

**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:** 111 (1992)

**Rubrik:** Protokoll der 126. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins = Procès-verbal de la 126e 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:** 30.04.2026

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

# Protokoll der 126. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 3. – 4. Oktober in Luzern

# Procès-verbal de la 126<sup>e</sup> assemblée annuelle de la société suisse des juristes

du 3 – 4 octobre 1992 à Lucerne



Sitzung vom Samstag, den 3. Oktober 1992,  
im Hotel Palace in Luzern

Präsident:

Dr. Andreas Girsberger, Rechtsanwalt, Zürich

Sekretäre/secrétaires:

Delia Lüthi, lic. iur., Kloten

Gustavo Scartazzini, Dr. iur., Luzern

**I.**

**Eröffnungsrede des Präsidenten und Begrüssungsansprache –  
Discours d’ouverture du Président et allocution de bienvenue**

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 08.30 Uhr mit folgenden Ausführungen:

Mesdames et Messieurs, chers amis de la Suisse romande ainsi que de la Suisse allemande et du Tessin, n’ayez pas peur que je continue en français. Il est vrai que, dans le cercle intime de notre comité, nous avons l’habitude de nous servir de la langue française parce que la majorité du comité est romande; mais je n’oserais jamais m’exprimer, en face d’une audience aussi large qu’aujourd’hui, dans mon français fédéral ou plutôt français zurichois. Pourtant, je voudrais vous souhaiter, encore en français, la bienvenue dans cette belle ville de Lucerne, avec un temps qui s’améliorera (on m’en a assuré de la part du comité), et j’espère que nous passerons ensemble deux journées productives et agréables.

Im Namen des Schweizerischen Juristenvereins heisse ich Sie in der Leuchtenstadt alle sehr herzlich willkommen.

Mit besonderer Wärme und Freude begrüsse ich Herrn Bundesrat ARNOLD KOLLER, den Vorsteher unseres Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes. Seine engagierten Plädoyers für eine aktive Mitwirkung der Schweiz beim europäischen Integrationsprozess am letztjährigen Juristentag in Genf und am diesjährigen Anwaltstag in Bern sind mir noch in lebhaftester, bester Erinnerung. Wir sehen seiner Ansprache vor der Mittagspause mit Spannung entgegen.

Wenn ich unter Zeitdruck Sie nicht alle persönlich begrüssen kann, wie ich es möchte, so bitte ich dafür um Verständnis. Ich darf aber herzlich willkommen heissen unsere Ehrengäste, die Herren Bundesrichter RUDOLF RÜEDI, Präsident des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Luzern, und ROBERT PATRY, Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne, Herrn Kollegen ARNALDO BOLLA, Präsident des Schweiz. Anwaltsverbandes, die Herren OTHMAR GLANZMANN und JOST FISCHER vom Verwaltungsgericht und Obergericht des Kantons Luzern, Herrn FRANZ WICKI, Präsident des Luzerner Grossen Rates, Herrn Professor LOUIS DALLÈVES, meinen unmittelbaren Vorgänger im Präsidium und mehrjährigen lieben Vorstandskollegen, sowie Herrn Dr. EDGAR SCHMID, Direktor der Rechtsabteilung der SUVA, die als Hauptsponsorin dieses Juristentages den Organisatoren einen erheblichen Teil der finanziellen Bürde abnimmt.

Sehr zu schätzen wissen wir die Teilnahme einer Delegation des Deutschen Juristentags – so lautet die offizielle Bezeichnung der deutschen Juristenvereinigung – an unserer Tagung, nämlich der Herren HARALD FRANZKI, Vorsitzender, und Rechtsanwalt FELIX BUSSE, Sekretär der Ständigen Deputation des Deutschen Juristenvereins, sowie von Herrn HERBERT NIEBLER. Ich durfte kürzlich an ihrem Juristentag in Hannover teilnehmen und habe dabei einen nachhaltigen Eindruck davon erhalten, welche gewaltigen juristischen Aufgaben unsere deutschen Kollegen zu bewältigen haben. Unsere schon auf das letzte Jahrhundert zurückgehenden Beziehungen zum Deutschen Juristentag sind reaktiviert worden.

Ich darf bei dieser Gelegenheit daran erinnern, dass 1890 am damaligen Juristentag in Zürich ein eminenter deutscher Jurist, RUDOLF VON JHERING – uns allen bekannt durch seinen Kampf ums Recht – zum Ehrenmitglied des Schweizerischen Juristenvereins ernannt wurde. Eine Berührungsangst unseres Juristenvereins gegenüber dem deutschen Nachbarn besteht somit nicht.

Danken möchte ich hier allen jenen, die einen aktiven Beitrag an die Durchführung des diesjährigen Juristentages geleistet haben, namentlich dem Organisationskomitee der Luzerner Juristen unter der Leitung von Rechtsanwalt und Notar HANS SCHERRER und seiner ebenso tüchtigen wie charmanten Frau HEIDI, unseren Rechnungsrevisoren und ganz besonders auch meinen stets zu jeglicher Mitarbeit bereiten Vorstandskollegen. Aus ihrem Kreis haben sich in verdankenswerter Weise Herr Prof. BLAISE KNAPP für die heutige und Herr Bundesrichter PIERRE MÜLLER für die morgige Diskussionsleitung zur Verfügung gestellt.

Im Vordergrund des wissenschaftlichen Teils unserer Veranstaltung stehen die Damen und Herren Berichterstatter. Ihnen verdanken wir die auf ein breites theoretisches und praktisches Interesse stossenden Referate sowie ihre persönliche Mitwirkung bei den Diskussionen. Wir haben bei der Wahl der Referenten streng auf das Gleichheitsprinzip geachtet. Es stehen sich nämlich zwei namhafte Juristinnen und – wenn ich die Herren DUC und GREBER als Einheit behandeln darf – eine gleich starke Männervertretung gegenüber.

Gestatten Sie mir noch ein letztes Wort zum Juristenverein selber. Wenn wir heute und morgen in Luzern tagen, so beschwören wir den genius loci nicht ohne Grund herauf. Der Schweizerische Juristenverein wurde nämlich am 7. Juli 1861 im Saal des Grossen Rates von Luzern ausschliesslich auf Initiative prominenter Luzerner Juristen gegründet. Den Abschluss der Tagung bildete ein gemeinschaftliches Mittagmahl im Casino, so wie auch wir das heutige Mittagmahl im nebenan gelegenen Casino einnehmen werden. Wie damals die Kantone zusammenrückten, so rücken heute die europäischen Staaten zusammen. Die Worte, mit denen Staatsschreiber WILLI damals für die Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet der Schweiz eintrat, liessen sich geradezu auf den heutigen europäischen Zusammenhang übertragen. Staatsschreiber WILLI sagte wörtlich:

“Der Bundesstaat, welcher an die Stelle des Staatenbundes getreten ist, ... hat die Verhältnisse und damit auch die Bedürfnisse in legislativer Beziehung wesentlich anders gestaltet. Wie die Kantone ... einander näher gerückt sind, wodurch allmählich die Mannigfaltigkeit in ihren Sitten, Ansichten und Kulturstufen sich verlieren wird, so soll dies auch in Beziehung auf ihre Gesetzgebung geschehen. Und diesen Weg zu ebnen ist Aufgabe der neuen Gesellschaft.”

Könnten wir in diesem Sinne die Beschäftigung mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht unserem Verein und unseren Mitgliedern als lohnende Aufgabe zum Ziele setzen?

Damit gebe ich das Wort Herrn Bundesrichter RUDOLF RÜEDI.

Dr. RUDOLF RÜEDI, *Präsident des Eidg. Versicherungsgerichts, Luzern:*

Vor 75 Jahren, genau am 1. Dezember 1917, hat das Eidg. Versicherungsgericht, obschon in der Bundesverfassung nirgends unter diesem Namen erwähnt, hier in Luzern seine Tätigkeit als oberstes Sozialversicherungsgericht aufgenommen.

Heute sind die Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins zum Juristentag in Luzern versammelt, um ein Thema aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts zu behandeln. Sie gratulieren mit dieser wissenschaftlichen Auseinandersetzung dem EVG zum 75. Geburtstag. Ich danke dem Präsidenten und dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins im Namen des Gerichts dafür sehr herzlich. Ich füge aber sofort bei, dass wir den Juristentag 1992 in Luzern mit der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt teilen. Das KUVG von 1911 trat zwar am 1. April 1918 in Kraft, das EVG hatte jedoch bereits vier Monate früher mit der Arbeit begonnen. Dem Gesetzgeber schien es nämlich damals opportun, dem EVG gegenüber der SUVA einen kleinen Vorsprung einzuräumen.

Seit 1917 ist dem EVG die Aufgabe gestellt, Sozialversicherungsrechtsprechung funktionierende Wirklichkeit werden zu lassen. In rund 84000 Urteilen hat das Gericht zur Verwirklichung des Sozialversicherungsrechts des Bundes, zur Übereinstimmung von Norm und Individualgerechtigkeit, beigetragen. Seit dem 1. Oktober 1969 ist das EVG als die organisatorisch selbständige Sozialversicherungsabteilung auch in das Bundesgericht eingebunden.

Das EVG hat am vergangenen 21. Mai offiziell Geburtstag gefeiert. Ich habe am Festakt gesagt, das Jubiläum bedeute für das Gericht Öffnung. Jubiläumsanlass und die vom Gericht herausgegebene Festschrift sollten zeigen, wie sich Rechtsprechung und Selbstverständnis des EVG in den letzten 75 Jahren entwickelt haben. Der heutige Juristentag trägt ebenfalls wesentlich dazu bei, dass die Bedeutung der Aufgabe und des Wirkens des EVG verstärkt in das Bewusstsein der Öffentlichkeit getragen wird.

Der Juristentag gilt indessen nicht primär den Institutionen, sondern der juristischen Materie. Heute steht denn auch in der langen Geschichte des Schweizerischen Juristenvereins erst zum zweiten Mal nach 1955 ein Thema aus dem Bereich der Sozialversicherung zur Debatte. Wenn es in diesem Rhythmus weitergehen sollte, wird sich der Schweizerische Juristenverein der Sozialversicherung tatsächlich schon wieder im Jahre 2029 zuwenden!

Gestatten Sie mir einige Hinweise auf die Bedeutung des EVG für die Verwirklichung des Bundessozialversicherungsrechts, auch vor dem Hin-

tergrund, dass in diesem Bereich jährlich 60 Milliarden Franken umverteilt werden. In seiner Rechtsprechung, in den seit 1917 ergangenen Urteilen, spiegeln sich Statik und Dynamik der richterlichen Tätigkeit. Statik, d.h. Rechtsbeständigkeit und Berechenbarkeit auf der einen Seite, Dynamik, d.h. Rechtsfortbildung, Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung auf der andern Seite sind die beiden Pole, in deren Kraftfeld die Rechtsprechung des EVG einzuordnen ist.

Rechtsbeständigkeit und damit Berechenbarkeit und Rechtssicherheit sind besonders in Bereichen wichtig, die obligatorische Volksversicherungen betreffen. Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht steht im Spannungsverhältnis zwischen dem Bemühen um Gerechtigkeit im Einzelfall und den Erfordernissen der Rechtssicherheit. Die Tätigkeit des obersten Gerichts der Sozialversicherung ist in ganz besonderer Weise eingespannt zwischen dem Anspruch des einzelnen auf Verwirklichung seines Rechts einerseits und prägender Bedeutung für Gesellschaft und Staat andererseits.

Rechtssicherheit verlangt – bei aller Anerkennung des Bedürfnisses nach Veränderung – ein gewisses Mass an Bewahrung und Beständigkeit. Gerade auch die sehr rege und vielfältige Tätigkeit des Gesetzgebers im Sozialversicherungsbereich erfordert Konstanz in der Kontinuität. Zufälligkeiten der Rechtsprechung dürfen nicht über die Existenzgrundlagen des einzelnen entscheiden. Die Rechtsprechung muss für Bürger und Verwaltung berechenbar bleiben.

Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung sind die *dynamischen* Elemente der Rechtsprechung. Wie kaum ein anderer Bereich fordert das Sozialversicherungsrecht, dieses komplexe und dynamische Rechtsgebiet im sozialen Rechtsstaat, das immer auch dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen ist, den Richter zu Rechtsfortbildung. Die einzelnen Gesetze sind zu verschiedenen Zeiten gewachsen, zersplittert, weitgehend unkoordiniert, unübersichtlich und kompliziert. Während 75 Jahren hat das Eidg. Versicherungsgericht – zunächst eher pragmatisch, im Laufe der Zeit aber auch mit immer mehr konzeptioneller Fantasie – die Rechtseinheit im Bereich der sozialen Sicherheit des Bundes hergestellt, gefestigt und kontinuierlich erneuert. Seine Urteile halfen mit, das Recht dem raschen Wandel der sozialen und gesellschaftlichen Verhältnisse anzupassen. Die Sozialversicherungsrichter sind schon lange aus der juristischen Isolation ihres Rechtsgebietes ausgebrochen und streben bewusst den Bezug zur Gesamtrechtsordnung an.

Dazu kommt, dass auch die Tätigkeit der zersplitterten Verwaltung der Sozialversicherung Anlass gibt, so weit als möglich allgemeinen Grundsätzen im formellen und materiellen Bereich zum Durchbruch zu verhel-

fen. Auch viele Vorinstanzen sind noch nicht so organisiert, dass bereits auf der Stufe der Kantone eine Rechtseinheitlichkeit zu registrieren wäre. Wichtigste Aufgabe des EVG ist es daher, das formelle und materielle Sozialversicherungsrecht des Bundes zu koordinieren und die Rechtsanwendung zu harmonisieren.

Dass dazu auch das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts einen wichtigen Beitrag leisten könnte, ist wohl unbestritten und wurde schon 1955 am Juristentag in Interlaken postuliert. Leider ist der jüngste Entwurf, der den Ständerat, aus dem er auch stammt, letztes Jahr oppositionslos passierte, nach dem Willen des Bundesrates schubladisiert worden. Man wolle zuerst die Revision von AHVG, BVG und Krankenversicherung sowie die Auswirkungen des europäischen Einigungsprozesses auf unsere Sozialversicherungen abwarten. – Die rasche Vereinheitlichung von Begriffen, Rechtsinstituten und Verfahrensregelungen im Sinne besserer Geschlossenheit der Sozialversicherungszweige tut indessen not!

Das *internationale* Sozialversicherungsrecht gewinnt zunehmend an Bedeutung; diese Entwicklung wird sich nach der Vollendung des Binnenmarktes noch verstärken. Nirgends so sehr wie im Bereich der Sozialversicherung zeigt sich ja auch, dass mit der Schaffung dieses Marktes nicht nur ein Wirtschaftsraum, sondern ein umfassender Rechtsraum – eine Rechtsgemeinschaft – geschaffen wird. Einer der Berichterstatter von heute morgen, Bundesrichter MEYER, kommt in seinem schriftlichen Rapport zum Schluss, dass das schweizerische Sozialversicherungsrecht gerade im Bereich der Rechtsgleichheit und der verfahrensmässigen Garantien noch nicht europatauglich ist.

Das EVG wird gefordert und aufgerufen sein, auch unter neuen Verhältnissen in seinem Aufgabenbereich Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat wahrzunehmen und den verbindlichen völkerrechtlichen Normen innerstaatlich zum Durchbruch zu verhelfen. Das Gericht ist bereit, diese Herausforderung anzunehmen!

*Der Präsident:*

Ich danke Herrn Bundesrichter RUDOLF RÜEDI für seine gehaltvollen Ausführungen und übergebe das Wort unseren heutigen Referenten.

## II.

### **Referate der Berichtstatter und Diskussion zum Thema: Bedeutung von Art. 4 BV im Sozialversicherungsrecht – Exposés des rapporteurs et discussion sur le sujet: La portée de l'art. 4 Cst. en droit de la sécurité sociale**

Professeur BLAISE KNAPP, *Vésenaz, directeur des débats:*

Le comité m'a demandé de présider cette séance. Comme de coutume, nous entendrons dans un premier temps des exposés présentant les différents rapports. Comme son rapport a été distribué et, selon la fiction juridique bien connue, est supposé avoir été lu par les participants, nous entendrons d'abord M. MEYER, qui nous fera un exposé relativement bref. Ensuite nous aurons deux exposés un peu plus longs des deux auteurs du rapport qui a été distribué ce matin, grâce à la gentillesse de notre collègue, le Juge fédéral MÜLLER, qui est allé les chercher lui-même à l'imprimerie pour que vous les ayez ce matin.

Par conséquent, la parole est maintenant à M. MEYER.

Dr. ULRICH MEYER-BLASER, *Bundesrichter, Luzern, Berichtstatter deutscher Sprache:*

Es ist nun gut drei Jahre her, dass mir Kollege PETER MÜLLER, nach Absprache, aufgegeben hat, über das Thema der Bedeutung von Art. 4 BV für das Sozialversicherungsrecht Bericht zu erstatten. Ich habe dieses Thema ziemlich lange in mir herumgetragen, mir Gedanken gemacht, Material gesammelt und bin nach etwa einem Jahr der Reflexion, überraschenderweise für mich, zum Ergebnis gekommen, dass die Hauptstossrichtung des Art. 4 BV im Sozialversicherungsrecht primär die Anwendung des materiellen Sozialversicherungsrechts beschlägt. Ich habe Ihnen also nicht ein Referat geschrieben als dasjenige eines Verfassungsrichters oder aus verfassungsrechtlicher Sicht, sondern primär aus der Sicht des amtierenden Sozialversicherungsrichters, als Richter in einem bestimmten Fachgebiet. Uns ist ja in aller erster Linie die Aufgabe gestellt, die Normen des Sozialversicherungsrechtes, nach einwandfreier Feststellung des Sachverhaltes, richtig zur Anwendung zu bringen. Und es ist mir im Laufe dieser Arbeit klargeworden, dass eine sehr wichtige, ja wahrscheinlich die ureigenste Bedeutung der Rechtsgleichheit darin liegt, dass diese Aufgabe der richtigen Anwendung des Unterverfassungsrechts, also hier des materiellen Sozialversicherungsrechts, den verfassungsmässigen Anspruch

auf rechtsgleiche Behandlung am besten gewährleistet. Hier zeigt sich eine primäre Bedeutung der Rechtsgleichheit, die nicht vernachlässigt werden darf. Sie sehen aus meinem Rapport, dass viele methodologische Überlegungen im Zentrum stehen; das erklärt sich eben aus dieser Ausgangslage, aus dieser Optik.

Drei Bemerkungen möchte ich dazu machen. Wenn ich die Bedeutung eines methodisch bewussten und methodisch richtigen Vorgehens bei der Rechtsanwendung als wichtiges Erfordernis zur Verwirklichung von Rechtsgleichheit betone, so will ich damit nicht etwa frühere Vorstellungen wieder aufleben lassen des Inhalts, dass einfach durch die Methode als solche, im Sinne eines mehr technischen, deduktiven Vorganges, sich Auslegungen im Auffinden von vom Gesetzgeber Vorentschiedenem, aber vielleicht durch den mangelhaften Gesetzeswortlaut Verdecktem ergeben und erschöpfen. Ich stehe dazu, dass Rechtsanwendung an sich eine schöpferische, kreative Komponente hat, welche letztlich das Ergebnis der Rechtsanwendung nie zum voraus berechenbar machen wird, meine aber, dass wir bei allem Pluralismus in der Auslegungslehre doch gewisse methodische Grundeinsichten teilen und dass wir zu diesen methodischen Grundeinsichten stehen sollten. Der Wert der in unseren Urteilen verwendeten Auslegungsformen besteht darin, dass wir ein Prüfungsprogramm entwickeln und dieses in den Einzelfällen auch tatsächlich anwenden. Damit kann vermieden werden, dass plötzlich in apodiktischer Weise und weitab von diesen praxisgemäss wesentlichen Auslegungskriterien irgendwelche Gründe, vielleicht auch unausgesprochene Gründe, in die Entscheidung einfließen. Dieses bestimmte minimale Mass an methodischen Grundeinsichten ist mir daher sehr wichtig.

Nicht minder wichtig ist aber zweitens die Einbindung dieser Methodenlehre in die verfassungsrechtliche Optik. Hier wollte es der Zufall, dass ich im Verlaufe meiner Arbeit auf ein Werk gestossen bin, das Sie in meinem Rapport immer wieder zitiert finden; es ist das dasjenige von Herrn Dr. BIAGGINI, der auch unter uns weilt. Es war für mich ein bahnbrechendes Werk deswegen, weil es die Methodik mit der verfassungsrechtlichen Situation, so weit ich sehe, zum ersten Mal so eingehend verbunden hat. Ein ganz prägnantes Beispiel: Nach ZGB 1 steht uns als Sozialversicherungsrichter das gesamte Instrumentarium an Auslegung, an Lückenfüllung (Schliessen echter Lücken; ausnahmsweises Schliessen unechter Lücken) und so fort zur Verfügung. Damit kontrastieren auf der anderen Seite die verfassungsrechtlichen Vorgaben, namentlich die in Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 Bundesverfassung festgelegte Schranke, wonach wir die Bundesgesetze (und die anderen gleichgestellten Erlassformen) zwar, nach einem Teil der Lehre, wohl auf ihre Verfas-

sungsmässigkeit hin überprüfen können, dass uns aber auf jeden Fall ihre Anwendung geboten ist. Zwischen diesen beiden Bereichen besteht eine innere Spannung: es ist *die* wichtige Frage für ein oberstes Gericht, sich darüber klarzuwerden, wo, unter welchen Bedingungen, unter welchen Voraussetzungen das methodische Instrumentarium von Auslegung und Lückenfüllung zum Zuge kommen kann und wo die verfassungsrechtliche Bindungswirkung Platz greift. Hier konnte ich in meiner Arbeit an vielem anknüpfen, was, wie gesagt, im erwähnten Werk behandelt wurde.

Als drittes möchte ich abschliessend zum Hauptteil, der Bedeutung der Rechtsgleichheit im materiellen Sozialversicherungsrecht, sagen, dass, wenn wir diese methodischen Grundeinsichten einerseits und ihre Verbindung mit den verfassungsrechtlichen Gegebenheiten andererseits gebührend in Betracht ziehen, dass dann der Bereich richterlicher Rechtsfortbildung insgesamt doch etwas klarer, etwas weniger verschwommen wird: grundlegende Entscheidungen, die im Sozialversicherungsrecht die Konzeption eines Erlasses, das Beitrags- und das Leistungssystem beschlagen, solche grundlegende Entscheidungen sind Sache des Gesetzgebers. Es ist uns also beispielsweise verwehrt, anders als etwa im deutschen Sozialrecht, auf dem Wege der richterlichen Rechtsfortbildung bestimmte freiwillige Leistungen zu gesetzlichen Pflichtleistungen zu machen. Abgesehen von diesem Bereich der grundlegenden Entscheidungen, welche Sache des Gesetzgebers sind, und abgesehen auch vom sekundär-nachgeordneten Regelungsbereich, soweit dort eine verbindliche Entscheidung des Gesetzgebers feststellbar ist aufgrund der gesamten Auslegung – von diesen beiden Bereichen abgesehen, eröffnet sich dem Sozialversicherungsrichter ein weites Feld richterlicher Rechtsanwendung einschliesslich Rechtsfortbildung. Diese Aufgabe hat er wahrzunehmen, und zwar im Sinne einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung, als konsequentes Fortführen, Zuendedenken des vom Gesetzgeber Begonnenen, dies besonders im Hinblick auf Fallsituationen, welche in ihrer Vielfältigkeit der Aufmerksamkeit, dem Bedenken der gesetzgebenden Organe entgangen sind.

Im zweiten Teil meiner Arbeit finden Sie die klassischen Wirkungsweisen der aus Art. 4 BV abgeleiteten Rechtspositionen im Verfahren. Hier unterscheiden wir uns in unserem Rechtsgebiet nicht wesentlich von der Verwaltungsrechtsprechung in Lausanne.

Im dritten Teil war es mir wichtig, einen Blick zu werfen auf die europäische Rechtsentwicklung. Vor allem zwei Dinge sind mir hier aufgestossen, auf die ich Ihre Aufmerksamkeit weisen möchte. Zum einen besteht aufgrund der Rechtsprechung der Konventionsorgane die Möglichkeit, dass die sozialversicherungsrechtlichen Verfahren Art. 6 Abs. 1 EMRK unterstellt werden, was zur Folge hätte, dass alle darausfliessen-

den Garantien zu beachten sind. Ein entsprechendes Verfahren ist gegenwärtig vor dem Gerichtshof hängig, nachdem die Kommission mit einem sehr knappen Entscheid von 8 zu 7 Stimmen für die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK optiert hat. Welche Garantien sind vor allem kritisch? Es ist eindeutig jene der Öffentlichkeit des Verfahrens, das unsere Sozialversicherungsrechtspflege grundlegend umgestalten könnte, und es ist zweitens die Garantie eines fairen und effektiven Verfahrens, also der Anspruch auf effektiven verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, und zwar unter den Gesichtspunkten sowohl der Sachverhaltsfeststellung, der Begutachtungspraxis, wie sie heute abläuft, als auch der Zurückhaltung der Verwaltungsgerichte gegenüber der Verwaltung im Bereich der inzidenten Normenkontrolle. Hier ergeben sich von der EMRK her gewisse Anforderungen. Und letzte Bemerkung, das Gemeinschaftsrecht steigt am Horizont auf, zeichnet sich ab mit einer, wie ich meine, gegenüber dem innerstaatlichen Rechtsgleichheitskonzept ganz verschiedenen und weitergehenden Tragweite. Das Europarecht fordert nämlich in sehr vielen Bereichen und namentlich in der Sozialen Sicherheit nicht nur eine formelle Gleichstellung und -behandlung, sondern erheischt eine effektive, eine materielle Gleichheit. Es untersagt insbesondere auch sogenannte indirekte Diskriminierungen, beispielsweise solche aufgrund des Geschlechtes oder aufgrund der Staatsangehörigkeit.

