort hat immer noch der innerstaatliche Verfassungsgeber. In Selbstverantwortung handelt er und führt die Verfassung entweder in der schwierigen Balance zwischen Konstanz und Wandlung voran, oder aber er schaut schweigend zu, was Interpretation, Verfassungswandel oder Stagnation aus der *lex fundamentalis* machen. Ob dann aufs Richtige hin, das bleibt eine ständige, eine nie erledigte Frage; und deshalb ist der „*pouvoir constituant*“ eigentlich ständig in Aktion. Wenn ich gesagt habe, wir bekämen keine Antwort und der Verfassungsgeber — wir können auch sagen: derjenige, der im Rahmen der Verfassungspolitik sich bewegt — sei ständig aufgerufen, dann ist er doch nicht gänzlich allein gelassen. Immerhin tastet sich auch die Verfassungslehre oder die Verfassungstheorie an Haltepunkte heran. Einige davon will ich nachstehend aufgreifen.

Eine Verfassung scheint da sinnerfüllt, wo sie dem Staat, dem Menschen und der Gesellschaft, auf die sie auftrifft, adäquat ist. Und Adäquatheit meint hier vorwiegend: Verfassung und Staat sollen sich entsprechen. Die Verfassung braucht einen Zuschnitt, dank dessen sie *hic et nunc* und soweit möglich, *pro futuro* zu wirken imstande ist.

Erstaunlicherweise haben Verfassungswerke an anfänglichen Strukturen und Positionen des 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit relativ geringen Abwandlungen bis tief ins 20. Jahrhundert hinein festhalten können. Dank der inhaltlichen Weite der Verfassungsnormen und Verfassungsprinzipien und dank einer häufig flexiblen Strukturierung gewährten die Verfassungen namentlich der heranrollenden Grossorganisation und dem Aufgabenberg des neuen Aktivitätsstaates während langer Zeit Raum und Rahmen. Die Adäquanzen erhielt sich — wirklich oder vermeintlich. Ob sie sich aber an der Schwelle zum neuen Jahrhundert weiterhin zu halten vermag, wird nun offenbar doch allmählich problematisch.

Die Frage nach der adäquaten Verfassung wird auch in der Schweiz gestellt. Da löst sie indessen vorerst Verlegenheit aus. Das teils groteske,

teils etwas triste Spiel um eine Totalrevision der Bundesverfassung belegt es. Einige wollen sie, diese Totalrevision, andere ziehen lau mit, aber keine reale politische Kraft packt wirklich zu. Es schwelt ein elitär entfachtes Feuerlein, von dem aus keine Funken springen. Dass kein politischer Wille entbrennt und kein Revisionsflächenbrand ausbricht, dürfte nun aber schwerlich an einer simplen Trägheit dieser Nation und am Zögern einer überbeanspruchten Staatsleitung liegen. Der tiefere Grund wird vielmehr darin zu suchen sein, dass die Plausibilität, die profunde Klarheit fehlt, welche verfassungsrechtlichen Strukturen, Inhalten, Normarten und Verbindlichkeiten dem Staat von heute und vom nächsten Morgen wahrhaftig entsprechen könnten. Die bisherigen sind eben nicht mehr unbedingt die trefflichsten. Oder aber man muss dann in Kauf nehmen, dass die Verfassung sich stärker als erwartet zurückzieht auf ein begrenztes Thema. Es sind Versuche mit Vorentwürfen für eine totalrevidierte Bundesverfassung reichlich gemacht worden. Aber irgendwie scheint im Volk und bei den Behörden der Eindruck vorzuwalten, das Eigentliche und Ganze eines Verfassungswerks, das dem allgemein gewollten und lebensstauglichen Staate adäquat wäre, sei noch nicht gefunden worden. Mensch und Gesellschaft wollen den Staat mindestens in der heutigen Fülle und Kapazität sowie mit der Fähigkeit eher zur Leistungssteigerung denn zur Reduktion, allen Bekenntnissen zum Trotz. Auf dieses Staatsbild sind die Revisionsvorschläge erst begrenzt eingegangen. Zum Beispiel steht doch stark im Vordergrund die Abwehr des Staates, als ob er etwas Böses, zumindest etwas potentiell Feindliches wäre und auf diese Weise nun endlich einer neuen Bändigung bedürfte. Wenn dem so ist, dann leuchtet ein, dass mit der alten Bundesverfassung weitergelebt wird, nicht weil sie in Form und Gestalt imponieren würde, aber offenbar weil ihre Gestalt vertraut und ihre Institutionen so eingesenkt sind, dass die bisherigen Offerten für Neues sie nicht aus den Angeln zu heben vermögen.

Und da ist mir vielleicht eine Anmerkung erlaubt: Mitunter könnte man meinen, die Befürworter der Totalrevision — ich gehöre auch dazu — seien verkappte Kelsenianer oder Positivisten anderer Herkunft geblieben oder geworden, ausgestattet mit einem Glauben, der Staat sei oder werde das, was der Normgeber in freier Kreation denkt und sagt; oder sie verlieren den Staat überhaupt aus den Augen und feilen und polieren an einem juristischen Kunstwerk, das für sich selbst steht: Verfassungskunstwerk. In Wahrheit ist der Staat eine Realität, die sich nur begrenzt nach Intentionen, Konzepten und Normen einer Verfassung richtet, falls diese hinreichend auf die Eigenart, die Notwendigkeit und die Möglichkeiten “ihres” Staates eingeht. Man darf so sagen: Die Verfassungen brauchen

einen Gegenstand, mit dem sie sich auseinandersetzen, mit dem sie sich messen können. Der heutige Aktivitätsstaat benötigt offensichtlich komplexere Verfassungsantworten als der einfache Staat des 19. Jahrhunderts, und diesem Druck der wirklichen Bedürfnisse wird sich eine Totalrevision aussetzen müssen.

3. Eine sinnvolle Verfassung lebt nicht für sich. Sie erfüllt Funktionen, d.h. sie kommt Aufgaben nach, die eine Zeit ihr stellt, seien sie nun so oder anders, z.B. Machtkontrollen, Staatsorganisation. Aber daran kann man nun eben noch weiter reihen: Integration, Orientierung und was man in der heutigen Situation als Bedürfnisse vorfindet. Heute stehen für die Schweiz andere Verfassungsfunktionen im Vordergrund als z. B. für de Gaulles Frankreich oder für das zur Republik transformierte Italien von 1947. Eine Verfassung muss und kann je nach der Lage, in der Staat, Gesellschaft und Mensch sich befinden, ihr Gewicht und ihre Bedeutung im Staatsganzen und im Regelsystem einer Rechtsordnung steigern oder senken. Sie ist kein unbeweglicher Block in gleichbleibender Werthöhe, sondern eine zur Anpassung gezwungene Potenz. In solchen Variabilitäten braucht noch keine Krise der Verfassung zu stecken, wie wir in den letzten Jahrzehnten allmählich begriffen haben sollten.

Wesentlich für die Sinnwahrung ist, ob die Verfassung insgesamt durchhält und die konkret angerufenen Obliegenheiten aufzunehmen oder, wo geboten, zu stärken in der Lage ist.

KONRAD HESSE betont einleuchtend, es brauche für eine verwirklichte Verfassung den "Willen zur Verfassung". Darin ist eingeschlossen eine Hegung und Betreuung, eine umsorgende Obhut für diese Verfassung. Dies ist mehr, als dem berühmten "Hüter der Verfassung" (CARL SCHMITT), der ihre Verletzung abwendet oder heilt, abgefordert wird. Mit dieser Hegung und Betreuung ist gemeint, dass erstens die Situation der Verfassung und damit notgedrungen die Lage von Staat, Gesellschaft und Mensch ständig aufmerksam beobachtet und zuverlässig beurteilt werden, und dass zweitens daran anschliessend durch taugliche Interpretation oder durch zeitgerechte und zeitgemässe Revisionen die Verfassung auf dem tüchtigen Stande gehalten wird. Derartige sinnwahrende Betreuungen der Verfassung beruhen auf zwei Pfeilern. Ich will abschliessend darauf hinweisen.

Zum einen: Es bestehen ganz reale Verantwortlichkeiten, die sich aus der staatlichen Kompetenzenordnung ergeben. Sie bezeugen, dass die Verfassung für ihre eigene Sinnerhaltung Vorsorgen trifft. Verantwortlichkeit für den Stand der Verfassung tragen in vorderster Linie das Bundesgericht und das Bundesamt für Justiz, in zweiter Linie sowohl der

Bundesrat mit seinen Departementen und der Bundeskanzlei als auch — wiewohl modifiziert — die Bundesversammlung mit ihren Diensten, in dritter Linie die Schar von Organen, die die Bundesverfassung unmittelbar handhaben oder darüber letztlich entscheiden, mithin auch das Volk und seine meinungsbildenden Kräfte. Ein Defizit liegt offen zutage: die genannte Verantwortlichkeit ist wenig bewusst und wird etwa von der zweiten Linie an dürftig wahrgenommen, soweit es sich um die permanente und gesamthafte Schau und Aktivität handelt.

Da stellt sich wohl die Frage, die im schriftlichen Referat am Schluss angedeutet wurde, ob es nötig wird, an einem Orte, zum Beispiel beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (oder wenn Sie es privat haben wollen: beim Schweizerischen Juristenverein) irgendwo die Lagebeurteilung und die Impulsgebung bezüglich dem Stand der Verfassung zu konzentrieren, um diese gesamtheitliche Aufgabe auch sicherstellen zu können. Ein Verfassungszentrum nicht als Herr über die Verfassung, nicht als Lenkungskraft für die anderen Belange der Verfassungsbetreuung, aber als sicherer Hort dafür, dass die Verfassung die nötige Aufmerksamkeit erfährt, ihr die nötige Zuwendung in der Tat zuteil wird. So viel zu dieser Verantwortlichkeit.

Das andere geht die Haltung derer an, die in solche Verantwortlichkeit gerufen sind. Es muss nach den heutigen Umständen offensichtlich ein Verfassungsrealismus sein. Ich spreche das Wort zögerlich aus. Ich weiss, das Wort löst Missfallen und Missverständnisse aus; vor allem scheint es dem Ruf nach Visionen, Idealen und Weitblick zuwiderzulaufen. Dem ist selbstverständlich nicht so. Gerade das Grosse, das Bedeutende und das Grundsätzliche haben ihren bevorzugten Platz in diesem Verfassungsrealismus. Realismus für eine Verfassung meint: durch die Wirklichkeitsbezüge der Wahrheit und der Redlichkeit verpflichtet zu sein. Es kommt bei jenem Beobachten, Beurteilen und dann Handeln darauf an, das Nebelhafte, das Verschleiernde, das Schlau-Berechnende, das Forcierte und das Verfälschende zu durchschauen und beiseite zu schieben. Abgestreift wird die Übersteigerung, die Sentimentalisierung und das lügnische Pathos, die sich in der Nähe der Verfassungskritik und der Erneuerungspostulate gerne niederlassen und der Wahrheit den Weg versperren.

“Eine Verfassung hat es nicht leicht” habe ich eingangs behauptet. Man kann ihr je zeitgemäss indessen Geltung und Wirksamkeit sichern, man kann ihr Sinn und Bedeutung wahren helfen, wenn die Wirklichkeit, in der sie sich aufhält, anerkannt und wenn die normative Leistungsfähigkeit hinreichend eingeschätzt wird. Es braucht dafür die nüchterne “ratio” — das eidgenössische Herz braucht darob nicht stillzustehen. Ich danke Ihnen.

Professeur MARCO BORGHI, *Fribourg*:

Tout en acceptant d'une façon générale l'exigence, exprimée par M. AUBERT, de limiter les pouvoirs des juges, je voudrais tout de même souligner l'importance du thème (que par ailleurs les deux rapporteurs ont mentionné à plusieurs endroits de leur texte) ayant trait à la protection judiciaire des droits constitutionnels et notamment des minorités, fonction essentielle de la constitution et qui pose la question fondamentale de l'effectivité, de l'efficacité au sens large, juridique et sociologique du terme, des droits constitutionnels (consistant en la mesure du degré de réalisation des objectifs de la norme). Il s'agit en effet d'un thème plutôt méconnu en droit constitutionnel: il est significatif de constater que les recherches relatives à l'évaluation de l'efficacité des actes normatifs n'ont que très rarement étudié les droits fondamentaux: si l'on excepte l'égalité homme-femme prévue à l'article 4 al. 2 Cst. féd. (mais, même dans ce contexte, l'efficacité du droit à l'égalité de salaire, norme directement applicable, n'a été analysée que de façon accessoire) et quelques autres études effectuées notamment dans le domaine des droits politiques, les recherches concernant l'évaluation de l'efficacité portent plutôt sur le comportement des particuliers (effectivité) en droit civil et pénal ou sur les résultats obtenus par les mesures étatiques liées à l'administration de prestation (mise en oeuvre).

Or, il est important de remarquer que l'évaluation de l'efficacité des droits fondamentaux est non seulement possible mais qu'elle est démocratiquement inévitable en raison de l'impact fortement symbolique de la constitution: si l'investissement symbolique est une condition de l'efficacité de la norme (le droit tirant moins sa force obligatoire de la contrainte que de l'adhésion des assujettis) il est important de souligner aussi qu'il constitue un moyen privilégié d'inculcation idéologique. En d'autres termes, des dispositions constitutionnelles inefficaces (ou dont l'efficacité ne pourrait pas être contrôlée) représenteraient tout simplement une mystification.

Si l'on en revient à la fonction de protection judiciaire des libertés individuelles et des droits des minorités, l'efficacité semble réalisée si le citoyen a accès à une autorité judiciaire disposant d'un plein pouvoir de cognition. Mais même lorsque cette condition est remplie, il est important de remarquer que la seule existence d'une procédure de recours judiciaire ne garantit pas automatiquement le respect des droits des justiciables, notamment lorsque le contenu de ces droits est délimité et précisé par le juge, dans son activité d'interprète-«créateur» de la disposition constitutionnelle applicable.

Sur la base de ces considérations, nous avons effectué, au cours des trois dernières années, une recherche sociostatistique interdisciplinaire sur la protection judiciaire dans le cadre de l'internement psychiatrique en Suisse. Nous avons donc étudié l'application à une minorité sociale, parmi les plus défavorisées qui soient (les personnes privées de liberté contre leur volonté à cause de leur souffrance psychique) d'un des droits fondamentaux les plus importants et les plus anciens (trouvant sa source dans la Magna Carta Libertatum de 1215 et dans l'Habeas Corpus Act de 1679 et reçu à l'article 5 CEDH).

Nous avons, par là-même, analysé l'efficacité de la disposition mentionnée (l'article 5 CEDH) ayant pour but d'assurer l'efficacité de la liberté personnelle, celle-ci constituant en même temps l'exemple type d'un droit constitutionnel dont le contenu a progressivement été déterminé par la jurisprudence.

Ainsi, nous avons pu constater:

- l'inefficacité de cette disposition: un nombre très réduit de recours contre les internements et les jugements au fond; objet limité de ces jugements; de plus, selon l'avis même des psychiatres soignants, presque un tiers des hospitalisations n'est pas nécessaire sur le plan médical mais elles sont considérées comme inévitables à cause de l'absence de structures de soins alternatives, moins restrictives de la liberté personnelle des patients (je remarque que ces considérations valent a fortiori dans les cas où une procédure judiciaire n'est même pas instituée sur le plan législatif: pensons par exemple à la situation dans certains asiles pour personnes âgées);
- que la cause de cette inefficacité réside dans la prise en compte uniquement formelle, par la législation d'application et par les autorités judiciaires compétentes, des seuls aspects défensifs de la liberté, considérée du seul point de vue juridique. Le juge n'a que la compétence de choisir entre la libération et le maintien dans l'établissement existant, mais il ne peut sanctionner l'absence de structures adéquates; or, la liberté des personnes nécessitant une assistance adéquate est constituée par la réponse étatique à tous les aspects, juridiques, sociaux médicaux, etc. (in casu: le droit à l'assistance adéquate) des besoins que ces personnes expriment; ainsi une réponse uniquement juridique ne peut être que partielle;
- inversement: la non-justiciabilité des droits sociaux constitue une limite à l'efficacité des libertés individuelles (car, en réalité, par exemple une assistance médicale limitant excessivement la liberté des patients devrait constituer juridiquement une violation de cette même liberté et devrait pouvoir être sanctionnée comme telle);

- plus généralement, le contrôle de validité des normes fondé uniquement sur leur compatibilité hiérarchique est insuffisant, voire, à la limite, conceptuellement tautologique;
- enfin, seule la réception, par l'autorité judiciaire également, de la dimension sociale des libertés individuelles permet d'en assurer une réelle efficacité.

Professeur PAUL RICHLI, *St. Gallen*:

Der Schweizerische Juristenverein hatte bei der Auswahl der Referenten des heutigen Tages eine glückliche Hand. Es gelang ihm, mit den Herren AUBERT und EICHENBERGER nicht nur zwei hervorragende Staatsrechtler zu gewinnen, sondern auch Persönlichkeiten, die über eine aussergewöhnliche Erfahrung mit Verfassungen verfügen. Die Referate sind meines Erachtens nicht nur wissenschaftlich hervorragend, sondern auch literarisch sehr ansprechend.

Beide Referenten verraten Augenmass und eine gewisse Abgeklärtheit, Eigenschaften, die uns Vorbild sein können, ja müssen. Mit den Referenten bin ich der Meinung, dass die Anforderungen an die Verfassung nicht zu hoch geschraubt werden dürfen.

Tatsächlich bin ich je länger je mehr davon überzeugt, dass wir dem Recht und insbesondere dem Verfassungsrecht einen schlechten Dienst erweisen, wenn wir von ihm eine (allzu) engmaschige Ordnung und Leitung des Lebens fordern. Ist es nicht so, dass wir zuweilen weniger als Juristen denn als Staatsbürger oder ganz einfach als Menschen nach dem Recht rufen, und dies mit wissenschaftlichem Anstrich, um höchst persönliche Anliegen und Meinungen der Verwirklichung zuzuführen, um höchst persönlichen Ängsten und Befürchtungen zu begegnen? Ist der Staat nicht am besten beraten, wenn er in seinem Verfassungsrecht — so das von Herrn AUBERT postulierte Normenprogramm — neben der Staatsorganisation, der Aufgabenverteilung und der Gewährleistung der Grundrechte die Regelung eines fairen politischen Prozesses in den Vordergrund rückt? Dürfen und müssen wir nicht mehr Vertrauen in einen solchen fairen politischen Prozess haben? Müssen wir nicht auch vermehrt bereit sein, die Ergebnisse eines solchen Prozesses zu akzeptieren?

Herr EICHENBERGER beschreibt und analysiert eine Reihe wesentlicher Verfassungsfunktionen, unter anderem die Machtkontrollfunktion (S. 189ff.) und die Organisationsfunktion (S. 199 ff.). Dazu zwei Bemerkungen:

Der Referent stellt meines Erachtens zu Recht die Frage, ob die überkommene verfassungsrechtliche Organisation so tüchtig und zeitgemäss sei, dass sie der Organisationsfunktion im ausgeweiteten Staat vollauf zu

genügen vermöge (S. 200). Vor allem Regierung und Parlament sind heute in ausserordentlichem Masse gefordert. Das zeigt sich überdeutlich etwa am Europa-Dossier. Man wird diesbezüglich weitherum nicht müde, dem Bundesrat vorzuwerfen, er sei geradezu unfähig, die Nation auf der Suche nach ihrem künftigen Platz in Europa anzuführen. Gewiss lässt sich manches bemängeln, angefangen bei der Organisation des Verhandlungsprozesses. Insofern hätte man sich eine etwas professionellere Orchestrierung vorstellen können. Was die Meinungsbildung innerhalb des Bundesrates betrifft, so ist es meines Erachtens aber verfehlt, das persönliche Unvermögen der gegenwärtigen Amtsträger in den Vordergrund zu rücken. Das Leistungsdefizit, das doch einigermaßen augenscheinlich ist, scheint mir tatsächlich sehr viel mehr strukturell als personell bedingt. Die einzelnen Bundesräte sind heute als Departementsvorsteher vorab Solisten und nicht Mitglieder eines Septetts, das unter einer straffen Führung stünde. Hinzu kommt eine nur lose Rückkoppelung mit dem Parlament. Das macht eine rasche und kohärente Meinungsbildung in wichtigen und wichtigsten Angelegenheiten schwierig. Man wird sich daher vor allem im strukturellen Bereich etwas einfallen lassen müssen, um unserem Regierungssystem die Europafähigkeit zu sichern.

Herr EICHENBERGER spricht — und da weiss er sich in bester Gesellschaft — der Verwaltung eine herausragende Stellung zu, welche nur unzulänglich einer Kontrolle unterstellt sei (S. 191 ff.). Gewiss ist, dass die Verfassung die Verwaltung nur unzureichend zur Kenntnis nimmt. Hingegen ist das ihr nachgesagte Machtübergewicht doch wohl im Schwinden begriffen. Soeben hat das Parlament eine Reorganisation beschlossen, welche es nicht zuletzt gegenüber der Verwaltung strukturell stärkt. Des weiteren hat man die Verwaltungskontrolle ausgebaut. Nicht zu vergessen ist, dass die Verwaltung dem Bundesrat zuzudienen hat und dass die Bundesräte ihre Belegschaften teilweise in forschem Trab halten. Schliesslich lastet Erwartungsdruck auf der Verwaltung von aussen, von potenten sozialen Gruppen. Das alles bringt die Verwaltung in ein Spannungsfeld, das nicht zu unterschätzen ist. Ich selber erlebte mich, jedenfalls gegen das Ende meiner mehr als 15-jährigen Verwaltungstätigkeit hin, zuweilen in der Nachbarschaft der Sänger in einem Gefangenenchor. Man wird darauf achten müssen, dass sich die Existenzbedingungen innerhalb der Verwaltung nicht unversehens derart verschlechtern, dass die innovativen Kräfte vertrieben werden.

Ich schliesse mit einer wieder mehr allgemeinen Bemerkung, die sich mit einer Frage verbindet:

Das Augenmass der Referenten bewahrt uns vor einer Überschätzung der Möglichkeiten der Verfassung. Aus ihrer Sicht ist es nicht verwun-

derlich, dass die jahrzehntelangen Bemühungen um eine Totalrevision der Bundesverfassung noch nicht zu einem durchschlagenden Erfolg geführt haben. Hätte man die Probleme denn nicht, so meine Frage, etwas antizipieren können, hätte man nicht den Totalrevisionsprozess anders strukturieren können? Aus rechtlicher Sicht mag die Frage wohl mit nein beantwortet werden. Meine nun relevante Frage ist: Könnte man durch Einbeziehen anderen Sachverständes hier weiter kommen? Können wir Sinn, Inhalt und Bedeutung einer Verfassung heute noch als rein rechtliches Thema begreifen und diskutieren? Müssten wir nicht andere Disziplinen befragen und zur Mitwirkung herausfordern, um die Inhaltsdiskussion zu führen? Gewiss erhebt sich sogleich die Frage, wohin wir uns wenden sollen, wenn wir unseren Blick über den engeren Fachbereich hinaus richten. Ich muss diese Frage hier offen lassen. Neben den Bereichen, in die sich Juristen traditionellerweise vorwagen (Volkswirtschaftslehre, Politologie), bietet sich namentlich die moderne Systemtheorie an (siehe dazu als grundsätzliche Konzeptschau: GUNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989; als Kurzübersicht: WALTER KARGL, *Gesellschaft ohne Subjekte oder Subjekte ohne Gesellschaft? Kritik der rechtssoziologischen Autopoiese-Kritik*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1991, S. 120 ff. und FRANÇOIS OST, *Between Order and Disorder: The Game of Law*, in: *Autopoietic Law, A New Approach to Law and Society*, hrsg. von GUNTHER TEUBNER, Berlin/New York 1988, S. 70 ff.) sie holt sich ihrerseits bei biologischen Forschungen Inspiration; (grundlegend: HUMBERTO MATURANA/FRANCISCO VARELA, *der Baum der Erkenntnis, Die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens*, Bern/ München/Wien 1987). Von Bedeutung ist auch die Psychologie. Dabei meine ich allerdings weniger die analytische Psychologie eines C.G. JUNG, welche von HANS MARTI und MAX IMBODEN ohne nachhaltigen Erfolg in das Staatsrecht einzuführen versucht wurde. Vielmehr denke ich an die Sozialpsychologie (siehe die Hinweise bei: PAUL RICHLI, *Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht*, ZB. 1991, S. 390 ff., bes.: GÜNTER BIERBRAUER/WALTHER GOTTWALD, *Psychologie und Recht — Brückenschlag zwischen Fakten und Fiktion*, in: *Angewandte Sozialpsychologie*, hrsg. von SCHULTZ/GAMPART, München/Weinheim 1987, S. 91 ff.).

Wenn wir uns in Nachbarbereiche hinauswagten oder besser noch, dort Unterstützung suchten, so erhielten wir jedenfalls etwas festeren Boden unter den Füßen, wo wir uns heute in erster Linie auf die Lebenserfahrung und auf den gesunden Menschenverstand berufen. Und diese Orte, meine Damen und Herren, sind zahlreich. Auch und gerade in den beiden Referaten. Mit dieser Bemerkung möchte ich nicht zum Schluss meines

Votums die rechtswissenschaftliche Qualität der Referate in Zweifel ziehen, sondern lediglich (aber immerhin) andeuten, dass die darin gewonnenen Erkenntnisse teilweise auf einem Grund stehen, der einer Analyse und Fundierung seitens anderer Disziplinen bedürftig wäre.

Monsieur PHILIBERT MURET, *ancien juge d'instruction, Morges*:

Si j'ai demandé à prendre la parole aujourd'hui, ce n'est pas pour formuler une critique. J'en serai bien incapable. Mais c'est pour poser une question, notamment, à M. le Professeur AUBERT, qui saura sans doute me répondre de manière savante.

C'est en effet une question qui n'a pas fait l'objet d'une remarque quelconque dans les rapports, notamment dans le rapport de M. le Professeur AUBERT. C'est le problème de la compétence tacite. Nous savons ce que c'est qu'une compétence implicite, nous voulons bien l'admettre. Mais nous savons que c'est très différent, la compétence tacite et la compétence implicite. La compétence tacite qu'est-ce que c'est? J'espère ne pas être impertinent en la définissant comme le dernier gadget d'une administration qui cherche des compétences et qui n'en trouve pas dans la constitution. Les exemples ne manquent pas. Il y a des Messages du Conseil fédéral qui le disent en toutes lettres: il n'y a pas de base constitutionnelle, en matière de culture, en matière de subventions pour les organisations de jeunesse, mais il y a une compétence tacite. On veut tourner l'art. 3 de la Constitution qui pose la présomption que chacun de nous connaît en faveur des cantons, alors on invente une compétence tacite. Il me paraît, pesons nos termes, il me paraît peu correct, il me paraît inacceptable de prétendre se fonder sur une compétence tacite pour renverser une présomption qui est en toute lettre dans la constitution et à laquelle nous avons de bonnes raisons de tenir. Je me permets de poser la question, notamment, à M. le Professeur AUBERT dont j'ai lu le rapport avec intérêt et qui est passionnant, mais où je n'ai trouvé aucune allusion à cette question. Je serais très heureux d'entendre sa réponse.

Professeur LUZIUS WILDHABER, directeur des débats, reprend la parole et remercie M. MURET de son intervention. Il demande à M. le Professeur AUBERT s'il est d'accord de répondre à cette question en fin de discussion. M. AUBERT s'étant déclaré d'accord, M. le Professeur WILDHABER donne la parole au Professeur VEDEL.