Professeur BLAISE KNAPP, *directeur des débats*:

Je vous remercie beaucoup de cette introduction qui a mis l'accent sur les deux points les plus importants; d'une part le pouvoir créateur du juge, sur l'étendue duquel nous pourrions discuter très longuement, et d'autre part, les aspects de droit européen; sur cette seconde question il faudra que nous soyons une fois au clair sur ce que signifie l'égalité formelle et l'égalité matérielle en droit européen; j'ai en effet l'impression que ces termes n'ont pas exactement le même sens que dans le droit suisse.

La parole est maintenant à M. DUC.

Professeur JEAN-LOUIS DUC, *Assens, rapporteur de langue française*:

Lorsque l'invitation de présenter à la SSJ un rapport consacré à la portée de l'article 4 Cst. en droit suisse des assurances sociales nous a été adressée, nous avons quelque peu hésité à y répondre, et cela pour une raison bien simple: outre le fait qu'il s'agit là d'un redoutable honneur, force est bien d'avouer que nous n'appartenons pas à la grande famille des constitutionnalistes. Pourtant, nous avons accepté le défi, conscients

du risque ainsi pris, et nous avons décidé d'aborder le problème d'une manière si possible originale, en essayant de montrer l'utilisation faite en pratique des principes généralement déduits de l'article 4 Cst. dans le domaine des assurances sociales. Or, sur ce plan au moins, nous pensons avoir de l'assurance sociale une connaissance que de nombreux spécialistes du droit constitutionnel ne possèdent peut-être pas. C'est ce qui nous permet d'espérer que nos réflexions sur le sujet pourront présenter quelque intérêt pour qui voudra bien en prendre connaissance.

Qu'il nous soit permis, avant de présenter brièvement la partie du rapport en langue française qui est le fruit de nos recherches, de remercier le Professeur PIERRE-YVES GREBER de la part prise à ce travail commun. La double signature du rapport n'implique naturellement nullement que chacun des deux auteurs se rallie sans réserve à toutes les opinions exprimées par l'autre, encore que les éventuelles divergences soient fort peu nombreuses et qu'elles portent sur des points très secondaires. Précisons encore que nous avons délibérément mis l'accent, dans ce rapport rédigé en français, sur la doctrine de langue française, dont on se plaît à souligner ici l'ampleur actuelle.

La constitution sociale de la Suisse a surtout été étudiée par HANS PETER TSCHUDI, particulièrement qualifié pour procéder à un tel examen. Il nous paraît que cet éminent juriste a bien mis en évidence les limites qui doivent être assignées à l'Etat social, ainsi que les intérêts contradictoires à concilier dans la mesure du possible. Il écrit: 'La Constitution sociale ne jouit pas d'une situation de monopole. Il faut aussi tenir compte des normes qui imposent des limites à l'Etat social...' Ou encore: 'Dans la mesure où la Constitution fédérale reconnaît au législateur la compétence de prendre des mesures de politique sociale, celles-ci peuvent déroger à la liberté du commerce et de l'industrie, mais ce principe fondamental, garanti lui aussi au niveau constitutionnel, doit être maintenu dans son essence'. TSCHUDI en déduit que 'l'Etat de droit et l'Etat social sont complémentaires dans la mesure où les institutions sociales ne peuvent vider les libertés individuelles de toute substance: celles-ci ont pour leur part besoin de la sécurité sociale afin de ne pas rester lettre morte pour la majorité de la population'. Il s'agit donc pour le législateur de 'trouver un équilibre raisonnable entre des tendances contradictoires'. Une question vient alors immédiatement à l'esprit: l'idée d'égalité de traitement est-elle compatible avec la notion d'égalité sociale qui, elle, requiert l'élimination des inégalités économiques et l'offre à chacun de chances de développement dans une mesure raisonnable? Le principe constitutionnel de l'égalité de droit constitue une injonction au législateur de tenir compte de l'idée d'une compensation sociale. Selon ALFRED

MAURER cependant, le principe d'égalité (et l'injonction de traiter différemment des situations différentes) doit être manié avec précaution dans l'assurance sociale, pour permettre par exemple de s'écarter du principe de l'équivalence lorsqu'il s'agit de réaliser la solidarité entre hommes et femmes dans l'assurance-maladie. Dans cet ordre d'idées, HANS PETER TSCHUDI expose de manière fort intéressante que si les mesures de politique sociale entrent plutôt en conflit avec la garantie de la propriété, 'celle-ci ne s'oppose pas à la perception de cotisations par les assurances sociales, dans la mesure du moins où elle conserve une certaine mesure et ne devient pas confiscatoire'. Le prénoté souligne également la situation qui se présente dans l'AVS/AI/APG, où les revenus sur lesquels les cotisations sont perçues ne sont pas plafonnés, ce qui favorise les assurés à faibles revenus en introduisant dans le système une forte composante de solidarité. GEORG MÜLLER relève que 'l'égalité juridique en tant qu'interdiction des différences injustifiées est confrontée aux conditions de fait existantes, qu'elle ne saurait modifier. En revanche, en tant qu'exigence d'égalisation, elle commande la suppression des disparités sociales, le nivellement des différences de fait, l'amélioration des chances d'épanouissement humain. Cette injonction d'une égalité à aménager dans les faits et conditions sociales ou matérielles repose également sur les conceptions que l'on se fait de la justice, plus exactement d'un ordre social juste dans lequel les conditions de la vie en société sont améliorées et rééquilibrées les unes par rapport aux autres, et les bases créées pour un véritable usage de la liberté par l'ensemble des citoyens.

La réalisation de cette forme d'égalité et de justice est en premier lieu l'affaire du législateur. Sans doute, celui-ci ne doit-il pas pousser l'égalisation trop loin, sous peine de porter une atteinte exagérée aux droits fondamentaux d'une partie des citoyens. Nivellement et redistribution constituent en effet des mesures qui, immanquablement, causent des lésions à des droits existants, de nature économique essentiellement, souvent aussi toutefois de nature idéale et politique, droits que la Constitution protège également'.

Ces réflexions ne devraient pas être oubliées, en ces temps de (parfois) profondes mutations de nos assurances sociales, en particulier lorsqu'on discute de mutualité, de solidarité, de principe d'assurance (d'autres rapports évoqueront les aspects fiscaux, que nous n'examinons pas, mais qui jouent un rôle qui n'est pas négligeable, dès lors que le financement de l'assurance sociale intervient aussi par le biais de prestations de l'Etat, donc par celui de l'impôt). Et le discours ne manque assurément pas d'intérêt non plus, à une époque de discussion sur les bornes d'une solidarité supportable. Il suffit pour s'en convaincre de considérer ce qui

se passe aujourd'hui dans le domaine de l'assurance-maladie, où le problème des limites à tracer est particulièrement aigu, et où un nivellement des différences de fait (imputables à la disparité des moyens d'existence des assurés) pourrait être pratiquement impossible à réaliser, s'agissant en particulier du libre accès à certaines thérapies coûteuses.

Illustrons notre propos par deux exemples.

Premier exemple: il est admis que l'idée de la solidarité est issue de l'égalité de traitement. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, le principe de la solidarité ne saurait s'accommoder de l'impunité de l'auteur d'un dommage résultant d'une faute grossière de la victime. Cela justifie, pour la Haute Cour, l'existence des réductions, voire refus, de prestations dans l'assurance sociale. A y regarder de plus près, on constate toutefois que ce régime de sanctions, issu du principe d'égalité et censé réaliser l'égalité de traitement, crée en fait des inégalités qui ne sont pas plus justifiées que celles auxquelles on entendait porter remède. Une pesée des intérêts en présence nous conduit à proposer de renoncer purement et simplement auxdites sanctions. On peut du reste noter en passant que la légitimité des sanctions doit être mise en doute, dans le domaine des prestations en espèces en tout cas (rentes et indemnités journalières) au regard de l'article 34<sup>quater</sup> Cst., qui prescrit aux assurances du premier pilier de 'couvrir les besoins vitaux dans une mesure appropriée' et à celles du deuxième pilier de permettre aux personnes âgées, aux survivants et aux invalides de 'maintenir de façon appropriée leur niveau de vie antérieur, compte tenu des prestations de l'assurance fédérale'. Nous estimons que les réductions de prestations à titre de sanction ne sont guère compatibles avec ces principes constitutionnels, du moins lorsque les assurés visés par ces mesures sont susceptibles de devoir être pris en charge par l'assistance publique ou privée.

Second exemple: il est pour le moins douteux que les règles relatives au financement de la LAMA, régissant l'assurance-maladie sociale dans notre pays, satisfont aux exigences d'égalité. La question est d'actualité, puisqu'on essaie de la résoudre par voie d'arrêtés fédéraux urgents et que nombreux sont ceux qui attendent du Parlement qu'il mette en place un régime d'assurance-maladie faisant une part plus large à la solidarité – ce qui présuppose impérativement l'aménagement d'un régime d'assurance obligatoire. Il n'est pas sans intérêt de relever que le principe de la mutualité, dans son acception habituelle retenue par la jurisprudence, contrarie fortement l'idée de la solidarité. Or, dans la recherche d'une solution de nature à rendre les assurés plus solidaires, il y aurait lieu de se pencher sur les limites de l'effort de solidarité que l'on peut attendre de

l'ensemble de la population, riche ou pauvre. Logiquement, cet examen devrait se faire, pour les juristes au moins, au regard des principes de la Constitution; en fait, il s'imposera probablement pour des motifs d'ordre économique: les expériences récentes dans la recherche de solutions faisant appel à la solidarité entre riches et pauvres, et entre employeurs et travailleurs, n'incitent pas à trop d'optimisme.

Les autres sujets sur lesquels notre examen a porté ont généralement fait l'objet d'études nombreuses et documentées. Nous ne nous y arrêtons donc pas dans le cadre de cette brève présentation, sinon pour signaler que nous avons recherché dans la jurisprudence des exemples d'application au domaine de l'assurance sociale. Il en va ainsi de l'interdiction de l'arbitraire, du principe de la bonne foi (sous ses divers aspects) ainsi que du principe de la proportionnalité.

Signalons cependant en passant que, s'agissant du contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes de droit cantonal soumises à l'approbation du Conseil fédéral, ou d'une autorité au bénéfice d'une délégation de compétence, nous pensons qu'il serait souhaitable de confier cette tâche au juge compétent, en l'état de nos institutions, pour effectuer le contrôle concret de la constitutionnalité desdites normes. Il nous paraît également que ce juge devrait pouvoir statuer de manière définitive et exhaustive sur la question faisant l'objet de cet examen. Un exemple illustrera ce propos: si un canton adopte des dispositions destinées à promouvoir la solidarité dans l'assurance-maladie, en instituant une péréquation entre les caisses non prévue par le droit fédéral (en l'occurrence la LAMA – cela s'est vu en pratique), un tel acte peut faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral; il pourra aussi être contesté dans un cas concret où il viendra à être appliqué. S'agissant d'assurance-maladie au sens de la LAMA, c'est le Tribunal fédéral des assurances qui devra alors être saisi, en dernière instance. Il en résultera éventuellement le risque que ce dernier se sente en fait lié par une décision du Tribunal fédéral qui n'aurait pas conclu à l'anticonstitutionnalité des dispositions appliquées et critiquées, même si le jugement considérant une règle comme constitutionnelle dans un recours direct contre elle ne préjuge pas le sort d'un recours dirigé ultérieurement contre une décision d'application de ladite norme, l'autorité chargée de procéder au contrôle concret étant dès lors en principe tout à fait libre de statuer sans égard au contrôle sommaire effectué précédemment.

S'agissant du principe de la bonne foi, nous avons le sentiment que la doctrine éprouve certaines difficultés, s'agissant de justifier son application dans le domaine de l'assurance sociale. En matière d'interdiction de l'abus de droit, ne lit-on pas sous la plume d'auteurs avisés que l'admin-

istré ne doit pas abuser d'une faculté que lui confère la loi en l'utilisant à des fins pour lesquelles elle n'a pas été prévue, se servant ainsi de la loi pour atteindre un but non digne de protection, et qu'il n'en va pas autrement des assurés, dans le domaine des assurances sociales, où le principe posé à l'article 2 alinéa 2 CC est aussi valable? Ou encore, sans plus ample commentaire, que le principe de la bonne foi, ancré expressément à l'article 2 CC pour ce qui concerne le droit privé, vaut aussi en droit public, en particulier en droit des assurances sociales, où son application n'est guère contestée et où il a rang de principe constitutionnel déduit de l'article 4 Cst.? Pour notre part, nous nous rallions à l'opinion de GEORG MÜLLER, selon laquelle 'l'exigence de l'égalité de traitement est un élément tiré de la notion de l'Etat de droit et a ses racines dans la justice'. Aussi l'article 4 Cst. exprime-t-il 'un principe fondamental de notre ordre constitutionnel', duquel le Tribunal fédéral 'a déduit toute une série de règles dont certaines n'ont plus grand-chose à voir avec l'égalité juridique, mais qui contribuent toutes à l'accomplissement de la justice'. On peut regretter que le Tribunal fédéral des assurances n'ait pas examiné les fondements du principe de la bonne foi et justifié son application dans l'assurance sociale comme il l'a fait, dans l'arrêt Medardi, s'agissant du principe de la proportionnalité.

Mentionnons encore que nous avons examiné aussi la délicate question de la modification de la jurisprudence (et de la révocation des actes administratifs entrés en force), modification qui est compatible avec le principe de l'égalité juridique dans la mesure où elle s'appuie sur des raisons objectives et sérieuses et que l'intérêt à une application correcte de la loi l'emporte sur celui à la sécurité du droit, respectivement à la protection de la bonne foi.

Une remarque de la doctrine a particulièrement retenu notre attention: c'est celle voulant qu'un devoir d'information des organes chargés d'appliquer les lois d'assurance sociale découle (pour l'administration) du principe de la bonne foi. Cette opinion gagnerait sans doute à être plus connue!

Nous en arrivons à notre conclusion:

L'article 4 Cst. confère aux assurés des droits dont l'étendue dispense souvent le Tribunal fédéral des assurances de procéder à un examen du point de vue d'instruments tels que la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), le Code européen de sécurité sociale, les Conventions OIT, etc.

Particulièrement intéressante est la discussion relative à la Constitution sociale de la Suisse et aux limites imposées à l'Etat social par la Constitu-

tion elle-même. Dans ce cadre, il ne sera pas toujours aisé de décider quelles atteintes à certaines libertés fondamentales – qui ne sauraient être vidées de toute substance – peuvent être imposées à l’occasion de la mise en place d’un régime d’assurances sociales. Égalité sociale et égalité de traitement sont-elles compatibles, et dans quelle mesure? Une certaine prudence est de rigueur, lorsqu’on manie le principe d’égalité dans le domaine qui nous intéresse ici, si l’on entend réaliser la solidarité – qui ne doit pas conduire à une confiscation pure et simple...

Bien que le Tribunal fédéral des assurances n’ait pas le pouvoir de vérifier la constitutionnalité d’une loi fédérale, il n’est pas complètement démuné lorsqu’il se trouve en présence d’une norme dépourvue de sens et d’utilité. Les règles d’interprétation communément appliquées l’autorisent alors à s’écarter du texte de la loi. La jurisprudence fournit de nombreux exemples d’examen par le juge de la constitutionnalité des normes d’exécution fédérales et cantonales. Relevons encore que le double contrôle de la constitutionnalité de certaines normes peut poser problème, dans la mesure où deux autorités différentes peuvent être appelées à se prononcer sur la même question, avec des pouvoirs d’examen différents. Nous voyons là une anomalie qu’il serait facile de corriger.

L’application faite, dans le domaine des assurances sociales, du principe de la protection de la bonne foi est intéressante. Un examen attentif de la jurisprudence de Lausanne et de celle de Lucerne permet de mettre en lumière certaines différences entre les deux tribunaux. C’est qu’on admet que certains principes ont une portée différente, suivant qu’on les applique dans des matières de la compétence du Tribunal fédéral ou au contraire ressortissant au Tribunal fédéral des assurances. Pendant longtemps, on a pu penser que cela justifiait la sixième condition mise par les juges de Lucerne à la protection de la bonne foi d’un assuré. La même remarque s’impose en matière de révocation des actes administratifs (reconsidération, ‘Wiedererwägung’, en matière d’assurances sociales).

L’interdiction de l’abus de droit ne semble pas avoir particulièrement préoccupé le Tribunal fédéral des assurances, qui n’ignore pourtant pas cette notion.

Nous terminerons sur une dernière remarque, qui se voudrait une mise en garde: selon l’adage populaire, ‘le mieux est l’ennemi du bien’. Or, l’application rigoureuse de certains principes, aux fins de garantir l’égalité, peut entraîner des effets pervers. Ainsi, admettre trop facilement l’existence d’une inégalité de traitement pourra conduire à un durcissement général de la pratique de l’administration, ce qui se fera en définitive au détriment de l’ensemble des assurés que l’on entendait pourtant mieux protéger.

Telles sont les grandes lignes de la partie du rapport en langue française dont nous avons assumé la charge. Il incombera à présent à mon collègue et ami PIERRE-YVES GREBER de vous présenter la substantifique moelle de ses propres réflexions.

Professeur PIERRE-YVES GREBER, *Bernex-Genève, rapporteur de langue française:*

1. Après avoir remercié la Société suisse des juristes pour sa confiance, spécialement son comité, le prof. P.-Y. GREBER a centré son intervention sur *l'égalité de traitement entre Suisses et non-Suisses* (cf. pp. 562–653 du rapport). Cette approche peut être effectuée selon le parcours suivant:

- la mise en évidence du *problème*;
- les non-Suisses sont-ils titulaires du droit à *l'égalité* au sens de l'article 4 Cst.?
- si oui, *dans quelle mesure bénéficient-ils de cette égalité*: totalement, partiellement, selon quels critères?
- quel est l'apport de *l'interdiction des discriminations selon l'article 7 du Traité CEE* et selon le droit dérivé (le rapport écrit prend aussi en considération le droit du Conseil de l'Europe)?
- quelles *conclusions* en tirer pour une lecture contemporaine de l'article 4 Cst.?

2. *La mise en évidence du problème.* En Suisse, comme à l'étranger, le législateur a tendance en matière de sécurité sociale à traiter les non-nationaux moins bien que ses propres ressortissants. Ces *inégalités* peuvent revêtir divers aspects: le plus grave réside dans l'exclusion de l'affiliation à un système ou à un régime de sécurité sociale; le plus fréquent est représenté par l'imposition de conditions plus sévères pour l'octroi des prestations (ouverture, calcul) et par l'exclusion de la participation réalisée dans le cadre des institutions et des juridictions de sécurité sociale. Le Bureau international du Travail (BIT) relève que le problème est en fait plus marqué à l'époque de la sécurité sociale qu'à celle des modes antérieurs de protection, en raison de l'affaiblissement du lien entre cotisations et prestations et du développement du financement public. Quels en sont les *effets*? Les discriminations nuisent d'abord à l'image de marque de la sécurité sociale, car elles s'opposent à l'idée même de protection. Ensuite elles gênent les migrations et surtout les migrants les moins favorisés, qui ne peuvent pas combler ce déficit social par des mesures privées. Quelles sont les *raisons* d'une telle attitude des législateurs? Il s'agit tout d'abord de la recherche d'économies, ensuite de cartes amassées en vue de négociations internationales – chaque Etat ayant

tendance à procéder de façon analogue –, enfin de rendre un pays moins attractif pour les migrants (p. ex. demandeurs d'asile). Le problème étant ainsi mis en évidence, nous pouvons esquisser, de manière d'abord tout à fait générale, les grandes perspectives de résolution. Premièrement, un Etat peut choisir unilatéralement de réaliser l'égalité de traitement entre ses nationaux et les étrangers, considérant que le droit à la sécurité sociale est un droit de l'homme (cf. Déclaration universelle des droits de l'homme, Pacte des Nations Unies de 1966). Deuxièmement, l'égalité de traitement peut être considérée comme un principe fondamental, à l'intérieur d'un cadre international donné: le premier terme de l'alternative consiste à reconnaître l'égalité, dans ledit cadre, à toute personne; le second terme ne garantit l'égalité qu'aux ressortissants des Etats parties à l'accord (condition de réciprocité), c'est la voie choisie par la Communauté européenne dès son origine et qui sera reprise par l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE). Troisièmement, l'égalité de traitement peut être introduite dans un système bi- ou multilatéral de coordination: elle peut être globale ou branche par branche, valable quelle que soit la nationalité ou seulement pour les ressortissants des Parties contractantes. En cas de ratification de l'Accord EEE, la Suisse passerait de l'égalité incluse dans les conventions bilatérales, branche par branche, pour les nationaux des Etats parties, à une égalité partie intégrante d'un système multilatéral, globale, pour les ressortissants de l'EEE, l'Accord reprenant l'acquis communautaire (Règlement CEE N° 1408/71).

3. Les non-Suisses sont-ils titulaires du droit à l'égalité au sens de l'article 4 Cst.? Le prof. JÖRG PAUL MÜLLER souligne que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils prennent appui sur les droits de l'homme (Menschenrechte), appartiennent aux Suisses comme aux étrangers. Le droit à l'égalité a le rang d'un droit de l'homme, Suisses et non-Suisses en sont dès lors titulaires. Quid alors du texte même de l'article 4, alinéa 1, première phrase, Cst.: 'Tous les Suisses sont égaux devant la loi?' La question a retenu l'attention tant de la jurisprudence que de la doctrine. Le rapport mentionne une série d'observations pertinentes émanant d'une lignée brillante de constitutionnalistes et d'administrativistes. Seules deux références pourront être faites ici. Tout d'abord, le prof. JEAN-FRANÇOIS AUBERT souligne que le droit découlant de l'article 4 Cst. appartient à tout être humain, donc également aux étrangers, malgré la formulation du texte, quel que soit leur permis et même s'ils n'ont pas de permis et même s'ils ne séjournent pas en Suisse. WOLFRAM FEHRLIN effectue une démonstration par la voie négative: si l'on admettait que l'article 4 alinéa 1 Cst. n'était applicable qu'aux Suisses, cela signifierait, vu le contenu de

cette disposition, que l'Etat pourrait traiter l'étranger injustement, arbitrairement, que l'on pourrait à son égard s'écarter des lois, les suspendre; cet auteur conclut au caractère erroné de l'hypothèse: 'Jedermann ist vor dem Rechte gleich', telle est la portée de l'article 4 al. 1 Cst. Les ressortissants non-Suisses sont donc titulaires du droit à l'égalité au sens de notre texte fondamental.

4. *Dans quelle mesure les non-Suisses bénéficient-ils de cette égalité: totalement, partiellement, selon quels critères? Voyons tout d'abord la problématique générale.* JEAN-FRANÇOIS AUBERT pose le cadre: 'Il ne faut évidemment pas confondre la question de la titularité avec celle du contenu du droit à l'égalité. De ce qu'un étranger peut invoquer l'art. 4 Cst. féd., il ne s'ensuit pas que les discriminations dont il se plaint soient nécessairement contraires à l'art. 4 Cst. féd. Il est bien clair, par exemple, que le refus d'accorder aux étrangers les droits politiques est tout à fait compatible avec le principe d'égalité. En d'autres termes, il y a, entre le national et l'étranger, une différence de fait assez grande pour justifier cette différence dans leur statut juridique. Ou encore: tous les titulaires du droit à l'égalité ne peuvent pas prétendre, dans tous les domaines, être traités selon la même règle; ils ont simplement le droit d'être traités comme les personnes qui, eu égard à cette règle, sont dans une situation analogue à la leur'. Dès l'abord, l'on se rend compte que la question est délicate: d'une part, le droit à l'égalité appartient aux *droits de l'homme*, d'autre part, *certaines distinctions* entre nationaux et étrangers semblent admissibles, c'est-à-dire que certaines restrictions à l'égalité peuvent valoir à l'égard des seconds. Or, le droit constitutionnel ne saurait être vidé de sa substance. Quelles sont alors ces différences de fait assez grandes pour justifier une différence dans le statut juridique? Quels enseignements en tirer pour le domaine de la sécurité sociale? ANDRÉ GRISEL met en évidence ceci: 'L'autorité (...) comparera des situations de fait, qui sont en général complexes; puis, elle s'interrogera sur les conséquences juridiques qu'il y a lieu de tirer des similitudes ou des disparités constatées. (...) Il s'agit bien plutôt d'appréciations subjectives, qui dépendent plus ou moins de circonstances personnelles. (...) Dès lors, la notion d'égalité est floue. D'où l'imprécision du droit à l'égalité'. Cet auteur poursuit: 'Pour contrôler l'observation du droit à l'égalité, le Tribunal fédéral se fonde sur des données concrètes aussi bien que sur les principes du droit. Or, les bases de sa décision varient avec le temps (...). A telle époque, une différence de fait paraît assez considérable pour justifier un traitement distinct. A une autre, elle s'estompe au point d'être sans effets juridiques'. ANDRÉ GRISEL parle ainsi *d'un droit au contenu*

*variable*. Ce droit est aussi *limité par les Cantons*, lesquels ont certaines compétences législatives, qui ne sauraient être neutralisées par l'application de l'art. 4 Cst. BLAISE KNAPP souligne la difficulté concrète de déterminer quand des situations sont semblables et quand elles sont dissemblables, seul l'examen du cas d'espèce permettant de trancher; la jurisprudence admet un certain schématisme dans les solutions légales ainsi que la 'codification' de la pratique administrative sous forme d'ordonnances administratives. Cet auteur ajoute: 'Enfin, tout ce que l'on peut exiger est que les différences de traitement se justifient par des différences de fait pertinentes et importantes, le critère de différenciation devant être raisonnable et soutenable, c'est-à-dire ne pas être arbitraire'.

5. Poursuivons l'analyse, mais cette fois-ci appliquée au *droit de la sécurité sociale*. Essayons de *déterminer quelles restrictions seraient admissibles ou contraires* à l'art. 4 al. 1 Cst. en reprenant la méthode classique qui consiste à aborder successivement: la conception générale de la protection, le champ d'application personnel, les éventualités couvertes, les prestations (y compris les conditions d'octroi). La réponse va de soi au regard de la *conception générale de la protection*: comme l'égalité entre nationaux et non-nationaux constitue la règle, un système ou un régime de sécurité sociale ne peut pas être *orienté* vers un traitement différent des ressortissants suisses et des personnes au bénéfice d'une autre nationalité. La législation helvétique ne pose pas de problèmes à cet égard. Un seul régime est axé sur les citoyens de ce pays, c'est celui de l'assurance militaire; la défense incombant aux nationaux, il va de soi que cette orientation ne pose aucun problème de constitutionnalité: la nationalité joue ici 'un rôle capital'. Un *champ d'application personnel* exclusivement réservé aux ressortissants suisses serait-il compatible avec l'art. 4 al. 1 Cst.? A nouveau, l'égalité doit être la règle. La nationalité ne joue pas un rôle capital dans les faits à considérer, le secteur de la défense nationale étant mis à part. Une exclusion de l'affiliation en raison de la qualité d'étranger ne serait pas raisonnable et soutenable, mais arbitraire. En revanche, une extension facultative d'un régime de sécurité sociale, qui serait à la disposition des ressortissants suisses résidant à l'étranger, serait admissible: l'Etat d'origine se soucie de la sorte de protéger ses nationaux hors du pays, il y a présence d'un lien privilégié qui permet une réglementation particulière. Quid de la définition des *éventualités* (notions de maladie, de retraite, de chômage, etc.)? La nationalité ne joue évidemment aucun rôle dans ce domaine: elle n'entraîne pas en soi un besoin plus ou moins grand de soins médicaux, ne crée pas plus ou moins de cas de décès ou d'invalidité, etc. Toute distinction relative à la défini-

tion d'une éventualité qui serait gérée selon le critère de la nationalité – p.ex. âge de la retraite fixé à 65/62 ans pour les Suisses, 70 ans pour les étrangers – serait évidemment arbitraire et par là incompatible avec l'art. 4 al. 1 Cst. Le secteur des *prestations*, conditions d'octroi comprises, pose les problèmes les plus complexes. La nationalité en soi n'entraîne pas non plus un besoin accru ou diminué selon la nationalité et la sécurité sociale est reconnue comme un droit de l'homme. L'égalité pleine et entière devrait a priori s'appliquer. Or, nous avons vu que les législateurs ont tendance, en Suisse comme à l'étranger, à prévoir certaines règles plus sévères pour les non-nationaux, pour des raisons d'économie, pour se garder des atouts en cas de négociations internationales voire, à l'époque récente, pour rendre leur territoire moins attractif aux demandeurs d'asile. Ces motifs permettent-ils de considérer que la nationalité joue un 'rôle capital', que la situation de fait du Suisse et du non-Suisse sont différentes au point de permettre une réglementation différente? Dans la mesure où les prestations sont *servies en Suisse* et qu'elles sont *contributives*, il est bien difficile de voir en quoi une différence de nationalité représenterait un critère pertinent de différenciation. Si les prestations sont *servies en Suisse* et qu'elles sont *non contributives* sans avoir un caractère d'assistance ou sans être soumises à une condition de ressources, la même observation s'impose. Quid au-delà de ce cadre: *le service des prestations hors de Suisse ou l'octroi de prestations liées à un état de besoin* peuvent-ils être différenciés selon la nationalité? La nationalité ne joue évidemment aucun rôle quant à l'existence et à l'ampleur du besoin de protection. Dans la première hypothèse – celle de l'exportation des prestations – la situation varie, nous semble-t-il, selon le financement. Dans la mesure où les collectivités publiques financent tout ou partie de la protection, une différenciation pourrait être admise: Les intéressés ne contribuent plus au 'ménage national' par le paiement de leurs impôts (directs ou indirects), le citoyen suisse conservant cependant le critère de rattachement de la nationalité et par là un avantage. Si le financement est contributif – ou dans la mesure où il l'est – l'argument tombe et l'égalité s'impose. La différence pourrait consister, dans la seconde hypothèse, dans 'l'obligation générale' ou morale d'un Etat d'assurer un certain minimum à ses ressortissants et non à tous les habitants de la planète. La différence de fait peut être considérée ici comme pertinente et raisonnable et la différenciation juridique admissible.

6. *Quel est l'apport du droit communautaire au regard de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers?* Cette dimension, relativement développée dans le rapport, ne peut qu'être résumée à l'extrême ici.

Rappelons tout d'abord que la norme fondamentale pertinente est l'art. 7 du Traité instituant la Communauté économique européenne; cette disposition et le droit dérivé – essentiellement le Règlement (CEE) N° 1408/71 – sont repris au titre de l'acquis communautaire par l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE). Dans le cadre de la Communauté européenne, l'interdiction des discriminations selon la nationalité revêt le rang d'un principe général; elle n'a cependant pas encore acquis le rang d'un droit de l'homme: pour bénéficier de ladite égalité, il faut être un ressortissant de la Communauté (et pour l'EEE: d'un pays de l'Espace). Selon la Cour de justice de Luxembourg, le traitement différent de situations identiques ou le traitement identique de situations différentes constitue une discrimination interdite. Et la Cour sanctionne également les discriminations indirectes, soit celles qui ne sont pas directement fondées sur la nationalité, mais aboutissent à un même résultat. La formule jurisprudentielle va loin: l'égalité des chances entre ressortissants de la Communauté européenne est affectée chaque fois qu'une réglementation conduit en définitive à placer les nationaux dans une situation meilleure que les ressortissants d'autres Etats membres. L'article 7 du Traité CEE vaut dans le domaine d'application du Traité, soit pour l'ensemble de la sécurité sociale – et pas seulement pour les régimes légaux – mais à l'intérieur de la Communauté. L'égalité est en outre conçue et appliquée à la lumière de la liberté de circulation intracommunautaire des personnes, envisagée d'une manière aussi large que possible. Il en résulte, concrètement, une attitude du juge favorable à l'égard de l'égalité et restrictive pour ses éventuelles limites. Le principe énoncé par l'article 7 du Traité CEE est applicable directement dans les Etats membres. Enfin, l'égalité est globale et de plein droit: elle vaut quelles que soient les différences de niveau entre les systèmes nationaux de sécurité sociale, indépendamment de l'existence ou de l'inexistence d'un type déterminé de prestation dans un pays membre.

7. Quelles conclusions tirer de ces développements pour *une lecture contemporaine de l'article 4 al. 1 Cst., dans sa perspective d'égalité de traitement entre Suisses et non-Suisses en matière de sécurité sociale?*

Le sujet étudié montre une tension entre, d'une part, le droit à l'égalité et le droit à la sécurité sociale reconnus comme *des droits de l'homme* et, d'autre part, *les discriminations que peut contenir la législation*, pour des motifs politiques et financiers. Ces ordres de considération ne sont pas du même rang, les droits fondamentaux devraient l'emporter. Compte tenu de l'évolution des valeurs et de l'importance pratique et quotidienne prise par la sécurité sociale, il devient en fait toujours plus difficile de justifier

un traitement inégal en cette matière. Ou, si l'on préfère, la nationalité n'apparaît plus comme un critère pertinent, raisonnable, de distinction. *L'article 4, alinéa 1, Cst.*, tel qu'interprété de nos jours, reconnaît aux ressortissants non suisses la titularité du droit à l'égalité. Mais cela ne signifie pas, selon la jurisprudence et la doctrine, l'égalité de traitement pleine et entière avec les ressortissants helvétiques; la nationalité suisse peut représenter, d'une manière générale, un critère de distinction qui permet de traiter l'étranger moins favorablement ou différemment. La situation apparaît, à cet égard, différente dans le domaine de la sécurité sociale, comme cela vient d'être évoqué. Cependant, des distinctions fondées sur la nationalité peuvent être considérées, dans certains cas, comme compatibles avec la lecture générale qui est faite de l'article 4, alinéa 1, Cst. Nous avons mentionné à cet égard l'extension facultative d'un champ d'application personnel très étendu, un régime de protection lié à l'accomplissement du service militaire, le service des prestations hors de Suisse dans la mesure où le financement est assuré par les collectivités publiques, l'octroi de prestations liées à un état de besoin. L'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux *ne revêt pas la même importance en droit européen, singulièrement en droit communautaire, et en droit suisse*. Dans le premier cadre, l'égalité se voit reconnaître un rang de principe fondamental (cf. l'article 7 du Traité CEE) et les discriminations, directes ou indirectes, sont systématiquement combattues. Elle est associée de plus à la liberté de circulation des personnes. Une inégalité selon la nationalité représente simultanément une entrave à ladite liberté; la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en tient constamment compte, d'où une interprétation dynamique. Dans le second cadre, l'égalité paraît davantage être le résultat d'une évolution, mais également avec un rang constitutionnel. Les discriminations figurent le plus souvent dans des lois fédérales, lesquelles lient le Tribunal fédéral (article 113, alinéa 3, Cst.); la compétence de les lever appartient au législateur. Il n'y a pas de dynamique introduite par la promotion de la libre circulation des personnes. En droit européen Communauté comme Conseil de l'Europe l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux *représente l'un des principes essentiels d'une coordination multilatérale*. Celle-ci est mise en oeuvre, dans la Communauté, par l'instrument législatif le plus développé, soit *le règlement, obligatoire* dans tous ses éléments, *directement applicable* et bénéficiant de la *primauté* du droit communautaire, avec l'intervention du *juge européen*. En droit suisse, l'égalité de traitement, de niveau constitutionnel (mais avec une incertitude sur les dérogations possibles et la barrière représentée par l'article 113, alinéa 3, Cst.), représente *un principe central d'une coordination bilatérale*, conçue

encore de manière *contractuelle* (choix des Etats partenaires, des régimes concernés, intensité variable), avec également une primauté reconnue à l'accord international. La juridiction qui tranche est nationale et oeuvre essentiellement de manière unilatérale. La Suisse n'a, jusqu'à présent, pas voulu s'engager dans la coordination multilatérale (à de rares exceptions près), ni dans le cadre du Conseil de l'Europe ni dans celui de l'Organisation internationale du Travail. *La ratification de l'Accord sur l'Espace économique européen représentera, si elle se produit un jour, un changement fondamental d'orientation.* L'Accord sur l'EEE reprend en effet, au titre de l'acquis communautaire, la coordination multilatérale reposant sur le Règlement (CEE) N° 1408/71. En d'autres termes, la Suisse, qui n'a jamais voulu ratifier les conventions de coordination du Conseil de l'Europe et de l'OIT, se connecterait alors sur un système européen particulièrement développé et qui va encore être amélioré. L'égalité de traitement entre Suisses et ressortissants de l'EEE en serait d'autant développée, l'article 4, alinéa 1, Cst., se lisant à la lumière de l'article 7 du Traité de Rome.

Professeur BLAISE KNAPP, *directeur des débats:*

Trois personnes sont inscrites pour intervenir: elles représentent, au fond assez heureusement, trois types de préoccupations différentes: il s'agit en effet d'un juge au TFA, du Directeur du service juridique de la CNA, et d'un professeur.

RAYMOND SPIRA, *juge au Tribunal fédéral des assurances, Lucerne:*

Il est malaisé de préparer une intervention lorsqu'on n'a pas eu en main, auparavant, les rapports dont on est censé parler. Certes, depuis plusieurs semaines nous connaissions le rapport en allemand, brillant, écrit par le juge fédéral MEYER, mais le rapport en français ne nous étant parvenu que ce matin, il n'était guère possible d'annoncer deux mois à l'avance une intervention en relation avec le contenu des deux rapports. Cela étant, je commencerai par me réjouir que, pour une fois – cela n'arrive vraiment pas très souvent – un sujet concernant le droit de la sécurité sociale figure à l'ordre du jour d'une assemblée de la Société suisse des juristes. Cela me fait personnellement plaisir et je crois que je ne suis pas le seul dans cette salle à éprouver ce sentiment.

Les rapporteurs ont traité un sujet qui, lorsqu'il a été fixé, était formulé dans une optique purement helvétique. Ce n'est pourtant pas un hasard si un cinquième environ du rapport de M. MEYER et près de la moitié du

rapport de langue française sont consacrés au droit européen. Cette extension de l'objet de l'analyse démontre que les choses ont évolué rapidement depuis le moment où le sujet a été choisi en rapport avec la célébration du 75<sup>ème</sup> anniversaire du Tribunal fédéral des assurances.

J'aimerais revenir maintenant sur quelques-unes des questions qui ont été soulevées à propos de l'extension du principe de non-discrimination des étrangers par rapport à la situation que nous connaissons depuis les années cinquante dans le contexte de notre régime de conventions bilatérales de sécurité sociale. Je crois qu'effectivement, si, dans deux mois, le peuple et les cantons ratifient l'Accord sur l'Espace économique européen, nous allons assister à d'importantes modifications dans le domaine de la sécurité sociale. Par exemple, certains assurés d'origine étrangère qui ont travaillé en Suisse ou qui continuent d'y exercer une activité lucrative mais qui n'ont pas droit à des prestations d'assurances sociales, même en vertu de conventions bilatérales, pourront désormais, s'ils sont ressortissants de pays de l'Espace économique européen, y prétendre au même titre que les Suisses. A cet égard, plusieurs clauses du règlement CEE n° 1408/71 qui est appelé à se substituer, en principe, aux conventions bilatérales, auront un effet rétroactif impropre dans notre droit international de la sécurité sociale. C'est un premier point, dont parle notamment M. MEYER dans son rapport et sur lequel j'aimerais entendre peut-être s'exprimer les rapporteurs.

Une deuxième question qui me paraît importante a également été évoquée par M. MEYER: c'est celle de l'application aux procédures en matière d'assurances sociales de l'art. 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme en tant que standard minimum de toute procédure judiciaire, selon la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, laquelle fait partie de l' 'acquis communautaire' . Or, cela pose effectivement un certain nombre de problèmes en ce qui concerne le contentieux des assurances sociales, notamment quant au principe de la publicité des débats. Ce principe est du reste sujet à interprétation. A ce propos, j'attire ici l'attention sur une récente étude publiée par l'ancien Président du Tribunal fédéral, M. HAEFLIGER, qui constitue une très utile mise au point sur la portée réelle du principe de publicité (ARTHUR HAEFLIGER, *Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung in Jurisdiction constitutionnelle et Jurisdiction administrative*. Recueil de travaux publiés sous l'égide de la Première Cour de droit public du Tribunal fédéral suisse, Zurich 1992, p. 243ss).

Si la Suisse adhère à l'EEE, comme M. GREBER l'a bien montré, il se développera un rapport dialectique entre l'art. 4 Cst., ou plutôt tout ce qu'on a déduit de l'art. 4 Cst. depuis plus d'un siècle, et les règles dégagées

par la Cour de justice des Communautés européennes à partir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, au sens de l'art. 7 du Traité de Rome. Ce qui est frappant, d'ailleurs, c'est que dans l'un et l'autre cas, l'apport de la jurisprudence, qui constitue avant tout l'apport du pouvoir judiciaire, a été déterminant. On ne peut que s'en réjouir et j'espère que les juridictions suisses ajouteront leur modeste pierre à cet édifice, en tant que juridictions nationales chargées d'appliquer le futur droit de l'EEE. Comme le dit M. GREBER, il faudra s'habituer à une nouvelle lecture de l'art. 4 Cst., à la lumière de l'art. 4 de l'Accord sur l'Espace économique européen, qui lui-même s'inspire de l'art. 7 du Traité de Rome.

Pourtant, ce qui me préoccupe, c'est qu'on va, en fait, créer de nouvelles inégalités. Certes, il y aura désormais égalité, en principe absolue, entre les ressortissants suisses et ceux des autres pays de l'Espace économique européen. Je relève à ce propos que le droit suisse de la sécurité sociale est certainement l'un des plus nationalistes du monde en ce sens que dans les autres droits européens les discriminations se fondent, en général, sur le lieu de résidence ou sur le lieu de domicile et non pas sur la nationalité de l'assuré social. Cette discrimination en raison de la nationalité est donc un peu une spécialité suisse et c'est précisément pourquoi nous devons apprendre à lire 'ressortissant de l'Espace économique européen' là où la loi dit 'Suisse' ou 'domicilié en Suisse'. Toutefois, il y a dans notre pays encore d'autres assurés sociaux d'origine étrangère que les ressortissants de pays du futur EEE. A leur égard, toute une série de discriminations subsisteront. Il conviendra dès lors de ne pas oublier que les principes déduits de l'art. 4 Cst. par la jurisprudence, en particulier s'agissant de l'égalité de traitement entre Suisses et étrangers, resteront entièrement valables à l'égard de ces nombreux travailleurs d'origine étrangère qui n'ont pas le privilège d'être les nationaux d'un des Etats qui constitueront le futur EEE. Aussi, je pense que l'on devrait continuer de développer, et je m'adresse ici à M. le Conseiller fédéral KOLLER, le réseau des conventions bilatérales de sécurité sociale qui sont le seul moyen d'atténuer, si ce n'est de supprimer complètement ces discriminations entre assurés sociaux fondées sur la nationalité. Je crois qu'il est question aujourd'hui de 'cercles' à propos de l'origine des travailleurs étrangers qui viennent dans notre pays. On distingue entre zones de recrutement traditionnelles de la main d'oeuvre étrangère et celles qui ne le sont pas. Mais, quelle que soit la nationalité de ces travailleurs qui nous aident à vivre en Suisse, tous ont droit à une protection sociale digne de ce nom, même s'ils ne sont pas ressortissants de l'Espace économique européen. C'est ce que je voulais rappeler.

Dr. EDGAR SCHMID, *Chef der Rechtsabteilung SUVA, Ebikon:*

begrüssst die Gesellschaft namens der 1993 ihr 75jähriges Bestehen feiernden SUVA – der Hauptsponsorin des Luzerner Juristentages – mit einigen launigen Worten “ausser Protokoll” und kommt dann zum eigentlichen Thema:

1. Für den im Sozialversicherungsbereich administrativ und prozessual Tätigen ist das zu Art. 4 BV vorgelegte Referat von Bundesrichter MEYER eine eigentliche Fundgrube. Insofern wird es vom Praktiker dankbar zur Kenntnis genommen. Zum grossen Teil besteht auch “unanimité”. Grenzbereiche wären meines Erachtens jedoch weiter auszuloten. Einzelne theoretische Lösungsansätze mögen nämlich bestechend wirken. Die Praxis hat und hätte damit jedoch erhebliche Probleme. Ich beschränke mich im folgenden der kurz bemessenen Zeit wegen auf zwei kritische Themenkreise aus dem Verfahrensbereich:

2. Bundesrichter MEYER postuliert, der Versicherte habe Anspruch auf Einsicht in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke, also solche, die der Verfügung direkt oder indirekt zugrunde gelegt werden. Damit hält er sich im Rahmen der neueren Judikatur. Ihr tragen die Unfallversicherer, die SUVA so wie die “anderen Versicherer” nach Art. 68 UVG, selbstverständlich Rechnung. Übers Ziel hinaus schießt jedoch die Forderung, auch bloss rechtliche Stellungnahmen seien vom Akteneinsichtsrecht nicht ausgeschlossen. Sollte damit gemeint sein – die Formulierung ist mehrdeutig –, die interne rechtliche (oder auch medizinische) Entscheidungsfindung müsste in ihrer aufgrund oft gegensätzlicher Meinungen tastenden Annäherung an die schliessliche Verfügung auf den Tisch des Hauses gelegt werden, kann der These nicht gefolgt werden. Der Versicherer hat sicherlich einen Anspruch darauf, seinen Entscheid einsichtsfrei von allen Seiten her, gleichsam im Vogelflug, anzugehen. Das Resultat ist in der Folge selbstverständlich ausreichend zu begründen. Abweichende Vorstellungen nach aussen aufzeigen zu müssen, führte jedoch in die Aktenlosigkeit. Solche brächte niemandem etwas. Gerade Gerichte wissen, dass Öffentlichkeit einer ausgewogenen Entscheidungsfindung oft eher schadet als nützt.

3. Das kantonale Verfahren muss, worauf der Berichterstatter hinweist, einfach und rasch sein. Wozu die erste Instanz gesetzlich verpflichtet ist, steht gewiss auch der zweiten gut an, gleichermassen dem verfügenden Versicherer. Während auf dem Versicherungssektor – nicht zuletzt unter dem Einfluss der heutigen Wirtschaftslage – den Maximen von Effektivität und Effizienz stärker denn je nachgelebt wird, liegt im gerichtlichen Bereiche diesbezüglich etwelches brach. Gestatten Sie mir, stichwortwei-

se einige dogmatisch sicher ohne weiteres begründbare Vereinfachungen im Interesse von Sache, Parteien und Gerichten in Vorschlag zu bringen:

– Wenn immer wie möglich Verzicht auf Rückweisungen an die Versicherung zur Durchführung zusätzlicher Massnahmen. Vielmehr ersatzweise Vornahme durch die urteilende Instanz selbst, immer vorausgesetzt, es werde dies von den Versicherungen nicht ausgenützt. *Gerichtliche* Beweiserhebungen haben nämlich für den Versicherten – ich spreche hier ausdrücklich auch in dessen Interesse und nicht nur in jenem der Versicherung – einen viel höheren Stellenwert und fördern so den weiterungslosen Abschluss des hängigen Verfahrens.

– Ermöglichung der vorsorglichen Feststellungsklage bei umstrittenen Basis-Situationen, beispielsweise der Frage des Versichertseins. Feststellungsklagen – im deutschen Recht gut eingeführt – ermöglichen gerade im Versicherungsrecht den raschen Entscheid der im Zentrum stehenden Streitfrage. Nebenpunkte und das Quantitativ, das in diesem Stadium überhaupt niemanden interessiert, fallen dabei weg.

– Schaffung eines direkten Forums, wenn zwei Versicherer klar wissen, dass einer von ihnen leistungspflichtig ist, nicht aber, wer. Dass der Versicherte unter solchen Situationen aus irgendwelchen “höheren” Überlegungen in den Prozess gedrängt wird, passt nicht mehr in die heutige Rechtslandschaft.

– Wenig überzeugt, dass dort, wo die untere Instanz am Rechte offensichtlich vorbeigeht und den Weiterzug zu verantworten hat, die höhere der einzig wegen vorinstanzlichen Fehlern formell unterliegenden Partei gegnerische Parteikosten auferlegt. Langsam sollte auch hier der Gedanke des Verursacherprinzipes an Boden gewinnen.

Diese Liste könnte leicht fortgesetzt werden. Zu hoffen bleibt, dass die in Wirtschaft und Verwaltung zur Selbstverständlichkeit gewordene “Kundenfreundlichkeit” auch die Justiz mehr und mehr erfasst. Sie brächte die Rechtsgleichheit auf Hochglanz!