Professeur GEORGES VEDEL, *Doyen de la Faculté de droit de Paris*:

J'ai été très intéressé, tout à l'heure, par les rapports qui nous ont été présentés et ceci non seulement en raison de leur qualité scientifique, de leur humour à certains moments, mais aussi parce qu'ils rencontrent des préoccupations qui sont un peu celles qu'a entraîné en France la soudaine exaltation de la constitution et du droit constitutionnel. Il faut bien comprendre la situation. Pendant longtemps (depuis un peu plus d'un siècle) la France a vécu avec des constitutions que j'appellerai non pas souples, mais molles. Je veux dire qu'elles n'obligeaient pas à grand-chose et que la pratique politique modelait ses démarches comme elle l'entendait, et d'autre part sans juge constitutionnel. Et voilà que tout d'un coup, depuis maintenant tout de même 40 ans — mais 40 ans dans la vie d'une nation ce n'est pas beaucoup — nous avons une constitution efficace, qui a des arrêtes assez vives pour obliger la pratique politique à se conformer à ce qu'elle prévoit. A tel point que c'est la constitution qui a modelé notre système de parti depuis trente ans beaucoup plus que le système des partis n'a influencé la constitution. Et d'autre part un juge constitutionnel qui est actif et qui a réussi, notamment parce qu'il a eu cette chance considérable de l'alternance au pouvoir dans les années 80-89, à juger successivement un législateur de droite puis un législateur de gauche et de montrer que finalement il est possible de construire une jurisprudence constitutionnelle objective, valable quelque soit le parti au pouvoir et qui limite ce parti dans les conditions constitutionnelles. Alors, le constitutionnalisme s'est enflammé.

Vous savez qu'il n'y a rien qui donne davantage l'apparence d'un ivrogne qu'un buveur d'eau qui se met par hasard à boire un verre de vin. C'est un peu ce qui nous est arrivé. Et j'ajoute que cette montée en puissance de la règle constitutionnelle et du juge constitutionnel s'est doublée, si je puis dire, d'un apport corporatif. Les juristes de droit constitutionnel avaient pris l'habitude de se laisser expliquer, ce n'était pas faux, que dans les systèmes constitutionnels antérieurs à 1958 tout le jeu politique était fait non pas de la constitution, espèce de superstructure ou de prétexte, mais des structures, de l'opinion, des partis, des forces politiques, etc. Bref, la science politique avait supplanté le droit constitutionnel. Et voilà que, miracle, la constitution rémerge. La constitution, comme je l'indiquais, en arrive à exercer une influence déterminante sur les structures politiques elles-mêmes et sur la marche même des idées politiques. Alors les constitutionnalistes se trouvent enivrés et se trouvant enivrés, prenant leur revanche sur les politistes, portés au surplus par cet élan juridique, ils en viennent à se poser des problèmes qui sont ceux qui

ont été traités ce matin et à se les poser avec une certaine acuité. La constitution, tout le monde est d'accord, est là pour définir un Etat, un régime politique, des structures politiques, des procédures législatives, exécutives, etc. Quel est son rôle? Rôle d'intégration, rôle d'orientation et, il est certain que la tentation est grande, dans cette espèce de libération du constitutionnalisme, d'exaltation du droit constitutionnel, de vouloir demander beaucoup à la constitution et par voie de conséquence beaucoup au juge constitutionnel.

J'ai été très sensible, ce matin, aux appels à la modestie d'une part, au réalisme d'autre part, qui ont été prononcés, parce que je crois que c'est à ce point de l'ascension que l'on doit précisément "raison garder" comme disaient les vieux juristes. La fonction d'intégration je dirais que je la conçois. Elle est importante, mais elle opère beaucoup plus comme un mythe que par une sorte d'opération juridique. Pardonnez-moi une comparaison tirée de mes souvenirs. Pendant ma captivité, pendant la dernière guerre, comme un certain nombre de mes camarades, de temps en temps une réclamation faisait appel aux termes de la Convention de Genève et ces réclamations n'étaient pas sans effet. Comment opérait sur le sous-officier, ou l'officier de rang modeste, qui avait la responsabilité de prendre la décision, la Convention de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre? Et bien, en bon juriste jeune et naïf que j'étais, je pensais qu'il y avait un effet de la Stufentheorie, le droit international primant le droit national etc. (il se trouvait que mes gardiens n'avaient pas lu Kelsen). Mais c'était mythiquement que la Convention de Genève opérait. Et si je me permets ce raisonnement, mais c'est la réalité militaire, elle opérait de la manière suivante: "on me dit qu'il y a ça dans la Convention de Genève et c'est vrai on m'a montré le petit livre. Alors qu'est-ce qui va se passer? Je peux donner satisfaction ou ne pas donner satisfaction. Si je peux donner satisfaction sans que cela ne soit trop compliqué, et bien je ne risque rien. Et si je ne donne pas satisfaction, on ne sait pas ce qui va se passer! Peut-être qu'à l'échelon supérieur, peut-être chez le général, peut-être à l'Oberkommandantur, il y aura quelqu'un qui dira quelque chose et j'aurais des embêtements". Par conséquent la Convention de Genève opérait essentiellement, je parle naturellement sur le plan des rapports individuels d'un camp de prisonniers, comme un espèce de mythe: il y a quelque chose qu'il faut respecter, et quand il y a quelque chose d'écrit il faut se méfier, il peut vous arriver des ennuis si l'on ne le respecte pas. Et bien la constitution joue un peu ce rôle. Elle joue ce rôle de texte de référence, de livre dont le sens, le contenu ne sont pas complètement expliqués, dans des milieux éclairés et dans des milieux moins éclairés. Tout de même, si l'on ne veut pas se maintenir à ce niveau,

qui est un niveau assez inférieur, disons que ceci donne tout de même au citoyen le sentiment que le pouvoir est guidé, que le pouvoir est limité et que l'Etat existe, qu'il y a quelque chose qui est au-dessus des citoyens, au-dessus des gouvernants et qui s'appelle l'Etat. Et dans un pays comme le mien, à travers les vicissitudes constitutionnelles et les changements de pouvoir du 19^{ème} siècle, c'est la continuité de l'administration qui a assuré l'existence de l'Etat. Au moment où, chez nous, cette administration se décentralise il y a un relais qui est pris et ce relais est incontestablement un relais constitutionnel. Chose curieuse, les Français ont tout de suite mordu à l'hameçon, si j'ose dire, puisque les sondages d'opinion montrent que les deux institutions les plus populaires dans le système constitutionnel français, à raison de 4 Français sur 5, sont d'une part l'élection du Président de la République au suffrage universel et, d'autre part, l'institution du Conseil constitutionnel. Donc cette fonction d'intégration doit être analysée dans des termes qui sont autant, disons le, politiques que juridiques et qui, par conséquent, donnent toute sa valeur à l'idée d'intégration. Je serai moins modeste que M. AUBERT tout à l'heure sur la fonction d'intégration. Sur la fonction d'orientation, au contraire, je crois qu'effectivement il faut se méfier considérablement. Le constituant et le juge, qui interprète sa pensée souvent avec une imagination constructive très considérable, doivent se garder de vouloir faire une liste de plus en plus détaillée de ce que l'Etat doit faire, de ce que le pouvoir doit poursuivre.

D'abord parce que les évolutions des besoins de la société sont imprévisibles. Et d'autre part parce que si par hasard on a fixé en termes trop rigides les orientations que doit suivre l'Etat, si on lui impose des droits sociaux nouveaux et exagérément étendus, il se peut qu'à un moment donné sous la pression soit de la nécessité, parce qu'on aura dit qu'il fallait faire des choses qu'on ne peut pas faire, qu'on n'a pas assez de ressources pour faire par exemple, soit parce que les besoins et quelquefois les modes auront changés, c'est à ce moment là tout le système qui saute. La classe politique et puis les masses considèrent le juge constitutionnel et la constitution comme des gêneurs. Il faut qu'ils soient ressentis comme des protecteurs. Il faut qu'ils soient sentis comme garantissant que des droits fondamentaux ne seront pas lésés. Il ne faut pas croire que la constitution ou la jurisprudence constitutionnelle vont être des schémas, des programmes de développement pour un pays donné.

Le constitutionnalisme et le contrôle de constitutionnalité se sont développés en Europe d'une manière considérable et je m'en félicite. Il se trouve qu'à une modeste place j'ai participé dans mon pays à ce développement. Mais je me demande si le moment n'est pas venu pour

les acteurs, c'est-à-dire pour les rédacteurs de constitutions, les professeurs de droit constitutionnel et les juges constitutionnels eux-mêmes, de savoir qu'une constitution doit être un tremplin, si je peux me permettre cette image, mais ne peut pas être un instrument de pilotage et en fin de compte une espèce de geôle pour le développement d'une société. Mais ceci revient à faire appel à la sagesse des uns et à la sagesse des autres et ceci ne relève ni du droit, ni de la politique, ni de la morale, mais simplement du bon sens. Je vous remercie.

Maître SALOMÉ PARAVICINI, *avocate, Genève*:

Je serai extrêmement brève, parce que je n'ai pas l'intention comme mes prédécesseurs d'apporter des observations qui me sont propres mais de soulever une question.

J'ai lu comme vous tous, j'imagine, et écouté les exposés tant écrits qu'oraux. Et la question principale qui était ou qui est le sujet de notre discussion est tout de même celle de savoir qu'est-ce-que peut être une constitution aujourd'hui. Monsieur EICHENBERGER dans son exposé a parlé de la fonction nunc et hic et in futuro. Mais je suis tout de même restée un peu frustrée parce que la question européenne a singulièrement fait défaut. Je n'ai pas lu, ni entendu, une observation au sujet de l'importance, de la portée de notre constitution, comme les constitutions des autres pays, en vue de l'Europe future. Vous le savez tous, c'est une vérité de La Palisse que de le répéter, que nous sommes à la veille de 1992, que les choses se développent très vite, que l'ancienne Communauté européenne économique est en train de devenir et est déjà devenue en partie une Communauté européenne tout court, ce qui veut dire qu'elle englobe beaucoup plus que les simples échanges commerciaux. Ces dernières années, après un refus presque catégorique, la Suisse s'est rapprochée, avec hésitation, de l'idée européenne. Aujourd'hui il semble, tout de même, que le vent est en train de tourner. En revanche, un argument essentiel est toujours développé et soutenu selon lequel pour nous les Suisses, pour la Confédération, cette entrée dans la Communauté est particulièrement difficile, plus difficile que pour tous les autres voisins, ceci en raison de notre politique et de notre démocratie directe. Vous êtes d'accord avec moi, j'imagine, qu'il s'agit là de l'argument principal, en tout cas que j'entends dans ce genre de discussion.

Alors, j'aurais aimé que nos deux orateurs, ainsi que M. le Conseiller fédéral, aient la gentillesse, de s'exprimer quand même brièvement au sujet de notre constitution actuelle et de l'intégration, dans un autre sens,

européenne de la Confédération. Il me semble qu'il s'agit là de la question clé à la veille de 1992. Je vous remercie de votre attention.

Professeur BERNHARD SCHNYDER, *Fribourg*:

Herr Vorsitzender, Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren. Nachdem das Wort erschöpft ist, möchte ich als Privatrechtler zwei, drei Worte zum Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht sagen. Die Privatrechtler in der Schweiz sind aus zwei Rücksichten an der Verfassung interessiert — abgesehen davon, dass sie die Verfassung als etwas so Hochstehendes betrachten, dass sie nicht nur dem öffentlichen Recht zugeordnet werden kann. Aber nehmen wir die Verfassung als öffentliches Recht, dann haben wir vor allem zwei Fragen, die uns interessieren. Die eine ist die Frage der Kompetenz: Wie weit geht die Bundeskompetenz gestützt auf Art. 64 BV? Es besteht kein Zweifel, dass im reinen klassischen Privatrecht, wo sich zwei Einzelne gegenüberstehen und einen Streit dem Richter unterbreiten, die Urteilsanweisungen an den Richter klassisches Privatrecht sind. Aber daneben gibt es Gebiete, was vor allem von Herrn GYGI betont wurde, Gebiete, die der Natur der Sache nach dem Privatrecht zugeordnet worden sind. Wie weit dann dort rechtstheoretisch Nicht-Privatrecht doch vom Bund gesetzt werden kann, das ist die Frage. Der Bund hat in den letzten Jahren das eine oder andere Mal, mit einem gewissen Mut, der auch von uns Privatrechtlern begrüsst wird, den Schritt getan zu sagen: Auch das ist noch Privatrecht. Ich denke an den mir besonders vertrauten Bereich der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung. In der Schweiz kann man, abgesehen von Polizeiklauseln, von Strafrecht oder Epidemiegesetzgebung, niemanden mehr aus fürsorgerischen Gründen internieren ausser über den Weg des Privatrechts, anders als in anderen Ländern. Ich frage mich nun, ob nicht im Bereich der In vitro Fertilisation usw., wenn es jetzt nicht zu diesem Bundesverfassungsartikel kommen würde, gestützt auf den Privatrechtsartikel etwas mehr als die blossen Fragen, wer ist der Vater, wer die Mutter, im ZGB hätte geregelt werden können. Das ist die eine Seite.

Die andere Seite, die heute viel stärker umstritten ist, ist die Frage, inwieweit das Verfassungsrecht das Privatrecht materiell gestaltet, also bewirkt, dass es so und nicht anders ist. Da möchte ich zunächst einmal sagen, dass dies — zunächst unabhängig von Art. 113 Abs. 3 BV — in den Grundentscheidungen eindeutig so ist. Wenn ich mir ein ZGB vorstelle mit einem Art. 11: "Die Rechtsfähigkeit beginnt mit drei Jahren"; mit einem Art. 13/14: "Handlungsfähig ist man mit 14 und ist man nicht mehr ab 70" oder einem Art. 467: "Ein Testament kann man erst mit 50

schreiben”; einem Art. 457: “Das Erbrecht ist abgeschafft”; einem Art. 641: “Das Eigentum dauert 30 Jahre” — dann würde ich sagen: Das ist verfassungswidrig und ist Privatrechtsgestaltung durch die Verfassung. Das ist das eine.

Dann das zweite. Ich glaube, dass es spezifische neuralgische Bereiche gibt, in welchen in der Privatrechtsgestaltung die Verfassung etwas zu sagen hat, etwa in der vorhin angedeuteten Frage der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung, auch etwa im Bereich des Persönlichkeitsschutzes oder der übermässigen Bindung und anderer Dinge mehr. Aber: Ist nicht für das Gros der privatrechtlichen Fragen — aus zwei Gründen vielleicht — das jederzeitige Anrufen der Verfassung gar nicht unbedingt erforderlich?

Erstens einmal, weil wir doch eine jahrtausendealte Tradition haben, in welcher der Gerechtigkeitsgehalt von einzelnen Lösungen derart oft hin und her diskutiert worden ist, dass aus der Sicht der Tauschgerechtigkeit die Verfassung kaum noch Neues bieten kann.

Und zweitens — da frage ich nun —, weil man eine Art Gegenstück zu dem, was Herr AUBERT gesagt hat mit Bezug auf die Einwirkung der Verfassung auf die Aufgaben des Staates, auch mit Bezug auf das Privatrecht sehen könnte? Denn was die Aufgaben des Staates angeht, riskiert die Verfassung so eng zu sein, dass dann der, der diese Aufgaben umsetzt, durch die Verfassung zu stark gebunden wäre. Sie kann nicht frei genug sein, damit der Politiker noch das Gute im Staat verwirklichen kann. So frage ich mich, ob nicht für das Privatrecht, und zwar für sehr viele Fragen des Privatrechts, die Verfassung der Natur der Sache nach eben zu wenig konkret, zu wenig eng, zu wenig präzise ist, als dass sie dem Privatrechtler, sei es dem Gesetzgeber, sei es dem Richter, auch noch Weisungen geben könnte. Dies die Frage an die beiden Referenten. Ich danke Ihnen.

Professeur PIERRE PESCATORE, *Luxembourg*:

Je ne voudrais pas anticiper sur les discussions de demain. Je pense que demain j’aurai pour ma part à donner quelques réponses aux observations qui ont été faites, ce matin, par Madame PARAVICINI. Je voudrais vous parler d’un autre problème. Je suis un lecteur très attentif, depuis des années, de la presse suisse. Je m’étonne que depuis des années il y ait un thème qui se traîne à travers votre presse. Il a été évoqué ce matin, c’est la question de la révision générale de votre constitution. Comment pouvez-vous avoir cette étrange idée, à la fin du XX^{ème} s., de vouloir faire une révision générale de votre constitution? Une révision constitutionnelle, Mesdames, Messieurs, ne se fait pas à froid. Elle se fait à chaud.

Elle ne peut se faire que dans des circonstances politiques exceptionnelles qui la rendent nécessaire. Toutes nos constitutions ont été faites à des moments historiques privilégiés et je parlerai surtout de ce que je connais, la vie internationale par exemple. Quand a-t-on créé les grandes organisations internationales? Il a fallu deux guerres mondiales pour que naissent enfin la Société des Nations, les Nations Unies, les institutions spécialisées. Il aura fallu la Guerre froide pour qu'enfin les Européens se ramassent et créent l'Alliance Atlantique, la Communauté européenne. On parle aussi, en ce moment, d'une révision des traités européens. C'est extrêmement dangereux, les conditions ne sont plus réunies. La Communauté, dans un moment fulgurant de créativité, a été instituée dans les années 50. On ne peut pas répéter à volonté l'histoire. Et quand donc, par exemple, ont été créés la nouvelle Constitution allemande, la nouvelle Constitution italienne, qui sont parmi les plus modernes du monde? Ce fut également à la suite de grands bouleversements. Donc je vous dirai mes amis helvétiques, ce n'est pas le moment de songer à une révision totale de votre constitution. Les Américains nous ont donné un exemple. Ils ont créé leur constitution, eux aussi, à un moment au fond révolutionnaire et historique à la fin du XVIII^{ème} s. et ils ont conservé cette constitution intacte en la modifiant, de proche en proche, par des amendements qui répondent aux problèmes modernes. Et si je ne vous ai pas encore convaincus, je vous dirais ceci: c'est qu'une constitution, fondamentalement, est un acte de convergence entre les citoyens. Or, si nous faisons face aux problèmes qui nous préoccupent en ce moment, qui sont situés quelque part entre la vie civile, la science, la paix et la guerre, et bien notre problème consiste en cela que nous ne sommes pas d'accord sur l'échelle des valeurs. Et si l'on voulait faire en ce moment une nouvelle constitution, il faudrait faire face à tous ces grands problèmes qui nous préoccupent et cela serait un acte de désintégration. Donc je vous dirai que si nous avons le bonheur dans nos pays de vivre sous une constitution établie, une constitution ordonnée, il faut la modifier, il faut l'adapter et il faut le faire avec infiniment de prudence. Ne croyez pas que vous puissiez en 1991 faire une révision générale de votre constitution. Merci.

Professeur LUZIUS WILDHABER, *directeur des débats*

Ich danke Herrn PESCATORE vielmals für seine pronuncierte Meinung zu diesem Thema. Wir haben natürlich das Thema nun so lange herumgeschoben, dass wir wahrscheinlich an diesem moment historique privilegié angelangt sind. Seit 1989 erleben wir die grossen Umwälzungen in Ost- und Mitteleuropa, die wir vielleicht in unser Denken einbeziehen sollten.

Wir neigen allerdings dazu, in Verfassungsfragen immer vom Ende, von der Abstimmung her zu denken — und von der Abstimmung her ist in der Tat Herrn PESCATORE nur recht zu geben: Entweder ändert man nichts — und dann braucht man keine Totalrevision. Oder man ändert materiell — und dann blickt man auf die Abstimmung und sieht schwarz, so dass also vom Resultat her gesehen Sie sich wahrscheinlich keine allzu grossen Sorgen machen sollten. Etwas Paradoxes hat das Ganze natürlich trotzdem. Unsere Verfassung wird nämlich materiell totalrevidiert werden durch einen näheren Anschluss an Europa, und wir werden das dann einfach auf indirektem Weg geschehen lassen, statt auf direktem Weg. Auch das könnte uns Anlass geben, über Funktionen der Verfassung nachzudenken und über das, was eine Verfassung leisten kann und was nicht.

Monsieur ERIC FIECHTER, *avocat, Genève*:

J'aimerais partager avec vous une réflexion qui m'est venue ce matin, suite aux différentes interventions que vous avez entendues.

Je me demande, en fait, dans quelle mesure ce ne serait pas précisément la fonction d'intégration de la constitution, qui expliquerait la difficulté que nous avons à progresser avec cette révision totale de la constitution. La constitution, sous laquelle nous vivons actuellement, a permis la coopération fructueuse des nombreuses minorités, de l'assemblage de minorités que constitue la Suisse. Je me demande si, quelque part, il n'y a pas une crainte de toucher à l'ossature même qui a permis cette coopération en révisant totalement la constitution. Une crainte qui rejoint tout à fait ce que le Professeur VEDEL a dit tout à l'heure, que la constitution est une espèce de mythe. Beaucoup de nos concitoyens n'ont jamais lu la constitution. Mais malgré tout, au cours des années, ils ont probablement la conscience que finalement c'est ce document-là qui nous a permis de vivre en paix ensemble toutes ces années. Si cette hypothèse est vraie, j'aimerais alors rompre une lance en faveur d'une autre approche du problème, en direction d'une révision par paquets de cette constitution. Une révision qui permettrait d'aborder chapitre par chapitre les points qui demandent vraiment une révision plus importante que celle d'un article, mais qui éviterait quand même de tout remettre en cause en une seule fois. Je pense par exemple qu'il serait tout à fait judicieux d'aborder enfin la question des droits fondamentaux. Ces droits ne sont pratiquement pas expliqués dans la constitution, mais ils ont été progressivement élaborés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Je pense que là il y a vraiment un besoin. On pourrait aborder, séparément aussi, la question des compé-

tences entre cantons et Confédération. On pourrait envisager un chapitre sur les relations entre la Suisse et l'étranger et par ce biais-là aborder le problème des relations entre la Suisse et notamment le Marché commun. J'aimerais aussi souligner que cette procédure de révision est précisément celle qui a été utilisée pour réviser la Constitution de la Californie. Celle-ci avait un peu les mêmes défauts que notre constitution. On y trouvait toutes sortes de dispositions qui n'y étaient pas à leur place, sans qu'un besoin fondamental de révision existât, comme l'a souligné le Professeur PESCATORE tout à l'heure. Et bien en l'espace de quelques années, il a été possible de réviser cette Constitution californienne pour en faire un document moderne, lisible, où l'on trouvait tous les éléments essentiels. Cela n'a pas été du premier coup. Sur certains chapitres il y a eu des oppositions, ils ont dû s'y prendre à deux fois. Mais le résultat malgré tout a été atteint. Si l'on avait commencé plutôt dans cette voie, il est très probable que nous aurions aujourd'hui une constitution fortement révisée. Merci beaucoup.

Professeur Dr. NIEBLER, *Deutschland*

Gestatten Sie mir, dass ich aus deutscher Sicht einige Gedanken beitrage. Zunächst zur Verfassungsreform. Da hat man sich im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung auch die Frage gestellt: Soll die Verfassung geändert werden? Oder soll eine völlig neue Verfassung geschaffen werden? Zunächst war in breiten Teilen der Bevölkerung, vor allem im Osten, die Meinung vorherrschend, es müsse eine völlig neue Verfassung geschaffen werden. Auch in der Wissenschaft war diese Meinung sehr stark verbreitet. Inzwischen hat sich die Tendenz eindeutig geändert im Sinne: nicht eine neue Verfassung schaffen, sondern das bewährte Grundgesetz ergänzen, soweit es notwendig ist; und die Arbeiten gehen alle in diese Richtung. Der Streit läuft bei uns — abgesehen von Einzelregelungen — eigentlich nur noch um die Frage: Soll das Ganze nun im Rahmen einer Volksabstimmung geschehen oder soll es auf dem parlamentarischen Weg geschehen? Ein zweiter Punkt zur Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit. Unser Bundesverfassungsgericht hat die totale Kontrolle über die Gesetzgebung. Es ist zwar schon eine gewisse Zahl von Gesetzen als verfassungswidrig beanstandet worden. Aber in der Regel gibt es kaum Probleme.

Der Gesetzgeber zieht daraus die Konsequenzen, und die Sache ist schnell geregelt. Ich darf immerhin zwei Beispiele erwähnen, die allerdings erhebliche Schwierigkeiten mit sich brachten, und zwar im Zusam-

menhang mit dem Art. 3 (Gleichbehandlungsgebot). In der Sozialversicherung sind bei uns die Frauen dadurch, dass sie niedrigere Löhne haben, benachteiligt bei den Renten. Das Bundesverfassungsgericht hat schon vor etwa zehn Jahren festgestellt: Bestimmte Regelungen sind verfassungswidrig. Es hat dem Gesetzgeber aufgegeben, diese verfassungswidrigen Regelungen zu ändern. Die Gesetze wurden nicht aufgehoben, das konnte nicht geschehen, sonst wäre es ja nicht mehr möglich gewesen, Renten auszuzahlen. Diese Frist zur Änderung ist klugerweise nicht genau festgelegt worden. Und der Gesetzgeber hat bis heute diesen Auftrag nicht vollzogen. Warum? Auf der einen Seite wollte er natürlich nicht die Männer schlechter stellen und andererseits würde eine völlige Gleichschaltung in der Höhe der Renten zu solch utopischen Anforderungen an das Sozialversicherungssystem führen, dass wir nicht mehr in der Lage gewesen wären, es zu finanzieren. Wie das Problem gelöst wird? Ich weiss es nicht. Ich fürchte, das Bundesverfassungsgericht wird sich mit der Frage demnächst wieder beschäftigen müssen, wegen Untätigkeit des Gesetzgebers. Ein zweites Problem, das einen Zusammenhang bis in die Verwaltung hinein aufweist: Das Bundesverfassungsgericht hat kürzlich in einer Entscheidung festgestellt, dass bestimmte Steuergesetze, die an sich verfassungsgemäss sind, deshalb problematisch sind, weil der Vollzug nicht funktioniert, und zwar bei der Besteuerung von Zinseinkünften. Bestimmte Zinseinkünfte, z.B. von Aktien, werden dadurch besteuert (an der Quelle), dass die Steuer abgezogen wird bei der Auszahlung der Dividende. Die Besteuerung von Spareinkünften usw. erfolgt hingegen in der Weise, dass der einzelne sie in seiner Steuererklärung angibt; auch bestimmte Wertpapiere, die nicht an der Quelle besteuert werden, musste der einzelne selbst angeben. Das Ergebnis war, dass, wie festgestellt wurde, der grösste Teil dieser Einkünfte nicht versteuert worden ist, und dass die Finanzämter eine Art stille Anweisung hatten von den Finanzministerien, da nicht genau nachzuprüfen. Das Bundesverfassungsgericht hat nun gesagt: Es verstösst gegen die Gleichbehandlung, wenn die einen an der Quelle besteuert werden und die anderen nicht. Der Gesetzgeber ist nun verpflichtet, hier eine vernünftige Regelung zu treffen. Wie der Gesetzgeber dies regelt, ist noch offen. Vielleicht ganz kurz noch ein weiteres Problem, das Verhältnis zur EG. Es ist richtig, was vorhin gesagt worden ist: Tatsächlich wird über das EG-Recht ein grosser Teil des Bundesrechts und des Landesrechts stillschweigend ausser Kraft gesetzt.