Dr. GEORG MÜLLER, *Professor, Erlinsbach:*

Ich möchte zuerst dem Vorstand gratulieren zur Auswahl der Themata und der Referentinnen und Referenten. Ich finde es sehr wertvoll, dass die Bedeutung des Rechtsgleichheitsgebotes in zwei wichtigen Rechtsgebieten zum Gegenstand der Referate und Diskussionen zum Schweizerischen Juristentag gemacht worden ist. Die Untersuchungen darüber, wie Art. 4 der Bundesverfassung und die zahlreichen, daraus abgeleiteten Prinzipien und Ansprüche im Sozialversicherungs- und im Steuerrecht ausgestaltet und angewendet werden, tragen ganz wesentlich zum besseren Verständ-

nis des allgemeinen Gleichheitssatzes bei. Umgekehrt halte ich es für unerlässlich, die Verfassungsbezogenheit des Sozialversicherungs- und des Steuerrechts, den Zusammenhang zwischen einem Grundprinzip unserer Verfassung und zwei praktisch bedeutungsvollen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts, durch solche Analysen zu klären und zu stärken. Bei der Auswahl der Referenten und Referentinnen hat der Vorstand, der Herr Präsident hat es heute morgen einleitend schon gesagt, eine nahezu perfekte Ausgewogenheit zu Stande gebracht, indem die deutsche und die französische Sprache, das weibliche und das männliche Geschlecht sowie die obersten Gerichte und die Wissenschaft ziemlich gleichmässig berücksichtigt wurden. Sie können, Herr Präsident, nur froh sein, dass es nicht auch noch eine Quotenregelung etwa bezüglich Alter, Konfession, parteipolitischer Zugehörigkeit und anderes mehr zu beachten galt. Ein Wunsch blieb allerdings unerfüllt. Er ist schon mehrfach angesprochen worden, der nach rechtzeitiger Zustellung der Referate. Es ist zu bedauern, dass dadurch eine gründliche Vorbereitung auf die Diskussion erschwert, ja wohl für weniger "freischaffende" Juristen als Professoren fast verunmöglicht wird. Ich kann deshalb auch nicht vorweg einzelnen oder allen Referentinnen und Referenten wirklich fundiertes Lob aussprechen, einfach weil die Zeit für das eingehende Studium der Referate nicht ausgereicht hat. Es war ja früher eine schöne Tradition, dass die Referate vor den Sommerferien eintrafen, dann hat man sie zumindest mitgenommen in die Ferien und gelegentlich sogar bei irgendeiner Gelegenheit darin auch gelesen. Meine Bemerkungen zum heutigen Thema sind deshalb notgedrungen oberflächlich. Ich möchte mit einem allgemeinen Eindruck über die Bedeutung des Art. 4 der Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht beginnen und dann ein paar Fragen zum Referat von Herrn Bundesrichter MEYER aufwerfen. Es ist mir leider nicht möglich, von den bundesrichterlichen Bemühungen um den Transport und die Abgabe des Referates der Herren DUC und GREBER zum Tagungsbeginn zu profitieren und jetzt aus dem Stand heraus zu diesem Referat noch Stellung zu nehmen, obschon uns Herr KNAPP dazu aufgefordert hat.

Das Sozialversicherungsrecht zeichnet sich nach meinem Dafürhalten unter anderem durch eine hohe Regelungsdichte und dadurch aus, dass man es oft mit Massen von Adressaten, von Fällen, von Verfügungen und Verfahren zu tun hat. Ich habe mir, vielleicht aus etwas theoretischer Sicht, eigentlich vorgestellt, dass diese Eigenheiten sich auch auf den Umgang mit dem Rechtsgleichheitsgebot und den daraus abgeleiteten Verfahrensgarantien im Sozialversicherungsrecht auswirken. Nach der Lektüre des Referates von Herrn Bundesrichter MEYER habe ich aber den

Eindruck, dass das nicht oder mindestens nur in geringem Masse der Fall ist. Offenbar führt die hohe Regelungsdichte nicht dazu, dass Art. 4 der Bundesverfassung bei der Auslegung mangels Spielraum im Gesetz nicht genügend berücksichtigt werden kann, so dass es relativ oft zu Korrekturen bei der richterlichen Normenkontrolle kommen müsste, um die Übereinstimmung mit Art. 4 der Bundesverfassung herzustellen. Im Gegenteil, Art. 4 BV scheint, Herr Bundesrichter MEYER hat es heute morgen wieder betont, vor allem bei der Rechtsanwendung zum Tragen zu kommen. Bei der akzessorischen Überprüfung der Normen ist die Praxis dagegen sehr zurückhaltend. Darauf werde ich noch zurückkommen. Und die Massenprobleme haben auch nicht zur Folge, dass aus Gründen der Verwaltungsökonomie wesentlich mehr als in anderen Gebieten auf Differenzierungen verzichtet, zu schematischen Lösungen gegriffen werden muss.

Auch wenn also die Gemeinsamkeiten bei der Konkretisierung des Rechtsgleichheitsgebotes, wenn ich richtig sehe, überwiegen, sind mir doch ein paar Besonderheiten der sozialversicherungsrechtlichen Praxis aufgefallen, die mir frag- oder zumindest diskussionwürdig zu sein scheinen. So sehe ich, als ersten Punkt, nicht recht ein, warum das eidgenössische Versicherungsgericht sich bei der vorfrageweisen Prüfung des Ordnungsrechts und insbesondere bei der Kontrolle der sogenannten Listen, mit welchen gesetzliche Leistungsansprüche auf Verordnungsstufe näher umschrieben werden, auf eine blosser Willkürprüfung beschränkt, wie im Referat (S. 401 f.) nachzulesen ist. Der Gesetzgeber belässt dem Bundesrat bzw. dem Departement zwar einen weiten Spielraum der Gestaltungsfreiheit bei der Aufstellung dieser Listen, ermächtigt aber nicht zur Abweichung von der Verfassung. Darf das Gericht sich trotzdem damit begnügen zu prüfen, ob die Umschreibung der Leistungsansprüche nicht willkürlich ist? Müsste nicht auch abgeklärt werden, ob die Auflistung dieser Ansprüche das Rechtsgleichheitsgebot und allenfalls andere verfassungsmässige Rechte und Prinzipien, z.B. das Prinzip der Verhältnismässigkeit, wahr? Lässt sich dieser Rückzug des Gerichts auf die Willkürprüfung rechtfertigen, obwohl es sich bei der Konkretisierung der Ansprüche auf Leistungen der Sozialversicherungen in diesen Verordnungen um zentrale Fragen der Gleichbehandlung handelt, die der richterlichen Kontrolle durchaus zugänglich wären? Der Referent äussert auch Bedenken gegenüber der Praxis des EVG und vertritt – m.E. zu Recht – die Auffassung, die Ordnungsprüfung sollte sich verstärkt an der Rechtsgleichheit orientieren, wobei allenfalls verschiedene Prüfungsmassstäbe zu verwenden seien, je nachdem, wie schwer die Rechtsstellung der Versicherten durch die Regelung in der Verordnung beeinträchtigt würde.

Ein zweiter Punkt. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat seine Praxis zum Anspruch auf Vertrauensschutz, der sich aus Art. 4 der Bundesverfassung ergibt, zwar schon vor längerer Zeit der allgemein herrschenden Lehre und Rechtsprechung angeglichen. Wie lässt sich dann – das ist vielleicht ein Detail, aber es scheint mir ein interessantes zu sein – wie lässt sich dann aber die in mehreren Entscheidungen bestätigte Auffassung rechtfertigen, auf die Kostengutsprache einer Krankenkasse gegenüber einer Heilanstalt könne sich der Versicherte in der Regel nicht berufen, weil es sich dabei um eine Auskunft handle, die einem Dritten abgegeben worden sei? Ist das nicht eine zu formale Betrachtungsweise? Darf der Versicherte nicht davon ausgehen, die Auskunft beziehe sich auf die Frage, ob und wieweit er selbst oder eben die Krankenkasse für die Kosten der Behandlung in der Heilanstalt aufzukommen habe? Müsste, um diesem Problem (ich will das jetzt nicht als Falle bezeichnen) auszuweichen, der Versicherte dann in jedem Fall neben der Kostengutsprache gegenüber der Heilanstalt auch eine solche für sich selbst verlangen, um darauf vertrauen zu dürfen?

Auf eine dritte, meines Erachtens fragwürdige, Eigenheit sei hingewiesen. Die Voraussetzungen für die Änderung rechtskräftiger Verfügungen werden im Sozialversicherungsrecht immer noch teilweise anders als im allgemeinen Verwaltungsrecht umschrieben. Auch die Terminologie weicht ab, was das ganze anspruchsvoller, aber nicht unbedingt wesentlich besser macht. Lässt sich dies mit Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts begründen? Würde es nicht genügen, bei der Prüfung der Zulässigkeit des Widerrufs oder der Rücknahme von Verfügungen – wie in anderen Rechtsgebieten – zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. am Vertrauensschutz andererseits abzuwägen? Besteht wirklich im Sozialversicherungsrecht generell ein höheres Interesse an der rechtsgleichen und gesetzmässigen Rechtsanwendung als am Vertrauensschutz? Müsste nicht auch hier jeweils eine Abwägung im Einzelfall vorgenommen werden? Der Referent äussert selbst Zweifel an dieser Rechtsprechung des EVG und ich kann ihn darin nur bestärken.

Nicht alle besonderen Ausprägungen des Art. 4 BV im Sozialversicherungsrecht geben zu Fragen Anlass. Hinzuweisen wäre auch auf manche begrüssenswerte Weiterentwicklung und Präzisierung, zum Beispiel auf die Rechtsprechung des EVG zur Heilung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die nur noch ausnahmsweise zugelassen werden soll. Aber es gehört eben zu den Eigenheiten von Diskussionsbeiträgen, dass vorwiegend Kritik geübt und weniger Zustimmung bekundet wird,

vor allem um den Referenten Gelegenheit zu geben, zu antworten und das Gespräch in Gang zu bringen, was ich hoffe, hiermit getan zu haben.

Dr. VERENA TRUTMANN, *Basel:*

Ich möchte zum Thema Gleichbehandlung von Schweizern und Ausländern ein paar Bemerkungen machen und eine vielleicht etwas andere Perspektive anbringen. Ich hatte selbstverständlich die gleichen Schwierigkeiten mit der Vorbereitung wie alle hier Anwesenden und zusätzlich auch noch ein bisschen Probleme mit der Fülle des Stoffes. Herr GREBER hat in seinem Referat viele Einsichten eröffnet, die gerade für Schweizer Juristen, die sich wenig mit dem Sozialversicherungsrecht und noch weniger mit dem internationalen Sozialversicherungsrecht befassen, sicher neu sind. Wir bewegen uns bei der Frage der Gleichbehandlung von Schweizern und Ausländern im Bereich des internationalen Sozialversicherungsrechtes, das ich in Übereinstimmung mit der heute wohl herrschenden deutschen Doktrin als die Gesamtheit derjenigen Bestimmungen definieren möchte, die Sachverhalte mit Auslandberührung in der sozialen Sicherheit regeln. In Deutschland wird dieses Gebiet bereits seit längerer Zeit etwas intensiver betreut als bei uns. Nach ebenfalls heute herrschender Lehre in Deutschland setzt sich der Normenbereich des internationalen Sozialversicherungsrechts aus *Kollisionsnormen* und aus *Sachnormen* zusammen. Kollisionsnormen sind bekanntlich Normen, die das anwendbare Recht bestimmen, und Sachnormen sind Normen, die direkt internationale Sachverhalte regeln. Bei den Kollisionsnormen stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung von Schweizern und Ausländern die Frage, inwieweit die Staatsangehörigkeit ein taugliches Anknüpfungskriterium für das anwendbare Recht ist. Mit anderen Worten: können Ausländer generell von der Anwendbarkeit des schweizerischen Sozialversicherungsrechts ausgeschlossen werden; kann das schweizerische Sozialversicherungsrecht besondere Anknüpfungen für Schweizer enthalten? Es gibt zu dieser Frage, wie generell zur Frage, welche Anknüpfungen zulässig sind, keine allgemeinen völkerrechtlichen Normen. Die Schweiz hat sich auch gehütet, irgendein internationales Sozialrechtsabkommen zu ratifizieren, das Gleichbehandlung generell vorsieht (wie z.B. das Abkommen Nr. 118 der internationalen Arbeitsorganisation). Ich bin jedoch mit Herrn GREBER der Meinung, dass die Anknüpfungskriterien, die wir in der Schweiz anwenden, dem Kriterium der Willkür standhalten müssen und deswegen aufgrund von Art. 4 BV zu prüfen sind. Diese Meinung hat aber bisher nie wirklich gegolten! Ich empfehle Ihnen, zu diesem Punkt die Botschaft zum AHV-Gesetz zu

lesen: Der Einbezug der Ausländer in die AHV hat lediglich egoistische praktische Gründe gehabt, und von Gleichbehandlung war da nicht die Rede. Die internationalen Sozialversicherungsabkommen schreiben nicht vor, wie die Anknüpfungen gestaltet werden müssen, sie regeln die Anknüpfung im Verhältnis zwischen den Abkommensstaaten direkt. Dort spielt also die Frage der Übereinstimmung mit Art. 4 BV keine Rolle. Das gleiche gilt von der EWG-Verordnung Nr. 1408/71: Sie regelt das Kollisionsrecht abschliessend. – Die zweite wichtige Gruppe im Bereich des internationalen Sozialversicherungsrechts bilden die Sachnormen. Mit der Anknüpfung, der Anwendbarerklärung eines Sozialrechtes ist das Ziel, den zwischen verschiedenen Ländern wandernden Personen eine sinnvoll zusammenpassende oder einheitliche soziale Absicherung zu gewähren, nämlich noch nicht erreicht, und zwar gerade wegen der Diskriminierungen, die in den innerstaatlichen Rechten bestehen. Das internationale Sozialversicherungsrecht benötigt deshalb weitere Normen, die direkt die innerstaatlichen Regeln so anpassen, dass sie in der sozialversicherungsrechtlichen Laufbahn einer Person am Ende eine sinnvolle Anwendung des Rechtes ergeben. Eine der wichtigsten Sachnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht ist das Gleichbehandlungsprinzip, das in den Sozialversicherungsabkommen vereinbart wird und das auch in der EWG-Verordnung Nr. 1408/71 eine grosse Rolle spielt. Ich bin nun allerdings nicht der Meinung, dass diese Gleichbehandlung Menschenrechtscharakter hat. Sie ist vielmehr, wie sich aus der Entwicklung der Abkommensgeschichte und auch aus der zunehmenden Dichte der Abkommen ablesen lässt, ein Mittel zum Zweck der sinnvollen Gestaltung der Sozialversicherungsleistungen eines migrierenden Menschen. Sie ist ein Mittel der Freizügigkeit und hat auch dort ihre Grenzen. Ich möchte das an einem Beispiel darlegen, das uns Schweizer sehr stark beschäftigt, nämlich an der freiwilligen AHV. Unser AHV-Gesetz sieht ja eine Sonderanknüpfung für Schweizer vor, indem nur Schweizer sich freiwillig der AHV unterstellen können, wenn sie im Ausland wohnen. Ich bin auch wie Herr GREBER der Meinung, dass diese Sonderanknüpfung vor Art. 4 BV standhält. Es handelt sich um eine freiwillige Versicherung und es ist legitim, dass ein Staat diese freiwillige Versicherung nur seinen Staatsangehörigen zugänglich macht. Es hat sich nun die Frage gestellt, ob diese freiwillige AHV nach einem allfälligen Beitritt zum EWR und der Übernahme der EWG-Verordnung Nr. 1408/71 weiterhin Bestand haben kann. Offenbar wurde befürchtet, dass wegen des Gleichheitsgebotes sich nun sämtliche Millionen EWR-Angehörigen bei der Schweizerischen AHV anmelden könnten. Ich bin der Meinung, dass dies nicht der Fall ist, weil das Gleichbehandlungsgebot der EWG-Verord-

nung Nr. 1408/71 dort seine Grenze hat, wo es nicht mehr um die Freizügigkeit geht. Ein Deutscher, der in Deutschland wohnt, lebt, arbeitet und dort bleibt, beansprucht die Freizügigkeit nicht und deswegen ist das Gleichbehandlungsgebot der Verordnung auf ihn nicht anwendbar. Etwas anderes ist es mit der zweiten Möglichkeit der freiwilligen Versicherung, die darin besteht, dass jeder Schweizer, der einmal in der obligatorischen AHV war und auswandert, weiterhin in der AHV bleiben kann. Dabei handelt es sich um eine Weiterversicherung und diese müsste wohl auch Ausländern, die in der Schweiz gewesen sind und auswandern, zugänglich gemacht werden. Diese Lösung ist ja jetzt auch im Entwurf der Anpassung der AHV vorgesehen. Ich möchte hier schliessen, obwohl natürlich noch sehr viel zum Thema gesagt werden könnte. Mit dem Referat von Herrn GREBER haben wir einen Anfang gemacht, die mannigfaltigen Fragen des internationalen Sozialversicherungsrechts auch in der Schweiz intensiver zu behandeln, und ich glaube, dass hier noch sehr viele interessante Erkenntnisse an den Tag kommen werden.

Schriftliches Votum von Dr. GIOVANNI BIAGGINI, *Rechtsanwalt, Bern:*

Ich möchte den Bogen zurückschlagen zu den Ausführungen, die Herr Bundesrichter MEYER an den Anfang seines mündlichen Referates gestellt hat. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit markiert eine Schnittstelle von Verfassungsrecht und Methodenlehre: Wer soll dafür besorgt sein, dass das Gesetzesrecht und seine Handhabung und Fortbildung in Einklang steht mit den Anforderungen des Rechtsgleichheitsgebotes? In einer rechtsstaatlichen Demokratie handelt es sich zweifellos in erster Linie um eine Aufgabe des Gesetzgebers. Unbestrittenermassen darf und soll aber auch der Richter zur Fortbildung des Rechts im Sinne des Rechtsgleichheitsgebotes beitragen. Da die richterliche Weiterentwicklung des Rechts jedoch nicht schrankenlos zulässig sein kann, schliessen sich unmittelbar die Fragen an: Wo liegen die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung? Wie sind diese Grenzen zu bestimmen? Wie sind die rechtsfortbildenden Gerichte zu disziplinieren? Die traditionelle Antwort hierauf lautet: Dadurch, dass die Gerichte zur Anwendung der hergebrachten Auslegungsregeln verpflichtet werden. Zu dieser traditionellen Antwort einige wenige Bemerkungen:

1. Das Heranziehen der hergebrachten, "anerkannten" Auslegungsregeln vermag – jedenfalls im Bereich des öffentlichen Rechts – in mancherlei Hinsicht nicht zu befriedigen. Zum einen ist das herkömmliche methodische Instrumentarium praktisch gesehen nicht unproblematisch. Nicht

gering ist nämlich oftmals die Versuchung, unter Anrufung der “anerkannten” Auslegungsregeln verdeckte Wertungen und weitreichende Rechtsfortbildungen (bis hin zu versteckten Gesetzeskorrekturen) vorzunehmen. Um nur die bekanntesten “Gefahrenherde” stichwortartig zu erwähnen: zeitgemässe, teleologische sowie verfassungskonforme Auslegung, Abweichen vom Wortlaut, Anerkennung und Ausfüllung von Lücken durch den Rechtsanwender. Auch wenn diese Methodenfiguren oft zu akzeptablen Ergebnissen führen, so ist die erwähnte praktische Gefahr doch nicht zu unterschätzen. Zum andern macht eine Betrachtung der Interpretationsproblematik unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel deutlich, dass das herkömmliche methodologische Gerüst insgesamt auf schwankendem theoretischen Grund steht. Wie aber soll der Richter unter diesen Bedingungen bei der Gesetzeshandhabung und -fortbildung vorgehen?

Ausgangspunkt muss m.E. *die Entscheidung des historischen Gesetzgebers* sein. Das ist in einem demokratisch verfassten Staat unabdingbar. Dies heisst nun aber nicht, dass eine richterliche Fortbildung des gesetzten Rechts von vornherein ausscheidet. Zu klären sind vielmehr die Bedingungen, unter denen in einem bestimmten Einzelfall eine Rechtsfortbildung im Wege der Interpretation zuzulassen ist. Hier nun spielen nach meinem Dafürhalten Verfassungsgrundsätze wie das Gesetzmässigkeitsprinzip, insbesondere der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes, aber auch das Rechtsgleichheitsgebot (und unter Umständen auch Gerechtigkeitsüberlegungen) eine massgebliche Rolle. Handkehrum sind bei einer verfassungsrechtlichen Betrachtung der Methodenfrage diverse methodologische “Gewissheiten” in Frage zu stellen:

– Ist es richtig, Kriterien wie den Gesetzeswortlaut oder die Massgeblichkeit der Bundesgesetze gemäss Art. 113 Abs. 3 BV – wie es bisweilen geschieht – zu einer *absoluten* Schranke der Rechtsfortbildung zu erheben? Nach meinem Dafürhalten gibt es zwar Situationen, in denen der *Wortlaut* zu einer Schranke der rechtsfortbildenden Interpretation werden *kann* (etwa aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes); aber ein Abrücken vom Wortlaut muss unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel bei Vorliegen qualifizierter Gründe möglich bleiben. Und Art. 113 Abs. 3 BV darf nicht zu einer Bestimmung von “Überverfassungsrang” hochstilisiert werden; denn immerhin steht zum Beispiel das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 4 BV) auf derselben Normstufe, was nach den Grundsätzen systematischer Auslegung (Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den Verfassungsnormen) die Handhabung von Art. 113 Abs. 3 BV eigentlich beeinflussen müsste.

– Kann man sodann am tradierten Konzept der Gesetzeslücke, einer primär für das Zivilrecht entwickelten Methodenfigur, festhalten? Ja, ist

nicht letztlich der Begriff der Lücke – auf den übrigens der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 ZGB nicht Bezug nimmt – in der Methodenlehre überhaupt entbehrlich?

– Ist es schliesslich richtig, einheitliche Rechtsanwendungs- und Rechtsfortbildungsregeln für *alle* Gerichte zu postulieren? Müssten nicht für ein Höchstgericht, das in spezifischer Art und Weise mit der Pflege und Fortbildung des Rechts betraut ist, gewisse besondere Regeln gelten?

2. Wie verfährt die Praxis angesichts der unsicher werdenden methodischen Fundamente? Das Bundesgericht wie das EVG haben in langjähriger Praxis diverse Methodenformeln entwickelt, die sich an den traditionellen Interpretationsregeln orientieren. Überraschend ist nun aber, dass diese Methodenformeln gerade im “kritischen” Fall, wenn sich der Interpret im Grenzbereich zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung bewegt, vielfach relativiert werden (oder bisweilen sogar ganz beiseite gelassen werden). Mit anderen Worten: Eine rechtsfortbildende Lösung wird auf anderem, “unkonventionellem” Wege entwickelt; dies übrigens nicht selten gestützt auf das Rechtsgleichheitsgebot. Das Schema der traditionellen Methodenregeln wird gesprengt, um eine “vernünftige” Lösung zu ermöglichen, welche mit dem herkömmlichen Instrumentarium nur schwer oder gar nicht zu begründen gewesen wäre. Herr Bundesrichter MEYER hat in seinem schriftlichen Referat verschiedene Beispiele vorgeführt, Beispiele, in denen das EVG nach meinem Dafürhalten sinnvolle Regelungen getroffen und doch die einem Gericht gesetzten Grenzen im allgemeinen nicht überschritten hat. Man ist, in Anlehnung an ein geflügeltes Wort, versucht zu sagen: Die Methode der Praxis ist besser als das, was die Praxis für ihre Methode hält. Die Rechtsprechung, gerade auch die sozialversicherungsrechtliche, hat durch methodische Innovationen einen sehr interessanten Dialog eröffnet. Es ist nun an der (Methoden-)Lehre, auf die Herausforderung der Praxis zu antworten.

3. Ein dritter und letzter Punkt: Nicht nur Praxis und Lehre, auch Gesetzgeber und Rechtsprechung sollten ihren Dialog intensivieren. Im Bereich des Sozialversicherungsrechts finden sich schon heute verschiedene Beispiele für eine fruchtbare Zusammenarbeit von Legislative und Judikative bei der *gemeinsamen* Aufgabe einer sinnvollen und kohärenten Fortbildung der Rechtsordnung. Dieser Dialog, der keineswegs ein Überschreiten der Grenzen der Gewaltenteilung bedeuten muss, sollte m.E. noch vertieft und vor allem besser institutionalisiert werden. Vielleicht bietet die anstehende Totalrevision des OG die Gelegenheit, nach Wegen zu suchen, wie die Kommunikation zwischen Legislative und Judikative verbessert werden kann.

Dr. ULRICH MEYER-BLASER, *Berichterstatter deutscher Sprache*  
(*Schlussvotum*):

Herr Dr. SCHMID hat die Frage aufgeworfen nach dem Anspruch auf Einsicht in rechtliche Stellungnahmen. Ich habe dabei in erster Linie an *rechtliche* Stellungnahmen gedacht, welche im Rahmen eines laufenden Verfahrens von der Gegenpartei eingereicht werden. Der Gehörs- und daher der Akteneinsichtsanspruch bezieht sich auch darauf, nicht nur auf zusätzliche Vernehmlassungen mit neuen *tatsächlichen* Vorbringen. Davon abgesehen hat der Votant diese Frage in den Zusammenhang gebracht mit den Akten, welche die interne Meinungsbildung des Versicherers festhalten. Er glaubt, aus meinem Aufsatz das Postulat herauszuhören, dass der Akteneinsichtsanspruch sich auch auf diese internen Dokumente beziehe, welche die interne Meinungsbildung betreffen. Von Art. 4 BV her ist tatsächlich nicht gefordert, dass die Verwaltung die interne Meinungsbildung preisgeben muss, so wenig wie der Versicherte und sein Anwalt sich über ihre internen Gespräche ausweisen müssen. Wesentlich ist nur: es gibt rechtliche und auch medizinische Stellungnahmen in den Dossiers (die ärztlichen Beurteilungen beispielsweise), auf die sich die SUVA zur Rechtfertigung ihres verfügbaren Standpunktes bezieht. Alle diese Stellungnahmen, ob jetzt tatsächlicher, fachtechnischer, fachärztlicher oder auch rechtlicher Natur, unterliegen, *wenn* sie im Prozess ins Feld geführt werden, um die verfügte Rechtsfolge zu begründen, dem Akteneinsichtsrecht. Denn diesfalls hat die (rechtliche) Stellungnahme die Qualität, Fundament zu sein für die angefochtene, richterlich zu überprüfende Verfügung. Dann – aber auch nur dann – muss sich die Akteneinsicht darauf beziehen.