Die Frage stellt sich, wie weit hier auch bestimmte Verfassungsregelungen ausser Kraft treten. Es besteht zur Zeit ein erheblicher Streit innerhalb der Bundesrepublik wegen der geplanten Rundfunkrichtlinie

der EG. In der Bundesrepublik ist das Rundfunkproblem bekanntlich Sache der Länder. Die Richtlinie der EG würde hier also in die Rechte der Länder eingreifen; es ist nun ein Verfahren anhängig beim Bundesverfassungsgericht, in welchem geklärt werden soll, ob die Bundesregierung berechtigt ist, dieser EG-Richtlinie zuzustimmen und dadurch die Rechte der Länder (und die Verfassungen der Bundesländer) zum Teil ausser Kraft zu setzen. In dem Zusammenhang zeigt sich ein weiteres Problem: die Versuche, auf der europäischen Ebene im Rahmen der Gesetzgebung eine dritte Stufe einzuführen, nämlich eine Beteiligung der Länder und Regionen an der Gesetzgebung. Ein Problem, das, glaube ich, für die Schweiz gerade wegen der Bedeutung der Kantone doppelt wichtig und doppelt schwierig ist. In Deutschland ist über den Bundesrat schon eine gewisse Mitbeteiligung erreicht worden. Die Idealvorstellung wäre wohl eine dreistufige Gesetzgebung einzuführen, dass also neben den Gremien der EG und den Mitgliedstaaten auch die Länder der Regionen innerhalb der Mitgliedstaaten ein Mitspracherecht erhalten sollten. In dieser Hinsicht, glaube ich, wären die Deutschen, vor allem die Bayern, sogar dankbar, wenn die Schweiz mitmachen würde, weil wir hier eine Unterstützung bekämen. Danke schön.

Professeur JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *rapporteur de langue française*:

Je vais m'efforcer de répondre à certaines des questions qui ont été posées et de m'exprimer au sujet de certaines observations qui ont été faites.

D'abord vous avez bien vu que nos deux rapports, celui de M. EICHENBERGER et le mien, n'avaient pas pour objet d'interpréter la constitution, puis de dire ce qu'elle signifiait, pour ensuite rechercher dans quel cas elle était ou non violée. Ceci me permet de dire que certaines questions qui ont été posées tout à l'heure sur le sens de l'actuelle Constitution fédérale, sur le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, relèvent bien du droit constitutionnel mais pas de notre rapport.

Comme M. MURET a tout de même demandé une réponse, je vais la lui donner, bien quelle soit en-dehors de notre discussion: L'Assemblée fédérale, il y a deux ans, je crois, a adopté une loi dans le domaine de la culture en se fondant sur une sorte de pratique constitutionnelle, qui n'était pas véritablement écrite dans la constitution. Je ne fais pas tellement de différence entre les compétences implicites et les compétences tacites. Après tout, les Alémaniques disent "stillschweigende Kompetenzen"; ils n'ont qu'un mot. Je ne vois pas pourquoi les Suisses français en auraient deux. C'est un point. Un autre point, c'est qu'il ne s'agit pas du tout d'une

invention nouvelle. La Confédération a pris des dispositions législatives en matière de culture depuis le XIX^{ème} siècle. Il s'agit là d'une longue coutume qui est d'ailleurs expliquée dans le Message. Je regrette que certains lecteurs de Suisse française ne lisent pas la version française des Messages du Conseil fédéral. En revanche, sur un point je suis assez d'accord avec M. MURET, on peut se demander si la formation coutumière d'une compétence, comme c'est manifestement le cas pour cette politique culturelle, est vraiment satisfaisante. J'avais quelques doutes. On m'avait demandé mon opinion, mais il était clair que la question devait être tranchée par l'Assemblée fédérale. N'en étant plus membre je vous prie de poser la question à d'autres. Cela pour répondre à M. MURET, qui pourra remarquer que je ne suis pas d'un avis tout à fait divergent du sien; je vois simplement la question sous un autre angle.

M. le Professeur SCHNYDER nous a parlé de l'art. 64 de la constitution et de l'interprétation qu'on peut lui donner. Je suis assez content qu'on donne un sens large à l'art. 64. Je fais partie de ces constitutionnalistes qui interprètent très largement l'art. 64. Nous avons eu avec mon collègue M. RICHLI, une petite controverse, il y a quelques années, sur la question de savoir si la Confédération pouvait légiférer en matière de droit foncier et prendre les dispositions qu'elle a prises en 1989. M. RICHLI, avec des arguments d'ailleurs très forts, était sceptique. Moi je l'étais moins que lui. Et ce qui avait entraîné mon adhésion à une interprétation large de l'art. 64, c'est le fait que cette disposition a pour but de régler toutes les matières qui ont des conséquences de droit civil, sans être pour autant du droit civil classique. Si l'on n'admet pas cette interprétation large de l'art. 64, on arrive à la conséquence que la Confédération ne peut rien faire, puisqu'elle n'aurait, par hypothèse, pas la compétence, mais que les cantons ne pourraient rien faire non plus en raison de la liberté contractuelle que prescrit le Code des obligations. Alors, si le fédéralisme consiste à constater que ni la Confédération, ni les cantons, ne peuvent rien faire j'estime qu'il y a quelque part une faute dans le raisonnement. Un autre point soulevé par M. SCHNYDER, sur lequel je suis tout à fait d'accord avec lui, c'est qu'il y a des rapports extrêmement nombreux entre la Constitution fédérale et le droit civil. Il est bien évident que l'on peut multiplier les exemples et d'ailleurs il en a donné un pour finir: l'art. 4 al. 2 de la Constitution fédérale. Cet article a donné et donne toujours beaucoup de travail au législateur de droit civil. On a révisé par exemple la partie du Code civil concernant le mariage. C'était vraiment de la constitution qui nous obligeait à changer le Code civil. Je conclurai un peu autrement que vous ne l'avez fait tout à l'heure. Je me dis qu'avec les droits fondamentaux, au sens le plus ordinaire du terme, on a déjà

beaucoup à faire sur le terrain du droit civil et il n'est pas nécessaire de demander à des dispositions plus ambitieuses sur les buts, les tâches et les mandats constitutionnels, du travail supplémentaire.

M. BORGI, nous a parlé de l'insuffisance de l'arsenal dont disposaient les juges pour obtenir certains résultats tout-à-fait conformes aux préoccupations sociales. Je crois qu'il y a en effet quelque chose à dire. On pourrait déjà changer le droit civil, ce qui ne tiendrait pas à la constitution. Et puis, j'aimerais quand même signaler que quelquefois le Tribunal fédéral a tiré de la constitution, de la liberté personnelle des injonctions assez pointues, à l'adresse des autorités cantonales, de faire quelque chose. Je pense à toute la jurisprudence sur la condition des détenus. Le Tribunal fédéral a rendu de très nombreux arrêts où il attendait des cantons qu'ils trouvent les solutions nuancées pour donner aux détenus un statut convenable.

Mon très vénéré collègue VEDEL, vous avez la chance en France de pouvoir trouver dans votre constitution un motif d'intégration que je n'ai pas trouvé dans la notre. C'est vrai, vous avez de grands moments dans votre vie constitutionnelle et je pense notamment à l'élection du président au suffrage universel (comme je me suis aperçu qu'on pouvait porter des jugements sur la constitution des autres pays, je voudrais dire que je ne trouve pas que cela ait été le changement le plus heureux pour la France d'avoir passé à l'élection du président de la République au suffrage universel). Je crois qu'en effet c'est très important, c'est très intégrant d'avoir cette grande opération qui non seulement revient tous les 7 ans, mais qui préoccupe les esprits pendant les 7 années qui séparent les élections. Nous, nous n'aurions comme pendant, si je puis dire, que les référendums. Or je suis convaincu que les référendums ne sont pas intégrateurs du tout. Quand ils ne se passent pas dans l'indifférence ils sont plutôt désintégrateurs. Mais bien sûr, comme disait l'un des derniers orateurs, si par effet intégrateur de la constitution on entend l'effet intégrateur du régime politique dans lequel on a vécu depuis un siècle, alors je pense bien qu'il y a un effet intégrateur. J'avais une vue plus limitée. Je me demandais si la constitution comme document avait un effet intégrateur. Constatant qu'elle n'était jamais lue, je doute qu'elle ait un tel effet.

M. PESCATORE, vous avez défendu à cette tribune une thèse qui remplit d'aise une bonne partie de l'opinion publique suisse. C'est vrai qu'il y a beaucoup de milieux et de partis politiques qui ont exactement le même sentiment que vous, à savoir que l'on ne fait pas une révision de la constitution à froid. J'aimerais seulement dire pour la petite histoire que la Suisse a peut-être donné une fois un mauvais exemple, parce qu'en 1874

elle a procédé à une révision totale qui était vraiment à froid, puisque rien de particulier ne s'était produit si ce n'est dans les autres pays (en France, en Allemagne).

Pour terminer, j'aimerais m'adresser à Madame PARAVICINI, qui nous a reproché d'avoir oublié l'Europe dans les rapports sur la constitution. D'abord je dirai que dans mon rapport j'ai essayé de montrer que la "figure" de la constitution se rencontre un peu partout et notamment à divers étages et qu'en Suisse on a des constitutions cantonales, on a la Constitution fédérale, mais que maintenant on a des ensembles complexes dont la Communauté européenne et qu'il n'est pas très difficile de voir dans les traités fondateurs de 1957 quelque chose qui ressemble à une constitution. Certains parlent de traités constitutifs ou même carrément de Constitution de la Communauté. C'est une affaire de goût. En tout cas il y a, Mme PARAVICINI, trois ou quatre pages que j'ai consacrées à ces systèmes complexes où j'estime que la Communauté européenne a quelque chose à nous enseigner du point de vue des techniques constitutionnelles. Mais vous vous êtes plutôt inquiétée de la relation entre la Suisse et l'Europe et du fait que rien n'est dit à ce sujet dans les rapports présentés. Si par Europe vous entendez la Communauté européenne comme organisation supranationale, et non pas l'Europe au sens large qui est donné par exemple par certaines initiatives parlementaires, récemment débattues au Conseil national; si vous pensez à la Communauté européenne, alors je peux vous dire ceci: la constitution doit se limiter à dire quelle est la procédure par laquelle la Confédération suisse entrerait dans la Communauté. Or nous le savons, puisque cela figure dans la Constitution à l'art. 89 al.5. Pour moi il n'y a aucun doute, la solution est là. La constitution ne peut rien dire de plus, parce qu'ensuite toutes les conséquences du droit européen ne sont pas des produits de la Constitution fédérale suisse mais du droit européen lui-même. Ce serait une erreur de conception que de vouloir prétendre dans la Constitution fédérale recevoir le droit européen, faire une couche pour le droit européen. Non seulement on n'a pas besoin de cela, mais cela fausserait les idées. Nous devons nous limiter à régler la procédure d'entrée. Si le peuple et les cantons disent non, la question est repoussée pour une autre décennie. Si le peuple et les cantons disent oui, à ce moment-là tout ce qui en résulte ne relève plus de la Constitution fédérale mais du système européen. De même que l'application de la Constitution fédérale de la Confédération suisse dans les cantons ne dépend pas de la constitution des cantons.

Professeur KURT EICHENBERGER, *rapporteur de langue allemande*:

Herr Präsident, meine sehr verehrten Damen und Herren. Wir alle, glaube ich, sind auf der Suche nach dem Sinn und der Bedeutung der Verfassung im gegenwärtigen Staat. Alle Voten, die hier vorgetragen wurden, und alles, was hier angeklungen hat, spiegelt ein gewisses Missbehagen wider, wie wir eigentlich mit unserer Verfassung weitergehen sollten oder weitergehen können. Vor allem: Ob wir sie auf der überkommenen Höhe halten können und halten sollen, die "Heiligkeit", ihre Unantastbarkeit, diese ihre vielfach geschilderte Überhöhung. Sollen wir, können wir sie halten? Dass es schwierig ist, eine neue Verfassung zu konzipieren, darin würde ich Ihnen, Herr PESCATORE, sehr zustimmen. Wenn man sie denn schon einmal hat, sollte man sie nicht leichtfertig in die Revision setzen, denn man muss froh sein, dass man sie hat. Das Bonner Grundgesetz etwa ist eine doch sehr getreue Wiederheraufholung des 19. Jahrhunderts, und dort, wo es brisant wird: Generalklauseln, Sozialstaat. Oder die italienische Verfassung: auch sehr eingespannt auf dieses parlamentarische Regierungssystem, eine instrumentelle Verfassung. Und dort, wo es zu blühen beginnt, ins neue Jahrhundert: alles in die Präambel. Also, die Verfassung weicht aus, wo sie handfest werden sollte. Das französische Beispiel, die brillante Verfassung von 1958, ist eben gerade brilliant, weil sie eine de Gaulle'sche Zuschnittsverfassung war und sich gehalten hat, weil die Franzosen das Glück hatten, in der Volkswahl analoge Personen zu finden. Also eine Verfassung "in Zuschnitt". Für die Schweiz, wenn ich hier noch einmal anknüpfen darf, war die Totalrevision sozusagen ein rettendes Wort, als man glaubte, man sei an irgendein Ende gelangt — die Totalrevision als ein rettendes Wort. Und als man dann dieses Wort umzusetzen hatte, das Versprechen eingelöst werden sollte, da sah man plötzlich, es beginnt die Arbeit ja erst. Wir wissen nicht, wie weiter bzw. wir haben etwas vorgelegt — wie gehabt — und daran etwas modernisiert, aber eben ohne an das Grundlegende zu kommen. Das wäre das erste: die Totalrevisionsspirale als rettender Anker in einer scheinbar schwierigen Staatslage und jetzt schleppen wir den Rucksack mit uns. Entweder ihn endlich ablegen und uns, mit Herrn PESCATORE, mit dem zufriedengeben, was wir haben. Oder aber uns noch einmal umtun. Das wäre das zweite, das ich gerne ausführen möchte.

Wir sind vor einer Alternative. Sehr vereinfacht gesagt: Entweder leben wir mit der heutigen Verfassung weiter, holen sie von diesen Überhöhungen herunter, lassen vieles andere daneben gelten, und damit ist das Anliegen von Frau PARAVICINI bereits gedeckt und Herr SCHNYDER hat weiter keine Sorgen. Wir leben dann mit unserer heutigen Verfassung, so

wie wir es bisher auch mit ihr getrieben haben, nämlich: Wir kommen aneinander vorbei. Und wenn die Privatrechtler mitunter glauben, sie seien hier etwas stranguliert von den Vorgängen und Vorkehrungen der Öffentlichrechtler, dann wissen sie sich in Kürze ja wieder auf die Beine zu bringen. Also, die Privatrechtler haben sich nicht Sorgen zu machen, dass sie unter der Fuchtel der Öffentlichrechtler hier in ein Verfassungsschlepptau gerieten. Das wäre das eine. Wir lassen alles wie gehabt, geben der Verfassung nicht mehr diese Künstlichkeit und Überhöhung und versuchen mit ihr voranzukommen.

Oder aber wir bemühen uns in der Tat um eine neue Verfassung. Aber dann müssen wir noch einmal bei dem ansetzen, was man im Jahre 1965 versäumt hat, nämlich, dass wir eine Methodenlehre für das Verfassungsrecht zu entwickeln beginnen. Statt auf der alten Normierungslehre der grossen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts zu beruhen und statt die Verfassungstheorie des Rechtspositivismus voran- und weiterzuführen, sollten wir uns entscheiden, endlich den Schritt zu wagen und zu sagen: Ja, welchen Inhalt hat nun das Grundgesetz für einen Staat der Gegenwart. Dass dies schrittweise besser geht als in einem Riesensprung, leuchtet ein. Das Votum, das hier gefallen ist, hat vieles für sich. Schrittweise Revisionen, immerhin Grosspakete, dies aber eben dann doch gesichert aus einer Gesamtschau heraus. Und dazu hat nun die Rechtswissenschaft einiges beizutragen.

Damit komme ich noch auf einen letzten Punkt. Wenn ich noch die Bemerkungen von Herrn RICHLI aufnehmen darf. Die Schweiz ringt in der Tat mit Problemen, Herr RICHLI hat Stichworte genannt, z.B. mit der Stellung der Verwaltung, der endlich hinreichend Rechnung zu tragen ist in der Verfassung, oder mit der Schwierigkeit in der Staatsleitung, d.h. mit der momentanen Lage der staatlichen Führung. Aber welcher westliche Staat ist besser geführt bzw. sicherer geführt dank der verfassungsrechtlichen Rückhalte? Der Staat sollte sich eigentlich melden. Ich kenne ihn nicht. Also: Wir kommen durch mit unserer meinetwegen "holprigen" Verfassung, aber immerhin, wir kommen durch — was am Verfassungsrecht liegt. Offenbar können wir die notwendigen Regierungsprobleme aufgreifen und durchziehen. Herr RICHLI empfiehlt sodann, andere Disziplinen heranzuziehen. Dem ist doch sehr beizupflichten. Immerhin hätte ich da gerne zwei Voraussetzungen genannt. Das eine wäre, dass diese herangezogenen weiteren Disziplinen sich auch den Juristen ein wenig annäherten. Ein Beispiel haben wir erfahren in der Expertenkommission FURGLER. Da sassen doch zu recht grosser Zahl Nichtjuristen drin. Der gesunde Menschenverstand war dort noch versammelt — neben den Juristen; er hätte Chancen gehabt. Aber die Weigerung, sich in juristische

Kategorien einzulassen, die war doch wohl perfekt. Also, Nichtkenntnisnahme dessen, was der Jurist als Handwerkszeug hat, mit dem er umzugehen hat — oder bisher glaubte, umgehen zu müssen. Insofern muss man von diesen anderen Disziplinen erwarten, dass sie sich an ein Rechtswerk heranarbeiten und hier auch die notwendigen Adaptionen vornehmen. Das wäre, als Lehrstück aus der Kommission FURGLER, für und an die Adresse der anderen Disziplinen zu sagen. Eine Erfahrung, die wir bei vielen Gelegenheiten immer wieder machen. Die Ökonomen, obwohl sie Pflichtfach Jurisprudenz haben, distanzieren sich geflissentlich von der Jurisprudenz, sobald sie an die Gesetzgebungsarbeiten herantreten sollten.

Wir aber — das wäre nun das andere noch — wir Juristen sollten uns auch besser gewöhnen an eben diese Interdisziplinarität und bereit sein, aufzunehmen. Und da würde unter anderem eben auch eine Art Bereitstellung unseres Terrains dazu gehören, z.B. diese Überhöhung, die a-priori-Überhöhung der Verfassung zunächst einmal beiseiteschieben, zu sagen, wir wollen dann sehen, wie es weitergeht.

Dann das Zweite: wir sollten in der Tat rasch und intensiv unsere Normenvorstellungen modifizieren und die Verbindlichkeiten neu bestimmen. Wir können offenbar nicht mehr mit der Rechtsverbindlichkeit nach der reinen Rechtslehre oder nach dem Neukantianismus arbeiten. Wir haben vielmehr Verfassungswerke vor uns mit ganz unterschiedlichen Verbindlichkeiten und deswegen auch mit ganz unterschiedlichen Sanktionsmöglichkeiten. Dies als Beispiel dafür, dass wir unsererseits uns methodisch anders einzustellen und einzurichten haben. Und da, würde ich nun meinen, haben wir noch ein Defizit. Das geht zunächst einmal die Wissenschaft an. Die hat sich jetzt in der Schweiz 25 Jahre lang mit der Totalrevision beschäftigt und überbeschäftigt und hat unterdessen diese Probleme der Angleichung an die gegenwärtigen Bedürfnisse eher in den Hintergrund geschoben. Die Juristen der Praxis hingegen leben mit der Verfassungsnorm. Sie zeigen, wie man sinnvollerweise mit einer Verfassungsnorm umgeht; von ihnen hat man in der Wissenschaft zu lernen, was eigentlich die tragenden Fragen sind. Anstatt vom grünen Tisch oder von irgendwelcher Distanz aus Fragen an die Verfassung heranzutragen, ginge es darum, aus der Praxis die Vorgaben vorgelegt zu bekommen und Lösungsalternativen aufleuchten zu sehen. Danke.

Professeur LUZIUS WILDHABER, *directeur des débats*:

Ich danke unseren Referenten für ihr Schlusswort. Nun habe ich das grosse Vergnügen, einen fast schon gewohnheitsrechtlichen Anspruch

des Juristenvereins realisiert zu sehen. Ich darf das Wort übergeben an den Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Herrn Bundesrat ARNOLD KOLLER. Ich danke ihm, dass er wie schon in vergangenen Jahren zu uns gekommen ist.

III.

Vortrag von Bundesrat ARNOLD KOLLER, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes — Allocution de M. le Conseiller fédéral ARNOLD KOLLER, chef du département fédéral de justice et police

Herr Präsident, Herr Regierungspräsident, meine Herren Bundesrichter, meine Damen und Herren

Zunächst möchte ich Ihnen, Herr Präsident, herzlich danken für die Einladung zum Juristentag. Besonders gefreut hat mich, dass Sie zum 700 Jahr-Jubiläum der Eidgenossenschaft Sinn und Bedeutung unserer Bundesverfassung zum Thema gewählt haben. Dass die Professoren AUBERT und EICHENBERGER, zwei Altmeister des Verfassungsrechts, die Referate übernommen haben, unterstreicht die aussergewöhnliche Bedeutung des diesjährigen Juristentages. Er gibt uns die Gelegenheit, über die Grundlagen unserer staatlichen Ordnung nachzudenken. Wer als Mitglied der Landesregierung und Chef des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements im oft hektischen politischen Alltag steht, weiss es besonders zu schätzen, im Kreise besonders Berufener über grundsätzliche Verfassungsfragen zu diskutieren.

Aristoteles hat die Verfassung definiert als die Ordnung des Staates und der Behörden, einer Ordnung, die den Gesetzen und der täglichen staatlichen Geschäftsführung vorgelagert ist. Herr AUBERT hat uns in seinem Referat ausführlich dargelegt, dass auch in der neuzeitlichen Verfassungsbewegung diese Konzeption der Verfassung weiter gilt: die Verfassung als Konstituierung, aber auch als Grenze der staatlichen Macht, als Eindämmung des Politischen.

Allerdings ist die Verfassung nichts Vorgegebenes; was in ihr steht, ist ebenfalls Ergebnis des politischen Prozesses. Die Geschichte der Verfassungskämpfe lehrt uns, die Verfassungsgebung als einen fundamentalen politischen Prozess zu begreifen. Die neusten Verfassungsentwicklungen, gerade in Mittel- und Osteuropa, haben uns diese Tatsache wieder ins Bewusstsein gerufen. Auch die Schweiz ist nicht einfach in ihre heutige Gestalt hinieingewachsen. Sie ist von ihren Bürgern und Bürgerinnen

bewusst so gewollt, so geformt und immer wieder neu gestaltet worden. In der Verfassung ist festgelegt, nach welchen Regeln und innerhalb welcher Fundamentalordnung die Bewohner dieses Landes miteinander umgehen wollen und sollen. Der Verfassungsstaat Schweiz ist insofern sicher auch ein lebendiges Stück eidgenössischer Identität.

Was in die Verfassung gehört und was ins Gesetz, was schliesslich in der Verfassung steht, ist eine Frage der Machtverteilung zwischen Verfassungsgeber und Gesetzgeber. Aus der Sicht des Verfassungspraktikers stellen die meisten Bestimmungen der Bundesverfassung nicht nur Konstituierung oder Begrenzung der staatlichen Macht dar, sie sind auch und vor allem Resultat und Ausdruck eines inhaltlichen politischen Ringens. Denken Sie etwa an die Verfassungsbestimmungen über das Wasserrecht (Art. 24^{bis}), über die Energiepolitik (Art. 24^{octies}), über die Konjunkturpolitik (Art. 31^{quinquies}), über den Konsumentenschutz (Art. 31^{sexies}), über das Dreisäulenprinzip in der Altersvorsorge (Art. 34^{quater}), über die Bundessteuern (Art. 41^{bis} und Art. 41^{ter}) und — als neuestes, sehr aussagekräftiges Beispiel — der Vorschlag eines Verfassungsartikels über die Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie (Art. 2^{decies}), über den Sie nächstes Jahr abzustimmen haben.

Da besteht keine Antinomie von Verfassung und Politik: Die politische Diskussion beginnt auf der Stufe der Verfassung, sie setzt sich fort in der Gesetzgebung und oft bis in den Vollzug hinein. Die Verfassungsgebung ist selber eminent Politik.

Freilich nicht immer und nicht nur: Beide Referenten weisen darauf hin, dass sich das Verfassungsrecht auch ausserhalb der Verfassungsurkunde und ausserhalb des Verfahrens der formellen Verfassungsgebung weiterbildet — im ungeschriebenen Verfassungsrecht. Etwa in der Praxis des Bundesgerichts zu den Grundrechten, zu den Grundrechtsgehalten und zu den Grundrechtsschranken; oder zu den Grundsätzen über das staatliche Handeln — wie das Legalitätsprinzip, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Prinzip der Verhältnismässigkeit und das Willkürverbot; weiter in der Praxis zu den Grundsätzen über das Zusammenwirken von Bund und Kantonen — namentlich zur kantonalen Organisationsautonomie, zur Bundestreue und Pflicht zur Zusammenarbeit sowie zum Vorrang des Bundesrechts. Dieser Teil des Verfassungsrechts ist nicht Resultat politischer Auseinandersetzung; er ist Resultat richterlicher Rechtsfortbildung — allerdings nie gänzlich losgelöst von der politischen Realität; er ist im eigentlichen Sinne Juristenrecht und wird daher von den Juristen besonders geschätzt.

So begegnen wir auch in der verfassungsrechtlichen Literatur zwei verschiedenen Verfassungsbegriffen: dem idealen Verfassungsbegriff der

Staatstheoretiker, die die Verfassung als Inbegriff des vorpositiven Guten betrachten, der gerechten Ordnung, losgelöst vom politischen Alltagskampf und vom Prozess der Verfassungsgebung, als Bewahrerin vor den Stürmen der Politik.

Auf der andern Seite dem realen, auf unsere konkrete Verfassung bezogenen Verfassungsbegriff der Praktiker, die die Verfassung als Kampffeld für die politische Auseinandersetzung verstehen. Für unsere Bundesverfassung findet dieser Verfassungsbegriff seine Stütze zum Teil darin, dass jedes politische Anliegen im Bunde von den Initianten gezwungenermassen auf Verfassungsebene vorgetragen werden muss. Aber auch die Gegenentwürfe und die Behördenvorlagen sind meist Ausdruck und Ergebnis politischer Auseinandersetzungen mit dem Ziel, den Gesetzgeber einzubinden oder gar die Gesetzgebung vorwegzunehmen. Das ist Teil und Folge unserer Kompetenzordnung, die für jede neue Staatsaufgabe des Bundes eine Verfassungsgrundlage verlangt, eine formelle Verfassungsrevision mit all ihren politischen Auseinandersetzungen, ihren Kompromissen und ihren Referendumstaktiken. Dabei geht es freilich nicht immer um eine Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen. Oft, und ich meine sogar immer mehr wird auf Verfassungsstufe um die inhaltliche Ausgestaltung einer unbestrittenermassen durch den Bund wahrzunehmenden Aufgabe gerungen. Ich erwähne als Beispiel die Altersvorsorge, die Medienordnung und — mir in besonders frischer Erinnerung — der Verfassungsartikel über die Fortpflanzungsmedizin und die Gentechnologie.

Wie auch immer: Unsere Verfassung als Resultat eines politischen und historischen Prozesses regelt die Verfassungsmaterien in unterschiedlicher Weise. Gewisse Teile fehlen in der formellen Verfassung; die geschriebene Verfassung ihrerseits ist unterschiedlich dicht strukturiert: Neben Bestimmungen von eindeutigem Verfassungsrang stossen wir auf detaillierte Regelungen der Gesetzes-, ja sogar der Verordnungsstufe. Je mehr sich aber die Verfassung in Details verliert, umso eher muss sie revidiert werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die politischen Anschauungen ändern. Das formelle Verfassungsrecht entfernt sich damit immer weiter vom materiellen Verfassungsrecht. Was während Jahrzehnten gewachsen ist und ständig den neuen Anforderungen, den konkreten Bedürfnissen der jeweiligen Epoche angepasst werden musste, verliert notwendigerweise an Geschlossenheit und damit auch an Überzeugungskraft.

Das gilt in ganz besonderem Masse für unsere Bundesverfassung, die seit 1874 insgesamt 133mal revidiert worden ist. Diese Fülle von Teilrevisionen zeigt zwar eindrücklich, dass konkrete Verfassungsprobleme

immer wieder pragmatisch gelöst werden können, dass unsere Institutionen funktionieren und rege benutzt werden, dass sie sich bewährt haben und dass sie taugliche Instrumente bieten zur Bewältigung der jeweils anstehenden Sachfragen. Doch hat eine derartige Häufung von Teilrevisionen — und das über einen Zeitraum von mehr als hundert Jahren und nach ganz unterschiedlichen Kriterien — unweigerlich zur Folge, dass der Gesamtzusammenhang der Verfassung verlorengeht, dass die Systematik, die Einheitlichkeit und die Vollständigkeit leiden. Und was vielleicht noch wichtiger ist: Damit verliert die Verfassung auch an Steuerungskraft für den politischen Prozess. Angesichts der Komplexität der heutigen Staatsaufgaben und der Raschheit des Entscheidungsbedarfs fällt es heute immer schwieriger, wie Herr EICHENBERGER zu Recht diagnostiziert, “die Balance zwischen Konstanz und Wandelbarkeit, zwischen Bewahren und Innovation, zwischen Stabilität und Dynamik zu halten”. Nach einheitlichen Kriterien und aus einer Gesamtschau heraus lassen sich diese fundamentalen Mängel in ihrer Gesamtheit zweifellos nur mit einer Totalrevision der Bundesverfassung beheben, sei es en bloc, sei es in Paketen. Aus diesem Grunde ist die Totalrevision auch unternommen worden. In den umfassend angelegten Vorarbeiten, in der zweimaligen breitesten Befragung aller Kreise ist von keiner Seite die Notwendigkeit einer solchen Gesamtreform unserer Bundesverfassung in Zweifel gezogen worden. Aber ebenso deutlich ist in den bisherigen Reformbemühungen zum Ausdruck gekommen, dass die Grundprinzipien unseres Staatswesens, unserer Verfassungsordnung, nicht preisgegeben werden dürfen, dass sie vielmehr gestärkt werden sollen. Auch die beiden Referenten weisen darauf hin, dass wir bei den Reformbemühungen das Mass nicht verlieren dürfen, dass wir die bleibenden Werte unseres Landes bewahren müssen, dass wir uns und unsere Reformkräfte nicht überschätzen sollten.

Oder sind wir — wie KARL SCHMID fragt — träge geworden, wenn es um Programme für die Zukunft geht? Nein, Trägheit können wir uns gerade heute in den Agenden der res publica weniger denn je leisten. “Nur wer verantwortungsbewusst zu verändern versteht, kann bewahren, was sich bewährt hat” — hat der frühere Bundeskanzler WILLY BRANDT zu Recht geschrieben. Die Notwendigkeit und die Bereitschaft zu Reformen zeigt sich nicht nur in der Vielzahl hängiger Partialrevisionen — zur Zeit sind Teilrevisionsbestrebungen im Gange, die drei Viertel aller Verfassungsbestimmungen betreffen. Der Erneuerungsdruck zeigt sich vor allem in der Parlaments- und Regierungsreform. Obwohl beide Reformvorhaben bedeutsame Bereiche der staatlichen Tätigkeiten beschlagen, sollen sie nicht bis zur Totalrevision der Bundesverfassung aufgeschoben

werden; sie sollen vorweg, jetzt angegangen und verwirklicht werden. Zum Teil bewegen sich die Reformen auf der Gesetzesstufe. Soweit sie mit Verfassungsrevisionen verbunden sind, werden sie wie die übrigen laufenden Partialrevisionen aufeinander abzustimmen sein und mit der Totalrevision der Bundesverfassung koordiniert werden müssen — der Bundesrat hat dies kürzlich in einem Grundsatzentscheid festgehalten.

Die Verfassungsreform bleibt uns also aufgegeben, auch aus einem weiteren Grund. Beide Referenten haben darauf hingewiesen, dass die Verfassung nicht als die höchste und die einzige Quelle staatlichen Handelns betrachtet werden kann. Die Verfassung jeden Staates ist eingebettet in die Völkerrechtsordnung, in ein immer dichter geknüpftes Netz völkerrechtlicher Verträge, internationaler Organisationen und supranationaler Gemeinschaften. Die Völkerrechtsordnung legt übergeordnete Rahmenbedingungen für das staatliche Handeln fest. Der Vorrang ergibt sich bekanntlich aus dem Grundsatz „pacta sunt servanda“, aus dem Gebot von Treu und Glauben und aus dem Verbot, sich unter Berufung auf das innerstaatliche Recht der Vertragserfüllung zu entziehen. Soweit und solange die staatliche Verfassung das Resultat eines politischen Prozesses darstellt, kann sie aber in Widerspruch treten zu internationalem Recht.

Diese Frage stellt sich — besonders aktuell — beim Abschluss eines allfälligen EWR-Vertrages. Weil er in den verfassungsrechtlich relevanten Bereichen weitgehend feststeht, liegt es in unserem gemeinsamen Interesse, wenn ich etwas einlässlicher auf die verfassungsrechtlichen Fragen eingehe. Der Bundesrat hat freilich mehrmals betont, dass der EWR-Vertrag zwar im Vordergrund steht, dass wir uns aber auch andere Optionen offenhalten. Nun gilt es aber ernst: Wir müssen das mit dem EWR-Vertrag Erreichte gründlich prüfen. Vieles deutet übrigens darauf hin, dass der Europäische Wirtschaftsraum für unser Land in der gegenwärtigen Situation politisch doch jene integrationspolitische Option darstellt, die am ehesten eine Verwirklichungschance hat: eine schonende Verbindung des Nötigen mit dem Möglichen. Ein bedeutender Zwischenschritt mit Bedacht auf dem Weg zu Europa, der uns an den Vorteilen des Binnenmarktes teilhaben lässt, dessen politische und staatsrechtliche Auswirkungen sich aber in Grenzen halten. Ein Einstimmen auf Europa verbunden mit einem Angleichen unserer Rechtsordnung, aber nur in Teilen: es bleiben ja ausgenommen die Zollunion und die Aussenwirtschaftspolitik, die Agrarmarktordnungen, die Wirtschafts- und Währungspolitik, die Einführung einer 15 %igen Mehrwertsteuer, die Aussen- und Sicherheitspolitik. Und schliesslich ermöglicht uns der EWR-Vertrag eine Annäherung an die Europäische Gemeinschaft, die unseren Bedürf-

nissen und unserer schweizerischen Mentalität wohl weitgehend entgegenkommt: denn wir treten nicht sofort einer supranationalen Gemeinschaft bei, die über eigene rechtsetzende Organe verfügt und der wir Souveränitätsrechte abtreten müssen; wir schliessen einen multilateralen völkerrechtlichen Vertrag, der kündbar ist und der uns bei jedem neuen Erlass leider zwar keine Mitbestimmung bringt, aber immerhin entscheiden lässt, ob wir ihn übernehmen wollen; das werden wir im herkömmlichen Genehmigungsverfahren tun können, so dass unsere parlamentarischen, föderalistischen und demokratischen Mitwirkungsrechte nicht entscheidend angetastet werden. Über einen Vertrag über den EWR würde die Schweiz sachte an die EG herangeführt, ohne zu früh in eine für die Zukunft unseres Landes fatale negative Beitrittsabstimmung hineinzugeraten.

Die Auswirkungen auf das Verfassungsrecht und die notwendigen Anpassungen halten sich übrigens beim EWR-Vertrag in Schranken. Bei einem Beitritt der Schweiz zum EWR-Vertrag dürften Verfassungsbestimmungen, die dem EWR-Recht widersprechen, gegenüber den Vertragsstaaten nicht mehr angewendet werden. Glücklicherweise haben wir aber geradezu Mühe, überhaupt solche Bestimmungen in unserer Verfassung zu finden. So stellt sich etwa — man muss hier aber schon fast mit der Lupe suchen — die Frage, ob die Beschränkungen der Hausbrennerei auf inländisches Eigen- und Wildgewächs in Artikel 32^{bis} Absatz 4 dem Diskriminierungsverbot und dem Verbot mengenmässiger Einfuhrbeschränkungen des EWR-Vertrages widerspricht. Ob also die Beschränkung auf inländische Gewächse — übrigens: ein herrliches Beispiel einer nicht-verfassungswesentlichen Bestimmung — auch im Verhältnis zu den EWR-Vertragsstaaten aufrechterhalten werden könnte oder ob die Einfuhr entsprechender Gewächse zuzulassen wäre.

Auf der anderen Seite können sich aber Änderungen von Verfassungsbestimmungen aufdrängen, die zwar nicht dem EWR-Recht widersprechen, die aber politisch kaum mehr aufrecht zu erhalten sind. Die Frage stellt sich konkret bei den Ergänzungsleistungen, die nach EWR-Recht zu “exportieren” wären. Dies hätte zweifellos untragbaren administrativen und finanziellen Aufwand zur Folge, da die Bedürftigkeit in jedem Einzelfall auch bei den Anspruchsberechtigten im Ausland abgeklärt werden müsste. Als Lösung bietet sich hier die Umwandlung des Systems der Ergänzungsleistungen in ein System von Zuschüssen an, die von der AHV unabhängig sind. Das würde aber bedingen, dass Artikel 11 Absatz 1 der Übergangsbestimmungen aufgehoben und eine neue Verfassungsgrundlage dafür geschaffen werden müsste.

Weiter können sich auch bei der Umsetzung des EWR-Rechts verfassungsrechtliche Probleme stellen. Der Bundesrat hat in einem Grundsatzentscheid festgehalten, dass er bei der Umsetzung des EWR-Rechts folgenden Erfordernissen Rechnung tragen will. Erstens sind die internationalen Verpflichtungen einzuhalten. Es wird deshalb ein gesetzgeberisches Vorgehen vorgeschlagen, das eine rechtzeitige landesrechtliche Verwirklichung des EWR-Rechts zu garantieren vermag. Dabei will er die demokratischen und föderalistischen Grundsätze möglichst weitgehend wahren; allfällige Änderungen sollen auf das praktisch und politisch Notwendige beschränkt bleiben. Zweitens ist die Rechtssicherheit und die Kohärenz der Rechtsordnungen sicherzustellen, das Landesrecht also wenn immer möglich in Einklang mit dem übergeordneten Recht zu bringen. Es ist drittens ein gesetzgeberisches Vorgehen zu wählen, das einfach, klar und transparent ist und innert der vom EWR-Recht vorgegebenen Frist bewältigt werden kann.

Aus diesen Gründen vertritt der Bundesrat die Ansicht, dass die landesrechtliche Anpassung an das EWR-Recht grundsätzlich ohne eine Änderung der Zuständigkeitsordnung erfolgen soll — und zwar sowohl im Verhältnis zwischen Parlament und Regierung als auch im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. Doch drängen sich zwei Ausnahmen auf: sofern das EWR-Recht der Bundesversammlung keinen Gestaltungsspielraum belässt, muss sie zu nicht-referendumpflichtigen Erlassen greifen können. Denn sie passt in solchen Fällen ja lediglich das Landesrecht dem direktanwendbaren EWR-Recht an. In unserem monistischen System würde das EWR-Recht ohnehin mit seinem Inkrafttreten ein Bestandteil unserer Rechtsordnung und müsste angewendet werden. Doch gebietet die Rechtssicherheit, unser Landesrecht dem übergeordneten Recht anzupassen. Ein Referendum über eine blosser Anpassung des Landesrechts an unmittelbar anwendbares EWR-Recht wäre zweifellos politisch äusserst fragwürdig, denn das Volk hätte überhaupt keine Wahl, da die übergeordnete Norm ja in jedem Fall anzuwenden ist. Anders verhält es sich dagegen — und das wird in der öffentlichen Diskussion viel zu wenig beachtet — bei nicht direkt anwendbarem EWR-Recht und dieses macht nach unseren Schätzungen immerhin drei Viertel des sogenannten *acquis communautaire* aus. Zur Umsetzung solcher Gesetzgebungsaufträge verfügt der nationale Gesetzgeber in der Regel über einen Gestaltungsspielraum. Diese Erlasse können daher auch weiter dem Referendum unterstellt bleiben. Hingegen muss der Gesetzgeber dann zu nicht-referendumpflichtigen Erlassen greifen können, wenn ihn eine sehr kurze Frist — was übrigens schon heute die Ausnahme ist — dazu zwingt. Der Ausschluss des Referendums bei fehlendem Gestaltungsspielraum

und bei zeitlicher Dringlichkeit erachten wir — übrigens in Übereinstimmung mit der parlamentarischen Arbeitsgruppe von Herrn Ständerat ZIMMERLI — als eine Frage von Verfassungsrang.

Es bleibt ein weiteres verfassungsrechtliches Problem: Müssen wir den Vorrang des EWR-Rechts ausdrücklich verankern? Ein Protokoll zum EWR-Vertrag verlangt von den EFTA-Staaten, dass sie — sofern dies notwendig sei — für künftige Konflikte den Vorrang des EWR-Rechts in ihrem Landesrecht festhalten. Ist das bei uns in der Schweiz notwendig? Gegen eine Aufnahme des Vorrangs könnte man anführen, dass in diesem Protokoll eigentlich vor allem die dualistischen Staaten angesprochen seien. Von den EFTA-Staaten folgen bekanntlich Finnland, Island, Norwegen und Schweden dem dualistischen System; danach muss eine Norm des Völkerrechts durch einen besonderen innerstaatlichen Akt zunächst in Landesrecht überführt werden. In einem solchen System dränge sich daher unbedingt eine Klarstellung des Vorrangs auf. Die Schweiz hingegen folge der monistischen Theorie, bei der eine Norm des Völkerrechts mit ihrem Inkrafttreten Bestandteil des Landesrechts wird, also nicht überführt werden muss; bei Konflikten gehe die übergeordnete Norm vor. Ausserdem hätten die schweizerische Lehre und Praxis stets den Grundsatz vom Vorrang des Völkerrechts anerkannt. Die Praxis ist allerdings — das wissen Sie auch — in Einzelfällen vom Grundsatz abgewichen. Sie kennen vor allem die Überlegungen des Bundesgerichts im Entscheid Schubert: Wenn der Gesetzgeber in einem späteren Gesetz bewusst vom Staatsvertrag abweiche — so wurde in diesem Entscheid argumentiert —, könne dies zwar die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten eines Staates nicht ändern; doch sei die völkerrechtswidrige gesetzliche Bestimmung im innerstaatlichen Bereich massgebend und für das Bundesgericht verbindlich. Der Vorrang ist nach der Praxis der Bundesbehörden auch beim Initiativrecht nicht in jedem Fall sichergestellt: Bundesrat und Bundesversammlung haben in mehreren Fällen Volksinitiativen für gültig erklärt, die eine Verletzung von staatsvertraglichen Bindungen zur Folge gehabt hätten. Sie sind dann glücklicherweise alle abgelehnt worden. Dass das Bundesgericht und die politischen Bundesbehörden in Einzelfällen vom Grundsatz abgewichen sind, würde daher für ein ausdrückliches Festhalten des Vorrangs sprechen. Man könnte damit klarstellen, dass alle Behörden und Organe von Bund und Kantonen in ihrem Zuständigkeitsbereich dafür zu sorgen haben, dass das EWR-Recht verwirklicht und dass widersprechendes Recht von Bund und Kantonen nicht angewendet wird. Zugleich wäre das Bundesgericht aufgefordert, auch Bundesgesetze, die dem EWR-Recht widersprechen, nicht anzuwenden. Mit einer solchen Formel würde man unterstreichen, dass an der föderalistischen Zustän-

digkeitsordnung nichts geändert wird, dass also die Kantone in ihrem Zuständigkeitsbereich für die Verwirklichung des EWR-Rechts verantwortlich sind. Und es wäre damit klargestellt, dass auch Verfassungsbestimmungen, die dem EWR-Recht widersprechen, gegenüber den Vertragsstaaten nicht mehr angewendet werden. Und schliesslich hätte die Bundesversammlung dafür zu sorgen, dass kein neues Recht entsteht, das dem EWR-Recht widerspricht. Dabei könnte sie — wie schon nach geltendem Recht — Volksinitiativen, die klar und eindeutig gegen EWR-Recht verstossen, für ungültig erklären. Verstösst dagegen eine Volksinitiative nur teilweise gegen EWR-Recht, so könnte sie der Abstimmung von Volk und Ständen unterstellt werden; bei ihrer Annahme wäre dann sichergestellt, dass die dem EWR-Recht widersprechenden Teile gegenüber den Vertragsstaaten nicht angewendet würden. Wie könnten nun diese verfassungsrechtlichen Fragen geregelt werden? Der Bundesrat und die parlamentarische Arbeitsgruppe sind sich einig, dass nur die absolut notwendigen verfassungsrechtlichen Anpassungen vorgenommen und dass diese zusammen mit dem EWR-Vertrag — wenn es dazu kommt — der Abstimmung unterbreitet werden sollen. Obwohl der Abschluss des EWR-Vertrages ja keinen Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft bedeutet, kann man schon heute davon ausgehen, dass er — gerade auch wegen seiner verfassungsrechtlichen Auswirkungen — voraussichtlich dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen unterstellt wird. Da nach Ansicht des Bundesrates und der parlamentarischen Arbeitsgruppe die Delegation von nicht-referendumpflichtigen Erlassen an das Parlament auf Verfassungsstufe zu regeln ist, könnten weitere mit dem Beitritt verbundene Anpassungen des Verfassungsrechts im Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden — wie dies seinerzeit beim Beitritt zum Völkerbund geschehen ist. Dabei kann das auf zwei Arten geschehen: Die verfassungsrechtlichen Auswirkungen könnten im Genehmigungsbeschluss selber geregelt werden, der durch das obligatorische Referendum von Volk und Ständen Verfassungsrang erhält. Damit liesse sich eine formelle Verfassungsänderung vermeiden; und man würde unterstreichen, dass sich die verfassungsrechtlichen Anpassungen einzig aus dem EWR-Vertrag ergäben und auf das Verhältnis zu den Vertragsstaaten beschränkt blieben. Dieses Vorgehen hatte die Bundesversammlung seinerzeit beim Beitritt zum Völkerbund gewählt. Man könnte aber auch zusammen mit der Genehmigung des EWR-Vertrages die notwendigen Anpassungen des Verfassungsrechts in einer formellen Verfassungsrevision vornehmen — gleichzeitig und in der gleichen Vorlage — da die Einheit der Materie gewahrt bleibt. Beide Vorgehen böten übrigens zwei entscheidende Vorteile: die gesamte Vorlage könnte mit einer einzigen

Abstimmung entschieden werden und die Gefahr disparater Abstimmungsergebnisse wäre gebannt.

Sie haben es gehört: Ich rede immer noch im Konjunktiv. Noch ist nichts definitiv entschieden. Aber es schien mir richtig, Ihnen hier einige Gedanken zu diesen eminent wichtigen Verfassungsfragen vorzutragen und Sie zum Mitdenken einzuladen.

Der Bundesrat hat mehrfach festgehalten, dass jetzt zunächst die EWR-Frage entschieden und dann bejahendenfalls der EWR-Vertrag genehmigt und die damit verbundene Anpassung des schweizerischen Rechts auf Verfassungs- und Gesetzesstufe vollzogen werden soll. Nach einem positiven Entscheid von Volk und Ständen wird der Bundesrat dann in einem zweiten Schritt in Erfüllung des parlamentarischen Mandates eine Vorlage für eine Bundesverfassung unterbreiten können. Dieses Vorgehen in mehreren Schritten gewährt uns den notwendigen Handlungsspielraum, gibt uns auch die nötige Flexibilität und ermöglicht vor allem — auch dies ist ein nicht zu unterschätzender Faktor — einen optimalen Einsatz unserer beschränkten Mittel. Sollte der EWR-Vertrag nicht abgeschlossen und ein EG-Beitritt erwogen werden, so wäre das gleiche Vorgehen zu wählen. Sollte hingegen weiterhin eine schrittweise bilaterale Annäherung an die EG angestrebt werden — wogegen der Bundesrat ja *unisono* Stellung genommen hat —, so könnte — nach einem solchen Entscheid — die Totalrevision der Bundesverfassung unmittelbar angegangen werden. Vorerst geht es also um den EWR-Vertrag, danach dann um diesen Entwurf einer Totalrevision. Sie wissen: mit Bundesbeschluss vom 3. Juni 1987 hat die Bundesversammlung die Totalrevision der Bundesverfassung beschlossen. Sie hat den Bundesrat beauftragt, ihr einen Verfassungsentwurf zu unterbreiten, der “das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen” soll. Nach diesen Leitlinien wird also der Bundesrat mit einer Totalrevision versuchen, die Mängel und Unzulänglichkeiten der heutigen Bundesverfassung möglichst weitgehend mit geltendem Recht zu beheben. Das EWR-Recht, das dann Teil des geltenden Rechts ist, wird intergriert werden. Der Entwurf einer neuen Verfassung könnte also das EWR-Recht harmonisch in die verfassungsrechtliche Ordnung integrieren, den Gesamtzusammenhang und die Quellenbezüge herstellen.

Und in Varianten kann nach diesem parlamentarischen Mandat der Bundesrat auch Änderungen zur Diskussion stellen; beide Räte haben den Bundesrat dazu ausdrücklich ermächtigt. Der Bundesrat wird solche Neuerungen vor allem dort unterbreiten, wo eine Totalrevision die Gelegenheit bietet, Probleme und mögliche Reformen in ihren Querbezügen

zu prüfen. So könnten etwa im Zusammenhang mit dem EWR-Vertrag folgende Änderungen diskutiert werden: eine Verankerung des Völkerrechts, ein Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit oder eine Ausweitung der Initiativrechte als Ausgleich zu deren Einschränkung durch den EWR-Vertrag. Der Bundesrat wird auch weitere Varianten prüfen, damit die neue Bundesverfassung den Anforderungen der Gegenwart und der Zukunft genügen kann. Die neue Bundesverfassung, das steht für mich schon heute fest, kann sich dabei nicht mehr auf ein Nachführen des Verfassungsrechts beschränken. Und auch in bezug auf das Verfahren, en bloc oder paketweise, wird der Bundesrat und dann das Parlament die nötigen und zweckmässigen Entscheide zu treffen haben. Drängende Probleme und punktuelle Neuerungen können und sollen daneben weiterhin Gegenstand von Partialrevisionen sein.

Es gibt, wie die Referenten hervorgehoben haben, verschiedene Wege, um die Verfassung auf der "Höhe der Zeit" zu halten. Echte Verfassungsreform ist aber nur möglich — und das hat ja auch die heutige Diskussion gezeigt —, wo auch eine wirkliche Staatsreform bewusst gewollt ist. Die neuen Herausforderungen durch die europäische Integration haben die Notwendigkeit und damit auch die Bereitschaft zu Reformen sicher wesentlich erhöht. Ich bin überzeugt, dass wir diese Reform ernsthaft in Angriff nehmen müssen. Plötzlich auftretende neue Problemlagen können uns natürlich kurzfristig zwingen, die Pläne, die ich Ihnen dargelegt habe, zu ändern, Abstriche zu machen oder andernorts zusätzliche Elemente in unser Staatsgefüge einzubauen. Dennoch sollte es eigentlich gelingen, den Verfassungsstaat Schweiz noch in diesem Jahrzehnt in seinen Grundfesten soweit zu erneuern, dass wir auf festem Boden und mit einem gestärkten Selbstvertrauen den Schritt ins nächste Jahrhundert wagen können.

Also: eine Verfassungsreform mit Sinn für das Machbare, aber ohne Angst vor Veränderung. Der englische Philosoph EDMUND BURKE schrieb einst: "Ein Staat, dem es an allen Mitteln zu einer Veränderung fehlt, entbehrt die Mittel zu seiner Erhaltung". Wir haben die Mittel zu dieser Veränderung. Was wir brauchen ist Mut, Augenmass und Entscheidungskraft. Ich danke Ihnen.

Séance du dimanche 6 octobre 1991
à l'Hôtel Intercontinental à Genève

IV.

Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins – Assemblée générale de la Société suisse des juristes

Le Président ouvre la 125^{ème} assemblée générale de la Société suisse des juristes à 9.00 heures et annonce l'ordre du jour suivant:

1. Rapport du président
2. Comptes et budget
3. Fondation des sources du droit
4. Distribution du prix Janggen
5. Elections statutaires
6. Divers

Le Président désigne tout d'abord les scrutateurs en vue des élections: il s'agit de M. PEIDER MENGIARDI, docteur en droit, Oberwil et M. FRANÇOIS MAGNIN, docteur en droit, avocat, Le Mont/Lausanne.

1. Jahresbericht des Präsidenten — Rapport du Président

1. Rapport du président

Selon l'article premier de ses statuts, la société suisse des juristes a pour but:

- de faire progresser en Suisse la science du droit, et en particulier d'y développer la connaissance du droit fédéral suisse et des législations cantonales;
- d'établir et de maintenir entre les juristes suisses des relations amicales.

Ces deux buts statutaires ont été poursuivis assidûment pendant l'année sous revue.

Activité scientifique

Sept centième anniversaire de la Confédération oblige, les publications de la société ont été centrées cette année sur la Constitution fédérale. Il y a tout d'abord les deux rapports que tous les membres ont reçus, reliés sous une couverture spéciale: un ouvrage qui servira désormais de référence à tous ceux qui se penchent sur la notion de Constitution, sur son contenu et son utilité. Il y a aussi l'impressionnant volume offert à la Société suisse des juristes par la Faculté de Droit de l'Université de Genève, sous le titre "Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique". Au nom de notre société, j'adresse ici mes remerciements aux collègues de la Faculté de Droit qui ont collaboré à cet ouvrage et spécialement à M. ANDREAS AUER, qui a été la cheville ouvrière de cette publication. Enfin, un numéro spécial de la Revue suisse de jurisprudence et de la Semaine judiciaire viennent compléter cette floraison de publications, à laquelle il ne faut pas oublier d'ajouter la Bibliographie de droit suisse, dont la nouvelle formule semble avoir atteint aujourd'hui sa "vitesse de croisière" après quelques difficultés initiales. Quant aux publications de la Fondation des sources du droit, elles seront évoquées dans un autre contexte.

Le programme des publications des deux prochaines années est également en bonne voie de réalisation. L'année prochaine, c'est un nouvel anniversaire, celui de Tribunal fédéral des assurances, qui a orienté le choix du comité. Le congrès de 1992 aura lieu à Lucerne, et les rapports seront consacrés aux thèmes suivants:

- l'égalité de traitement en droit fiscal
- la portée de l'art. 4 Cst. féd. en droit des assurances sociales.

Et l'Europe? Cette matière si brûlante n'a pas été absente des préoccupations du comité, mais son actualité même, les rapides changements d'attitude auxquels on a pu assister au cours des mois, rendaient difficile le choix des sujets à proposer à des rapporteurs qui commencent leur travail près de deux ans à l'avance. Finalement, deux sujets ont été mis à l'ordre du jour du congrès pour 1993:

- le droit suisse du travail face au droit communautaire, et
- le juge suisse face au droit communautaire.

Quatre rapporteurs de haut niveau ont accepté de traiter ces questions.

En dehors du domaine des publications, j'aimerais aussi vous signaler le séminaire que nous avons proposé cette année aux étudiants des facultés de droit suisse, sur le thème du congrès. Il a connu un franc succès puisque plus de soixante étudiants venus de toute la Suisse l'ont fréquenté hier après-midi. Mes remerciements vont à MM. AUER et STEINAUER, qui l'ont parfaitement organisé.