Zum zweiten Punkt, den postulierten Einfachheitsgeboten an die Adresse der zweiten Instanz. Aus Versicherten- und Verwaltungskreisen wird immer wieder der Verzicht auf Rückweisung verlangt (für die Nichtsozialversicherungsrechtler sei gesagt, dass diese Rückweisung darin besteht, Verfügung und angefochtene Entscheidung zu kassieren und das Dossier zur Aktenvervollständigung an den Versicherer [oder an die erste Gerichtsinstanz] zurückzuweisen). Diese beiden Möglichkeiten stehen neben der dritten, die das EVG zugegebenermassen selten pflegt, nämlich selber das Dossier zu ergänzen. Das wurde früher, bis in die 70er Jahre hinein noch häufiger gemacht, als 500, 600 oder 700 Fälle ans Gericht gelangten. Heute sind es im Minimum 1'200 Eingänge mit ansteigender Tendenz. Es wäre sehr kompliziert und gerade nicht einfach, wenn wir alle diese Fälle selber abschliessend instruieren würden. Die Verwaltung hat hier viel direktere Möglichkeiten. Im übrigen wird in der Unfallver-

sicherung selten an die SUVA zurückgewiesen, sondern praxisgemäss fast immer an das kantonale Gericht, warum? Die Administrativakten liegen ja vor; wenn also Opposition dagegen gemacht wird, wenn Bestreitungen vorliegen, dann muss sehr oft ein gerichtliches Gutachten eingeholt werden.

Zur Ermöglichung der vorsorglichen Feststellungsklage. Hier, scheint mir, verfügen wir mit der Praxis zur Zulässigkeit des auf Feststellung lautenden Verwaltungsaktes an sich über ein Instrument, um solche Separierungen von wichtigen Vorfragen zum Gegenstand eines Verfahrens und einer Verfügung zu machen. Voraussetzung ist ein schutzwürdiges Interesse an separaten Entscheid. Es ist richtig, die Praxis lautet dahin, dass dieses schutzwürdige Interesse an der Feststellungsverfügung dann nicht bestehe, wenn dem Anliegen des Versicherten mit einer auf Leistung (Zusprechung oder Ablehnung) lautenden, also gestaltenden Verfügung entsprochen werden kann. Ich würde aber nicht dagegen opponieren, dass, wenn beispielsweise die Frage der Versicherteneigenschaft im Vordergrund steht und man überhaupt zuerst einmal darüber Gewissheit haben muss, sich das Administrativverfahren darauf konzentriert und dass der Versicherer gegebenenfalls bloss unter diesem Titel die Ablehnung verfügen würde. Da sehe ich keine grundsätzlichen Einwände.

Zur Frage der Parteientschädigung, wenn die kantonale Instanz einen Fehler gemacht hat. Ich weiss, das wird von Versichererseite her sehr ungern gesehen. Irrtum vorbehalten, befolgen wir die Praxis, die aber selten zum Zuge kommt, dass, wenn der das Prozess- und damit auch das Kostenrisiko tragende Versicherer das Dossier genau anschaut, den vorinstanzlichen Entscheid genau analysiert, dessen Mangel erkennt und demnach auf *Gutheissung* der Beschwerde schliesst, er keine Parteientschädigung an den obsiegenden Versicherten zahlen muss. Aber in aller Regel ist es eben so, dass die Verwaltung auf *Abweisung* der Beschwerde schliesst. Dann wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutgeheissen aus einem Grund, der nicht im Administrativ-, sondern im vorinstanzlichen Verfahren liegt. Dieser Punkt allein rechtfertigt nicht, in Abweichung von Art. 159 OG die Prozesskosten und die Parteientschädigung anders zu verlegen.

Zu Herrn Professor MÜLLER, angesichts der knappen Zeit in aller Kürze:

Regelungsdichte, schliesst sie eine an Art. 4 BV orientierte Rechtsanwendung aus? Ich meine nicht, und zwar deswegen nicht, weil Regelungsdichte allein keine Gewähr dafür bietet, dass nebeneinanderstehende Normen miteinander funktionieren und nicht in Widerspruch stehen untereinander, dies ganz abgesehen von sehr vielen sehr unbestimmten

Rechtsbegriffen, mit denen das Sozialversicherungsrecht durchsetzt ist. Zu den drei angeschnittenen Fragekreisen:

Erstens, Zurückhaltung bei der Normenkontrolle, Rückzug auf eine Willkürkontrolle. Hier stimme ich den Ausführungen von Herrn Professor MÜLLER zu. Hingewiesen sei lediglich auf die im Sozialversicherungsrecht verbreiteten Listen, deren Spezialität darin besteht, dass das formelle Gesetz selber den Anspruch auf eine Leistung von vornherein in den Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste eingrenzt. Hier geht also die Delegation des formellen Gesetzgebers an den Verordnungsgeber so weit, dass von vornherein die Befugnis zu einer Eingrenzung mitgegeben wird. Von diesem Gesichtspunkt abgesehen, bin ich aber mit Ihnen der Meinung, dass die Rechtsgleichheitskontrolle nicht in einer Willkürprüfung aufgehen darf. Wir haben in den letzten Jahren versucht, mit einigen Urteilen diesen Weg zu beschreiten.

Zweitens, die Kostengutsprache gegenüber der Heilanstalt. Das betrifft die Frage, ob die massgebliche Voraussetzung der Berufung auf den Vertrauensschutz erfüllt ist, ob also eine vertrauensbildende Auskunft der zuständigen Amtsstelle an den Betroffenen (den Versicherten) gegeben ist: Kann oder soll man die Auskunft an einen Dritten, den Leistungserbringer, das Spital, gleichstellen mit der direkten Auskunft des Versicherers an den Versicherten? Wenn der Versicherte beispielsweise gar nichts weiss von dieser Kostengutsprache des Versicherers an das Spital, sondern erst nachträglich davon erfährt – wenn nämlich das Spital *ihm* Rechnung stellt und nicht der Kasse, weil diese in der Zwischenzeit die Kostengutsprache widerrufen hat – dann liegt keine vertrauensbildende dispositionskausale Auskunft des Versicherers an den Versicherten vor. Unsere Praxis behält aber immer besondere Situationen vor. Wenn beispielsweise eine Kopie dieser Kostengutsprache nach Anfrage zwecks Information an den Versicherten ging, dann müsste man sich ernsthaft überlegen, ob das nicht eine anzuerkennende vertrauensbildende Zusage wäre.

Schliesslich, drittens, die Voraussetzungen der Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen. Das allein wäre ein Thema für einen Juristentag, ich konnte die Rücknahme nur antippen im Referat. Sie haben mir, Herr Professor, aus dem Herzen gesprochen, aber ich muss Ihnen auf der anderen Seite zu bedenken geben: wie soll dann die Interessenabwägung erfolgen? Man stelle sich vor, dass in der Sozialversicherung, einer Massenverwaltung, in jedem einzelnen Fall Interessen abzuwägen wären und dass dann, je nach der Lage von partikulären Lebenssachverhalten, das Interesse des Versicherten geschützt oder eben nicht geschützt würde. Das Sozialversicherungsrecht mit seinen standardisierten, typischen Dau-

errechtsverhältnissen nimmt meines Erachtens in der Frage der Wiedererwägung von Verfügungen eine besondere Stellung ein. Es gibt nirgends so viele formell rechtskräftig geregelte Dauersachverhalte. Von daher, muss ich sagen, ist das letzte Wort sicherlich noch nicht gesprochen, wie man hier weiterfahren will. Aber Vorsicht ist jedenfalls geboten.

Professeur JEAN-LOUIS DUC, *rapporteur de langue française (intervention finale)*:

Je me contente de deux minutes.

Juste une remarque à propos de la 'Kostengutsprache'.

Il me semble que la remarque faite par le professeur MÜLLER donne un bon exemple des risques que l'on peut encourir en voulant appliquer certains principes de manière trop stricte. Je m'explique:

Les rapports entre caisses-maladie, établissements hospitaliers et assurés sont des rapports triangulaires. Il y a donc un rapport caisses-maladie/hôpitaux et un rapport caisses-maladie/assurés et il y a encore un rapport patients/hôpital que je laisse de côté. Il est bien connu que les établissements hospitaliers et les caisses ont intérêt à passer certaines conventions, notamment des conventions qui peuvent contenir des dispositions sur les dépôts de garanties. Donc, si une caisse-maladie donne une 'Kostengutsprache', elle va s'engager vis-à-vis de l'hôpital à honorer la facture de l'établissement hospitalier, quels que soient les droits de l'assuré envers elle. Si l'on part de cette idée-là, il est évident que l'on ne peut pas donner automatiquement à la garantie donnée à l'hôpital un sens qui permette à l'assuré de s'en prévaloir en tout état de cause après coup, lorsque les prestations lui sont refusées pour une raison ou pour une autre. Je crois que l'on est ici dans un domaine – je ne vais pas faire de longs développements – où l'on doit tenir compte de la grande complexité des situations. Il me paraît impensable d'obliger les administrations des caisses-maladie à donner des renseignements circonstanciés aux assurés qui se renseignent à l'avance: si l'on devait développer la protection de la bonne foi des assurés dans ce domaine, on rendrait la tâche de l'administration absolument impossible, parce qu'elle devrait assortir les renseignements qu'elle donne de tellement de réserves que, pratiquement, l'on aboutirait à une situation inextricable. Sur le plan pratique, l'on ne saurait plus à quoi se fier. Je crois dès lors qu'il faut bien faire la différence entre les rapports liant l'assuré à la caisse et ceux liant la caisse à l'établissement hospitalier. J'ai quelques réserves aussi à l'égard de la dernière remarque du Juge fédéral MEYER, lorsqu'il dit: 'Lorsque l'assuré

a reçu copie du document, la question de la bonne foi se présente différemment'. Oui, elle se présente différemment, mais je suis loin de tirer de cette remise de copie toutes les conséquences que l'on voudrait peut-être tirer au niveau de la protection de la bonne foi de cette simple information de l'assuré, qui sait simplement qu'il n'a pas de dépôt à effectuer, parce que cette question-là est réglée avec la caisse. Donc, il faut être prudent, parce que si l'on n'est pas sage, et si l'on pousse la protection de la bonne foi trop loin, en l'état actuel de la législation, les caisses diront tout simplement: 'Moi, je ne donne plus de garanties!'. Et ce sont les assurés qui devront faire des dépôts. C'est pourquoi j'ai évoqué les effets pervers, à la fin de mon exposé, tout à l'heure.

Professeur PIERRE-YVES GREBER, *rapporteur de langue française*  
(*intervention finale*):

Tout d'abord concernant les interventions extrêmement pertinentes du Juge fédéral RAYMOND SPIRA, je crois que l'on est tout à fait d'accord qu'en matière de sécurité sociale, l'EEE – s'il est ratifié par la Suisse – va entraîner une modification très importante par le passage du bilatéralisme au multilatéralisme, par une égalité conçue dans une optique globale et non plus branche par branche, et par l'apport jurisprudentiel. Donc, il y aura une certaine forme de cassure, par rapport à la législation actuelle mais surtout au droit international qui nous lie. En revanche, à mon avis, il n'y aura pas de rupture face à l'art. 4 Cst., dont je crois que la lecture contemporaine montre que la nationalité n'est plus ou pratiquement plus un critère déterminant dans notre domaine. Donc, une conformité avec notre texte constitutionnel.

Deuxième élément, le Juge fédéral SPIRA a, à très juste titre, souligné l'importance de la jurisprudence, tant sur le plan européen que sur le plan suisse, en droit de la sécurité sociale. C'est la raison de l'impact et du succès du droit communautaire par opposition à d'autres ordres juridiques très intéressants dans notre matière, comme celui qui émane du Conseil de l'Europe et de l'OIT, mais qui, ne bénéficiant pas de cet apport jurisprudentiel, sont beaucoup plus en retrait. Je le rejoins totalement: le juge communautaire, comme le juge fédéral en Suisse à propos de l'art. 4 Cst., a apporté toute une série de lumières et il a fait oeuvre créatrice. Je partage aussi les craintes du Juge fédéral en ce qui concerne le développement d'une coordination et d'une égalité à deux vitesses, selon que l'on a affaire à des ressortissants de l'Espace européen ou avec d'autres et je crois que son encouragement à procéder au bilatéralisme peut être tout à fait suivi, même si l'on poussait les développements de l'art. 4 Cst.

jusqu'au bout et que l'on en tirait la conclusion que la nationalité n'est plus un critère déterminant. On pourrait donc réaliser l'égalité de manière unilatérale, comme je l'avais exposé au début, mais reste le besoin de droit international pour les aspects qui ne sont pas réglés par l'égalité.

Le professeur GEORG MÜLLER a aussi mis l'accent de manière tout à fait juste sur les masses de documents et de décisions que les institutions de sécurité sociale doivent adopter. Il est clair que, pour la pratique, le respect sur le terrain du principe de l'égalité n'est pas forcément facile; il n'est pas nécessairement aisé de garder, selon l'ambiance du moment, par exemple financière, une même ligne, d'où, dans ce domaine, le développement très grand des ordonnances administratives, ce qui je crois n'est pas satisfaisant au regard du principe de la légalité. Parfois, certains parlent de législation d'essai, ce qui me fait un peu froid dans le dos. Mais, en revanche, sur le plan pratique, c'est probablement un passage incontournable.

Madame TRUTMANN a aussi mis le point sur quelques éléments tout à fait intéressants. Sur le plan des normes de coordination, je la rejoins tout à fait: la nationalité n'est pas un critère en soi pertinent, ce n'est pas non plus un critère pertinent en droit communautaire, lequel va travailler, de manière classique, beaucoup plus avec des critères de rattachement comme le lieu du travail salarié, le lieu de l'activité indépendante, le domicile. Elle a, à juste titre, et en parlant aussi de la doctrine allemande, montré que ces normes de conflits ne suffisaient pas, qu'il fallait des normes de droit de fond et que sur ce plan-là, nous avons en Suisse quelque retard; je la rejoins tout à fait. Je peux juste défendre la position suisse sur un point: nous sommes un Etat d'immigration et la Suisse a évidemment été particulièrement sensible aux problèmes financiers. Pour terminer, se pose la question du droit à l'égalité dans la Communauté européenne: est-ce seulement un moyen au service de la libre circulation des personnes? Nous avons donc ici une petite divergence. Je crois que cela montre simplement qu'en droit communautaire, les choses changent. A l'origine, manifestement, c'était la libre circulation vue sous l'angle économique et non un droit de l'Homme. L'on sait que la Communauté a énormément évolué ces dernières années avec l'achèvement du marché intérieur et le fameux Traité de Maastricht; insensiblement, il y a un passage d'un aspect économique à un aspect beaucoup plus global, et, peut-être, à la reconnaissance d'un droit de l'Homme.

Professeur BLAISE KNAPP, *directeur des débats*:

J'ai le plaisir de clore cette discussion qui, je l'espère, vous a montré que le droit de la sécurité sociale n'était pas seulement un monde réservé à quelques spécialistes, mais aussi un monde dans lequel un certain nombre de principes fondamentaux trouvent application, même si ces principes fondamentaux revêtent des aspects particuliers, en raison de la spécificité du domaine dont il s'agit.

L'heure est à l'allocution du Conseiller fédéral, Chef du Département fédéral de justice et police qui nous fait l'honneur de nous faire part de ses réflexions. Ce dont nous lui sommes très reconnaissants.

Monsieur le Conseiller fédéral, vous avez la parole.

### III.

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

*Die Idee der Gleichheit in der aktuellen schweizerischen Rechtspolitik*

Ich glaube, die Wahl des Tagungsortes Luzern zeigt die ganze Problematik Ihres Tagungsthemas. Denn seit der Gründung unseres Bundesstaates gibt es ja gemäss Art. 4 der Bundesverfassung keine Vorrechte des Ortes mehr und ich räume auch gerne ein, dass sich Ihr Vorstand bemüht, unter den verschiedenen Orten abzuwechseln. Trotzdem muss ich feststellen, dass es offenbar gewisse Orte gibt, die etwas gleicher sind als andere, was uns Juristen zu denken geben muss. Im Falle Luzerns ist das, angesichts des Jubiläums des eidgenössischen Versicherungsgerichts, sogar gerechtfertigt. Ich möchte sodann vor allem den Referenten danken. Ich weiss, es ist etwas trivial, aber ich kann es Ihnen offen sagen, sie sparen dem Bunde Kosten. Ich möchte daher meinen Dank ausdrücklich auch im Namen meines Herrn Kollegen STICH dem Juristenverein und allen Referenten herzlich ausgesprochen haben.

Meine, natürlich vor allem rechtspolitischen, Gedanken werde ich Ihnen unter sechs Leitgedanken vortragen.

## 1. Die Gleichheit bleibt sich nicht gleich

Die interessanten Referate, die für die Jahresversammlung Ihres Vereins vorgelegt worden sind, belegen eindrucklich, wie sehr sich Gesetzgeber und Gerichte stets auf's Neue bemühen, der Idee der Gleichbehandlung der Menschen in den verschiedensten Lebensbereichen zum Durchbruch zu verhelfen. Anhand des Sozialversicherungs- wie des Steuerrechts lässt sich besonders gut nachweisen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung mit dem sozialen und wirtschaftlichen Wandel immer wieder andere Ausprägungen erfährt. *Die Gleichheit – so kann man wohl sagen – bleibt sich letztlich niemals gleich.*

Die Verwirklichung von richtig verstandener Gleichheit stellt eine der grössten Herausforderungen für die Rechtspolitik dar. Da die Menschen so verschieden sind und kaum je eine Situation im Leben sich mit einer andern vollständig deckt, ist die Bestimmung dessen, was gleich und was unterschiedlich zu behandeln ist, eine eminent schwierige Aufgabe. *Die Kriterien, nach welchen Gleiches von Ungleichem geschieden wird, entstammen den unterschiedlichsten Wertordnungen und wurzeln letztlich in weltanschaulichen Überzeugungen, die kaum mehr weiter hinterfragt werden können.* Die rechtliche Fassung der Gleichheitsidee erscheint aber auch darum so komplex, weil Gleichbehandlung im Recht meistens auch einen Eingriff ins Kräftespiel der Gesellschaft darstellt. Damit schafft sie – wie wir alle wissen – tendenziell eine Spannungslage zur Idee der Freiheit – zur Freiheit, die neben der Gleichheit ein zweites Fundament unserer Demokratie bildet.

FRIEDRICH DÜRRENMATT hat in seinem bekannten Monstervortrag über Gerechtigkeit und Recht erklärt, die unmögliche Kunst der Politik bestehe darin, die Idee der Freiheit mit der Idee der Gerechtigkeit zu versöhnen; denn für sich alleine würden beide eine Hölle darstellen: die Welt der absoluten Freiheit einen Dschungel, wo der Mensch wie ein Wild gejagt, die Welt der absoluten Gerechtigkeit ein Gefängnis, wo der Mensch zu Tode gefoltert wird. Oberstes Ziel der Gesetzgebung muss es daher sein, diese beiden Ideen so zu verschränken, dass eine menschenwürdige Ordnung entsteht – eine Ordnung, in der sich die Menschen entfalten können, in der sie aber auch aufeinander Rücksicht nehmen.

Im einzelnen, in den verschiedenen Politikbereichen, werden indes ganz unterschiedliche Erwartungen in die praktische Ausgestaltung dieser beiden Leitideen gesetzt. Parlament und Regierung sehen sich gleichzeitig mit Forderungen nach mehr Gleichheit und mit solchen nach mehr Freiheit konfrontiert. Doch auch hier gilt vielfach: beiden Recht getan ist

eine Kunst, die niemand kann. Ich möchte das anhand weniger, aktueller Probleme etwas ausleuchten.

2. Gleichheit zwischen Mann und Frau: Das Recht, sich selbst zu sein  
Defizite bei der Vewirklichung und Durchsetzung der Gleichheitsidee werden in der aktuellen politischen Diskussion in erster Linie mit Blick auf die unterschiedlichen Chancen von Mann und Frau diagnostiziert.

Die Vorrechte des Orts, der Geburt, einer bestimmten Familienzugehörigkeit sind nicht nur von Verfassungen wegen seit langem verboten, sondern haben auch in der Praxis wesentlich an Bedeutung eingebüsst. Anders stellt sich die Situation inbezug auf die Gleichberechtigung der Frau dar. Zwar sind seit anfangs der Siebziger Jahre die rechtlichen Ungleichheiten zwischen Mann und Frau mit einem eigentlichen Sanierungsprogramm sukzessive beseitigt worden. Ich erwähne unter anderem die Einführung des Frauenstimmrechts im Jahr 1971, die Schaffung der Verfassungsbestimmung über gleiche Rechte für Mann und Frau zehn Jahre später, das neue Eherecht, das revidierte Bürgerrechtsgesetz, gewisse Änderungen in der AHV-Gesetzgebung. Daher finden wir heute Ungleichbehandlungen im Recht nur noch an wenigen Orten. In der sozialen Wirklichkeit jedoch werden Frauen und Männer häufig noch auf bestimmte Rollen fixiert und von anderen ausgeschlossen, insbesondere in der Arbeitswelt. Die Möglichkeiten der Frau, ihre Biographie aus freien Stücken selber zu bestimmen, bleiben zum Teil noch eingeschränkt. *Deshalb besteht für viele Frauen – und auch für Männer – das Bedürfnis, dass Rechtsgleichheit als Chancengleichheit im Alltag stärker erlebbar wird.* Es geht bei diesem Postulat für gleiche Chancen von Mann und Frau sehr direkt um die Menschenwürde, vor allem um jene der Frau. Daher kann es bei der formalen Gleichbehandlung im Gesetz nicht sein Bewenden haben. *Das Recht muss – diese Auffassung setzt sich immer mehr durch – die faktische Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau zeit- und situationsgerecht realisieren helfen.*

Aus diesem Grund steht im Parlament im Rahmen der 10. AHV-Revision die zivilstandsunabhängige Rente zur Diskussion. Sie soll gewährleisten, dass auch die verheiratete Frau selbständig die erste Säule ihrer Altersvorsorge aufbauen kann. Um dem Anspruch auf gleiche Rechte in der Praxis noch stärker zum Durchbruch zu verhelfen, bereiten wir ferner in meinem Departement ein Gleichstellungsgesetz vor. Dieses wird voraussichtlich anfangs nächsten Jahres dem Parlament zugeleitet werden. In diesem Gesetz, das auch Anforderungen des EWR-Rechts erfüllen muss, und wir haben bei diesem Beispiel lediglich eine Übergangsfrist

von einem Jahr, sollen nicht nur ein allgemeines Diskriminierungsverbot verankert, sondern auch verfahrensmässige Sicherungen für dessen Durchsetzung geschaffen werden. Dazu zählen ein Diskriminierungsverbot im Erwerbsleben, eine Umkehr der Beweislast bei entsprechenden Streitigkeiten und ein Kündigungsschutz während der gerichtlichen Auseinandersetzung über den Anspruch auf Gleichbehandlung. Bereits ende letzten Jahres hat der Bundesrat zudem Weisungen zur Verbesserung der Stellung des weiblichen Personals in der Bundesverwaltung erlassen. Er will damit konkrete, rasch realisierbare Förderungsmassnahmen zugunsten der weiblichen Bundesbediensteten und übrigens auch bei der Bestellung der ausserparlamentarischen Kommissionen initiieren und ich verrate Ihnen kein Geheimnis, dass gerade diese Frage einer entsprechenden Berücksichtigung von Frauen bei den ausserparlamentarischen Kommissionen keine leichte Aufgabe ist.

Solche Massnahmen sind nun allerdings nicht unumstritten. Dagegen wird eingewendet, sie führten zu mehr Bürokratie und würden die Dispositionsmöglichkeiten anderer, vor allem jene der Arbeitgeber einschränken. Die Frauenförderung habe mithin ihrerseits Freiheitsbeschränkungen zur Folge. Das trifft zum Teil zu. Doch ebenso wahr und viel wichtiger ist, *dass mit derartigen Massnahmen nicht nur mehr Gleichheit, Gleichheit zwischen Mann und Frau, geschaffen wird, es geht dabei und ganz besonders um Freiheit*, um jene Freiheit, von der FRIEDRICH DÜRRENMATT übrigens geschlechtsneutral gesagt hat, sie sei das Recht des einzelnen, sich selbst zu sein. Dieses Recht muss für viele Frauen und zum Teil auch für Männer erst noch eingelöst werden.