Pour terminer cette partie consacrée à l'activité scientifique, signalons encore que M. CHRISTIAN DOMINICÉ, qui a représenté la société suisse des juristes au sein du Fonds national pour la recherche scientifique pendant plusieurs années, a renoncé à un renouvellement de sa mission; il sera remplacé par le Juge fédéral WALTHER; M. LUZIUS WILDHABER a été remplacé par M. JEAN-FRANÇOIS PERRIN comme délégué auprès de l'Académie Suisse des sciences humaines. M. ERIC HOMBURGER sera remplacé par M. PIERRE MÜLLER au comité de l'Institut suisse de droit comparé. Je remercie nos délégués pour le travail qu'ils ont accompli et accomplissent auprès de ces institutions. *Après la science, l'amitié!*

En 1969, il y a 22 ans, le comité alors présidé par le professeur MERZ avait envoyé à tous les membres un questionnaire pour s'informer de leurs vœux relatifs à l'organisation du congrès annuel. Sur 2400 questionnaires envoyés, il avait reçu 6 réponses; suivant l'interprétation donnée à ces chiffres, on peut conclure à un haut degré d'indifférence, ou au contraire à un haut degré de satisfaction. Les 4'000 questionnaires envoyés cette année ont amené 70 réponses, ce qui est déjà appréciable selon les spécialistes de ce genre d'enquête. On peut en dégager les quelques tendances suivantes:

- Quant au choix du lieu du congrès, la préférence semble aller aux endroits situés dans un beau paysage tels que Flims, ce qui est pourtant démenti par le congrès d'aujourd'hui qui est l'un des plus nombreux de ces dernières années;
- une faible majorité s'exprime en faveur d'un ordre du jour comportant deux thèmes de discussion différents, afin d'intéresser un plus grand nombre de participants; la même majorité très relative préfère la discussion des thèmes au cours d'une table ronde composée de spécialistes de la matière;
- la grande majorité souhaite qu'un effort soit fait pour intéresser au congrès les étudiants en droit, et que plus de contacts soient pris avec des juristes étrangers et surtout européens, tout en se gardant de pratiquer le "tourisme académique";

- enfin, le droit européen est cité comme thème favori pour les congrès futurs.

Le prochain comité s'efforcera de donner suite à ces suggestions, dont certaines sont déjà en voie de réalisation. Quant à moi, il ne me reste qu'à souhaiter à la société suisse des juristes de naviguer sous bon vent jusqu'à son prochain anniversaire.

Le Président passe au point suivant de l'ordre du jour, c'est-à-dire aux comptes et au budget.

2. Comptes et budget

Les comptes et le budget de la SSJ se présentent comme suit:

I. Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni 1991

Aktiven		Fr.
Kassa		4 195.50
Postcheck		12 574.24
Waadtländer Kantonalbank, Ordinario		42 951.30
Waadtländer Kantonalbank, «Nationalfonds»		31 730.–
Waadtländer Kantonalbank, Depositenkonto		102 412.60
Verrechnungssteuer		5 428.68
Wertschriften		278 200.–
Transitorische Aktiven		4 643.–
		<u>482 135.32</u>
Passiven		
Transitorische Passiven		108 860.40
Rückstellung Publikationen		200 000.–
Kapital		
Vortrag 1. 7. 90	151 828.16	
Reingewinn 1990/91	<u>21 446.76</u>	<u>173 274.92</u>
		<u>482 135.32</u>

Erfolgsrechnung 1990/91

Einnahmen	Fr.	Vorjahr Fr.
Mitgliederbeiträge	153 160.–	151 440.–
Beitrag SAGW	30 000.–	25 000.–
Verkauf von Publikationen	4 643.–	1 468.50
Wertschriftenertrag	16 397.20	22 402.95
Bank- und Postcheckzinsen	1 568.46	2 432.50
	<u>205 768.66</u>	<u>202 743.95</u>
Ausgaben		
Druckkosten Referate/Protokolle	104 647.80	85 155.30
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	30 013.50	50 000.–
Schweiz. Juristentag	20 508.20	29 430.65
Vergütung an Referenten	3 000.–	3 000.–
Spesen des Vorstandes	2 038.70	1 550.90
Zirkulare und Drucksachen	5 990.40	8 014.45
Archivar und Buchhaltung	11 000.–	11 000.–
Post- und Bürospesen	1 025.20	306.80
Beiträge	4 500.–	4 500.–
Bankspesen	781.–	710.27
Steuern	817.10	827.90
	<u>184 321.90</u>	<u>194 496.27</u>
Einnahmenüberschuß	<u>21 446.76</u>	<u>8 247.68</u>

II. Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni 1991

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		2 144.20
Verrechnungssteuer		728.24
Wertschriften		20 000.-
		<u>22 872.44</u>
Passiven		
Kapital		
Vortrag 1.7.90	27 662.28	
Verlust 1990/91	(4 789.84)	22 872.44
		<u>22 872.44</u>

Erfolgsrechnung 1990/91

Einnahmen		Fr.
Wertschriftenertrag		1 362.50
Bankzinsen		13.89
		<u>1 376.39</u>
Ausgaben		
Wissenschaftliche Preise		6 000.-
Bankspesen		166.23
		<u>6 166.23</u>
Ausgabenüberschuß		<u>(4 789.84)</u>

III. Budget 1991/92

Einnahmen	Fr.	Vorjahr effektiv Fr.
Mitgliederbeiträge	155 000.-	153 160.-
Beitrag SAGW	33 000.-	30 000.-
Verkauf von Publikationen	p.m.	4 643.-
Wertschriftenertrag	15 000.-	16 397.20
Bank- und Postcheckzinsen	1 000.-	1 568.46
	<u>204 000.-</u>	<u>205 768.66</u>

Ausgaben

Druckkosten Referate/Protokolle	105 000.—	104 647.80
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	35 000.—	30 013.50
Schweizerischer Juristentag	30 000.—	20 508.20
Vergütung an Referenten	3 000.—	3 000.—
Spesen des Vorstandes	3 000.—	2 038.70
Zirkulare und Drucksachen	8 000.—	5 990.40
Archivar und Buchhaltung	11 000.—	11 000.—
Post- und Bürospesen	2 500.—	1 025.20
Beiträge	4 500.—	4 500.—
Bankspesen	500.—	781.—
Steuern	800.—	817.10
	<u>203 300.—</u>	<u>184 321.90</u>
Einnahmenüberschuß	<u>700.—</u>	<u>21 446.76</u>

Les comptes de l'exercice 1990/1991 ont été distribués. Ils sont équilibrés, même avec un léger bénéfice, de sorte que nous pouvons cette année encore renoncer à une augmentation de la cotisation annuelle. Les comptes sont sous vos yeux, par conséquent, je n'en fais pas une lecture in extenso. Monsieur le trésorier renonce également à les commenter, mais vous pouvez demander des explications à leur sujet. Avant d'ouvrir la discussion sur les comptes je donne la parole à Me MAGNIN, vérificateur des comptes pour la lecture de son rapport.

Le rapport des réviseurs des comptes à l'assemblée générale de la Société Suisse des Juristes est lu par Me MAGNIN, avocat, Lausanne, vérificateur des comptes: Il propose à l'assemblée d'accepter les comptes tels que présentés et de donner décharge au comité pour sa gestion. Le Président remercie Me MAGNIN, vérificateur des comptes. Il ouvre la discussion sur les comptes et invite les membres à demander tout éclaircissement ou renseignement sur ces comptes.

En l'absence d'intervention, M. le Président demande aux membres d'approuver les comptes et de donner décharge au comité pour sa gestion. Il prie les membres de voter à main levée et demande aux scrutateurs de vérifier qu'une majorité se dégage. En l'absence d'opposition M. le Président passe au point 3 de l'ordre du jour concernant la Fondation des sources du droit.

3. *Fondation des sources du droit*

La SSJ est flanquée d'une fondation-soeur, la Fondation des sources du droit, qui poursuit des travaux de recherche et de publication avec l'aide de subventions du Fonds national. Le professeur HANS HEROLD a, depuis bientôt vingt cinq ans, dirigé et animé cette fondation, avec une persévérance infatigable. Il fait aujourd'hui valoir son droit à une retraite méritée, et désire passer le flambeau. Je remercie le professeur HEROLD, qui a été l'âme de la Fondation des sources du droit, et laisserai tout à l'heure à un collègue qui le connaît bien le soin de lui rendre hommage.

Selon l'article 6 des statuts de la fondation, son conseil est composé de huit à douze membres, élus par l'assemblée générale de la Société Suisse des Juristes. Le président est choisi de la même manière parmi les membres du conseil.

Nous sommes en année électorale, et il y a lieu par conséquent de renouveler pour trois ans le conseil de fondation et d'élire son président en remplacement du professeur HEROLD.

Les propositions suivantes sont faites à l'assemblée par la fondation:

- le Prof. L. CARLEN, Fribourg
- le Prof. PIO CARONI, Berne
- le Dr. JACQUES DROIN, Genève
- le Dr. F. GLAUSER, Lucerne
- le Prof. N.-R. HAGEMAN, Bâle
- le Dr. N. MORARD, Fribourg
- le Prof. J.-F. POUDRET, Lausanne
- le Dr. M. SALZMANN, Zurich
- le Prof. C. SCHOTT, Zurich
- le Dr. D. SIGG, Zurich
- le Dr. E. ZIEGLER, Saint-Gall
- le Prof. C. SOLIVA, Zurich

Le Prof. SOLIVA s'est occupé pendant ces dernières années d'une façon intensive de la Fondation des sources du droit, et notamment des contacts avec le Fonds national. Il vous est donc proposé de le nommer à la présidence du conseil de fondation, en remplacement du Prof. HEROLD. A moins qu'il y ait d'autres suggestions, je vous propose d'élire en bloc le nouveau comité et son président.

Je remercie l'assemblée du vote, je félicite le nouveau comité, ainsi que le Professeur SOLIVA à qui je passe la parole.

Rapport de M. le Professeur SOLIVA concernant l'activité de la Fondation des sources du droit:

Herr Präsident, sehr verehrte Damen und Herren

1. Der traditionelle Bericht über die Sammlung schweizerischer Rechtsquellen fällt dieses Jahr etwas anders aus als in den vergangenen Jahren. Auf diese GV hin hat — wie schon vom Präsidenten mitgeteilt — Herr Kollege HEROLD, Tit. Prof. der Zürcher Fakultät, seine Demission als Präsident des Stiftungsrates (früher der Rechtsquellenkommission) eingereicht. Herr HEROLD war Mitglied dieser Kommission des Vereins seit 1964 und deren Präsident seit 1966. Er hat das international bekannte und anerkannte Unternehmen des Schweizerischen Juristenvereins, das die Erschliessung und Herausgabe der schweizerischen Rechtsquellen bis zum Ende des Ancien Régime zum Ziele hat, somit runde 25 Jahre lang geleitet. Viele der regelmässigen Besucher der GV werden ihn, den langjährigen Berichterstatte an unseren Generalversammlungen, wohl kennen.

Wenn Sie heute seine Demission entgegennehmen und einen neuen Präsidenten bestimmen, ist wohl auch ein besonderes Wort des Dankes an den scheidenden Präsidenten HEROLD fällig.

Als sein ganz besonderes Verdienst ist hervorzuheben, dass er in der Mitte der 60er Jahre neuen Schwung in das Unternehmen gebracht hat — in ein Unternehmen, das bis zu dieser Zeit doch eher gemächlich, beinahe gravitatisch — professoral fortschreitend, nur langsam weiterkam, jetzt aber unter HEROLD (er kam vom Vorort her) ein ungewohntes, rasches Marschtempo diktiert erhielt.

Die Rechtsquellenkommission, vom Schweizerischen Juristenverein 1863 ins Leben gerufen, hat im Verlauf von ca. 100 Jahren bis zum Amtsantritt von Herold gegen 50 Bände herausgegeben. HEROLD hat diese Kadenz nahezu verdoppelt: In den 25 Jahren seines Präsidiums sind ca. 25 neue Bände erschienen. Früher alle 2 Jahre 1 Band — jetzt jedes Jahr einer!

Es versteht sich von selbst, dass unser Dank in gleicher Weise auch an die Bearbeiter dieser Bände sich richtet, welche die mühevollen Kärnerarbeit für die Wissenschaft leisten. Aber es war eben doch auch der Präsident unserer Kommission, der solche Mitarbeiter suchte und sie entsprechend zu motivieren wusste, und der zudem — ein weiteres besonderes Verdienst von Herrn HEROLD — auch die verschiedensten nationalen, kantonalen, kommunalen und auch privaten Geldquellen für das Unternehmen zum Fliessen brachte. Herold hat sich voll für dieses Unternehmen des Schweizerischen Juristenvereins eingesetzt.

Er hat sich deshalb auch über die Tatsache geärgert, dass der Verein die ganze Unternehmung vor gut 10 Jahren in eine Stiftung umgewandelt hat, weil ihm dies gewissermassen als eine Loslösung der Rechtsquellen-Edition vom Schweizerischen Juristenverein erschienen ist. Und diese Vorstellung war ihm gar nicht lieb, was wir dann verstehen, wenn wir versuchen, die Sache in seiner Optik zu sehen: Die schweizerischen Rechtsquellen waren ein Kind, ein Erstgeborenes des Schweizerischen Juristenvereins — sie müssen es bleiben und dürfen ihm auf keinen Fall entfremdet werden. Darum ist es auch richtig, dass der Stiftungsrat und dessen Präsident von der Generalversammlung unseres Vereins bestimmt und dass Sie alljährlich über den Fortgang des Unternehmens ins Bild gesetzt werden.

Nebst Schwung und Finanzen, die unter HEROLDS Präsidium einiges an Zusätzlichem ermöglicht haben, ist es gerade dieses Selbstverständnis des Unternehmens, das wir als gutes Vermächtnis von Herrn Kollegen Herold betrachten wollen: Die Beschäftigung mit den Rechtsquellen, deren Erforschung, Bewahrung und Weitertradition sollen immer das Anliegen von uns Juristen (nicht etwa nur der Historiker) bleiben.

2. Die lange Tradition der Rechtsquellenedition habe ich vorher schon hervorgehoben. Seit den Anfängen des Schweizerischen Juristenvereins ist sie dessen besonderes Anliegen. Über die Anfänge des Vereins scheinen allerdings einige Unklarheiten zu herrschen.

Die Einladung zur diesjährigen Generalversammlung wird expressis verbis als 125. Jahrestag des Schweizerischen Juristenvereins bezeichnet. Rechnen wir zurück: Wir kämen auf ein Gründungsjahr 1866!

Nun wissen wir natürlich alle, dass unser Verein 1861 gegründet wurde und heuer seinen 130. Geburtstag feiert; dem entsprechen auch die Centenarfeier des Jahres 1961 und das Erscheinungsjahr der damals durch HANS FRITZSCHE herausgegebenen Festschrift.

Ich bin indessen nicht der Historiker des Vereins und zudem auch Jurist genug, um — abgesehen von der Annahme einer nicht exakt gewählten Formulierung — auch akzeptieren zu können, dass mittels juristischer Finesse die der historischen Wirklichkeit entsprechenden 130 Jahre unschwer durch “normative” 125 Jahre ersetzt werden können.

Wenn ich darauf zu sprechen komme, so nur aus folgendem Grund: Wenn wir von 125 Jahren ausgehen, dann existieren die Rechtsquellen und die sie betreuende Kommission als Institution des Vereins gar schon 3 Jahre länger, da sie 1863 ins Leben gerufen wurden. Nun wir wissen: Das geschah am 3. Schweizerischen Juristentag in Basel, und als Kom-

missionsmitglieder hatten sich damals die Herren BLUMER, SCHNELL, SECRETAN, ULLMER und von WYSS zur Verfügung gestellt.

3. Aus der neuesten Geschichte des Unternehmens lässt sich folgendes hervorheben: Seit 4 Jahren gehen die Nationalfonds-Kredite auf den Namen des Sprechenden (Mitglied der Kommission seit 20 Jahren, seit 4 Jahren deren Vizepräsident). Diese Situation hat zu einer wesentlichen strukturellen Reform des Unternehmens geführt — musste wegen des Auseinanderfallens der Verantwortlichkeiten dazu führen.

- a) Wir haben neu einen vollamtlichen administrativen und wissenschaftlichen Leiter in der Person des Historikers Dr. MARTIN SALZMANN, der durch die von der Generalversammlung getätigten Wahl als Vertreter der Mitarbeiter auch im Stiftungsrat Einsitz genommen hat.
- b) Neu sind auch die wissenschaftlichen Schulungs- und Arbeitstagungen für die Mitarbeiter zur Wahrung moderner, wissenschaftlicher Forschungsgrundsätze und -methoden.
- c) Und ebenfalls neu ist die Arbeitsumstellung durch Einführung der elektronischen Datenverarbeitung mit entsprechender Schulung und Betreuung durch die zentrale wissenschaftliche Leitung.

Die meisten Mitarbeiter arbeiten heute mit dem Computer, wobei ein einheitliches System vor allem mit gleicher, den Editionsbedürfnissen angepasster Software die Möglichkeit bietet, alle Transskriptionsprobleme zu bewältigen.

Wir sind heute in der Lage, die Manuskripte selbst zum druckfertigen Satz zu bringen, was auch ganz wesentliche Kostenersparnisse zur Folge hat.

Zur Zeit werden eine ganze Reihe von Manuskripten in den Computer eingelesen, welche Arbeit durch den Einsatz der Assistenz des Sprechenden an der HSG ermöglicht werden konnte; z.T. liegen sie schon druckfertig vor.

In den nächsten 2 Jahren kann somit — die Beschaffung der entsprechenden Kredite vorausgesetzt — eine ganze Reihe von Bänden erscheinen: Bern, Luzern, St. Gallen, Waadt, Graubünden und Tessin; weitere, in Arbeit befindliche Bände betreffen die Kantone Zürich, Fribourg, Thurgau und Graubünden.

Sie, verehrte Kolleginnen und Kollegen, möchten wir bitten, dieses Unternehmen weiterhin — nicht vor allem finanziell als vielmehr von der Grundidee her — als das Ihre zu betrachten und zu tragen. Rechtsgeschichte ist eine juristische Disziplin. Sie bietet kein nostalgisches "sich Verlostieren in Antiquitäten"; sie bietet vielmehr (unter anderen juristi-

schen Disziplinen) eine ganz wesentliche Form der geistigen Auseinandersetzung über das vergangene mit dem gegenwärtigen Recht. Sie ist daher schlicht unverzichtbar in der wissenschaftlichen Forschung und Ausbildung. Ihre Unterstützung, die sich vor allem geistig, aber auch etwa in der Form der Subskription der Sammlung oder auch des Kaufes einzelner (numerierter) Exemplare des Werkes äussern mag, scheint mir ebenso sehr für alle Zukunft als schlicht unverzichtbar. Und für Ihr Vertrauen danken wir Ihnen bestens.

Le Président:

Je remercie le Professeur SOLIVA. Evidemment un historien ne pouvait pas manquer de mettre le doigt sur l'erreur que nous avons faites dans la convocation. Vous trouvez sur les documents administratifs l'indication qu'il s'agit de la 125^{ème} assemblée générale. Cela est exact mais ce n'est pas le 125^{ème} anniversaire de la Société parce qu'il n'y a pas eu d'assemblée générale toutes les années. C'est de là que provient la différence qui nous a trompé et nous a amené à commettre une erreur dans l'impression du programme. Voilà pour la vérité historique. Nous passons maintenant au point suivant, qui est la distribution du prix Janggen.

4. *Distribution du prix Janggen*

Comme chaque année, la Société Suisse des Juristes attribue le prix de la Fondation Janggen à un ou plusieurs juristes ayant présenté durant l'année écoulée une thèse de doctorat de valeur. Les candidats sont sélectionnés par une petite commission de notre comité. Je vais donc remettre aujourd'hui le prix à deux lauréats:

Herrn Dr. ANDREAS BRUNNER, für seine Dissertation "Technische Normen in Rechtssetzung und Rechtsanwendung"

Die Dissertation von Herrn ANDREAS BRUNNER ist ein hochwertiger Beitrag zum Studium der Rolle von technischen Normen im juristischen System. Herr BRUNNER musste vertiefte rechtsvergleichende Nachforschungen führen und hervorragende Sachkenntnis ausweisen über so unterschiedliche Rechtsgebiete wie das Verfassungs-, das Straf- und das Haftpflichtrecht, aber auch über das Umweltschutzrecht, um auf diese noch weitgehend unbekannte Problematik eingehen zu können. Seine grosse Fachkenntnis, seine strenge Methodik sowie sein klarer und genauer Stil ermöglichten die Abfassung einer in jeder Hinsicht hervor-

genden Dissertation, die sowohl von grossem dogmatischem Interesse als auch für den Praktiker von grossem Nutzen sein wird.

Le Président présente ses félicitations au lauréat.

Le deuxième lauréat est le docteur URS R. BEHNISCH, pour sa thèse intitulée “Das Steuerstrafrecht im Recht der direkten Bundessteuer”

W. ROBERT PFUND bezeichnete in seinen “kritischen Bemerkungen zum neuen Wehrsteuer-Strafrecht” unser Steuerstrafrecht als “Gestrüpp”. URS R. BEHNISCH verdient die Anerkennung, mit seiner Dissertation alle jene, die in diesem unwegsamen Gebiet eine Übersicht gewinnen wollen, zielgerichtet durch das Dickicht zu leiten.

BEHNISCH erweist sich nicht nur als kundiger Führer; er versteht es auch, für die Kernprobleme und das Umfeld der sich stellenden Fragen Verständnis zu wecken und zu vermitteln. Dies gelingt ihm, weil er seine Erkenntnisse auf die einschlägige Literatur und Judikatur breit abstützt. Wiewohl die Arbeit in weiten Teilen der Entwirrung des Gestrüpps dient, beschränkt sie sich nicht auf eine umfassende und sorgfältige Darstellung des Ist-Zustandes. BEHNISCH argumentiert eigenständig, kohärent und klar. Der Praktiker wird zwar nicht immer zustimmen können, doch anerkennen müssen, dass BEHNISCH auch dort Licht ins Dickicht bringt und Wege ebnet, wo man seine Auffassung nicht teilen mag.

Die Arbeit von BEHNISCH ist ein hervorragender Beitrag zur Wissenschaft und Praxis.

Le Président présente ses félicitations au lauréat et annonce le point suivant de l’ordre du jour.

5. *Elections statutaires*

a) Comité

Il vous appartient maintenant de désigner un nouveau comité pour la Société Suisse des Juristes. Je rappelle que les 17 membres du comité sont élus pour une période de trois ans et sont rééligibles. Selon la tradition, les membres du comité sont choisis parmi les anciens rapporteurs, ce qui explique peut-être son caractère un peu académique. Mais pour contre-balancer ce caractère académique, nous allons vous proposer un avocat comme nouveau président. Les membres suivants du comité ne se présentent pas pour une réélection, ainsi que votre serviteur qui est aussi démissionnaire:

– M. PIERRE ENGEL

- M. PAUL HENRI STEINAUER
- M. LUZIUS WILDHABER

les autres membres du comité ont accepté d'être réélus pour trois ans. Pour reconstituer le comité, nous vous proposons d'élire les nouveaux membres suivants:

- M. JEAN-NICOLAS DRUEY, professeur à St.Gall
- M. WALTER KÄLIN, professeur à Berne
- M. BLAISE KNAPP, professeur à Genève
- M. AUGUSTIN MACHERET, professeur à Fribourg.

Je pense qu'il n'est pas nécessaire de vous présenter ces candidats, déjà bien connus par leur nombreux travaux.

Acceptent une réélection pour une nouvelle période de 3 ans:

- M. PIERRE MÜLLER, juge fédéral
- M. PHILIPPE ABRAVANEL, juge cantonal à Lausanne
- M. ANDREAS GIRSBERGER, avocat à Zurich

Quant au président, dont chacun sait qu'il s'agit de la charge la plus légère, nous vous proposons de l'élire en la personne de M. ANDREAS GIRSBERGER, avocat à Zurich et actuel vice-président de notre société. Je n'ai pas non plus besoin de le présenter, puisqu'il s'est présenté lui-même hier soir et vous aurez vu qu'à ses multiples talents, il ajoute celui de poète.

A moins qu'il y ait d'autres propositions de l'assemblée, je mets donc aux voix l'élection du nouveau comité et de son nouveau président. Comme il n'y a pas de proposition dans la salle je vous prie de bien vouloir élire le nouveau comité par acclamations (le nouveau comité et le président sont élus par acclamations). Je félicite donc le nouveau comité et son président M. GIRSBERGER.

Nous avons encore une élection, celle des vérificateurs des comptes.

b) Vérificateurs des comptes

Les deux vérificateurs des comptes, MM. JÖRIN (Bâle) et MAGNIN (Lausanne) font chaque année un travail un peu ingrat, mais non moins indispensable. M. JÖRIN désire être déchargé cette année de ce mandat, alors que M. MAGNIN accepte une réélection. Pour remplacer M. JÖRIN, nous avons la chance de pouvoir vous proposer une personne très compétente, à savoir Madame MADELINE-CLAIRE LÉVIS, directrice du département juridique de Fides, à Zurich. Je mets donc aux voix l'élection de Mme LÉVIS et de M. MAGNIN comme vérificateurs des comptes. (Les vérificateurs des comptes sont élus par acclamation)

Les élections étant ainsi terminées, et avant de quitter ma fonction, je tiens à remercier chaleureusement mes collègues du comité pour toute l'aide qu'ils m'ont apportée, et les membres de cette assemblée pour la confiance qu'ils m'ont témoignée.

Nous passons maintenant au dernier point de l'assemblée générale, c'est-à-dire au point Divers. Mais avant de donner la parole à ceux qui voudront la prendre j'invite Me SCHERRER de bien vouloir nous transmettre l'invitation des juristes lucernois pour le congrès de l'année prochaine.

M. HANS SCHERRER, *lic.jur.*, *Notar, Hochdorf*:

Chers collègues,

D'ores et déjà j'ai le plaisir de vous inviter personnellement à participer au prochain congrès de notre société, qui aura lieu à Lucerne du 2 au 4 octobre 1992. Même si cette ville a pour quelques touristes la réputation d'être le pot-de-chambre de notre pays, nous mettrons tout en oeuvre afin de rendre votre séjour en Suisse centrale aussi agréable que possible, que le soleil soit de la partie ou non. Je vous remercie de votre attention et je vous dis simplement au revoir et à l'année prochaine à Lucerne.

Le Président remercie au nom de la Société les juristes lucernois pour leur invitation.

6. *Divers*

Le Président demande s'il y a des interventions de la salle sur ce point, soit sur le rapport du Président, sur les comptes et sur tout problème en général qui intéresse la Société.

Le Président passe la parole à Monsieur GIRSBERGER.

Ich möchte Sie nicht lange von der Kaffeepause abhalten, aber doch herzlich danken dafür, dass Sie mir das Vertrauen schenken, der Vereinigung für drei Jahre als Präsident dienen zu dürfen. Ich möchte bei dieser Gelegenheit ein kleines Beispiel dafür anführen, wie treu gewisse Mitglieder unserer Société sein können. An der diesjährigen Veranstaltung hat Dr. MAX GURNY, alt Obergerichter, Zürich, im Alter von 92 Jahren sämtliche Teile des Programms mit Interesse und Wachheit begleitet. Wenn es uns gelingt, sämtliche schweizerischen Juristen zwischen 26 und 92 Jahren aktiv an unseren Veranstaltungen teilnehmen lassen zu können, dann müssen wir uns keine Sorgen machen über den Fortbestand unseres Vereins.

Ich möchte nun noch eine angenehme, aber gleichzeitig auch schmerzliche Pflicht ausüben, indem ich dem scheidenden Präsidenten, Herrn Prof. LOUIS DALLÈVES, herzlich danke für seine Führung des Präsidiums in den vergangenen drei Jahren. Herr DALLÈVES war Rapporteur im Jahre 1973 über ein unternehmensrechtliches Thema, damals, wenn ich der Zeitschrift für Schweizerisches Recht Glauben schenken darf, unter dem Präsidium eines der heutigen Rapporteurs, Herrn Prof. KURT EICHENBERGER. Herr DALLÈVES wurde dann 1982 in den Vorstand gewählt und 1988 ins Präsidium. Ich kann nur sagen, dass ich alles daran setzen werde, um seinem guten Beispiel zu folgen.

Monsieur ANDREAS GIRSBERGER, *avocat, Zurich*

Le Président remercie Monsieur GIRSBERGER de ses aimables paroles et prononce la clôture de l'assemblée.

V.

Rundtischgespräch — Table ronde

Professeur LUZIUS WILDHABER, directeur des débats:

Avant de vous présenter nos quatre éminents invités étrangers, j'aimerais d'abord esquisser le déroulement de la discussion. Il y aura une discussion en trois tours. Je vais d'abord inviter nos quatre invités à présenter leurs avis sur le sujet de notre congrès. Ils pourront nous faire part de leurs points de vue sur le droit interne ou le droit comparé ou encore faire des remarques sur les rapports qui nous ont été présentés, ceci aussi librement qu'ils le souhaitent. En effet, nous avons décidés de laisser la discussion entièrement libre. Je peux leur accorder une durée qui ne devrait pas dépasser 15 minutes. M. le Professeur VEDEL m'a fait savoir que la meilleure méthode était de m'emparer du microphone après 15 minutes, ce que je ne manquerai pas de faire. Ceci constituera le premier tour de cette table ronde. Puis il y aura un deuxième tour, où je prierai tant les deux rapporteurs suisses que les quatre participants de bien vouloir exprimer leurs commentaires sur ce qui a été dit. Et là de nouveau je leur laisserai le choix. Je ne vais pas imposer tel ou tel sujet, ils auront le choix de faire les remarques qui leur conviennent. Après cela il y aura un troisième tour. Je prierai l'assistance de poser des questions aux partici-

pants de la table ronde sur les sujets qui pourraient l'intéresser. Je ne peux pas vraiment vous encourager à contribuer à la discussion ou de faire vos commentaires parce que je n'aurai probablement pas le temps. Donc je vous prierai de vous restreindre à des questions. Si tel ne devait pas être le cas, je ne manquerai pas de le signaler. Après cela il y aura les réponses de nos quatre participants et de nos deux rapporteurs et ceci nous amènera probablement vers la fin de la table ronde. En ce qui concerne le problème de la préséance, il est insoluble. Je devrais donner la parole à tous les quatre invités en premier, puisque nous sommes très fiers d'avoir une table ronde aussi éminente. Finalement, j'ai décidé, pour me simplifier la vie, de suivre l'ordre alphabétique. Et je vous présenterai donc d'abord M. le Professeur JOCHEN FROWEIN, directeur de l'Institut Max Planck de droit public étranger et de droit international public à Heidelberg et premier vice-président de la Commission européenne des droits de l'homme.

Professeur JOCHEN FROWEIN, directeur de l'Institut Max Planck de droit public étranger et de droit international public à Heidelberg et premier vice-président de la Commission européenne des droits de l'homme, Heidelberg:

C'est un grand honneur pour moi de vous adresser la parole, ici, dans cette belle République et canton de Genève. Je traiterai quatre points qui sont les suivants:

1. la vie de la constitution;
2. problèmes divers;
3. la juridiction constitutionnelle;
4. la constitution européenne.

Wer möchte nach der Entwicklung in den Jahren 1989 bis 1991 die Kraft der Verfassungsidee in Europa in Frage stellen? Osteuropa und die Sowjetunion haben sich dem westlichen Verfassungsverständnis mit dem Ziel der effektiven Bindung der Macht durch eine rechtsstaatliche Ordnung angeschlossen. Der elementare Sinn der Verfassung, Regelung der Einsetzung der Staatsorgane, Regelung ihrer Ablösung, Klarheit über die Legitimität, ist generell bestätigt worden. Vielleicht ist die Regelung des deutschen Grundgesetzes in Artikel 20 Absatz 4, die ein Widerstandsrecht gegen den Putsch festlegt, durch die Situation in der Sowjetunion im August in besonderer Weise und eindrucklich als eine verfassungsrechtliche Möglichkeit herausgestellt worden. Deutschland ist in einem Verfassungsprozess wiedervereinigt worden, der die Kraft der funktionierenden Verfassung in besonderer Weise unter Beweis gestellt hat. Verfassungs-

rechtliche Vorkehrungen für einen Prozess, der sonst destabilisierend hätte wirken können, haben die Kraft der Verfassung bewiesen. Der freiheitliche und demokratische Verfassungsstaat als Grundmodell scheint nach diesen Ereignissen auf der nördlichen Halbkugel der Welt nicht mehr umstritten. Die KSZE-Dokumente erweisen es. (Zusammenfassung auf französisch)

Ich komme zu einigen Problemen und Bedrohungen des Verfassungsstaates. Können die freiheitlichen Demokratien Tendenzen zur Radikalisierung abwenden? Können die Verheissungen des freiheitlichen Rechtsstaates gegenüber Minderheiten glaubwürdig verwirklicht werden? Kann die Verfassung hier Antworten geben? Ich denke, der Aufruf an den Bürger, der sich in Artikel 1 des deutschen Grundgesetzes mit der ausdrücklichen Bestätigung der Menschenwürde findet, ist eine solche angemessene Antwort. Die Verfassung allein kann sich freilich nicht durchsetzen. Die Staatsorgane allein können es nicht. Wir müssen hoffen, dass dieser Aufruf der Verfassung sich als wirksam erweist.

Ein weiteres schwerwiegendes Problem, jedenfalls etwa im deutschen Verfassungssystem: Welche Rolle kommt den Parteien zu? Lässt sich ein Parteeinfluss bei der Besetzung nicht nur der politischen, sondern so gut wie aller Ämter mit der freiheitlichen Demokratie vereinbaren? Je großzügiger die Parteifinanzierung ausgestaltet ist, desto attraktiver werden reine Parteikarrieren. Im deutschen Grundgesetz ist ausdrücklich anerkannt, dass die politischen Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken. Es stellt sich die Frage, ob ihr Einfluss in der Realität nicht weit darüber hinaus geht. Was kann die Antwort der Verfassung sein? Das Grundgesetz hat sie durch die Formulierung des Artikels 21 versucht, auch die Parteien an bestimmte Verfassungsgrundsätze, so das Demokratiegebot, zu binden. Wir müssen aber erkennen, dass hier die Kraft der Verfassung sehr begrenzt ist.

Schliesslich, in demselben Zusammenhang: Wie kann die Kraft von Kontrolleinrichtungen, die die Untersuchung politischer Skandale zur Aufgabe haben, verbessert werden? Wie kann verhindert werden, dass Untersuchungsausschüsse lediglich zur Fortsetzung der politischen Auseinandersetzungen beitragen? Die Verfassung kann durch die Herausstellung und Einrichtung unabhängiger Gegengewalten hier eine Menge tun. Und ich glaube, dass die wichtigste Gegengewalt die ist, die in der Verfassungsgerichtsbarkeit ihren Ausdruck findet. Aber ich halte es für wahrscheinlich, dass etwa bei der Ausgestaltung der Untersuchungsausschüsse und ähnlicher Institutionen mehr getan werden kann. (Zusammenfassung auf französisch)

Ich komme zum dritten Punkt, zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Verwandlung autoritärer oder totalitärer Systeme in freiheitliche Demokratien ist eindrucksvoll. Und ich meine, sie sei gestern eher ein wenig zu kurz gekommen. Zum Teil scheint geradezu ein aktivistisches Verfassungsgericht als funktionierende Gegengewalt gegenüber demokratischen Organen unmittelbar als legitim angesehen zu werden. Ich denke etwa an die Rolle des ungarischen Verfassungsgerichts, zur Zeit präsiert von einem bekannten ungarischen Zivilrechtler, der sich mit öffentlichem Recht bisher noch nicht befasst hatte. Demgegenüber steht die älteste Verfassungsgerichtsbarkeit der Welt, die amerikanische, in einer kritischen Diskussion um die Legitimation der Grundrechtsauslegung und -entwicklung im Zusammenhang mit der Begrenzung von demokratischen Mehrheitsentscheidungen. Von dieser Skepsis ist vielleicht einiges gestern auf unsere beiden Referenten wirksam geworden.

Ich meine, Freiheitsschutz, Minderheitenschutz, Mässigung der politischen Gewalten, erscheinen als grosse Leistungen der Verfassungsgerichtsbarkeit, die bewahrt werden müssen. Die von HANS HUBER so eindrucksvoll formulierte Gegenrichtung der Grundrechte zur Legalordnung, ihr Charakter, wenn man es scharf formulieren will, als Gewissen der Rechtsordnung, kann nur durch eine funktionierende Verfassungsgerichtsbarkeit umgesetzt werden. Die Frage, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit nur tun kann, was der Verfassungsgeber wollte, ist vielleicht falsch gestellt: Der Verfassungsgeber kann nicht an alle Fragen, die auftreten, denken. Und selbst bei den grossen Fragen ist vielleicht die List der Vernunft sehr angemessen, die sich in der Umsetzung von Verfassungsnormen bei konkreten umstrittenen Einzelfragen zeigen kann. Ich denke, die Entscheidung zum Frauenstimmrecht kann als eine solche List der Vernunft Ihrem Bundesrichter hoch angerechnet werden.

Ist die Verrechtlichung eine Gefahr? Möglicherweise gilt dies vor allem dann, wenn von der Verfassungsgerichtsbarkeit falsche Signale ausgehen können, deren sich die Parteien im Konsens bemächtigen. Für die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit dürfte das vor allem für einige Fälle gelten, in denen die Stärkung der Parteien möglich wurde und die Parteien unmittelbar bestimmte Dicta des Verfassungsgerichts im Konsens in sie begünstigende Normen umsetzten. Das können wir bei bestimmten Fragen des Wahlrechts, vor allem aber der Parteifinanzierung und der Diätenregelung in beängstigender Weise feststellen. Insgesamt meine ich aber, und ich glaube das deutsche Beispiel kann es zeigen, dass diese Gefahren begrenzt werden können. Gewiss bleibt auch die Gefahr der Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit ernst zu nehmen. Nur die

Auswahl der Richter und ihr Selbstverständnis kann hier letztlich das Gegengewicht schaffen. Das deutsche Modell scheint mir bei den letzten Wahlen immer besser in dieser Richtung funktioniert zu haben. (Zusammenfassung auf französisch)

Ich komme zu meinem vierten Punkt, die Entwicklung zu einer europäischen Verfassung. Mit der Europäischen Gemeinschaft und dem europäischen Menschenrechtsschutz bestehen in kleineren und grösseren Kreisen europäische Verfassungselemente, die für uns wirksam sind. Die Herausbildung einer europäischen Verfassungsidentität wird erkennbar. Wichtig ist, dass der Verfassungsstaat sich diesem europäischen Verfassungssystem öffnet, dass er die übernationalen Verfassungselemente anerkennt, wie es die Rechtsprechung Ihres Bundesgerichts zeigt. Unglücklich sind Systeme wie die Grossbritanniens und der skandinavischen Staaten in diesem Zusammenhang. Der Dialog mit den internationalen und supranationalen Organen und Gerichten muss von den nationalen Gerichten, gerade auch den Verfassungsgerichten, geleistet werden. Europa gehört mit zum Verfassungsprozess der Mitgliedstaaten. Die europäischen Staaten sind auf den europäischen Verfassungsprozess angewiesen. Insofern haben wir eine begrenzte Überwindung der nationalstaatlichen Ebene im positiven Verfassungsrecht. Trotz auftretender Spannungen verläuft der dialektische Prozess der transnationalen Beeinflussung etwa bei der Entwicklung von Grundrechtsstandards im Rahmen des europäischen Menschenrechtsschutzes meines Erachtens insgesamt erfolgreich und für die europäischen Staaten in einer besonderen Weise beispielgebend. Dieser wirkt auf das interne Verfassungsrecht in erheblichem Masse zurück. Der europäische Mensch und Bürger, dessen Würde und Schutz durch funktionierende Institutionen im Mittelpunkt unseres Verfassungsdenkens stehen muss, wird zur Wirklichkeit, auch schon zur Wirklichkeit nach positivem Recht.

Professeur LIVIO PALADIN, *ancien président de la Cour constitutionnelle, professeur à Padoue:*

La thèse que la constitution doit être conçue, du point de vue de la théorie générale, de façon absolue est toujours largement soutenue dans la littérature juridique italienne. Cet a priori part de l'idée que la constitution doit recevoir, à toutes les époques et sous tous les régimes politiques, une définition égale. Peu importe à cet égard si l'on voit dans la constitution la norme fondamentale d'inspiration kelsenienne ou la décision politique sur la forme de l'Etat, selon la conception déjà chère à CARL SCHMITT. Néanmoins, je suis parfaitement d'accord avec les prémisses de MM.

AUBERT, EICHENBERGER et FROWEIN. En effet, au-delà de la conception matérielle ou substantielle, je suis convaincu qu'il existe une notion de constitution véritable, propre à certains pays. Cette constitution doit être écrite, rigide et son contenu libéral-démocratique. En outre sa mise en oeuvre doit être garantie. Dans un commentaire paru en 1909, RACIOPPI et BRUNELLI observaient déjà que seule une constitution rigide pouvait pleinement exister. Ainsi, selon ces auteurs, les statuts (flexibles) du Royaume d'Italie de l'époque ne possédaient pas la nature constitutionnelle d'une loi suprême de l'Etat. Toutefois, le caractère rigide d'une constitution ne laisse pas préjuger de sa suprématie. Celle-ci doit être garantie par un juge constitutionnel ou toute autre autorité indépendante du parlement et des forces politiques majoritaires. Ce n'est pas par hasard que dans l'Europe d'aujourd'hui la juridiction constitutionnelle se développe de plus en plus. Ainsi en Suisse, je pense que le moment est venu pour le Tribunal Fédéral de ne plus limiter son contrôle aux lois cantonales mais d'y inclure la législation fédérale, nonobstant l'institution du référendum. Par ailleurs, la normativité d'une disposition constitutionnelle est influencée de manière prépondérante par son contenu. La constitution d'un état autoritaire ou plus encore d'un état totalitaire n'est qu'un morceau de papier, à l'instar de la Constitution soviétique d'avant Gorbatchev. Dans un tel cas, le contenu de la constitution se réduit au transfert de la totalité du pouvoir au "Führer" ou au parti unique; le droit constitutionnel ne peut pas se développer; seuls le droit administratif et la "doctrine de l'Etat", conçue comme l'exaltation du régime politique en vigueur régissent cette société. Il est significatif que dans l'Italie de la période fasciste, qui conservait pourtant un certain caractère d'Etat de droit, le droit constitutionnel se réduisait à l'étude de sa théorie générale, à l'exclusion du droit positif. En revanche, comme l'affirme M. AUBERT, le pluralisme vivifie la constitution.

Comment expliquer alors le cas de la Grande-Bretagne, qui reste le berceau du droit constitutionnel moderne? Je pense qu'il faut avoir le courage de soutenir que l'Angleterre d'alors et la Grande-Bretagne d'aujourd'hui, n'ont pas une véritable constitution. "There was no constitution" disait de l'Angleterre ou des Etats-Unis du XVIII^{ème} s. THOMAS PAINE. En effet, si le Parlement est souverain, si ses actes ne peuvent pas être contrôlés, ni annulés par le juge, les normes constitutionnelles et le constitutionnalisme ne peuvent pas s'affirmer et le lien entre la constitution et les droits fondamentaux s'estompe. En effet, on ne peut plus qualifier de fondamentaux des droits qui peuvent être contredit par une simple loi.

L'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence italienne pensent au contraire qu'il y a une série de principes et de valeurs suprêmes, proclamés

ou sous-entendus par la constitution, qui ne peuvent pas être niés même par une révision de la charte constitutionnelle. Le seul conflit qui subsiste à ce jour porte sur l'étendue des limites à la révisibilité de la constitution. Pour une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence seuls les principes relatifs à la forme de l'Etat italien sont intangibles. Le président COSSIGA défend une interprétation beaucoup plus large des limites à la révision de la constitution. Dans son message du 26 juin 1991, il soutient que la forme de gouvernement, c'est-à-dire du régime parlementaire, du bicaméralisme, des fonctions du chef de l'Etat, est également immuable. COSSIGA souligne toutefois la nécessité de consulter le corps électoral à ce sujet, que ce soit par l'intermédiaire d'une assemblée constituante ou d'un référendum. Les thèses du président ont été largement contestées en Italie. Certains affirment que la constitution ne prétend maintenir de manière absolue que le caractère démocratique de l'Etat italien; que le poids des principes qui défendent la liberté personnelle, la liberté d'association, l'indépendance de la magistrature ou le contrôle de la constitutionnalité des lois est tout à fait prépondérant par rapport à celui des principes régissant les fonctions respectives des deux Chambres ou les procédures de formation du Gouvernement. D'autres soulignent la contradiction qui réside dans la démarche du président: d'un côté elle étend excessivement la part intangible de la constitution et de l'autre elle ouvre la voie à des modifications *extra ordinem*, qu'elle confie à une assemblée constituante ou à un référendum institutionnel (sur le modèle de celui qui en juin 1946 soumit à l'électeur le choix entre la Monarchie et la République). En l'état, la révision constitutionnelle partielle ou totale, dans le respect des principes suprêmes, reste possible. Toutefois une loi qui violerait les principes découlant du caractère démocratique de l'Etat italien ne serait pas valide, même si elle devait être approuvée par une révision constitutionnelle. L'application d'une telle loi, même si elle intervenait sans effusion de sang, équivaldrait à un acte révolutionnaire.

Ce qui a été dit jusqu'ici ne doit pas amener à conclure que les dispositions constitutionnelles seraient immobiles et hors du temps. Au-delà de la constitution écrite et matérielle ce qui importe c'est la constitution vivante, c'est-à-dire l'ensemble des règles voulues et observées par les forces politiques prépondérantes dans une période historique donnée. En d'autres termes, la constitution vivante se réfère à l'interprétation et à l'application données aux dispositions constitutionnelles par les organes compétents. Ainsi les coutumes constitutionnelles concernant les rapports entre les organes suprêmes de l'Etat ont une certaine importance en Italie. Ces coutumes sont connues et il arrive que la Cour constitutionnelle les invoque. En définitive, c'est la jurisprudence constitutionnelle qui est

décisive. En effet, la Cour constitutionnelle est chargée de veiller au respect de la constitution formelle, d'interpréter son contenu. C'est donc elle qui, en dernier ressort, doit déterminer la constitutionnalité des lois. En Italie, les tentatives d'amoindrir le rôle de la Cour constitutionnelle ont échoué. En particulier la volonté de certains de limiter son pouvoir d'examen au respect des règles écrites du droit constitutionnel n'a pas pu s'imposer. Au contraire en Italie, à l'instar des autres pays européens, la position du juge constitutionnel s'est renforcée ces dernières années. Ce constat peut être illustré par les phénomènes suivants:

1. le juge constitutionnel n'est pas lié par les conclusions des parties ou de l'instance inférieure; il arrive souvent que des décisions se fondent sur des normes qui n'ont pas été invoquées par les parties ou le juge;
2. le juge procède de plus en plus souvent à une pesée des valeurs constitutionnelles en cause; ce faisant le juge leur assigne des limites qui ne sont pas expressément prévues par la charte constitutionnelle;
3. pour établir la conformité d'une loi à la constitution, le juge recourt aux critères du caractère raisonnable de la loi attaquée et de la proportionnalité des mesures qu'elle instaure; cette méthode est notamment utilisée dans le domaine de la délimitation des compétences entre l'Etat et les régions.

De tels développements n'ont pas manqué de susciter des inquiétudes en Italie. Certains craignent que la sécurité du droit, liée au caractère écrit et rigide de la constitution, ne soit perdue ou compromise; que le juge ne substitue au contrôle de la constitutionnalité des lois celui de leur substance politique ou qu'en d'autres termes la Cour constitutionnelle ne devienne un super parlement. Je pense que l'on peut se fier au sens d'autolimitation des juges constitutionnels. De surcroît, la règle du précédent, qui lie également la Cour constitutionnelle, garantit également la sécurité du droit.

Aucun texte constitutionnel ne saurait prévoir les nouvelles exigences que posera l'avenir. Pour pallier à ce problème s'offre une alternative: soit on confie au parlement la tâche d'adopter au fur et à mesure de nouvelles dispositions constitutionnelles, soit on laisse à la Cour constitutionnelle le soin de donner une interprétation "véritable" de la constitution. La plupart des pays occidentaux ont clairement opté pour la deuxième solution. En effet, le rôle d'un parlement est avant tout de mettre en oeuvre, par la voie législative, les droits sociaux inscrits dans la constitution. Mais il est bien clair que même dans ce domaine les décisions du parlement sont soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle.

Professeur PIERRE PESCATORE, *ancien juge à la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg:*

Merci Monsieur le Président, j'allais en effet vous corriger sur le point de m'avoir présenté ici comme invité étranger. Il y a eu, Mesdames, Messieurs, des migrations en Europe déjà au cours des siècles passés et au 18^{ème}, en particulier. Vous trouvez partout dans le monde des Tessinois qui songent à leur vieille patrie comme à une sorte de paradis perdu. L'un d'entre eux est représenté sur vos billets de 100 francs; il a construit la magnifique spirale de Saint-Yves à Rome. Et chaque fois, désormais, que vous aurez un billet de cent francs entre les mains, Mesdames, Messieurs, je vous prie d'avoir une pensée pour tous ces Tessinois qui essaient de faire honneur dans le monde à la patrie perdue. Et puis vous savez bien que j'ai un pied dans la porte d'une rédaction d'un grand journal suisse, qu'il m'arrive de temps en temps de publier des articles incendiaires et je vous dirais tout le plaisir pervers que j'ai alors en songeant à tous les amis suisses que j'ai, qui sont nombreux, aux visages qu'ils vont faire en me lisant.

La question que je voudrais vous soumettre a été amorcée hier dans la discussion et M. le Professeur FROWEIN a déjà donné un premier élément de réponse. Où donc, nous dit-on, est la dimension européenne dans votre vision constitutionnelle? Et je voudrais amplifier cette question: Où donc est la dimension internationale? La constitution, nous dit-on, est la loi fondamentale de l'Etat, la loi suprême, et cette perception est la source, me semble-t-il, de la part des constitutionnalistes, d'une sorte de pensée introvertie, repliée sur elle-même, repliée sur l'Etat; comme s'il n'y avait pas aussi, dans une société dont les interdépendances s'accroissent de plus en plus à l'échelle de la région et à l'échelle du monde, d'autres connexions sociales, qu'il y a en-dehors de l'Etat ce qu'un grand juriste italien SANTI ROMANO appelait des microcosmes et des macrocosmes juxtaposés. Une perception, et c'est plus grave encore, repliée pour chacun sur un Etat déterminé et sur son droit positif. Il me semble que le droit comparé n'a pas encore acquis, vraiment, droit de cité dans le monde constitutionnel. Et la mission la plus urgente du droit constitutionnel me paraît être de redéfinir l'Etat, autant dans sa structure interne, puisqu'après tout nous avons atteint en tout cas dans cette partie de l'Europe des formes de coexistence civique tout à fait acceptables, que de restituer l'Etat et de le redimensionner dans son environnement régional et international. Car c'est bien là que se posent les grands problèmes d'avenir. La perspective juste a été montrée récemment par un internationaliste helvétique, le professeur THÜRER de l'Université de Zurich, lorsqu'il a formulé le postulat de

l'ouverture internationale de l'Etat. J'ai été réconforté hier lorsque j'ai entendu confirmé par la bouche de votre ministre de la Justice que la Suisse se comprend comme un pays moniste. Mais il s'est rassuré en même temps en faisant remarquer qu'après tout les trois-quart de ce qu'on prétend vous faire accepter sous le nom d'acquis communautaire est du droit non directement applicable. Il s'agit donc d'un monisme tempéré par une goutte de dualisme, ou deux ou trois gouttes même puisqu'il y a, dit-il, l'arrêt Schubert et pour les Européens, j'aimerais le rappeler, il subsiste toujours un arrêt OMO. Réconforté aussi en entendant rappeler une évidence fondamentale du droit international, comme du droit communautaire, à savoir — et ici je cite encore une fois M. KOLLER — qu'un Etat ne saurait invoquer son droit interne y compris son droit constitutionnel pour se soustraire à ses obligations internationales ou communautaires. C'est une réponse à une question que posent, avec étonnement et parfois avec un air de scandale, ceux qui n'ont pas réfléchi à l'insertion de l'Etat dans des contextes internationaux qui le dépassent. Et bien est-il vrai que le droit international, que le droit communautaire, va primer jusqu'à notre droit constitutionnel? Et bien oui. Car sinon la société internationale, ou un ensemble comme celui de la Communauté ne pourrait pas fonctionner si un Etat pouvait unilatéralement modifier la portée et les effets du droit international communautaire. Il faut que le droit constitutionnel prenne conscience de ce conditionnement qui découle de l'insertion de l'Etat dans des ensembles qui le dépassent et dans lesquels des valeurs telles que la sécurité de l'Etat et sa défense, sa prospérité économique et la défense de son environnement, ne peuvent plus être, à la longue, assurées dans un cadre purement national. Pour un Etat comme la Suisse, ce postulat, je veux dire ce postulat de l'ouverture internationale de l'Etat, est une véritable interpellation. Mesdames et Messieurs après l'admission à l'ONU des deux Corée, je crois que la Suisse reste le seul Etat souverain du monde qui ne soit pas membre de l'organisation mondiale. Demain il y en aura peut-être d'autres: la Slovénie, la Croatie, la Géorgie, l'Arménie, d'autres peut-être, mais pour le moment vous êtes les seuls. Quant à la négociation sur l'Espace Economique Européen, dont on parle beaucoup, dont votre ministre nous a entretenu hier, elle a de plus en plus l'apparence d'une toile de Pénélope, puisqu'à mesure qu'elle se tisse par un bout elle s'effiloche à vue d'oeil par l'autre bout. Tel était en effet le principe de l'antique héroïne, qui défaisait la nuit l'ouvrage de la journée dans l'intention de résister aux avances de plus en plus pressantes de ses prétendants. Et bien donc, je crois qu'un Etat moderne devrait se préoccuper de créer dans sa charte fondamentale les conditions auxquelles il est prêt à répondre, aux néces-

sités de son insertion internationale. Et ceci dit, je voudrais me concentrer sur une réalité plus proche, et ce sera le deuxième point de mon intervention, qui est à vos portes au Nord, à l'Ouest, au Sud et bientôt à l'Est, à savoir la Communauté européenne.