### 3. Grenzen der Gleichheit: der Ruf nach Deregulierung

Nicht überall lassen sich wie auf dem Gebiet der Gleichheit von Mann und Frau Synergieeffekte von Gleichheit und Freiheit feststellen. Auch wenn der Gesetzgeber im Sinn der Gleichheitsdefinition von Aristoteles sich redlich bemüht, jedem das Seine zu geben, zeitigt sein Werk doch oft kontraproduktive Wirkungen. Immer stärker wird die Gefahr, dass die Umsetzung der Gleichheit in Bürokratie und Immobilismus ausartet und Kreativität und Innovationsfreude hemmt. Es erstaunt deshalb nicht, dass im Zuge des weltweiten Trends zur Deregulierung (und angesichts der offensichtlichen Schwäche fast aller westlichen Volkswirtschaften) auch bei uns zunehmend darüber nachgedacht wird, wieviel rechtliche Gleichheit denn überhaupt wünschbar sei.

Zum Teil wird dabei die gesetzgeberische Arbeit grundsätzlich in Frage gestellt. Denn Rechtsetzung als solche erzeugt immer ein Stück Gleich-

förmigkeit, was nicht nur Stabilität zur Folge hat, sondern auch ein Element von Starrheit in sich birgt. Um mit GUSTAV RADBRUCH zu sprechen: Gleichbehandlung ist stets "Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte".

Des weiteren fehlt es nicht an anschaulichen Beispielen, die zeigen, dass das Bestreben nach Gleichheit zu Unübersichtlichkeit und damit auch zu Rechtsunsicherheit führen kann. So mag man sich vor dem Hintergrund der Referate an diesem Juristentag etwa fragen, ob mit einer immer subtileren und komplizierteren Ausgestaltung des Steuerrechts durch den Gesetzgeber oder den Richter sich tatsächlich noch mehr Gerechtigkeit verwirklichen lässt. Der Bürger zweifelt oft, ob es gelingt, alle Steuerpflichtigen richtig, nach Massgabe ihrer Leistungsfähigkeit, zu erfassen – die Diskussion um den Eigenmietwert mag dafür ein plausibler Beleg sein. Zudem sind die Motive für eine Regelung häufig schwer ersichtlich; der Betroffene kann sich im Gesetzeswerk nur noch bedingt zurechtfinden. Deshalb kennt auch die Ausdifferenzierung eines Steuersystems, und wohl auch des Sozialversicherungssystems, Grenzen.

Aber auch im Bereich eben der Sozialversicherung ist heute die Orientierung für unsere Bürgerinnen und Bürger sehr, sehr schwierig und undurchsichtig geworden. Der Betroffene hat nicht nur Mühe, seine Rechte in den einzelnen Versicherungszweigen zu kennen, er ist insbesondere auch überfordert, wenn er die Zusammenhänge im gesamten Sozialversicherungs- und auch Fürsorgewesen begreifen will. Die Vielfalt der Konzeptionen und Leistungsträger (Bund, Kantone, Private), die je auf ihre Art Gleichheit zu verwirklichen suchen, schafft die Gefahr von Doppelspurigkeiten, aber auch von ungewollten Lücken. Das kann die Akzeptanz der betreffenden Institutionen beim Bürger erheblich mindern. *Der Gesetzgeber wird deshalb immer wieder neu versuchen müssen, die vielfältigen Aktivitäten zu integrieren, das System als Ganzes zu vereinfachen, ohne dass dies zu unbilligen Ergebnissen führt.*

In diesem Zusammenhang möchte ich auch das Bundesgesetz über die Freizügigkeit erwähnen, das der Bundesrat kürzlich dem Parlament zugeleitet hat. Hier geht es darum, die Freiheit der Arbeitnehmer zu stärken. Die "Goldenen Fesseln", die sie bis heute an einen Betrieb gebunden haben, sollen gesprengt werden. Die Mobilität wird dadurch grösser und sie ist ja eines der grossen Postulate im Zeichen der europäischen Integration, ohne dass aber bestehende Solidaritäten in Frage gestellt würden: Solidaritäten zwischen Jungen und Alten, zwischen Verheirateten und Ledigen. Ich glaube deshalb, das Gesetz sei ein Beispiel dafür, wie Freiheit und Gleichheit zum Wohle unserer Bürgerinnen und Bürger noch besser miteinander verschränkt werden können.

*Mehr Effizienz, mehr Flexibilität und Innovationskraft bei der Aufgabenerfüllung wird auch von den öffentlichen Verwaltungen und zuvorderst von der Bundesverwaltung erwartet. Ob mit dem geltenden Beamtenrecht diese Anforderungen wirklich erfüllt werden können – die Diskussion darüber ist eröffnet. Denn das Beamtenrecht ist wie kaum ein anderes Rechtsgebiet vom Grundsatz der Gleichbehandlung geprägt und – durchaus mit guten Gründen – auf Stabilität der Verwaltung und auf die Zuverlässigkeit und Unparteilichkeit der Beamtenschaft ausgerichtet. Der schnelle Rhythmus unserer Zeit sowie die Fülle und Komplexität der Probleme, welche von der Verwaltung heute zu bewältigen sind, verlangen indes von dieser immer höhere Leistungsbereitschaft und rascheres Reaktionsvermögen. Um dazu geeignete Rahmenbedingungen zu schaffen, soll das Beamtenrecht flexibler ausgestaltet werden. Im Rahmen der Revision des Beamtengesetzes müssen deshalb einige der bislang geltenden Grundsätze des öffentlichen Dienstrechtes neu überprüft werden. Zur Diskussion steht, ob und wie weit von festen Lohnskalen abgewichen und Leistungslohnkomponenten eingefügt werden sollen, in welchem Umfang das Beamtenverhältnis kündbar sein soll, ob Kompetenzen zur Regelung der Anstellungsbedingungen an untergeordnete Instanzen delegiert werden können. Dabei muss es gelingen, den Gedanken der Gleichbehandlung der Beamten mit den Anforderungen an eine „Hochleistungsverwaltung“ (KURT EICHENBERGER) in Einklang zu bringen.*

#### 4. Rezessive Wirtschaftslage als Bewährungsprobe für die Gleichheitsidee

Vor besonderen und schwierigen Problemen bei der Verwirklichung der Gleichheitsidee befindet sich der Rechtspolitiker angesichts der aktuellen rezessiven Wirtschaftslage. Die steigende Arbeitslosigkeit, hohe Zinsen und knappe Finanzen bei Bund und Kantonen konfrontieren uns immer stärker mit der Neuen Armut. In dieser Situation muss die Politik, muss das Recht einen Grundbestand an sozialer Sicherheit garantieren. Die Vergangenheit hat uns gelehrt, dass der Staat mit Förderungsmassnahmen die Wirtschaft kaum nachhaltig beleben kann und erst noch immer Gefahr läuft, den richtigen Zeitpunkt für die Ankurbelung der Wirtschaft zu verpassen. Unter diesen Umständen stellt sich die soziale Frage mit neuer Schärfe. Wie kann jenen geholfen werden, die in Gefahr sind, bedürftig zu werden? Vor allem müssen wir mit dem Problem der Arbeitslosigkeit besser umgehen lernen. Heikle Fragen, bei denen es um Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit geht, harren dabei einer Entscheidung: Sollen angesichts der immer grösser werdenden Arbeitslosenzahl und der fehlenden

Gelder für die Arbeitslosenversicherung die Leistungen gekürzt oder die Versicherungsbeiträge erhöht werden, oder soll die öffentliche Hand, der Steuerzahler mithin, zusätzliche Mittel für die Finanzierung der Arbeitslosenversicherung bereitstellen? Wie Sie wissen, hat der Bundesrat einen Entwurf für ein Arbeitslosenhilfegesetz in die Vernehmlassung geschickt, in welchem versucht wird, wenigstens teilweise Antworten auf diese Fragen zu geben.

Der Gleichheitssatz allein hilft uns allerdings bei der Lösung dieser anstehenden Probleme nicht weiter. Man erinnert sich in diesem Zusammenhang der dritten, meist etwas im Hintergrund stehenden Parole aus der französischen Revolution, der "fraternité" oder, wie wir heute sagen würden, der Solidarität.

Denn das ist wohl richtig: in Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten brauchen wir die Hilfe der Stärkeren für die Schwächeren, damit das soziale Gefälle, die faktische Ungleichheit nicht zu gross wird. Gelingt uns dieser Ausgleich nicht, entstehen – dafür haben wir leider genügend Beispiele – in Staat und Gesellschaft soziale Spannungen, die ein Leben in Freiheit unmöglich machen. "Denn", um einen Politikwissenschaftler zu zitieren, "nur Gleichheit und Freiheit zusammen gewährleisten, dass der Mensch die Mitte des sozialen Lebens bildet" (HEINZ LAUFER). Diese Aussage – das dürfen wir nicht vergessen – gilt aber nicht nur innerstaatlich, sondern weltweit. *Auch in Zeiten angespannter Wirtschaftslage in der Schweiz können wir es uns nicht leisten, uns nur um unsere eigenen Probleme zu kümmern.* Dafür ist die Welt zu klein geworden. Der Schaden, der entsteht, wenn der Wohlstand auf unserm Planet zu einseitig verteilt ist, kann uns sehr bald auch in unserem eigenen Land treffen.

## 5. Der EWR: ein Projekt für Gleichheit und Freiheit

Redet man von der Verwirklichung der Gleichheitsidee, liegt es nahe, zwei Monate vor der Abstimmung des 6. Dezembers auch in diesem Kreis auf jenes Rechtsetzungsprojekt einzugehen, das zurzeit unser ganzes Land in Atem hält und dessen Schicksal entscheidend prägen wird – auf das EWR-Abkommen. Dieses Vertragswerk berührt Sie nicht nur als Staatsbürger und politisch Interessierte, sondern wird Ihrer Arbeit als Juristen eine neue Ausrichtung geben. Wo immer Sie tätig sind, Sie werden in der einen oder andern Form mit dem Abkommen konfrontiert werden.

*Das Abkommen ist, ich bin überzeugt davon, ein Projekt für Freiheit und Gleichheit.* Es verleiht der Idee der Freiheit und jener der Gleichheit eine neue räumliche und geistige Dimension. Dieses weite Ausgreifen

von Gleichheit und Freiheit begründet aber nicht einen Bruch mit der politischen und rechtlichen Tradition unseres Landes; es handelt sich vielmehr um die folgerichtige Fortsetzung einer Entwicklung, deren Grundstein 1848 gelegt worden ist. Bei der Gründung des Bundestaates ging es, wie wir alle wissen, unter anderem darum, die Niederlassungsfreiheit auf dem Gebiet der Schweiz einzuführen und Handelshemmnisse zwischen den Kantonen zu beseitigen, *d.h. einen Binnenmarkt Schweiz zu schaffen*. Damit wurde zugleich der Idee der Gleichbehandlung der Menschen in allen Kantonen ganz wesentlich zum Durchbruch verholfen. Jetzt bietet das EWR-Abkommen die Chance, dass Schweizer Bürgerinnen und Bürger im westeuropäischen Raum in vielerlei Hinsicht nicht mehr schlechter behandelt werden, als die Angehörigen desjenigen Staates, auf dessen Territorium sie sich gerade befinden. *Schweizer und Schweizerinnen erhalten die Chance – sei es als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer –, ohne Nachteil auf den Märkten Europas zu operieren, die Möglichkeit, als Erwerbstätige oder Rentner im EWR-Raum zu leben, die Gelegenheit, als Konsumenten zwischen in- und ausländischen Anbietern ohne Einschränkung zu wählen. Wiederum wird damit ein kühner Versuch gemacht, Freiheit und Gleichheit im gleichen Zug zu verstärken.*

Die Verpflichtung der EWR-Staaten, die Bürger aus den Vertragsstaaten gleich zu behandeln wie ihre eigenen, oder, wie es im Vertrag formuliert ist, auf Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu verzichten, ist ein Grundpfeiler des EWR-Abkommens; sie ist in einer der ersten Bestimmungen des Vertrages festgehalten. Der Zufall will es – und ich werte dies als gutes Zeichen –, dass es sich dabei um Artikel 4 des Vertrages handelt; das Diskriminierungsverbot des EWR-Vertrages hat also zumindest numerisch gesehen den gleichen Stellenwert wie der Gleichheitssatz in unserer Bundesverfassung. Dessen Anwendungsbereich ist allerdings auf die Materien des EWR-Abkommens und damit vor allem auf die Wirtschaft konzentriert, was im Vergleich zu Artikel 4 der Bundesverfassung eine wesentliche Einschränkung des Geltungsbereichs bedeutet. Einen umfassenderen Gleichheitsgrundsatz auf europäischer Ebene finden wir dafür in Artikel 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der statuiert, dass jedermann in gleichem Masse an den Grundrechten der EMRK teilhaben soll.

Neben den Parallelitäten der Numerierung von Bundesverfassung und EWR-Vertrag gibt es weitere, materielle Ähnlichkeiten zwischen den beiden Rechtssätzen. Das Diskriminierungsverbot des EWR wird voraussichtlich ebenso wie die gleichlautende Bestimmung im EWG-Vertrag (Art. 7 Abs. 1) nicht nur eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatszugehörigkeit verbieten. Es wird darüber hinaus zusammen mit andern

Bestimmungen des Vertrages dazu beitragen, dass sich in der EWR-Rechtspraxis, in denjenigen Bereichen, die der Vertrag regelt, ein allgemeiner und umfassender Gleichbehandlungsgrundsatz konstituieren wird. Dabei wird neben dem eigentlichen EWR-Abkommen auch der zum Bestandteil des Vertrages erklärte *acquis communautaire*, das heisst das einschlägige EG-Recht, eine Rolle spielen. So ist etwa der Grundsatz des gleichen Lohns für Mann und Frau bei gleicher Arbeit nicht nur im Vertrag ausdrücklich aufgeführt (Art. 69); er ist daneben auch in einer Reihe von Richtlinien konkretisiert, die Massnahmen zur Förderung der Gleichheit von Frau und Mann vorsehen.

*Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot wird sich auch die Frage nach der Drittwirkung, das heisst nach der direkten Verpflichtung Privater durch diese Norm, stellen.* Aufgrund der bisherigen EG-Praxis und in Anbetracht der unterschiedlichen Konzeptionen von EG und EWR ist anzunehmen, dass sich auch die künftige EWR-Rechtsprechung diesbezüglich einer gewissen Zurückhaltung befleissigen wird. Das Diskriminierungsverbot wird sich in erster Linie direkt an die EWR-Gemeinschaft und an die Vertragsstaaten richten. Nicht auszuschliessen ist jedoch eine Anwendung auf Private, wenn diese eine entsprechende Machtposition einnehmen und damit die Durchsetzung der Vertragsziele gefährden könnten. *In den allermeisten Fällen dürfte aber das Diskriminierungsverbot nur eine indirekte Wirkung entfalten, als Auslegungshilfe bei Interpretationsbedürftigkeit anderer Normen.*

Im EWR-Vertrag finden sich aber auch *Ausformungen des Diskriminierungsverbotes, die uns weniger vertraut sind.* So ergibt sich aus dem EWR-Recht insbesondere, dass dieses nicht nur rechtliche, sondern ebenso faktische Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit ausschliessen will. Auch versteckte Diskriminierungen werden ins Visier genommen. Zudem wird die Antidiskriminierungsklausel in verschiedenen Bereichen konkretisiert und präzisiert, in denen wir dem Gleichbehandlungsgebot bisher weniger Beachtung geschenkt haben. Untersagt werden beispielsweise die Diskriminierung von Verkehrsunternehmungen aus andern Ländern (Art. 48), Vereinbarungen, die den Wettbewerb einschränken oder verfälschen (Art. 52) oder auch die Bevorzugung öffentlicher Unternehmungen (Art. 59).

*Augenfällig ist, dass das Diskriminierungsverbot des EWR-Vertrages eine absolut nötige Rahmenbedingung für die Verwirklichung der vier Freiheiten im Europäischen Wirtschaftsraum darstellt.* Der Vertrag ist ein weiterer Beweis dafür, dass zwischen Gleichheit und Freiheit nicht nur Spannungslagen existieren. Die beiden Prinzipien können, richtig miteinander in Beziehung gebracht, auch Synergieeffekte erzeugen und so den

Bürgern neue Chancen eröffnen. *Auch hier zeigt sich, dass es der Gleichheit bedarf, damit Freiheit vom puren Privileg einzelner zur Chance aller wird.*

Allerdings haben auch diese neue Freiheit und die neue Gleichheit ihren Preis. Freiheit und Gleichheit im grossen Europa setzen den Sonderwünschen der kleinen Schweiz Grenzen. Denn – auch in dieser Beziehung gilt das Gebot der Gleichbehandlung – die andern Vertragsstaaten beanspruchen die selben Freiheiten wie wir. *Das bedeutet für uns neue Konkurrenz; Vorrechte auf dem heimischen Markt werden abgeschafft, unsere Leistungsfähigkeit, aber auch unsere Kooperationsfähigkeit werden damit auf die Probe gestellt.* Das Öffnen der Grenzen führt zu besserem Marktzugang, aber auch zu mehr Wettbewerb. *Dies ist Herausforderung und Chance zugleich.* Unser Land wird auf Dauer dadurch an Stärke gewinnen. Wir werden in Europa noch mehr als bisher verankert sein.

Der Preis für mehr Gleichheit und Freiheit scheint mir noch aus einem andern Grund nicht zu hoch. Zwar beinhaltet der EWR-Vertrag eine imposante Zahl von neuen Regelungen, die überall im EWR-Raum gelten sollen. *Doch sind diese gemeinsamen Spielregeln eine Voraussetzung für eine europaweite Chancengleichheit* und jene, die da neuen Interventionismus befürchten, dürfen nicht übersehen, dass 19 nationale Ordnungen durch eine einzige EWR-Regelung ersetzt werden. Gleichwohl schafft der Vertrag, wie übrigens auch die EG, nicht einfach Uniformität. Dass in jedem Mitgliedstaat die gleichen Normen zu Anwendung kommen, ist nicht die alleinige Maxime. Ebenso wichtig ist, dass die Angehörigen der Vertragsstaaten gemäss dem jeweiligen staatlichen Recht gleich behandelt werden. Dabei gewinnt auch das Cassis-de-Dijon Prinzip, d.h. die wechselseitige Anerkennung gleichwertiger nationaler Regelungen, gegenüber der Rechtsvereinheitlichung in der EG an Boden. *Wir erkennen heute in der EG die klare Tendenz hin zu einer demokratischeren und föderalistischeren Ordnung. Dieser Trend ist nicht mehr aufzuhalten.* Denn so unbelehrbar sind Politiker nicht. Nach den Abstimmungen in Dänemark und Frankreich kann die politische, wirtschaftliche und kulturelle Vielfalt in Europa nicht mehr eingeebnet werden; Gleichheit wird deshalb nicht zur Gleichmacherei verkommen.

Zudem: Der EWR-Vertrag ist zwar vorab ein Wirtschaftsvertrag. Doch er hat zugleich auch eminente politische Auswirkungen. *Marktwirtschaft und Demokratie sind auf die Dauer nicht zu trennen; ja sie laufen, wie uns Geschichte und Gegenwart lehren, aufeinander zu.* Denn ein wichtiges Wesensmerkmal von Marktwirtschaft wie Demokratie ist die *Teilung der Macht.* Beiden Systemen gemeinsam ist überdies der Wettbewerb: Dort der Wettbewerb um Güter, hier der Wettbewerb um Ideen. *Neue*

*wirtschaftliche Freiheiten schaffen zudem immer auch freie Bahn für neue Ideen.* Deshalb ist die Übernahme des *acquis communautaire* – die grösste Rechtsrezeption unseres Bundesstaates – weit mehr als lediglich Anpassung unserer wirtschafts- und sozialpolitischen Gesetzgebung. Sie ist zugleich eine Begegnung der eigenen Rechtsordnung mit verwandtem europäischem Recht.

Ich bin überzeugt, dass unsere Bürger und Bürgerinnen diese neuen Chancen zum Wohle unseres Landes nutzen werden. *Deshalb möchte ich auch Sie einladen, sich tatkräftig für die Annahme des EWR-Vertrages einzusetzen, für dieses, ich wiederhole es, grosse Projekt für Gleichheit und Freiheit.*

## 6. Gleichheit im Recht: eine “vernünftige Ordnung der Unvollkommenheit”

Meine Ausführungen habe ich unter den Titel “Die Idee der Gleichheit in der aktuellen schweizerischen Rechtspolitik” gesetzt. Wie Sie gesehen haben, kommt dieser Idee in den einzelnen Politikbereichen eine sehr unterschiedliche Bedeutung zu. *Mit Fug werden Sie deshalb vielleicht fragen, ob den gesetzgeberischen Aktivitäten insgesamt ein Konzept zugrunde liege und welches dieses denn sei.*

HONORÉ DE BALZAC soll gesagt haben: “Gleichheit mag vielleicht ein Recht sein, aber keine menschliche Macht vermag sie in die Tat umzusetzen.” Ein Stück weit – aber nicht mehr – sollte der Rechtspolitiker diesen Satz bedenken. Er muss sich der Grenzen der Leistungsfähigkeit des Rechts bewusst sein. Der Gestaltungswille des Gesetzgebers darf nicht darauf ausgehen, die Mannigfaltigkeit der Umwelt, die verästelten Differenzierungen der modernen Industriegesellschaft gleichsam massstabsgetreu in der Rechtsordnung nachzuvollziehen. Wo dies versucht wird, kommt es zu Übersteuerungen im Rechtssystem, welche die Legitimation des staatlichen Handelns erschüttern. *Die gesetzgeberische Leistung muss deshalb in meinen Augen daran gemessen werden, ob es gelingt, die Komplexität der Wirklichkeit im Recht zu reduzieren, so dass die Betroffenen die Lösungen zwar nicht als perfekt, aber doch als gerecht akzeptieren.* Reduktion von Komplexität muss aber auch, das ist heute schon fast ein Gemeinplatz, bei der Regelung von Verfahren Platz greifen. Das kann im einzelnen Verschiedenes bedeuten: Reduktion der Prüfungskriterien, Zusammenlegung von Verfahren, Straffung der Verfahrensdauer, Einschränkung der Rechtsmittel und anderes mehr. Damit es aber zu wirklichen Verbesserungen auf diesem Gebiet kommt, muss bei den verantwortlichen Behörden aller Stufen ein neuer Geist Einzug halten:

*Engstirniges Ressortdenken, das heute vielfach die Verwaltungstätigkeit prägt, muss überwunden werden, und die Verwaltungsstellen wie die Beamten haben vermehrt Gesamtverantwortung wahrzunehmen. Auch in der Verwaltung muss, gerade auch im Hinblick auf die internationalen Herausforderungen, ein neuer Integrationsprozess in Gang gebracht werden.*

Es gibt indes Konstellationen, wo sich der Rechtspolitiker vom Ausspruch BALZAC's nicht zurückhalten lassen darf. *Wo mit der rechtlichen Verankerung der Gleichheit fundamentale Freiheitsrechte verstärkt oder überhaupt erst realisiert werden können, soll der Gesetzgeber kein Zögern kennen.* Wo die Menschenwürde grundsätzlich in Frage gestellt ist, da gibt es keine Kompromisse. Wo Chancengleichheit eine Leerformel bleibt, da ist das Recht gefordert. Denn hier geht es um jene Verschmelzung von Gleichheit und Freiheit, welche Gerechtigkeit erst begründet. Darum bleibt die Gleichberechtigung von Mann und Frau oben auf der gesetzgebungspolitischen Traktandenliste.

Schliesslich ein dritter Grundsatz zur Aktualisierung der Gleichheitsidee: zwar erleben wir heute überall, dass der Sozialstaat – Ausdruck der Idee der “égalité” und auch der “fraternité” – an Grenzen stösst. Korrekturen am bestehenden System müssen deshalb diskutiert werden. Wir müssen auch der Freiheit immer wieder neue Chancen geben. Darob sollten wir aber nicht vergessen, dass Freiheit niemals nur abstrakte Idee sein darf. Ohne “égalité” und “fraternité” hätte die “liberté” niemals ihren Siegeszug um die Welt antreten können. Und gerade in unserem Land hat der Gleichheitsgedanke wie kaum in einem andern zu “cohésion nationale” beigetragen, das Zusammengehörigkeitsgefühl gestärkt und uns viele Erschütterungen erspart.

Sie sehen, auf manchmal widersprüchliche Weise müssen Gleichheit und Freiheit vom Gesetzgeber miteinander verknüpft werden, damit Gerechtigkeit entsteht. Dabei ist Gerechtigkeit – um nochmals FRIEDRICH DÜRRENMATT zu zitieren – “zweifellos etwas Grandioses, Niezuerreichendes, doch handkehrum eine selbstverständliche Kleinarbeit”, eine Arbeit, die zu leisten wir Juristen als Gesetzgeber, als Richter, als Anwälte in ganz besonderer Weise berufen sind.

*Der Präsident:*

Herr Bundesrat, wir danken Ihnen alle für Ihren Vortrag, den ich im besten Sinne als programmatisch bezeichnen darf.