Je voudrais faire à ce sujet deux très brèves remarques. La première concerne la négociation sur l'Espace Economique Européen et l'idée qu'il s'agirait d'une liaison douce et non douloureuse; "eine schonende Verbindung" qui selon les termes de votre ministre permettrait une séparation, une dénonciation du traité, en cas de non réussite. Je crois que c'est une vue illusoire des choses. L'acquis communautaire que par un abus de terminologie on prétend vous faire accepter n'est qu'une réalisation tout à fait périphérique. C'est pour l'essentiel un programme d'harmonisation législative complémentaire du Marché commun. On vous demande, m'a-t-on expliqué, d'accepter 1400 actes communautaires. Je vous assure, Mesdames et Messieurs, aucun de ces actes ne concernent véritablement le centre et le coeur de la Communauté. L'essentiel, la substance de la Communauté est ailleurs. L'essentiel est dans les principes, qui peuvent s'énumérer sur les doigts d'une main. On n'a pas même besoin de prendre les deux pour les énumérer: la libération des échanges de marchandises et de services; la liberté de concurrence sous la condition de certaines règles, comme par exemple la condition de loyauté; la non discrimination au niveau du traitement des personnes et de l'établissement; et enfin la solidarité dans les rapports avec les pays tiers, qui fait toute la différence entre le simple libre-échange et l'union douanière. Tout cela fait bloc, et c'est une illusion de penser qu'on puisse l'accepter au détail et de manière sélective. C'est la vérité un peu massive qu'il faut opposer à l'idée de cette douce liaison, entre le nécessaire et le possible, que devrait vous apporter l'Espace Economique Européen. Et puis ce bloc communautaire en lui-même, je dois vous avertir, est loin d'être solidifié et que nous aurions bien besoin d'un concours de la Suisse pour trouver nous-mêmes notre propre milieu. On parle volontiers, à la suite des événements de l'Europe de l'Est, de ce que l'on appelle une nouvelle architecture européenne. Vous me trouverez aussi sceptique à cet égard que je le suis à l'égard de votre projet de révision totale de votre constitution. A mon avis le plus sage serait de laisser l'architecture européenne intacte. La création de la Communauté européenne a été comme un miracle, qui a pu se produire grâce à une constellation favorable au cours des années 1950. On ne peut pas prétendre répéter les miracles à volonté et à tout moment. A l'heure actuelle l'Europe, me semble-t-il, se gaspille en des entreprises utopiques. La méthode actuelle, vous le savez, est celle d'anticipation sur des échéances futures et incertaines. On érige des façades avec l'espoir qu'on

trouvera ultérieurement moyen de remplir le vide qu'elles masquent. Il paraît, M. le Doyen VEDEL, que la belle place Vendôme a été construite selon ce principe et on a mis derrière les façades ce qu'on a pu: un beau ministère, un hôtel de luxe et aussi une joaillerie qui est actuellement dans les discussions. Et bien personne ne sait à quoi correspond l'ambitieux projet que l'on veut construire derrière la façade de l'Union européenne. Personne ne peut sérieusement s'engager sur une monnaie commune, avant que soient créées les conditions économiques d'une mutation aussi profonde. Et là je comprends vos hésitations avant de vous engager dans une Communauté dont l'acceptation serait liée à des perspectives aussi incertaines. Je crois que l'Europe gagnerait à se recentrer sur ce qui s'est avéré réalisable et utile, c'est-à-dire l'intégration économique. C'est là son acquis le plus sûr, un bloc de solidité et de solidarité qui ne manque pas d'influencer positivement les chances de coordination et de coopération au-delà de l'économique. Mais dans les domaines situés au-delà du champ des politiques économiques, nous devons respecter l'ineffable variété des situations locales et des valeurs culturelles. C'est encore ce que le professeur FROWEIN nous a fait saisir en parlant de cette Constitution européenne. Ainsi, je verrais l'Europe structurée en deux cercles concentriques: celui profondément uni de l'intégration économique et celui géré selon des conceptions plus coopératives, plus consensuelles du vaste domaine des problèmes politiques, meta-économiques et en particulier des problèmes culturels; en ayant confiance d'ailleurs que la proximité géographique de nos pays nous amènera, de toute manière, à prendre des positions solidaires dans une constellation mondiale hautement compétitive et parfois dangereuse. Je vous remercie.

Professeur GEORGES VEDEL, *professeur et doyen honoraire de la Faculté de droit et des Sciences économiques de Paris:*

Je suis très honoré, et en même temps très touché, d'être ici. D'abord parce que c'est un très grand honneur d'être invité par votre société, parce que l'accueil genevois et d'une façon générale l'accueil suisse est toujours au-dessus de toute élogé. Ensuite, parce que je retrouve dans l'assistance et sur cette tribune même des collègues et des amis. Je me rappelle que nous avons travaillé ensemble avec M. PESCATORE au Traité de Rome, que nous nous sommes retrouvés avec M. FROWEIN pour essayer de l'améliorer légèrement et je me rappelle avoir retrouvé à Lisbonne le président PALADIN au temps où les cours constitutionnelles se réunissaient. Mais ce privilège de parler le dernier, de saluer des personnalités avec qui je me sens en sympathie et en communion, entraînent également

une charge. Ce qu'ils ont dit démolit un peu le plan de ce que je me proposais de dire. Au fond ils vous ont interpellé, ils m'ont interpellé, et je n'ai plus tellement envie de me reporter à ce que j'avais primitivement préparé, parce que je suis peut-être un peu un Français méridional j'ai envie de répondre tout de suite.

Ah comme c'est tentant! Répondre à M. PESCATORE que je ne suis pas du tout d'accord avec lui, et je lui en demande pardon, sur le rôle respectif de l'économie et du politique. L'Europe, qu'il se le rappelle, n'est pas née d'une volonté économique. Les gens qui ont négocié en 1956 et 1957 ne pensaient pas tellement à avoir plus de biens, plus de services. Ils réalisaient un beau dessein politique. Et ce qui nous a permis d'écrire ce traité, je le revoyais encore l'autre jour, c'était la volonté politique, pas la volonté économique. J'en demande encore pardon à M. PESCATORE, mais je traduis là ma conviction.

Je me suis senti de plein-pied avec M. FROWEIN. Je me proposais justement, avant de l'entendre, d'étudier un peu ce problème de savoir pourquoi diable les constitutions sont tellement différentes quant à leur efficacité. Bien sûr, il y a des constitutions qui sont des trompes-l'oeil: la Constitution soviétique ou la constitution de tel pays africain par exemple. Il y a des constitutions qui sont efficaces, qui s'appliquent et qui structurent la vie politique, qui ne sont pas simplement modelées par la vie politique. Et puis, il y a au milieu, ce que j'appellerais des constitutions molles, comme SALVADORE DALI annonçait les montres molles. Celles qui existent, qui sont respectées mais qui n'ont pratiquement aucun impact. Et à la lumière de l'expérience française, je voulais proposer — parce que c'est un sujet de recherche très important — aux constitutionnalistes et aux politicistes suisses de rechercher un peu par quel secret tantôt une constitution mord sur le réel et tantôt elle n'y mord pas. Mais je dois dire que c'est le propos de M. PALADIN qui m'a retenu finalement et c'est de ce qu'il a dit que je voudrais parler.

Il rencontre un problème que j'ai vécu comme juge constitutionnel et qui ne me laisse pas une très bonne conscience. Oh, je n'ai rien à me reprocher! Je veux dire simplement que je n'ai jamais été au clair avec moi-même. C'est le double discours que tient le juge constitutionnel. Double discours qui est dû non pas à sa duplicité, mais qui est dû à sa position. C'est un discours alternativement positiviste et jusréaliste et les deux bouts de la chaîne existent sans qu'on sache comment la chaîne elle-même les relie. Je m'explique. D'un certain point de vue cela a été très sensible en France. On se tourne vers la classe politique, qui est élue, qui du moins donne naissance à des élus au sein desquels il y a des organes qui représentent la nation et d'abord la volonté nationale. Ces élus sont

naturellement offusqués de voir un juge, si compétent, si sage, si bien désigné soit-il, qui n'est jamais qu'un commis de la collectivité, qui vient lui dire: "et bien non, vous voulez au nom du peuple ceci, et moi je vous dis que ce n'est pas possible". Alors la défense est extrêmement simple, elle tient en deux mots que le Conseil constitutionnel a formulé de la manière suivante: la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. Il faut bien voir ce que cela veut dire. Cela veut dire que le juge ne condamne pas la matière dans laquelle le législateur a statué, mais condamne la procédure. Il dit: "c'est exact, vous avez fait telle loi, qui n'est pas conforme à la constitution, mais si vous aviez fait une révision de la constitution vous auriez pu faire passer dans le droit exactement le même contenu que celui qui est dans la loi". Tout est en règle, le juge constitutionnel n'est en somme qu'un surveillant des procédures. Il ne condamne que des incompétences. Il ne condamne jamais sur le fond. Voilà telle loi qu'il juge attentatoire à une liberté (liberté de la presse, liberté individuelle), il ne vient pas dire il est scandaleux de porter atteinte à la liberté individuelle ou à la liberté de la presse. Il dit simplement: "cette matière est déjà traitée par la constitution, adoptez les mêmes dispositions, mais faites en une révision constitutionnelle". Il est purement et simplement un juge, un gardien, des procédures. Il ne porte en rien atteinte à la volonté générale, à la volonté nationale. Il reste à sa place. Il se borne à rappeler les vices de procédure dont peut être entachée l'édiction d'une règle de droit. Et ce discours est généralement celui qui peut convaincre la classe politique forte du fait qu'elle représente la volonté politique vivante de la nation, qu'elle renferme ses élus, ceux qui peuvent parler au nom de la nation parce qu'ils ont été désignés par l'électeur. La démocratie c'est cela. On apaise ainsi la classe politique et je dois dire que le discours a fini, en France qui était pourtant le pays le moins bien préparé, à passer.

Mais il y a l'autre face. Cette institution du contrôle de constitutionnalité, dans la plupart des pays, est acceptée par la masse des citoyens. Je disais même hier que dans mon pays, assez paradoxalement, elle est en quelque sorte plébiscitée comme correspondant à un besoin. Et le discours positiviste, qui est tenu par le juge constitutionnel, il ne l'accepterait pas. Allez expliquer à un Français, par exemple, que le juge constitutionnel n'est pas là pour empêcher que l'on porte atteinte à la liberté de la presse, à la liberté individuelle, à la liberté d'opinion, mais pour indiquer à la classe politique comment on doit faire pour réaliser correctement cette atteinte. Cela le ferait rire, il penserait, même vulgairement, qu'il ne paie tout de même pas des juges pour faire ce métier-là. Pourquoi? Parce qu'il y a le sentiment qu'il y a un certain nombre de valeurs et de principes qui

sont au-delà de la formulation par une majorité, même par une unanimité moins une voix, et ça c'est une position essentiellement jusnaturaliste. Si bien que le juge constitutionnel tire son investiture juridique d'un discours positiviste et tire à la fois son prestige et son investiture morale d'un discours jusnaturaliste. Et il passe sa vie à se balancer entre les deux. Voilà une matière nouvelle et qui ne peut pas être traitée à l'aide des critères habituellement mis en oeuvre. Il faut peut-être inventer ou découvrir un nouveau principe constitutionnel pour la régler d'une manière satisfaisante. Peut-il le faire? Doit-il le faire? Il y a un Rubicon. Et ce Rubicon c'est celui du Gouvernement des juges. Alors là je le dis tout net, je le dis très clairement, dussé-je heurter certaines convictions, notamment celles de M. PALADIN, le Gouvernement des juges est inadmissible en démocratie. La démocratie a sa logique. Personne ne peut à un moment donné déclarer "je pense ceci, donc ceci devient une règle de droit". Le juge a des recours, il a les interprétations constructives des textes, il a des sources. Je crois que ce Gouvernement des juges est lié au problème des sources du droit. Le Gouvernement des juges ce n'est pas celui dans lequel le juge rend des décisions qui ont une importance politique (n'importe quel juge rend quelquefois des décisions qui ont une importance politique). Le Gouvernement des juges commence à partir du moment où le juge admet d'autres sources du droit que celles du droit positif selon les règles en vigueur dans son pays et dans mon pays, à savoir la règle de droit écrit. Il est faux de croire que le Conseil constitutionnel français reconnaît les principes généraux du droit. Il connaît la constitution, il connaît les textes qui ont valeur constitutionnelle (c'est-à-dire le Préambule, la Déclaration des droits de l'Homme) interprétés, naturellement d'une manière constructive, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui sont du droit écrit malgré ce que l'on peut penser de cette formulation. Je ne connais pas un cas où le Conseil constitutionnel ait consenti, même quand cela lui a coûté, par exemple pour consacrer le respect de la vie privée qui ne figure dans aucun texte constitutionnel, à protéger quelque chose qui ne soit protégé par la constitution elle-même. On me dira que c'est quelque chose d'assez décevant, que finalement il y a une espèce d'escroquerie à laisser croire au citoyen que l'on défend les droits immortels, les principes fondamentaux, alors qu'en réalité on ne défend que des procédures. Mais attention, ceci répond tout de même à trois soucis. Le premier est un souci de modestie. Je ne me suis jamais senti sur le siège en position de dire, quand je n'avais pas un texte émanant d'une décision majoritaire de valeur constitutionnelle, ce qui devait être considéré comme soustrait à la volonté générale exprimée par le législateur. En conscience on ne le peut pas. Par ailleurs, en vertu de quoi le juge

chargé de dire le droit serait-il en même temps chargé de se substituer à ceux qui proclament le droit à un certain niveau, qui est le niveau constitutionnel. Et puis il y a une troisième raison, qui est une raison de prudence. Une société n'accepte un juge, n'accepte de se soumettre aux décisions d'un juge qu'aussi longtemps que ce juge accepte de se soumettre aux décisions de cette société. Par conséquent, le contrôle de la constitutionnalité des lois sera toujours quelque chose d'acrobatique. Bien entendu, il faut que le juge aille aussi loin qu'il est possible dans l'utilisation de son droit positif, pour en faire sortir quelque chose de nouveau. Mais il faut en même qu'il ait le sentiment qu'au-delà d'un certain Rubicon, qui s'appelle le Gouvernement des juges, commence l'aventure et, ce qui est plus grave, l'illégitimité.

Professeur LIVIO PALADIN, *Padoue*:

Contrairement aux apparences, je suis d'accord avec le Professeur VEDEL. Mon discours se référait à l'Italie d'aujourd'hui. Il concernait le droit positif et n'avait pas un caractère jusnaturaliste. L'art. 139 des dispositions finales de la Constitution italienne stipule que la forme républicaine de l'Etat ne peut pas faire l'objet d'une révision constitutionnelle. Il s'agit là d'une limite expresse à la révision de la Constitution, qui s'impose au pouvoir constitué. On peut naturellement réviser cette disposition. Toute fois la majorité des constitutionnalistes italiens interprètent l'art. 139 en liaison avec l'art. 1: "La République italienne est démocratique". La Cour constitutionnelle et la doctrine italienne en déduisent que la forme républicaine est démocratique. C'est pourquoi les fondements de la démocratie italienne ne peuvent être touchés par une révision constitutionnelle. Dans le contexte européen actuel, la suppression du pluralisme, de la libre élection ou encore de la liberté d'association ne saurait être le fait que d'un parlement devenu fou. Face à une telle situation la Cour constitutionnelle pourrait bien dire que le parlement a violé la constitution, elle serait immédiatement détruite, peut-être à coups de canon. Un tel phénomène serait proprement révolutionnaire et injustifiable au regard de la constitution qui régit l'Italie aujourd'hui.

Avec votre permission j'aimerais encore dire un mot à M. PESCATORE. Je suis d'accord qu'il y a une dimension internationale dans la définition de la valeur d'une constitution étatique. Je suis d'accord qu'il y a quelque chose d'autre que l'Etat dans la réalité juridique. Par contre, je ne le suis pas complètement dans ses développements monistes. Je crois que le problème des rapports, des relations entre le droit étatique et le droit international ou le droit communautaire, est un problème qui dépend

encore une fois du contenu des constitutions étatiques. Certaines constitutions s'ouvrent au droit international. D'autres constitutions qui partent de prémisses dualistes n'admettent l'exécution des traités internationaux en droit interne que par le biais d'une loi nationale ou d'un acte du gouvernement national. En ce qui concerne la Communauté économique européenne, le problème devient plus grave du fait de la possibilité, vague mais réelle, de contradiction entre une cour constitutionnelle étatique et la Cour européenne des droits de l'homme. Ce risque a été souligné aussi bien en Italie par la Cour constitutionnelle, qu'en Allemagne par le Tribunal de Karlsruhe dans sa décision "So lange". En effet, il se peut que la Cour du Luxembourg effectue une certaine pesée des valeurs à l'intérieur de la Communauté européenne, tout à fait différente de celle effectuée par une cour constitutionnelle étatique. Il faut alors établir si le dernier mot doit appartenir à la Cour luxembourgeoise ou à la cour constitutionnelle étatique. Je crois qu'un problème de ce genre ne se présentera que rarement dans la pratique. Toutefois quelques signes avant-coureurs ont récemment fait leur apparition dans la jurisprudence italienne et allemande. Dans un tel cas, je pense que le principe de la suprématie de la constitution étatique doit l'emporter.

Professeur PESCATORE, *Luxembourg*:

Ma réponse à M. VEDEL est déjà une réplique sur le rôle de la politique dans l'unification européenne. Il y a la politique dans les intentions, il y a la politique dans les motivations et j'ai vécu avec lui les origines de cette construction pour avoir bien remarqué sa présence. Mais il y a la question de savoir pour combien la politique s'est concrétisée dans l'objet de l'unification européenne. Ce qu'on a réalisé, ce qui fonctionne est une union économique. Quant à l'objectif politique, il n'a pas pu faire après 40 ans l'objet d'un consensus matériel. Le discours de nos gouvernements sur l'union politique reste jusqu'à l'heure actuelle foncièrement contradictoire et ambigu. Alors ma thèse est que nous serions bien inspirés de nous appuyer sur ce qui fonctionne et qui se trouve être économique, mais sans fermer la porte — et ceci j'aimerais bien le souligner — aux développements politiques ultérieurs. En d'autres termes, si vous amis suisses pouviez nous rejoindre dans cette construction économique, vous travailleriez avec nous pour un avenir politique de l'Europe. Et puisque j'en suis aux idées suggestives du professeur VEDEL, il a bien attiré l'attention sur le fait que le problème du pouvoir du juge est étroitement lié au système des sources du droit et, dit-il, en France ne compte que le droit écrit, il n'y a pas de place pour les principes généraux du droit. Je

me permets de contester la thèse en elle-même. On nous a toujours enseigné que le droit administratif français, par exemple, a été créé à partir de rien, au moyen de la notion d'excès de pouvoir, en fonction précisément de la définition d'un certain nombre de principes de bonne administration. Je voudrais me référer ici à une philosophie juridique qui me paraît être éclairante sous ce rapport: c'est la distinction, établie par un philosophe anglais, HART, auteur d'un ouvrage classique sur la règle de droit, entre les règles de substance et ce qu'il appelle les règles de reconnaissance. Et le juge seul peut manier les règles de reconnaissance, c'est-à-dire définir les critères qui permettent de reconnaître l'appartenance d'un certain type de règles, — que ce soit de droit écrit, que ce soit de droit coutumier, que ce soit des principes généraux, que ce soit des règles de droit interne ou de droit international —, au système. Le pouvoir judiciaire est un pouvoir autonome et son pouvoir, sa prérogative fondamentale est précisément de manier ces règles de reconnaissance. C'est dire qu'il est le gardien du temple, qui nous dit quelles sont les règles qui peuvent être reconnues dans le système et celles qui sont considérées comme étrangères. Et ceci m'amène à une observation du professeur FROWEIN, que j'ai beaucoup appréciée. C'est lorsqu'il a parlé de l'idée d'une identité constitutionnelle européenne, qui s'exprime à la fois dans ce fonds juridique de la Communauté européenne, mais auquel appartient également la Convention européenne des droits de l'homme et l'impressionnante oeuvre de la Commission des droits de l'homme et de la Cour des droits de l'homme, qui se rattachent à ce substrat. Je voudrais simplement porter sa pensée un pas plus loin en attirant votre attention sur le fait que cette identité européenne est une identité plurale, une identité multilingue, une identité multiculturelle, fondée sur le respect mutuel. Je crois que c'est là l'attitude fondamentale de tous les Européens qui participent à ce système, qui est le respect mutuel. Un esprit d'échange préside à tout cela, qui ne vise en aucune manière un quelconque nivellement.

Si vous permettez M. le Président, j'ai encore une observation très brève à faire sur un problème plus précis, que M. FROWEIN a lui aussi soulevé. C'est la question de l'influence des partis sur la nomination des juges et indirectement par là la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir politique. Je crois que la mission du juge et la caractéristique du juge est précisément son indépendance et qu'un juge asservi au pouvoir politique, et à plus forte raison aux partis politiques, manque à sa tâche essentielle qui est celle de dire le droit en toute objectivité et en toute indépendance. Alors comment les choses se passent-elles dans la Communauté européenne? La nomination des juges, le choix des juges est profondément influencé par des critères politiques,

mais étrangement par des critères politiques purement internes, de façon que ce critère de sélection n'a aucune réflexion, heureusement, sur le cours du droit européen. Mais on ne peut pas se cacher les influences politiques internes sur la sélection des juges. Et comment sauvegarder l'objectivité de la sélection des juges dans certains Etats? Mesdames, Messieurs, il y a là tout de même des phénomènes que j'observe avec étonnement et que je ne parviens pas à comprendre. Lorsque, pour la première fois, je suis arrivé, il y a bien longtemps déjà, aux Etats-Unis d'Amérique, je suis tombé dans une campagne électorale et j'ai vu des affiches qui au nom du Parti démocrate, au nom du Parti républicain, exaltaient les mérites de certains candidats à des fonctions de juge. Et avec étonnement, j'ai retrouvé un peu la même chose en Suisse. Ainsi, par exemple, le tribunal qui a jugé un cas très politique, qui a défrayé la chronique helvétique et qui ne cesse pas de la défrayer. La première nouvelle que j'ai lue dans la presse a été la composition de ce tribunal avec accolé au nom de chaque juge, chaque fois, le nom d'un parti politique. Il s'agit donc d'un tribunal composé de deux libéraux, si je me souviens bien, de deux socialistes et d'un chrétien-social. Qu'aurais-je fait moi si j'avais été politicien en face d'un tribunal ainsi composé? Je voulais simplement vous dire, que pour vous c'est certainement l'une des expressions les plus nettes de la démocratie. Permettez à un observateur extérieur de vous dire combien il se trouve dérouté. Alors je crois que le meilleur système que je connaisse de la sélection des juges est celui de la Cour internationale de Justice, où les gouvernements, comme vous le savez, n'ont pas le droit proposer le nom des juges. Mais cette prérogative appartient aux groupes nationaux de la Cour permanente d'arbitrage, qui sont des personnages, en règle générale, indépendants. Ce système permet pour chaque élection d'avoir, tout de même, une certaine sélection entre des noms de personnalités qui ne sont pas proposés par les gouvernements mais par leurs pairs.

Un dernier mot pour M. PALADIN sur la question du monisme et du dualisme. Je ne ressusciterai pas cette discussion. Mais je voulais simplement dire que la vie internationale devient véritablement impossible et la vie communautaire aussi, si un pays membre s'arrogé le droit d'instituer une sorte de juridiction supérieure, purement nationale, pour juger de problèmes qui sont inhérents à l'ordre international ou à l'ordre communautaire. C'est une question véritablement existentielle et j'affirme fermement l'idée de la primauté des règles du droit international et du droit communautaire, même sur l'ordre constitutionnel des Etats. La Cour de Justice, dont j'ai eu l'honneur de faire partie, l'a d'ailleurs dit très clairement, précisément en direction de l'Italie, dans un arrêt bien connu

qui porte un nom qui serait selon sa consonance tout suisse, puisque c'est un arrêt *Simmenthal*, dont je vous recommande chaudement la lecture. Merci.

Professeur FROWEIN, *Heidelberg*

J'aimerais d'abord faire deux remarques brèves concernant la dispute entre les naturalistes et les positivistes, entre le doyen VEDEL et le Professeur PALADIN. Je me demande si cette controverse n'a pas été résolue en droit positif, du moins dans certains pays; je pense notamment à l'Italie et à l'Allemagne. En effet dans la Constitution allemande, l'art. 79 par. 3 énonce clairement que les droits et les libertés fondamentaux reconnus font partie de la constitution, sans qu'il ne soit possible de les amender. A mon avis cette constitution a résolu le problème et je n'accepte pas la remarque du doyen VEDEL concernant la possibilité de réviser une disposition qui stipule l'intangibilité d'un droit constitutionnel. Il s'agit là d'une vieille question que les Britanniques et les Africains du Sud ont débattue devant les tribunaux dans une fameuse affaire *Harris*. Mais aujourd'hui, dans les pays où la constitution connaît de telles clauses, tout le monde s'accorde à dire que leur amendement équivaldrait à une révolution légale. Il est clair qu'on ne peut pas toujours empêcher les forces politiques de faire des choses illégales. Le Conseil constitutionnel, dans sa fameuse décision concernant l'élection directe du président de la République, a seulement reconnu l'existence de limites à la juridiction constitutionnelle et l'impossibilité de censurer le peuple. En revanche un grand nombre de constitutionnalistes français considéraient que l'application du référendum dans cette procédure n'était pas conforme à la constitution. En Allemagne ou en Italie il serait clairement illégal d'écarter ainsi les libertés fondamentales. Je me demande si la position du doyen VEDEL qui tend à restreindre la fonction du juge constitutionnel au contrôle du respect des procédures n'est pas influencée par le rôle que joue le Conseil constitutionnel dans le système français. En effet celui-ci se limite à la censure du législateur avant la promulgation de la loi. En Allemagne ou en Suisse où toutes les autorités politiques, ainsi que le législateur (à l'exception, en Suisse, du législateur fédéral), sont soumis au contrôle de la cour constitutionnelle la question se pose de manière différente.

Ma deuxième remarque concerne la relation entre la constitution, le droit international et le droit communautaire. Je me demande si on ne devrait pas introduire une nuance au débat entre les monistes et les dualistes. Ne pensez-vous pas qu'en l'absence d'un système fédéral, qui

coordonnerait la Constitution de la Communauté européenne (il s'agit des traités de base) et les constitutions des Etats membres, il serait bon d'élaborer des règles de conflit parallèles et uniformes? En d'autres termes, la Constitution allemande devrait dire, comme l'a fait la Cour constitutionnelle, qu'en général le droit communautaire prime le droit interne. Pour sa part la Constitution communautaire implique d'ores et déjà la primauté du droit communautaire. Même en l'absence d'un système fédéral la coordination des différents ordres juridiques est réalisable par la création de règles de conflit parallèles. En revanche en cas de conflit entre les règles il est probablement impossible de donner, pour l'heure, une réponse juridique absolument claire. J'espère que les cours constitutionnelles communautaires, à l'instar des cours italienne et allemande, ont compris ce problème. La Cours de Justice, elle aussi, a été grandement influencée par ce point de vue en reconnaissant les droits et libertés fondamentaux, sur la base de la jurisprudence allemande et italienne. Merci.

Professeur EICHENBERGER, *rapporteur de langue allemande, Arlesheim:*

Herr Präsident, meine sehr verehrten Damen und Herren. Es steht mir nicht zu, zu kommentieren oder irgendeine Bewertung vorzunehmen. Wir haben dankbar zugehört. Ich darf einzig einen Gedankengang herausgreifen, der hier diskutiert wurde und der für die Schweiz, wie mir scheint, von besonderer Bedeutung ist. Die Verfassungen, wie wir sie haben, sind mit dem Nationalstaat gewachsen, und sie haben diese Introvertiertheit des Nationalstaatlichen bisher beibehalten. Ihnen ist diese Rückziehung auf das Nationale gleichsam mitgegeben worden mit Beginn ihres grossen Laufes im 19. Jahrhundert. Und darin sind sie immer noch verhaftet. Wenn wir die Europäisierung jetzt voranrücken sehen, dann sind von der Jurisprudenz her drei Wege im Auge zu behalten.

Es kann vor sich gehen ohne eine "europäische Verfassung" — das noch in Anführungszeichen. Es kann vor sich gehen mit Stütze in den nationalen Verfassungen, was gestern hier angeregt wurde. Oder es kann vor sich gehen, ohne dass die nationalen Verfassungen darauf Bedacht nähmen, so dass also ohne solche Stützungen aus den nationalen Verfassungen heraus das europäische Integrationsprozedere vorangeführt wird.

Herr FROWEIN hat gesagt, es ergäbe sich allmählich eine Art europäische Identität im Verfassungsbereich, auf eine sehr nuancierte und sehr differenzierte Weise. Ich will hier drei Punkte erwähnen.

Das eine: Eine europäische Verfassung, braucht es und kann es eine europäische Verfassung geben? Hier darf ich eine Reminiszenz an einen früheren Juristentag vornehmen. Im Jahre 1964 hat MAX IMBODEN für die Festschrift des damaligen Juristentages eine europäische Verfassung vorgelegt. Die ist damals mit Lächeln beiseite gelegt worden, und man hat gesagt, das ist utopisch und ist ein Verfassungsfanatismus. Also muss man dem weiter keine Beachtung schenken. Aber was dort gesagt wurde und angelegt wurde, bekommt doch jetzt offensichtlich eine Aktualität. Eine solche europäische Verfassung — wie auch immer, ob sie dann artikuliert werde oder doch nicht — auf alle Fälle bedeutet sie eine Reduktion der Bedeutung der nationalen Verfassungen. Die nationalen Verfassungen büssen an Tragweite ein, das ist nicht zu bedauern, sondern festzustellen, soweit nun eben Gemeinschaftsrecht und wie auch immer gestaltetes europäisches Recht seine Reichweite hat und erreichen kann.