Sitzung vom Sonntag, den 4. Oktober 1992  
im Hotel Palace in Luzern

#### IV.

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

Der Präsident eröffnet die 126. Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins um 08.45 Uhr.

Die Traktanden sind:

1. Bericht des Präsidenten
2. Jahresrechnung 1991/92 und Revisionsbericht
3. Voranschlag für die Geschäftsperiode 1. Juli 1992 bis 30. Juni 1993
4. Festsetzung des Jahresbeitrags
5. Bericht der Stiftung "Rechtsquellenfonds"
6. Verleihung der Janggen-Preise
7. Vorschau auf die Juristentage 1993 und 1994
8. Verschiedenes

#### *1. Jahresbericht des Präsidenten*

Gestatten Sie, dass ich vor den statutarischen Geschäften einige gegenwartsbezogene und zukunftsgerichtete Schwerpunkte unserer Vereins- und Vorstandstätigkeit zusammenfasse.

a) Wir haben versucht und versuchen, die Kommunikation mit unseren Mitgliedern zu intensivieren. So ist diesen Sommer sowohl in der SJZ als auch im Mitteilungsblatt des Schweiz. Anwaltsverbandes "Der Schweizer Anwalt" eine prägnante Selbstdarstellung des Schweizerischen Juristenvereins erschienen.

Ferner soll das Orientierungszirkular, das jeweils mit dem Einzahlungsschein für den Mitgliederbeitrag im Frühjahr versandt wird, noch informativer als bisher gestaltet werden mit Angaben über besonders interessierende Gegenstände sowie über genaue Daten, Tagungsorte, Themen und Referenten der in Vorbereitung befindlichen Juristentage.

b) Ein weiteres Ziel betrifft die Koordination mit Helbing & Lichtenhahn als dem Verleger der Zeitschrift für Schweizerisches Recht. So findet am bevorstehenden 23. Oktober in Bern ein Gespräch einer Vertretung unseres Vorstandes mit der Verlagsleitung und den vier Autoren der nächstjährigen Referate statt. Es soll die Voraussetzung dafür geschaffen werden, dass die betreffenden Referate rechtzeitig zum Druck und ungefähr gleichzeitig mit den Einladungen zum Juristentag zum Versand an die Mitglieder gelangen.

c) Auch über die Anpassung der Juristentage an die heutigen Bedürfnisse haben wir uns Gedanken gemacht. Wäre es nicht zu versuchen, sie unter Freihaltung des Sonntags für Familie und Privatleben auf den späteren Freitag und auf Samstag wie folgt zu beschränken: Generalversammlung am späteren Freitagnachmittag – Erholungspause – Abendunterhaltung und dann am Samstag intensive, konzentrierte Durchführung des wissenschaftlichen Programmes, aber so, dass die Teilnehmer noch früh genug an ihren Wohnort zurückkehren können?

Auf Einzelheiten der Juristentage 1993 und 1994 werde ich noch zurückkommen.

d) Wir sind ferner empfänglich für mitgestaltende Anregungen aus dem Kreis der Mitglieder. Die im Gang befindliche Bewegung hin auf Europa bewirkt ein ausgesprochenes Bedürfnis nach Zusammenschluss in einem Verein, der ohne spezifische Standesinteressen die Angehörigen aller juristischen Berufe in der Schweiz erfasst. Wir möchten den Dialog mit ihnen und zwischen ihnen fördern.

e) Ohne dem Kongresstourismus zu verfallen, wollen wir uns auch den Kontakten zu ausländischen Juristen und Juristenvereinigungen nicht verschliessen. Unsere Mehrsprachigkeit und die starke Verbundenheit mit der romanischen, germanischen und angelsächsischen Rechtskultur machen uns zum idealen Empfänger und Vermittler. Wir möchten im Rahmen unserer Möglichkeiten die uns dadurch gebotene Chance nicht verpassen. Das Symposium über Sinn und Bedeutung einer Verfassung am letztjährigen Juristentag in Genf mit den Herren VEDEL aus Frankreich, PESCATORE aus Luxemburg, FROWEIN aus Deutschland und PALADIN aus Italien sowie AUBERT und EICHENBERGER aus der Schweiz hat schon ganz in diese Richtung gewiesen.

f) Zu Beginn der laufenden Rechnungsperiode belief sich der Mitgliederbestand auf 3'926 Mitglieder. Während der Rechnungsperiode vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1992 sind 125 Neueintritte erfolgt. Diesen Neueintritten standen 62 Demissionen gegenüber. 27 zum Teil sehr langjährige Vereinsmitglieder sind im Berichtsjahr verstorben. Darunter finden sich sehr treue Teilnehmer an unseren Juristentagen, wie zum Beispiel alt Bundesrat LUDWIG VON MOOS, Professor PETER STEINLIN, St. Gallen, und der Doyen der Anwälte in Zürich, FELIX WIGET.

Die Versammlung erhebt sich zu Ehren der Verstorbenen.

*Mutationen*

Dem Verein sind beigetreten

Stand: Juli 1992

*Zürich*

ALABOR JEAN FRANÇOIS, Jurist, Zürich  
AMELIA WALTER, lic. iur., Zürich  
BARTHOLD BEAT, lic. iur., Rechtsanwalt, Oberengstringen  
BLICKLE GUNTER, Rechtsanwalt, Zürich  
BÜRKER-PAGANI ROSANNA, lic. iur., Benglen  
DRECHSLER CHRISTIAN, stud. iur., Zürich  
EGLI FELIX, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
EGLI HEINZ, lic. iur., Rechtsanwalt, Küsnacht  
HELG FELIX, lic. iur., Winterthur  
HUETTE KLAUS, Jurist, Winterthur  
HUNZIKER FELIX, Dr., Zürich  
IADEMARCO JOHNNY, lic. iur., Zürich  
KELLER HELEN, lic. iur., Winterthur  
LEUZINGER SUZANNE, lic. iur., Rechtsanwältin, Zürich  
MÜLLER OSKAR, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
PELLONI GIOVANNI, lic. iur., Dübendorf  
PFENNINGER STEPHAN, Jurist, Zürich  
REICH MARKUS, Dr., Professor, Zürich  
SALZMANN-WALDER SABINA, stud. iur., Zürich  
SCHLUMBERGER CHARLES E., lic. iur., Küsnacht  
TRUEB HANS RUDOLF, Dr. iur., Zürich  
VOGEL JÜRIG, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich  
VOGT HANS-UELI, stud. iur., Rifferswil,  
WYSS MARTIN PHILIPP, lic. iur., Birmensdorf

*Bern*

BAECHTOLD THOMAS, lic. iur., Bern  
BOILLAT STEPHANE, avocat, Saint-Imier  
DEFILA RICO, Fürsprecher, Bern  
EGGER CHARLES-A., Dr., Bern  
EHRENZELLER BERNHARD, Dr. iur., Bern  
HERZOG RUTH, lic. iur., Bern  
HOFMANN ERIC A., lic. iur., Innerberg  
KUNZ MICHAEL, Fürsprecher, Steffisburg  
SCHNEEBERGER THOMAS, Dr., Bern  
SCHWANDER-CLAUS MARIANNE, lic. iur., Bern  
SEILER HANSJÖRG, Dr., Fürsprecher, Münsingen  
SIDLER LISBETH, lic. iur., Bern  
STÄMPFLI RUDOLF, Dr., Verleger, Bern  
VON ARX RETO, Fürsprecher, Bern

*Luzern*

BAER TURTÉ, lic. iur., Meggen  
BAUMEISTER URS, lic. iur., Luzern  
HAEFLIGER BRUNO, Dr., Luzern  
KAECH BRUNO, lic. iur., Luzern  
SCHMID JÖRG, Dr., Rechtsanwalt, Luzern  
SIGRIST HANS-RUDOLF, lic. iur., Kastanienbaum  
WAGNER PIERRE, Jurist, Meggen  
WIGGER HANSRUEDI, Rechtsanwalt u. Notar, Luzern

*Nidwalden*

FESSLER JOSEF, lic. iur., Hergiswil

*Glarus*

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Dr., Mollis

*Freiburg*

BORGHI MARCO, Professeur, Dr en droit, Praroman  
HABENBERGER RICHARD, étud. en droit, Fribourg  
PICHONNAZ PASCAL, lic. en droit, Villars-sur-Glane  
WICHT FRANÇOISE, lic. en droit, Fribourg

*Solothurn*

FERRARI RENATA, lic. iur., Grenchen  
HOFER ESTHER, lic. iur., Olten  
THOLEN BARBARA, lic. iur., Däniken

*Basel-Stadt*

GREMPER PHILIPP, lic. iur., Basel  
SIEGENTHALER LUKAS, lic. iur., Basel  
SPENLE CHRISTOPH A., stud. iur., Basel  
WULLSCHLEGER STEPHAN, lic. iur., Basel

*Basel-Land*

BRUNNER ANDREAS, Dr., Advokat, Binningen  
ELBERT-HESS MARGRIT, lic. iur., Arlesheim  
FRANZ CAROLINE, lic. iur., Reigoldswil  
GASS ROLAND, Dr., Rechtsanwalt, Liestal  
PLATTNER-STEINMANN ROLAND, Dr., Liestal  
STEINER PETER, Fürsprecher u. Notar, Münchenstein  
WAGNER PATRICK, lic. iur., Allschwil

*Appenzell A.Rh.*

SCHOCH JÖRG, Fürsprecher, Speicher

*St. Gallen*

GEBERT PIUS, lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen  
HAUTLE FIDES, lic. iur., Gerichtsschreiber, St. Gallen  
HUBATKA BRUNO A., lic. iur., Rechtsanwalt, Wil  
RITTER WERNER, lic. iur., Hinterforst  
SCHULTZ MARKUS, stud. iur., Mörschwil  
STIEGER ROMAN, lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen

*Aargau*

FREI WALTER, lic. iur., Rechtsanwalt, Baden  
HEER PETER, lic. iur., Rechtsanwalt, Oberrohrdorf  
HÖCHLI LORENZ, Dr., Rechtsanwalt, Baden  
REICH PHILIPPE, stud. iur., Baden

*Ticino*

DADÒ RAFFAELE, lic. in diritto, Muralto  
FOGLIA ALDO, avvocato e notaio, Brè-sopra-Lugano  
JODAR SYLVIA, lic. iur., Bellinzona  
PIZZOLA STEFANO, lic. iur., avvocato, Lugano

*Vaud*

ABRECHT BERNARD, lic. en droit, Lausanne  
BERNHARD RACHEL, étud. en droit, Mézières  
BOLT MICHAEL, Dr en droit, Lausanne  
COLOMBARA ALAIN, Dr en droit, Morges  
CORNU-MROCZEK PIERRINE, lic. en droit, Cugy

DEMIERRE JOËLLE, lic. en droit, Pully  
FAVRE MARC-ETIENNE, lic. en droit, Morges  
FORSTER MARC, Dr en droit, avocat, Pully  
GLARDON-HANS LAURENCE, lic. en droit, La Tour-de-Peilz  
GROSS ALEXANDRE, lic. en droit, Pully  
IERONIMO RAFFAELA, lic. en droit, Pully  
KASSER AMEDÉE, juriste, Lausanne  
LATHION ANTOINE, lic. en droit, avocat, Cugy  
MOCK HANSPETER, lic. en droit, Lausanne  
MONN CHRISTIAN, lic. en droit, Lausanne  
MUNOZ CHARLES, lic. en droit, Moudon  
NOËL YVES, Dr en droit, avocat, Pully  
RICKENBACHER MICHAELA, lic. en droit, Vevey  
SALVADE VINCENT, lic. en droit, Lausanne  
TOR LAURA, étud. en droit, Lausanne  
WILHELM CHRISTOPHE, lic. en droit, Pully

#### *Neuchâtel*

BÜHLER PASCAL, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds  
CORNU-PEHLIVANLAR I., lic. en droit, Neuchâtel  
CURRAT FRÉDÉRIQUE, lic. en droit, Bevaix  
KAZEMI-RACHED ALI, Dr en droit, Neuchâtel  
KNOEPFLER JULIEN, étud. en droit, Neuchâtel  
MOESCH PASCAL, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds  
MONTINI MICHEL, étud. en droit, Thielle  
RACINE JEAN-CLAUDE, lic. en droit, Boudry  
SCHNEIDER VINCENT, lic. en droit, avocat, Neuchâtel

#### *Genève*

BECHENIT ERIC, lic. en droit, Genève  
CHAVAN-VAN CAMPEN LILLIAN, lic. en droit, Genève  
DJABRI YASMINE, lic. en droit, Genève  
ETTER KARIN CLAUDIA, lic. en droit, Genève  
FERRACCI, conseiller juridique, Genève  
GANTENBEIN BURKHARD K., lic. en droit, Genève  
GAY DOMINIQUE, avocate, Genève  
MAUGUE ERIC, lic. en droit, Genève  
PIERREHUMBERT MURIEL, avocate, Genève  
SOLTERMANN ETIENNE, lic. en droit, avocat, Genève  
STENBLOT-KAZEMI, lic. en droit, Genève  
TROYANOV CYRIL, lic. en droit, avocat, Genève

*Jura*

BUGNON GENEVIÈVE, lic. en droit, Delémont

*Ausland*

CORNET RAINER, Rechtsanwalt, D-München

FLAUSS J.-F., Prof. en droit public, F-Strasbourg

Gestorben sind folgende Mitglieder

Stand: Juli 1992

Eintrittsjahr

1956 AFFOLTER MAX, Dr., Fürsprecher u. Notar, Olten

1981 AUBERSON JEAN- JACQUES, avocat, Genève

1968 BOIS PHILIPPE, Prof., avocat, Neuchâtel

1962 DE BUREN RENÉ, Dr en droit, avocat, Presinge

1945 CATTANEO FRANCO, Dott. in legge, Lugano

1959 EGLI ROLF, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

1947 EMERY MARC, notaire, Morges

1943 GLASSON PIERRE, Dr en droit, Fribourg

1960 GREMINGER HANS-WALTER, Dr., Winterthur

1945 GROSHEINTZ PIERRE, Dr., Wabern

1931 HEER KARL, Dr., Schaffhausen

1960 HÖCHLI JOS. H., Dr., Fürsprecher, Direktor, Baden

1941 KISTLER MAX, Fürsprech, Luzern

1948 LOCHER KURT, Dr. iur., Fürsprecher, Gümligen

1957 MATTLI GEORG, Dr. iur., Rechtsanwalt u. Notar, Davos-Platz

1947 MICHAUD ALFRED, notaire, Nyon

1954 MONTEIL VICTOR, Dr. iur., Fürsprecher u. Notar, Solothurn

1960 VON MOOS LUDWIG, Dr., a. Bundesrat, Bern

1948 IM OBERSTEG BEAT, Dr. iur., Advokat u. Notar, Basel

1945 VON RECHENBERG DIETHER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

1973 DE REYFF EMMANUEL, notaire, Fribourg

1976 SCHAFFNER MARC -ANTOINE, avocat, Baugy s/Clarens

1940 STEINLIN PETER, Prof. Dr. iur., St. Gallen

1949 STREIFF HEINRICH, Dr. iur., Rechtsanwalt, Glarus

1950 DE WATTEVILLE GERARD, Dr en droit, Port de Pully

1949 WIGET FELIX, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

1981 WILSON ERIC FREDERIC, Prof., Dr en droit, City of London

Demissionen liegen vor von

Eintrittsjahr

1981 ADANK MATHIAS, Dr., Riehen

- 1956 BAUDRAZ LOUIS, avocat, Lausanne  
1982 BAUER ESTHER, Rechtsanwältin, Zürich  
1983 BINDSCHEDLER-VON GRAF. U., Fürsprecherin, Muri  
1956 BONHOTE CHARLES, avocat et notaire, Peseux  
1976 BOURQUIN CLAUDE, pres. de Tribunal, La Chaux-de-Fonds  
1981 BRUDARIO DANIEL, lic. en droit, Lausanne  
1984 CAYTAS IVO G., Dr., Wirtschaftsjurist, St. Gallen  
1984 CLAUSEN MARKUS, lic. iur., Liestal  
1985 COMETTA ATTILIO, giurista, Biasca  
1980 DUBUIS-VON DER WEID S., juriste, Vich  
1973 EGGER MAX, Dr., Regierungsrat, Solothurn  
1981 FLATTET OLIVIER, lic. en droit, Lausanne,  
1959 GEILINGER ROBERT, Dr., Rechtsanwalt, Winterthur  
1964 GIACOBINO ROBERT, lic. iur., Genève  
1965 GIROUD JEAN-LOUIS, notaire, Orbe  
1961 GOUGLER JEAN-PIERRE, Dr en droit, Choulex  
1957 VON GRAFFENRIED RUDOLF G., Dr., Advokat, Bern  
1959 HABICHT RUTH, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
1984 HABSCHIED WALTHER J., Prof. Dr., Meilen  
1969 HARTMANN WERNER, Dr., Gerichtspräsident, Brugg  
1982 HEBEISEN PHILIPP, juriste, Genève  
1984 HEDIGER BERNHARD, Dr., Rechtsanwalt, Meilen  
1975 HUBER HANS RUDOLF, Dr., Rechtsanwalt, Henggart  
1964 HUBER HANS, Fürsprecher, Herrliberg  
1961 HUBER KARL, Dr., a. Bundeskanzler, Spiegel  
1983 HUMBEL GEORG, lic. iur., Aarau  
1982 JEANNERET OLIVIER, lic. en droit, Pully  
1961 KISTLER LOTHAR, Dr., Wirtschaftsjurist, Zollikerberg  
1985 KNECHT FRANZ, lic. iur., Riehen,  
1961 LACHENAL JEAN-ADRIEN, Dr. en droit, avocat, Genève  
1972 LINDENMEYER ANDREAS, lic. iur., Gerichtsschreiber,  
Schaffhausen  
1983 MÄDER ANDREAS, Jurist, Birsfelden  
1943 VON MANDACH THEOPHIL, Dr. iur., Fürsprecher, Bern  
1948 MATTER ALBERT, Dr., Riehen,  
1980 MAULER JEAN-MARIE, Jurist, Bern  
1987 MEIER ROGER, lic. iur., Zürich  
1965 MICOL PIERRE-A., avocat, Neuchâtel  
1981 NUSSBAUM-ZIMMERMANN W., Jurist, Kaufdorf  
1983 PATRY PIERRE-ALAIN, juriste, Savuit s. Lutry  
1984 PFIRTER MARC, Dr. iur., Zürich

- 1986 DI PIETRO MARINO, avvocato, Lugano
- 1981 VON PLANTA FLURIN, Dr., Rechtsanwalt, Paspels
- 1982 PRZEDBORSKI A.-M. DANIEL, avocat, B-Bruxelles
- 1985 RAUBER DANIEL, Dr. iur., Fürsprecher u. Notar, Bettlach
- 1977 ROBERT-GRANDPIERRE E., juriste, Cortaillod
- 1975 ROCHAT PHIL., Dr en droit, Lausanne,
- 1948 RÖSLE EUGEN, Dr., Zürich
- 1982 ROSSINELLI MICHEL, Dr en droit, Genève
- 1941 RÜEFLI MARIA CARLA, Fürsprecherin, Grenchen
- 1983 SCHMID DOMINIQUE, lic. en droit, Rose
- 1962 SCHMID FRANZ, Dr., Oberrichter, Luzern
- 1935 SCHORER PAUL, Dr., Fürsprecher, Bern
- 1961 SEILER WALTER, Dr. Rechtsanwalt, Niederwangen
- 1982 SIERRO PASCAL, juriste, Carouge
- 1973 SOMMER ERICA, avvocato, Lugano
- 1984 STAUB-GISELBRECHT ST., Dr. iur., Wittenbach
- 1973 STÖCKLI CLEMENS, Dr., Regierungsrat, Liestal
- 1951 WAVRE DENIS, avocat et notaire, Peseux
- 1978 WAVRE PATRICK-ANDRÉ, avocat et notaire, Peseux
- 1962 WILDISEN JOSEPH, Rechtsanwalt, Luzern
- 1963 ZÜND LORENZ, Dr.rer.publ., Zollikofen

Der Präsident leitet über zu den Tagesgeschäften.

Als Stimmenzähler werden bezeichnet und stellen sich zur Verfügung die Herren Bundesrichter ULRICH MEYER-BLASER und Rechtsanwalt HANS SCHERRER.

## 2. *Jahresrechnung 1991/92 und Revisionsbericht*

Die Jahresrechnung präsentiert sich folgendermassen:

## I. Allgemeine Rechnung

*Bilanz per 30. Juni 1992*

Aktiven	Fr.
Kassa .....	3 499.80
Postcheck .....	6 374.19
Waadtländer Kantonalbank .....	11 887.-
Waadtländer Kantonalbank .....	60 288.75
Waadtländer Kantonalbank .....	98 753.35
Verrechnungssteuer .....	12 913.45
Wertschriften .....	278 200.-
Transitorische Aktiven .....	5 366.50
	<u>477 283.04</u>

## Passiven

Transitorische Passiven .....		116 196.05
Rückstellung Publikationen .....		200 000.-
Kapital		
Vortrag 1. 7. 91 .....	173 274.92	
Verlust 1991-92 .....	<u>-12 187.93</u>	161 086.99
		<u>477 283.04</u>

*Erfolgsrechnung 1991/92*

Einnahmen	Fr.	Vorjahr Fr.
Mitgliederbeiträge .....	145 000.-	153 160.-
Beitrag SAGW .....	33 000.-	30 000.-
Verkauf von Publikationen .....	5 366.50	4 643.-
Wertschriftenertrag .....	17 795.-	16 397.20
Bank- und Postcheckzinsen .....	1 912.49	1 568.46
	<u>203 073.99</u>	<u>205 768.66</u>

## Ausgaben

Druckkosten Referate/Protokolle .....	87 098.-	104 647.80
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht .....	35 000.-	30 013.50
Schweiz. Juristentag .....	55 241.30	20 508.20
Vergütung an Referenten .....	7 000.-	3 000.-
Spesen des Vorstandes .....	2 254.30	2 038.70
Zirkulare und Drucksachen .....	9 669.40	5 990.40
Archivar und Buchhaltung .....	11 000.-	11 000.-
Post- und Bürospeisen .....	1 294.30	1 025.20
Beiträge .....	4 500.-	4 500.-
Bankspesen .....	1 100.92	781.-
Steuern .....	1 103.70	817.10
	<u>215 261.92</u>	<u>184 321.90</u>
Ausgaben-/Einnahmenüberschuß .....	<u>-12 187.93</u>	<u>21 446.76</u>

## II. Fonds Dr. Arnold Janggen

### *Bilanz per 30. Juni 1992*

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank .....		7 006.-
Verrechnungssteuer .....		583.01
Wertschriften .....		<u>10 000.-</u>
		<u>17 589.01</u>
 Passiven		
<b>Kapital</b>		
Vortrag 1.7.91 .....	22 872.44	
Verlust 1991/92 .....	- 5 283.43	<u>17 589.01</u>
		<u>17 589.01</u>

### *Erfolgsrechnung 1991/92*

Einnahmen		Fr.
Wertschriftenertrag .....		937.50
Bankzinsen .....		<u>18.63</u>
		<u>956.13</u>
 Ausgaben		
Wissenschaftliche Preise .....		6 000.-
Bankspesen .....		<u>239.56</u>
		<u>6 239.56</u>
 Ausgabenüberschuß .....		<u>- 5 283.43</u>

Während das Vereinsjahr 1.7.89–30.6.90 einen Einnahmeüberschuss ergeben hatte, verzeichnet die heute zur Debatte stehende Jahresrechnung einen Ausgabenüberschuss, der aber in Anbetracht der besonderen Aufwendungen für die 700-Jahr-Feier des Juristentages in Genf durchaus im Rahmen liegt. Die Veranstaltung war gekennzeichnet durch die Teilnahme prominenter schweizerischer und ausländischer Teilnehmer an der Gesprächsrunde sowie durch ein mit Studierenden der verschiedenen schweizerischen Hochschulen abgehaltenes Seminar. Dem juristischen Nachwuchs konnte die Unterbringung durch einen besonderen finanziellen Zuschuss erleichtert werden.

Auf ein Verlesen des Berichts der Rechnungsrevisoren, der Rechtsanwältin MADELINE-CLAIRE LEVIS und FRANÇOIS MAGNIN, wird verzichtet. Die Rechnungsrevisoren empfehlen, die vorliegenden Jahresrechnungen zu genehmigen.

Ihre mit der Rechnungsprüfung verbundene Arbeit wird herzlich verdankt.

Die Abstimmung über die Rechnungsabnahme ergibt Einstimmigkeit.