Wenn ich nun noch einmal auf diese europäische Verfassungsordnung zugehen kann, dann würde ich sagen, sie lebt aus einem europäischen Geistesgut heraus. Und wir sind Europäer immer gewesen, in Europa und namentlich in der Schweiz, bis wir in diese Nationalstaatlichkeit im Gefolge der Revolutionen auseinandergebrochen sind, also beginnend erst etwa im 18. Jahrhundert in dieser Deutlichkeit. Vorher hatten wir dieses europäische Geistesgut in sehr viel stärkerem Masse inhärent und verbreitet und darauf können wir jetzt möglicherweise bei der Rechtsfortentwicklung wiederum zurückgreifen. Da würde ich nun sehr unterstützen, was Herr Pescatore gesagt hat. Eine europäische Verfassung wird, ob sie jetzt geschrieben oder in welcher Art und Weise existent sei, eine europäische Verfassung ist darauf angewiesen, dass sie Pluralitäten respektiert. Sonst ist sie keine europäische Verfassung. Eine europäische Verfassung kann gerade nicht das Leitbild eines Einheitsstaates aufnehmen und eine Verfassung eines Nationalstaates einheitlicher Natur vorantragen, sondern braucht diese Pluralitäten und muss deren Respektierung garantieren. Diese Vielheit, nur das ist europäisch! Und wenn wir in der Tat voranrücken wollen mit einer europäischen Zusammenfügung auch auf Verfassungsebene oder auf der Rechtsebene überhaupt, dann brauchen wir diese Gewährleistung der Vielheit.

Und noch eine letzte Bemerkung ist daran anzufügen. Der Gang auf Europa zu, die Findung einer europäischen Verfassungsidentität, wenn ich das Wort aufnehmen darf, bedeutet offenbar einmal, dass sich dieser Verfassungsstaat auf das Gemeinschaftsrecht — oder wie auch immer es dann geschaffen sei — hin öffnet, dass er sich intern soweit als möglich angleicht. Und jetzt aber, bei dieser Angleichungsprozedur mit Gewährung der Vielheit, stellt sich vor allem für die Schweiz das interessante

Problem: Wie halten wir es mit den Grundrechten? Da gibt es offenbar keine besondere Schwierigkeit seit der EMRK und angesichts der Vitalität ihrer Rechtsprechung: dass wir uns hier nun eben in dieses Gefüge einpassen lassen und darin aufgehen, ohne dass uns daraus Konfliktslagen entstehen — obwohl dies sehr feinfühlig hier signalisiert worden ist, aber hier ist der Schweizer wahrscheinlich robust genug, um das zu ertragen. Die Grundrechtsintegration ist im Gange.

Heikel und interessant wird es jetzt bei der Organisation, soweit die Verfassung den Staat organisieren soll und muss. Da ist seitens der Historiker vor ein paar Wochen sehr vehement die Meinung vertreten worden, wenn die Schweiz europatauglich werden solle, müsse sie sich schleunigst abwenden vom bisherigen schweizerischen Regierungssystem und sich einem parlamentarischen Regierungssystem zuwenden, denn das allein sei europäisch. So die Meinung der Hofhistoriker unseres Bundes. Also: parlamentarisches Regierungssystem, um europatauglich zu werden. Es wäre interessant, wenn die Herren am runden Tisch noch zur Frage Stellung nähmen, wieweit wir Angleichungen vorzukehren hätten, was die Organisation betrifft, wobei natürlich das schweizerische Thema die direktdemokratischen Institutionen als Kern der schweizerischen Identität und des schweizerischen Selbstverständnisses sind. Müssen wir zugunsten von Europa auf die direktdemokratischen Institutionen verzichten? Da müssen wir zum Teil auf unsere eigenen Identitätsfaktoren verzichten und verlieren sozusagen, jedenfalls vorübergehend, die Gewissheit und die Sicherheit, dass wir der und nicht jemand anderer sind. Und diese direktdemokratischen Institutionen haben nun mit dem Euro-parecht, das ist gestern hinreichend dargelegt worden, ihre gewisse Mühe, und die direktdemokratischen Institutionen haben zum Beispiel mit dem parlamentarischen Regierungssystem ihre liebe Mühe. Wenn wir auf eine europäische Verfassungsidentität zugehen und zumarschieren können und wollen, wieweit kann man dann noch nationale Identitäten wahren? Wenn wir in der Tat in den Bundesstaat einmünden, einen europäischen, dann ist es unerlässlich, Homogenitäten aufzuführen. Die haben wir beispielsweise bei den Grundrechten. Die für uns bedrängende Frage lautet: Brauchen wir eine solche Identität oder Homogenität, brauchen wir Angleichungen auch im organisatorischen Teil? Ich danke Ihnen.

Professeur GEORGES VEDEL, *doyen de la Faculté de droit, Paris:*

Je serai d'autant plus bref que ce qu'il y aurait lieu de dire dans cette discussion déborde de beaucoup les possibilités, non seulement du temps qu'il nous reste, mais d'une journée entière et peut-être d'un colloque plus

étendu. Je voudrais simplement dire à M. PESCATORE, vous me permettrez de le taquiner amicalement, qu'à 35 ans de distance, il ne s'est pas aperçu qu'il avait participé à un complot. Le souvenir que j'ai gardé de la préparation des Traités de Rome c'était qu'on parlait d'économie, mais qu'on savait très bien que c'était pas un prétexte, mais un chemin pour conduire à du politique. Et j'ajoute, — pardon de cette deuxième taquinerie, mais M. PESCATORE est tellement spirituel et tellement aimable qu'on a toujours envie de le taquiner —, que croit-il qu'il faisait à la Cour pour renforcer le tissu juridique de la Communauté, pas seulement au point de vue économique, mais au point de vue politique, notamment au point de vue des droits fondamentaux? Alors, je lui en demande pardon, nous nous retrouverons d'ailleurs pour parler de ça et certainement vous aurez l'occasion d'en reparler, étant donné les chemins européens que semble-t-il la Suisse est en train de prendre. La question est sur le tapis.

Concernant la controverse, très juridique, à laquelle je m'étais un peu accroché à la suite de l'intervention de M. PALADIN, là aussi je serai très bref. D'ailleurs, je ne me sens pas de force à discuter ces choses-là, parce que je suis un peu comme un prêtre qui aurait perdu la foi. Je veux dire par là que je crois au droit, mais je ne crois plus aux théories générales du droit. Je crois que c'est inconstructible. Je crois que par définition le droit n'est pas susceptible d'une théorie générale cohérente. Ne me demandez pas pourquoi, cela m'entraînerait trop loin. Mais en revanche je crois qu'on ne peut pas admettre cette théorie de l'autolimitation qui nous a été exposée. Une constitution qui arriverait à se proclamer elle-même intangible sur certains points! En France cette interdiction de changer la forme républicaine du gouvernement a été un acte politique posé en 1884 pour signifier aux Bourbons que la porte leur était fermée. Jamais aucun juriste français n'a pensé qu'il n'était pas possible de réviser l'article qui interdisait de réviser la forme républicaine du gouvernement. Parce que à quoi l'accroche-t-on? Supposons que, par hypothèse, l'article 100 dise il est interdit de réviser la forme républicaine du gouvernement. Et qu'est-ce qui interdit de réviser l'article 100? L'article 101^{bis}, 102, 103... enfin c'est toute la théorie de l'autolimitation qui est en cause. Il n'est pas possible à un pouvoir quelconque, et heureusement d'ailleurs, de s'autolimiter. Il croit s'autolimiter mais il ne s'autolimité pas, il limite les générations futures. J'ajoute, de plus, que c'est un monument d'orgueil et d'inutilité. Toutes les fois que dans nos constitutions, — je parle de l'expérience française mais vous savez que la France a été un laboratoire constitutionnel — on a mis des clauses de révision très dures, cela s'est terminé par une révolution. Alors ce n'est vraiment pas la peine de faire des constitutions qu'on ne peut changer que par des révolutions. Ce n'est même pas

sage. Imaginez que la clause dont il s'agit, je ne suis pas monarchiste, je le dis tout de suite, ait figuré quelque part dans un texte constitutionnel espagnol. Est-ce que les Espagnols en seraient plus heureux? Est-ce que la Monarchie ne leur a pas rendu des services? Alors, il ne faut jamais fermer l'avenir. Il ne faut jamais, je crois, considérer que les choses sont tout à fait définitives. Mais il s'agit là d'une discussion pour une longue veillée, peut-être arrosée de quelques-uns de ces vins si agréables, que nous avons goûté ces jours-ci. Ce que je dirais, c'est qu'au fond il ne faut pas se monter la tête sur les querelles un peu de principe. Il y a une chose qu'il faut constater, qui est extrêmement satisfaisante, c'est l'extraordinaire convergence, à quelques détails près, des jurisprudences des cours suprêmes, à quelque niveau qu'elles se trouvent, qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour des Communautés, qu'il s'agisse des cours allemande, italienne, française, espagnole et même portugaise. Sur les principes, sur les motivations, sur l'allure générale des recours, des procédures etc., il y a des différences qui sont considérables, mais sur les solutions de fond, les problèmes concrets pour lesquels j'ai eu à travailler, par exemple le statut universitaire, le statut de la télécommunication, les jurisprudences convergent. C'est finalement que peut-être on en arriverait à ce qui avait été le rêve du Siècle des Lumières, le droit public européen. En tout cas c'est ce qu'il faut souhaiter. Merci.

Professeur JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *rapporteur de langue française*,
Peseux.

J'aimerais d'abord dire la reconnaissance que nous autres juristes suisses pouvons éprouver aujourd'hui, à la pensée que quatre éminents magistrats de pays étrangers ont consacré plus qu'une journée, l'espace d'un congrès, à venir nous faire part de leur expérience. Et je le dis avec beaucoup de sincérité, on apprend toujours quelque chose, on progresse dans la compréhension du droit constitutionnel et de sa situation. De toute façon, je ne pense plus aujourd'hui ce que je pensais il y a trente ans, mais je crois que je ne pense plus tout à fait aujourd'hui ce que je pensais hier ou avant-hier. Il s'agit là d'un processus constant. Il est très difficile, après qu'une matière aussi vaste ait été abordée, avec une telle hauteur de vue, de proposer encore quelques réflexions. Mais M. WILDHABER a tout de même annoncé la manière dont nous procéderions aujourd'hui: il s'agit de dire librement, spontanément, les réflexions qui nous ont été inspirées par les discours prononcés. Je vais donc me conformer à cette règle et je vais faire librement, spontanément, quelques observations.

Au début de son exposé, extrêmement synthétique, M. FROWEIN a fait une brève allusion aux événements qui se sont produits à Moscou au mois d'août de cette année. Cette allusion mettait en cause le droit de résistance à l'oppression, à la tyrannie. Et il se trouve en effet que la loi fondamentale, depuis un bon nombre d'années déjà, a enrichi son article 20 d'un alinéa sur le droit de résistance à l'oppression. J'ai toujours eu une certaine peine face à l'al.4 de l'art. 20 de la loi fondamentale. Ce que je souhaite, si une oppression se fait sentir, c'est qu'il y ait des gens assez courageux pour aller passer des nuits dehors devant des chars d'assaut. C'est cela, et non plus le droit, qui sert dans ce genre de situation. La constitution ne sert à rien quant il s'agit de la résistance à l'oppression, à la tyrannie. Seul le courage physique, la détermination d'y aller peuvent faire quelque chose. C'est rare, mais ce spectacle vous est offert quelquefois et justement M. FROWEIN nous rappelait qu'il nous avait été donné il y a quelques semaines. Un autre point des propos de M. FROWEIN, montre, à mon avis, les limites de ce que peut faire une constitution: c'est comme par hasard l'art. 21 de la loi fondamentale sur les partis politiques. Je crois que c'est une matière assez insaisissable. On peut bien dire dans une constitution qu'il y a des partis politiques qui contribuent à la formation de la volonté, à l'expression de la volonté d'un pays. On peut aussi dire que ces partis doivent être organisés de manière démocratique. On peut aussi demander qu'ils rendent compte de leur financement. Mais on s'aperçoit à l'expérience que c'est très difficile de cerner cela, d'empêcher que les partis politiques se transforment en oligarchie. Vous pouvez mettre n'importe quoi dans la constitution, les grands partis politiques, d'après les journalistes français, les journalistes allemands, sont des oligarchies dans les pays qui nous entourent.

M. PALADIN a abordé des questions générales de structure de la constitution. Cette question est très intéressante et pourrait constituer un exercice de séminaire qui consisterait à se demander si la Grande-Bretagne peut être considérée comme un Etat à constitution. Je crois que la Grande-Bretagne nous donne bien, par quelques exemples jurisprudentiels, à réfléchir sur la proximité qu'il y a entre une hiérarchie, entre une constitution écrite et des lois, et certaines manières d'interpréter les lois. Il y a deux ou trois arrêts de la Chambre des Lords où, sous couvert d'interprétation des lois, on introduit une idée de règle supérieure aux lois. J'ai relevé un arrêt, je crois assez célèbre, *Anisminic*. Il s'agit d'un arrêt de 1969 où la loi anglaise, la loi écrite voulue par le Parlement, disait qu'une certaine décision d'une commission n'était pas susceptible de recours, qu'elle était définitive. La Chambre des Lords a dit: "Elle est définitive sous réserve, naturellement, du recours à la Chambre des Lords, parce que

c'est un principe tellement établi qu'on puisse recourir à la Chambre des Lords, que le législateur n'a pas pu vouloir dire autre chose". Qu'est-ce que c'est d'autre, cette interprétation, que l'introduction d'une hiérarchie? J'ai le sentiment, que si la Grande-Bretagne demeure dans la Communauté européenne, elle arrivera progressivement à cette idée de hiérarchie. Je crois que ce n'est pas un hasard, si un journal britannique du mois de septembre, "L'Independant" du 16 septembre 1991, proposait une fois de plus, mais avec pas mal de sérieux, l'introduction en Grande-Bretagne d'une constitution formelle supérieure à la législation parlementaire.

Après quoi M. PALADIN a réouvert la discussion si célèbre sur les limites matérielles de la constitution. Il s'agit des limites matérielles qu'on peut poser à la révisibilité des constitutions. C'était très bien et cela a montré deux camps, qui sont vraiment très différents: celui de l'Allemagne, où l'art. 79 al.3 déclare intangibles certaines dispositions et est lui-même considéré comme intangible; et puis la conception française dont M. VEDEL nous expliquait qu'elle tient ces barrières pour des barrières de papier. Je crois qu'on ne peut pas se défaire du sentiment que ce genre de question dépend beaucoup des acteurs en présence, notamment des autorités compétentes pour faire les révisions constitutionnelles. Je trouve assez normal qu'en Allemagne le Conseil parlementaire ait dit, en 1949, qu'il n'appartenait pas à deux-tiers des membres du Bundestag et à deux-tiers des voix du Bundesrat de faire n'importe quoi avec la constitution, qu'il y avait des limites. Mais je pense qu'il est sous-entendu, je suis sûr que cela était dans l'esprit du Conseil parlementaire, que si le peuple allemand désire une fois avoir une assemblée constituante, qu'il veut faire autre chose, cela reste possible. Mais le Bundestag, le Bundesrat sont priés de ne pas toucher à un certain nombre de principes, même à la majorité qualifiée. Pour nous, en Suisse, la question se pose autrement, puisque toutes nos révisions constitutionnelles finissent toujours devant le peuple et les cantons. On voit quand même assez mal qu'on dise un jour au peuple et aux cantons qu'il y a des choses qu'ils n'ont pas le droit de faire. D'autant plus que pratiquement on sait très bien ce que cela signifie. Ce n'est jamais l'Assemblée fédérale qui proposera des révisions tellement audacieuses qu'on puisse se demander si elles ne franchissent pas les limites matérielles de la révisibilité de la constitution. Il s'agit bien plutôt d'un instrument dirigé contre les initiatives populaires. Elles seules sont menacées par la théorie des limites matérielles de la révision de la constitution. Ce serait le droit que s'arrogerait l'Assemblée fédérale, ou éventuellement, dans un autre système, le Tribunal fédéral, de dire que certaines initiatives populaires sont contraires à la constitution parce qu'elles dépassent les limites matérielles de sa révisibilité. Nous avons

beaucoup de peine à admettre cela, je dois l'avouer à M. FROWEIN. Différente est la question des limites matérielles qui seraient en quelque sorte extérieures au droit national suisse, les limites matérielles qui viendraient du droit international, du droit européen. Celles-là nous les admettons dans la mesure où elles sont précises. Mais je crois que la discussion de tout à l'heure portait sur des limites matérielles internes à la constitution. Nous avec notre système de démocratie directe, nous avons de la peine à nous en accommoder.

L'intervention de M. PESCATORE a encore une fois démontré à quel point on apprend dans une vie de juriste. Dans les années 50, j'étais très impressionné par une controverse qui avait eu lieu autour du rapport entre une initiative populaire et des engagements internationaux que la Suisse avait pris à l'égard de l'Allemagne. La question était de savoir si l'initiative populaire serait déclarée irrecevable par l'Assemblée fédérale ou bien si elle serait proposée au vote du peuple et des cantons. Pour finir le peuple et les cantons se sont prononcés et, comme cela a été remarqué l'autre jour, ils ont eu la bonne idée de voter non à cette révision. De sorte qu'aucun problème ne s'est posé. Je tiens d'ailleurs à dire (vous avez certainement reconnu l'histoire de Rheinau) que c'est là un de ces cas où je pourrais très bien imaginer une règle nationale qui soit contraire à un engagement international, parce que là, il y a une sanction, la Confédération suisse aurait payé. Elle aurait violé un traité, une clause particulière d'un traité international, mais la sanction est très simple: nous encourons le risque de devoir payer et nous aurions payé avec l'idée: "Nous nous sommes trompés en 1929, lorsque nous avons conclu le traité. Nous avons maintenant d'autres idées sur la protection de la nature", ou bien "nous avons violé le traité, nous allons payer ce qu'il faut pour satisfaire nos voisins allemands". C'est différent lorsqu'il s'agit de normes d'unification du droit européen, parce que l'on ne peut pas "payer la différence", c'est-à-dire les trous qu'on apporterait à l'ordonnance européenne. J'estime donc qu'il y a des clauses différentes dans le droit international. Il y a des clauses normatives, dont on peut admettre que tout le monde les observe sans quoi le système tomberait, et puis il y a des obligations internationales précises, de faire ceci ou de ne pas faire cela, dont on peut admettre la violation à la condition d'en payer le prix. Pour revenir à la controverse de Rheinau, elle avait suscité de la part d'un très grand constitutionnaliste du milieu du siècle, M. ZACCHARIA GIACOMETTI une phrase célèbre: "Völkerrecht bricht noch nicht Landesrecht". Il disait par là que les gens, chez nous, n'étaient pas encore habitués au fait que le droit des gens l'emporte sur le droit national. Le droit des gens restait une production de la volonté des Etats. Cette opinion n'était pas très loin d'une

position dualiste. Mais vous devez comprendre, mes chers collègues, que moi j'ai été nourri à cette source. Pour moi, GIACOMETTI c'était le grand penseur constitutionnel de notre pays. Si M. GIACOMETTI disait que le droit des gens n'avait pas encore brisé le droit national et bien moi, en tant qu'étudiant commençant dans la carrière, j'en ai conclu que le droit des gens ne brisait pas encore le droit national. De là a commencé, comme vous le dites si joliment en allemand, un "Lernprozess", c'est-à-dire un processus qui faisait que cette position de GIACOMETTI, qui a d'abord été la mienne, n'était, à la longue, plus guère tenable. Je voudrais rassurer M. PESCATORE. S'il lit les auteurs, d'ailleurs il a cité M. TÜHRER et a bien connu M. JACOT-GUILLARMOT, il sait bien qu'en Suisse maintenant la pensée giacomettienne des années 50 a disparu et que l'écrasante majorité des juristes reconnaissent la supériorité du droit international sur le droit national, avec, dans la plupart des cas, l'obligation pour les tribunaux nationaux de préférer la norme internationale à la norme nationale. Voilà ce que je voulais dire à M. PESCATORE, qui a d'ailleurs beaucoup contribué à notre conversion. Il suffit de penser à M. JACOT-GUILLARMOT qui a été une des personnes les plus actives, dans les années 70-80, pour obtenir cette conversion et qui disait lui-même combien il devait à M. PESCATORE.

A M. VEDEL, qui nous a une fois de plus ébloui et charmé par son éloquence et par la force de sa pensée, je voulais dire ceci. M. VEDEL, par modestie, pour montrer que le juge constitutionnel n'en faisait pas autant qu'on le prétendait, a dit deux choses. Il a d'abord dit: nous nous contentons d'appliquer le droit écrit; nous ne nous inspirons pas de règles que nous aurions forgées nous-mêmes; nous ne prétendons pas nous substituer au constituant ou au législateur, dans un système de droit écrit. Ensuite, et cela est vraiment très impressionnant, il a dit: nous ne nous prononçons pas sur le fond; nous disons simplement que certaines choses ne peuvent être faites que selon une certaine procédure, que certaines révisions ne peuvent pas être faites comme une révision législative mais qu'elles doivent être faites par la voie de la révision constitutionnelle. On ne peut pas contester les propos de M. VEDEL, on peut tout simplement poser des questions. Demander par exemple si, dans l'interprétation, il n'y a pas une part de création? Vous êtes en présence d'un texte. Vous dites qu'il est écrit. Mais il n'est certainement pas si bien écrit qu'on n'y ajoute pas quelque chose. De sorte que je pense qu'il y a un mariage très intime entre le respect du droit écrit et l'interprétation de ce droit, qui n'en est plus la simple transcription. Et puis il y a l'autre présentation des choses, qui est vraiment remarquable: le juge ne se prononcerait pas sur le fond mais sur les procédures. Tout de même vous vous êtes prononcé sur le

fond puisque vous avez dit qu'une certaine question de fond n'était pas du niveau législatif, mais du niveau constitutionnel. Vous avez interprété la constitution. En disant que la constitution interdisait dans son état actuel ce que le législateur prétend faire, vous émettez un jugement de fond. Après ce jugement de fond que vous avez rendu, vous tirez des conséquences de procédure. Mais il faut aussi savoir quelles sont ces procédures. Cela signifie que parfois, après avoir porté un jugement de fond, vous dites: "Désormais, il ne suffira pas de la majorité du parlement, il ne suffira peut-être pas de la majorité du peuple, mais il faudra une majorité qualifiée." Transposez l'argument aux Etats-Unis. Qu'est-ce que cela signifie quand la Cour suprême dit que quelque chose est contraire à la constitution? Cela signifie non seulement, comme JOHN MARSHALL l'avait déjà dit, qu'il faut changer la constitution, mais cela signifie également qu'après avoir dit quelque chose de matériel — ceci est contraire à la Constitution des Etats-Unis — vous donnez à 13 Etats des Etats-Unis la possibilité de bloquer le processus. Cette règle, dont vous n'avez pas voulu faire la critique de fond, finalement vous la livrez à la compétence des Parlements de 13 Etats (s'il s'agit de 13 Etats du Midle West, on peut imaginer ce que cela signifie!). Donc ce sont des considérations de fond qui ont des conséquences très importantes. Il y a plus, j'aimerais terminer par là, parce que maintenant on peut réunir les deux considérations: l'affirmation que le juge ne fait qu'indiquer une meilleure procédure et le problème des limites matérielles à la constitution, qui n'existent peut-être pas en France, mais par exemple en Allemagne. Alors, lorsque le juge aura dit qu'une chose ne peut pas être faite dans une loi, parce que cela est du niveau de la constitution, mais qu'il faudra ajouter que la constitution interdit précisément sa révision sur ce point, le juge par sa décision aura un effet considérable. Il empêche véritablement, sauf une assemblée toute générale du peuple allemand qui réclame une nouvelle constitution, tout projet de révision. Je prends un exemple très précis. Je pense à un arrêt qui date de 1970, rendu par le Bundesverfassungsgericht sur la question des écoutes téléphoniques. Il y a un article de la Constitution qui dit que la liberté de la sphère privée est protégée. Mais on peut naturellement apporter quelques restrictions à cette liberté. En 1968, une période assez troublée, le constituant allemand a ajouté une phrase à l'alinéa 2 de l'art. 10 de la loi fondamentale en disant que les écoutes téléphoniques devaient en principe être communiquées, après écoute, mais que dans certains cas elles pouvaient ne pas l'être. Il y avait des cas d'intérêt public tels que même après l'écoute il ne fallait pas dire par exemple à l'Ambassade d'Union soviétique qu'elle avait été écoutée. Et bien il y a eu un procès là-dessus, où on s'est demandé si le constituant allemand pouvait

ajouter cette phrase à l'alinéa 2, parce que certains disaient que cela viole les limites matérielles prescrites par l'alinéa 3 de l'article 79. Finalement la décision, selon laquelle la révision était acceptable, a été rendue par 5 voix contre 3. Mais il aurait suffi que le score soit renversé pour qu'on ait le tableau suivant: un législateur qui aurait voulu faire cela se serait fait renvoyer à la constitution, et puis le constituant voulant faire cela se serait fait renvoyer à l'alinéa 3 de l'art. 79. Vous voyez que les juges ont quand même dans leurs mains un immense pouvoir et je ne crois pas qu'on puisse limiter ce pouvoir à des considérations de simple procédure.

Voilà, M. le Président, quelques remarques spontanées que m'ont suggérées les brillants exposés de nos invités étrangers.

Professeur LUZIUS WILDHABER, *directeur des débats*:

L'organisation d'une table ronde est aussi un processus sujet à réévaluation constante: ce que je pensais il y a encore deux heures, n'est plus ce que je pense maintenant. Au début j'ai pensé que j'organiserai la discussion selon le principe "trois petits tours et puis s'en vont" et il s'avère que je n'ai pu organiser que deux tours. Je m'en excuse, mais le temps presse, et il presse tellement que je n'ai plus beaucoup de temps pour remercier mes collègues de leurs précieuses contributions. C'est le président sortant de la Société Suisse des Juristes qui va exprimer tous nos remerciements au nom de la Société.

Professeur LOUIS DALLÈVES, *président sortant de la Société Suisse des Juristes*:

Il me revient, en effet, comme dernière tâche de prononcer l'allocution de clôture. Et que dire dans une allocution de clôture, sinon des remerciements à tous ceux qui ont rendu ce congrès possible et qui l'ont animé par leur présence. Je remercierai tout d'abord les deux rapporteurs qui ont consacré non seulement des heures et des jours, mais des semaines à préparer ces rapports que vous avez lus et qui resteront un témoignage durable de leur travail, de leur participation à ce Congrès des juristes de 1991. Je remercierai aussi nos collègues, que je n'ose plus appeler étrangers, venant de l'étranger, pour la possibilité qu'ils nous ont donné d'élargir la discussion, pour le regard extérieur et nouveau qu'ils ont porté sur le sujet et qui a permis, comme on l'a dit tout à l'heure, de l'enrichir considérablement.

Je remercie aussi, et il ne faut pas l'oublier, le Comité d'organisation. Je remercie spécialement Mme CATHERINE ROSSET, sa présidente, et Me JEANDIN son fidèle acolyte. Grâce à eux tout s'est bien déroulé. Ils ont tout prévu, tout organisé, sauf le beau temps, ce qui malheureusement échappe à nos possibilités. Et pour terminer je remercie également tous les participants. Car que serait un congrès sans participants? Je les remercie aussi d'avoir animé ce congrès par leurs interventions. Leur participation est la récompense de notre travail.