3. *Voranschlag für die Geschäftsperiode vom 1. Juli 1992 bis 30. Juni 1993*

III. Budget 1992/93

Einnahmen	Fr.	Vorjahr effektiv Fr.
Mitgliederbeiträge .....	182 000.-	145 000.-
Beitrag SAGW .....	31 000.-	33 000.-
Verkauf von Publikationen .....	p. m.	5 366.50
Wertschriftenertrag .....	18 000.-	17 795.-
Bank- und Postcheckzinsen .....	2 000.-	1 912.49
	<u>233 000.-</u>	<u>203 073.99</u>
Ausgaben		
Druckkosten Referate/Protokolle .....	110 000.-	87 098.-
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht .....	42 000.-	35 000.-
Schweizerischer Juristentag .....	35 000.-	55 241.30
Vergütung an Referenten .....	7 500.-	7 000.-
Spesen des Vorstandes .....	2 500.-	2 254.30
Zirkulare und Drucksachen .....	13 000.-	9 669.40
Archivar und Buchhaltung .....	11 000.-	11 000.-
Post- und Bürospesen .....	1 500.-	1 294.30
Beiträge .....	4 500.-	4 500.-
Bankspesen .....	1 100.-	1 100.92
Steuern .....	1 100.-	1 103.70
	<u>229 200.-</u>	<u>215 261.92</u>
Ausgaben-/Einnahmenüberschuß .....	<u>3 800.-</u>	<u>-12 187.93</u>

Das der Mitgliederversammlung vorliegende Budget schliesst weitgehend ausgeglichen. Angestiegen sind die Kosten der Drucklegung und des Versandes der Referate und des vollständigen Verhandlungsprotokolls. Ein besonderes Anliegen des Vorstandes und wohl von uns allen ist es, an Juristentagen, die sich besonders dafür eignen, ähnliche Seminarien wie in Genf mit Studierenden der schweizerischen Hochschulen durchzuführen, was zwar mit einem entsprechenden finanziellen Aufwand verbunden ist, die Veranstaltung aber durch die Teilnahme des juristischen Nachwuchses belebt und dem Verein künftige neue Mitglieder zuführt.

CARL E. EDER, *Patentanwalt, Basel:*

Genau genommen möchte ich nicht zum Budget des begonnenen Rechnungsjahres sprechen, sondern zum Budget generell mit der Bitte an den Vorstand, meine Überlegungen für den nächsten Budget-Vorschlag zu beachten. Sie haben gestern alle das fulminante Referat unseres Herrn Bundesrates gehört, der, was nicht in der veröffentlichten Rede steht, uns gedankt hat für unsere Öffentlichkeitsarbeit und uns ganz besonders im Auftrag des Herrn Finanzministers dafür gedankt hat. Der Herr Bundesrat hat offenbar die Publikationen unseres Vereins angeschaut, aber nicht dort, wo ich draufschaue, nämlich da auf den Kleindruck auf der Innenseite des Deckels, und er hat auch unser Budget und unsere Rechnung nicht gesehen, sonst hätte er beachtet, dass wir mit Bundessubventionen arbeiten; wenn Sie das Budget betrachten: Fr. 182'000.– Mitgliederbeiträge, Fr. 31'000.– Subventionen, das ist ein knapper Sechstel, dem sagen wir Bagatellsubventionen, dann möchte ich doch dem Vorstand zu bedenken geben, ob es nicht jetzt an der Zeit ist, Dinge, die einmal richtig waren, bei geänderten Verhältnissen zu ändern und mehr oder weniger demonstrativ uns beizubringen, dass wir auf solche Bagatellsubventionen zu verzichten haben. Wenn wir jetzt Fr. 50.– bezahlen und gelegentlich einen knappen Sechstel, das sind etwa Fr. 8.–, mehr bezahlen müssen, so entspricht das dem Aufwand, der beim Bund betrieben werden muss, bis das Geld verteilt ist. Das ist Nummer eins. Man kann sich natürlich auch fragen, soll unsere Öffentlichkeitsarbeit, zu der wir uns verpflichtet fühlen, dadurch anerkannt werden, dass wir Bundessubventionsempfänger sind? Und ich glaube, auch das haben wir nicht nötig. Wir haben ein gewisses Selbstverständnis, wir sind wir und wir arbeiten aus eigener Verantwortung, wenn wir etwas für die Öffentlichkeit tun, zu dem wir uns verpflichtet fühlen. Das meine Bitte an den Vorstand.

*Der Präsident:*

Ich bin der Meinung, dass unser Verein die ihm im Rahmen der Mitwirkung bei der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften zugesprochenen Fr. 31'000.– mit gutem Gewissen entgegennehmen darf. Er befindet sich dabei in Gesellschaft mit einer ganzen Anzahl von anderen Vereinigungen ähnlicher Art, denen entsprechend ihrer Tätigkeit und ihrer Bedeutung für die Sozialwissenschaften ebenfalls ein Anteil an den Bundessubventionen zufließt.

Es kann durchaus sein, dass diese Zuschüsse des Bundes in näherer Zukunft ohnehin erhebliche Kürzungen erfahren werden. Wie sich das für den Schweizerischen Juristenverein auswirken wird, muss abgewartet werden. Für die angebrochene Vereinsperiode dürfte es aber bei den budgetierten Fr. 31'000.– sein Bewenden haben.

Das Budget wird durch die Mitgliederversammlung mit Einstimmigkeit genehmigt.

#### 4. *Festsetzung des Jahresbeitrags*

Nachdem der Jahresbeitrag während längerer Zeit auf dem Niveau von Fr. 40.– geblieben war, drängt sich eine Anhebung auf Fr. 50.– namentlich im Hinblick auf die gestiegenen Druckkosten der Verhandlungsprotokolle und der Referate sowie auf die erheblich gestiegenen Porti für die Zustellungen an die inzwischen mehr als 4'000 Mitglieder auf.

Die Abstimmung ergibt einstimmige Annahme des geänderten Jahresbeitrags.

#### 5. *Bericht des Präsidenten der Stiftung "Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins"*

Mit einem Dank an den Stiftungsrat des Rechtsquellenfonds für die damit verbundene und geleistete Arbeit gebe ich das Wort dem Präsidenten des Stiftungsrates, Herrn Professor Dr. CLAUDIO SOLIVA.

Dr. CLAUDIO SOLIVA, *Professor, Zürich:*

Die Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins darf auf ein äusserst fruchtbares Jahr zurückblicken. In der Berichtsperiode ist die nun mehr schon über 70 Bände zählende Reihe, Sammlung schweizeri-

sche Rechtsquellen, gleich um drei weitere Bände bereichert worden. Es handelt sich dabei um den gewichtigen Doppelband, das Recht der Landschaft Emmental, welcher von ANNEMARIE DUBLER bearbeitet worden ist, sowie um den Band, welcher nun erfreulicherweise die 18. Abteilung der Sammlung, *Le fonti del diritto del cantone di Ticino*, mit der Edition von formulari notarili eröffnet. Bearbeitet wurde dieser Band in langen Jahren von ELSA MANGO-TOMEI. Beiden Wissenschaftlerinnen, die im übrigen auch weiterhin an unseren Unternehmen mitarbeiten, gebührt unser aufrichtiger Dank. Für beide Editionen wurde nun in diesem Berichtsjahr eine Buchvernissage veranstaltet. Im Emmental fand diese in der stimmungsvollen Atmosphäre des Käsekellers der Firma Gebrüder Jost AG in Langnau am 22.1.1992 statt, wobei sämtliche Gemeinden des Emmentales, welche den Doppelband als Geschenk für ihre Arbeit mit nach Hause nehmen durften, der Nationalfonds, die kantonalen Behörden, der Verlag Sauerländer und natürlich auch die Rechtsquellenstiftung vertreten waren und mit sichtlichem Interesse dem Vortrage der Bearbeiterin zuhörten. Der Tessinerband wurde am 15. 5. 1992 in der Biblioteca Cantonale in Lugano vorgestellt. An diesem Anlass sprachen der emeritierte Mailänder Professor und Ehrendoktor der rechtswissenschaftlichen Fakultät in Zürich, GIULIO VISMARA und Professor PIO CARONI, der im Schosse der Rechtsquellenkommission vor allem auch die Tessiner Rechtsquellen betreut. Nachdem nun der erste Anlass im besagten Käsekeller als gelungener Versuch gewertet werden durfte, wurde im Tessin dann die Werbetrommel gerührt, einige 100 Einladungen zugestellt und der weitere Versuch gestartet, mit einem besonderen Buchprospekt nun die erwünschte Aufmerksamkeit bei Tausenden von Adressaten zu erwecken. Der Erfolg des Bestellungseinganges bei Sauerländer lässt sich heute noch nicht abschätzen. Auch die Presse wurde und hat sich bemüht. Beide Bearbeiterinnen und das Büro der Stiftung haben sich als sehr initiativ und erfolgreich auch in dieser Hinsicht erwiesen. Hier wurde vielleicht so etwas wie ein neuer Stil signalisiert. Die Rechtsquellenforschung und die Rechtsquelleneditionen dienen nicht nur einem kleinen Häufchen von Spezialisten in der Kenntnis des vergangenen Rechts; es lässt sich un schwer klar aufzeigen, dass unsere Bände ein absolut unentbehrliches Arbeitsinstrument sind, nicht nur für Rechtshistoriker sondern auch für Ortsgeschichtler, für Kirchen-, Wirtschafts- und Sozialhistoriker, für Sprach- und Kunsthistoriker und, was wir betonen möchten, schliesslich auch für einen weiten Kreis interessierter Laien, wobei selbstverständlich keinerlei Konzessionen oder gar Abstriche an der wissenschaftlichen Qualität der Bände zu machen sind. Zu den Studiengrundlagen eines bildungsorientierten Schweizers, so meinen wir, gehört die Sammlung

Schweizerischer Rechtsquellen ebenso sehr wie die durchaus vergleichbare Sammlung der Kunstdenkmäler der Schweiz. Die Historikerin ANNEMARIE DUBLER (also nicht eine Juristin) formuliert es in der Einleitung zu den Emmentaler Rechtsquellen sehr treffend: "Rechtsquellen spiegeln wie kaum eine andere Quellengattung, den Charakter einer Landschaft, ihrer Bevölkerung, der Siedlungsweise und der Wirtschaft". Diese Erkenntnis nun hinaus an die Öffentlichkeit und für die Öffentlichkeit, das wäre die Devise von solchen Aktionen.

Schon im letzten Bericht konnte ich auf die Schulungs- und Arbeitstagen für unsere Mitarbeiter hinweisen. Auch in diesem Berichtsjahr hat ein solches Seminar stattgefunden, und wie schon früher waren die Teilnehmer (unsere Mitarbeiter) selbst mit Referaten an der gemeinsamen Arbeit beteiligt. Als greifbares Ergebnis liegen jetzt im Manuskript zwei Hefte vor, eines die "Editionsgrundsätze für Quelleneditionen" und die "Anleitung zur Registerherstellung". Zu einer Broschüre zusammengefasst, werden sie nächstens gedruckt und auf Beginn des neuen Jahres herausgegeben. An dieser Arbeitshilfe sind nicht nur die Rechtshistoriker sondern ganz allgemein all jene interessiert, welche sich mit Texteditionen beschäftigen. Wir dürfen ganz ruhig feststellen, dass diese Anleitung von vielen Seiten schon fast sehnsüchtig erwartet wird.

Das Thema Computer ist für unser Unternehmen nicht neu, darüber habe ich beim letzten Bericht schon gesprochen. Im Berichtsjahr wurden nun alle schon abgeschlossenen und auch die noch in Arbeit befindlichen Manuskripte elektronisch eingelesen und gespeichert. Der Weg zum fertig formatierten Satz ist problemlos und rasch. Wir können uns, und das ist eine kleine Zukunftsvision, daher auf eine rechte Zahl von Editionen in nächster Zukunft freuen. Für die Kantone Zürich, St. Gallen, Luzern, Bern, Fribourg und Waadt lassen sich in den nächsten drei Jahren wohl etwa acht bis elf Bände erwarten. Die Forschungen in den Kantonen Graubünden, Tessin und Thurgau gehen ebenfalls weiter und geben ebenfalls Hoffnung auf weitere Editionen. Die Stiftung sieht sich natürlich vor die Aufgabe gestellt, eine angemessene Salärrierung für ein gutes Dutzend Mitarbeiter und die Finanzen für die Druckkosten zu beschaffen, was in der heutigen Zeit nicht immer so ganz leicht sein kann. In diesem Kontext scheint es zum Abschluss dann doch auch richtig, einmal all jener zu gedenken, welche mit äusserst minimen Entschädigungsansprüchen (zum Stundenlohn teilweise niedriger als derjenige einer Putzfrau) während Jahren im stillen Kämmerlein mit unermüdlichem wissenschaftlichen Impetus arbeiten und schliesslich ihr Manuskript der Stiftung selbstlos zur Verfügung stellen. Gestatten Sie mir, dass ich heute statt vieler und stellvertretend für viele nur den juristischen Kollegen, CHARLES STUDER,

nenne. Er hat schon 1949 einen Band der Solothurner Rechtsquellen bis 1434 erarbeitet und 1987 einen umfangreichen 2. Band in zeitlicher Fortsetzung, mit Mandaten und Erlassen der Solothurner Obrigkeit bis 1604 (ohne jede Entschädigung) vorgelegt. Er ist hochbetagt am 1. Juli dieses Jahres verstorben. Zu danken haben wir schliesslich noch der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Die administrative und wissenschaftliche Leitung geniesst Gastrecht an unserer Universität, indem die Leitung des rechtswissenschaftlichen Seminars der Rechtsquellenstiftung offiziell einen Büroraum mit entsprechendem Mobiliar zur Verfügung gestellt hat. Die Administration besitzt damit ein Zuhause, und den Mitarbeitern ist eine offizielle Anlaufstelle gegeben. Bei allfälligem Bedarf sind wir in Zukunft dort auch für Sie erreichbar.

*Der Präsident:*

Ich danke Herrn Professor SOLIVA für seine anschauliche Darstellung der Tätigkeit des Stiftungsrates. Ich kann bei meiner Vorstandsarbeit selber feststellen, welche bedeutende Funktion für die Rechtsgeschichte und unser einheimisches Rechtsverständnis der Rechtsquellenfonds erfüllt. Ständig erhalte ich Anfragen von Bibliotheken und anderen Interessenten aus dem In- und Ausland nach Publikationen, die in der Reihe Rechtsquellenforschung erscheinen. Ich bin dankbar, wenn ich solche Anfragen jeweils an Herrn Professor SOLIVA weiterleiten darf.

*6. Verleihung der Dr. Arnold Janggen-Preise*

Das Begutachterkomitee unseres Vereins, bestehend aus den Herren Professor JEAN NICOLAS DRUEY von der Hochschule St. Gallen und Professor WALTER KÄLIN von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, hat aus 13 Arbeiten, die zu bewerten waren und die alle, wie mir bestätigt wurde, ein sehr hohes Niveau aufwiesen, drei Arbeiten ausgewählt und dem Vorstand zur Preisverleihung unterbreitet. Es handelt sich um die Dissertationen von Dr. MEINRAD BETSCHART, Dr. HANS-ULRICH BRUNNER und Dr. MARTIN WERNLI.

Die Berner Dissertation von BETSCHART trägt den Titel: "Grundfragen der strafrechtlichen Erfassung betrügerischen Verhaltens gegenüber dem Staat".

"Der Autor" – so äussern sich die Begutachter KÄLIN und DRUEY – "hat in bemerkenswerter Eigenständigkeit das Thema des Erschleichens staatlicher Leistungen behandelt. Er hat dabei nicht nur einen Beitrag zur

Lehre vom Betrugstatbestand geleistet, sondern vor allem das Thema zu einem System der Leistungs- und Forderungsdelikte fortgeführt, das Beachtung beanspruchen kann.”

Die Freiburger Dissertation von BRUNNER trägt den Titel: “Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung”.

Die Beurteilung der Jury lautet: “Seine Arbeit geht mit bewundernswerter Konsequenz und souveräner Beherrschung der Systematik der Tragweite von Art. 99 Abs. 3 OR nach, wonach die Bestimmungen über das Mass der Haftung vom Delikts- ins Vertragsrecht zu übernehmen sind. Mit analytischer Sauberkeit und zugleich Originalität erschliesst er auf diese Art eine grosse Zahl von Einzelproblemen.”

Die Zürcher Dissertation von WERNLI trägt den Titel: “Das kaiserliche Hofgericht in Zürich; ein Beitrag zur spätmittelalterlichen Gerichtsbarkeit”.

Das Preiskomitee begleitet die Empfehlung zur Auszeichnung der Arbeit mit den Worten: “Der Autor hat eine seit langem festgestellte Lücke zur Geschichte des Prozessrechts in einer ebenso rechtlich wie historisch kompetenten Weise ausgefüllt. In hervorragender Weise hat er sorgfältige Quellenforschung mit der Einbettung in die weitere historische Situation verbunden.”

## 7. *Vorschau auf die Juristentage 1993 und 1994*

Der nächstjährige Juristentag ist für den 22. und 23. Oktober 1993 vorgesehen. Für das Thema: *Le juge face au droit européen – Der Richter und das Europarecht*, sind in den Personen von OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz und Professor in Neuchâtel, und Herrn RAINER SCHWEIZER, Professor an der Hochschule St. Gallen, zwei ausgewiesene Kenner der Materie am Werk. Für das Thema: *Droit suisse du travail et intégration européenne – Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration*, konnten ebenfalls zwei qualifizierte Referenten in den Herren GABRIEL AUBERT, Professor in Genf, und JEAN- FRITZ STÖCKLI, Unternehmer und Privatdozent an der Universität Zürich, gefunden werden. Wir hoffen auf einen zahlreichen Besuch in Fribourg. Die Organisation am Ort liegt in den Händen unseres Vorstandsmitgliedes AUGUSTIN MACHERET, ehemaliger Rektor der Universität Fribourg, jetzt Erziehungsdirektor des Kantons, mit seinem Komitee.

Dem Juristentag 1994 wird gemäss dem *genius loci* eine bankenrechtliche Thematik zugrundeliegen, nämlich *La diligence des banques – Die*

Sorgfalt der Bank, betrachtet sowohl unter dem öffentlichrechtlichen als auch unter dem privatrechtlichen Aspekt. Für 1994 wird die Inbetriebnahme der vollelektronischen Börse erwartet. Wir möchten den wissenschaftlichen Teil der Jahresversammlung mit einer Vorführung dieses neuen technischen Systems verbinden. Für den öffentlichrechtlichen Teil des Themas haben die Herren GÉRARD HERTIG, Professor in Genf, und Fürsprecher URS ZULAUF, wissenschaftlicher Adjunkt der Bankenkommision in Bern, zugesagt, für den privatrechtlichen Teil die Herren FRANÇOIS CHAUDET, Rechtsanwalt in Lausanne, und CHRISTIAN THALMANN, Rechtskonsulent beim Schweizerischen Bankverein.

Den Juristentag 1994 in Zürich möchten wir mit einer Aktion zur Aufstockung des bisherigen Janggen-Fonds verbinden mit dem Ziel, die Preisverleihung an qualitativ hochstehende Dissertationen mit angemessenen Beiträgen in geeigneter Weise fortsetzen zu können.

Damit möchte ich die statutarischen Geschäfte des Vereins abschliessen mit einem nochmaligen herzlichen Dank an alle, die aktiv zum Gelingen der Tagung beigetragen und durch ihren Besuch ihr Interesse am Wirken des Juristenvereins bekundet haben, zugleich aber auch mit einem Aufruf an alle Mitglieder, ihre Kollegen und Freunde unter den schweizerischen Juristen, soweit sie nicht schon dem Verein angehören, zum Beitritt zu ermuntern. Es stehen uns allen wertvolle und lohnende Aufgaben bevor, die wir in einer solchen Verbundenheit gemeinsam besser und nachhaltiger bewältigen können.

## V.

### **Referate der Berichterstatter und Diskussion zum Thema: Der Gleichheitssatz im Steuerrecht – Exposés des rapporteurs et discussion sur le sujet: L'égalité devant la loi en droit fiscal**

Dr. PIERRE A. MÜLLER, *Bundesrichter, Lausanne, Diskussionsleiter:*

Vor 15 Jahren – anlässlich des 111. Juristentages 1977 in Luzern – so ist es im Protokoll nachzulesen – begann der damalige Präsident des Juristenvereins, der inzwischen verstorbene Professor FRITZ GYGI, seinen Präsidentenbericht mit folgenden Worten:

“Das hervorragendste Merkmal der diesjährigen Tagung ist es, dass seit 1916 zum ersten Mal wieder eine Frau als Berichterstatterin in Erscheinung tritt.”

Es war Frau Dr. KATHARINA SAMELI, die das deutschsprachige Referat zum Thema “Treu und Glauben im öffentlichen Recht” erarbeitet hatte.

Damit war, wie Herr Präsident GYGI sich ausdrückte – “das Eis gebrochen”.

Und in der Tat, vor drei Jahren, am 123. Juristentag 1989 in Flims, als es um das “Verursacherprinzip im Umweltschutzrecht” ging, beherrschten zwei Berichterstatte(r)innen das Geschehen, nämlich Frau Dr. BEATRICE WAGNER aus Basel und Frau Rechtsanwältin und Dozentin ANNE PETIT-PIERRE aus Genf.

Es freut mich nun ganz besonders, dass heute, wo es um den “Gleichheitssatz im Steuerrecht” geht, wiederum zwei hochgelehrte Damen die Last einer “nicht in Geld honorierten Fronarbeit”, übernommen haben, nämlich die Referate zu einem sicher nicht leicht fassbaren und noch weniger leicht eingrenz(b)aren Thema.

Und ich darf an das Zitat aus dem Lukasevangelium (19, 26) anknüpfen, das im französischsprachigen Referat dem dritten Teil vorangestellt ist:

“Wer da hat, dem wird gegeben werden; ...”

Ja, unsere Kolleginnen, Frau Bundesrichterin KLETT und Frau Prof. YERSIN haben (ge)leistet) und darum wird ihnen gegeben, nämlich Dank und Anerkennung für ihre grosse Arbeit.

Und um auf die Parallele zum Juristentag 1989 in Flims zurückzukommen: Ich habe mich gefragt, ob es Zufall sei oder einen tieferen Grund habe, dass gerade bei Juristinnen eine besondere Affinität für die Substanzerhaltung des Gemeinwesens bestehe: Um Substanzerhaltung in ökologischer Sicht ging es in Flims, um Substanzerhaltung durch Gewährungsleistung der Staatsfinanzen für eine gemeinsame Wohlfahrt geht es heute. Und man könnte darüber noch lange “nachspinnen”. Es ist hier und heute weder der Ort noch die Zeit, das zu tun. Vielleicht wird einmal der Vereinschronist sich damit befassen. Für heute soll es mit der anerkennenden Feststellung sein Bewenden haben, dass der Juristenverein dankbar sein muss, Referentinnen und Referenten zu finden, die – trotz reichhaltiger beruflicher Auslastung – bereit sind, sorgfältig und umsichtig in einem aktuellen Rechtsgebiet den Rechtszustand aufzunehmen und, aus gründlichen Analysen heraus, wegweisende Anregungen zu machen oder – wie es in der NZZ nachzulesen war – fundierte Orientierungshilfen und Diskussionsgrundlagen zu erarbeiten.

Das war das Ziel, das den Referenten seit jeher gestellt wurde und das die heutigen Referentinnen bestens erreicht haben. Sie hätten es sich ja leichter machen können. Mit dem blossen Hinweis, beispielsweise auf das wohl älteste eigentliche Lehrbuch der Finanzwissenschaft, nämlich auf

das Werk des Schatzmeisters HEINRICH DES II. von England, RICHARD VON ELY, "Dialog über das Schatzamt".

Darin sind Anweisungen darüber enthalten, wie der König zu seinen Steuern kommt. Dabei ist besonders die Begründung bemerkenswert, die für das königliche Besteuerungsrecht gegeben wird. VON ELY führt aus, zwar möge es sein, dass den Königen die Mittel meist nicht aufgrund eines überprüfbareren Rechtes zufließen, sondern manchmal nach den Gesetzen der Vorgänger, manchmal nach den verborgenen Eingebungen ihres Herzens oder bisweilen auch aufgrund ihres freien Ermessens. Dennoch stehe es den Untertanen nicht zu, der Könige Tun zu erörtern oder gar zu verurteilen, denn wessen Herzensregungen in der Hand Gottes seien, dem Gott selbst die Sorge für die Untergebenen anvertraut habe, dessen Sache stehe und falle allein nach göttlichem und nicht nach menschlichem Urteil.

Und damit wären wir beim Thema.

So einfach, wie es der königliche Schatzmeister VON ELY ausdrückt, liegt die chose in unserm demokratischen Rechtsstaat wohl nicht oder nicht mehr.

Und selbst wenn sich der Herr Finanzminister, der ja – wie wir gestern vernommen haben – dankbar sein soll für unsere Arbeit, der gesamte Bundesrat oder die eidgenössischen Räte auf die Bibel – und hier nicht nur auf "Gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist" – berufen würden, sondern sogar auf das alte Testament, reichte das für eine akzeptable Fundierung der Steuern und sonstigen Abgaben wohl nicht oder nicht mehr aus.

Es ist, wenn man liest, was Moses als Gottes Gesetze mitbrachte, als er vom Berge Sinai herunterstieg, zwar erstaunlich, wie weitsichtig der "Herr" war: Er begnügte sich nicht damit, im Religiösen Anspruch auf Alleinvertretung ("keine fremden Götter") zu erheben, ja diesen aufzutroyieren. Mit dem Gebot "Alle Zehnten im Lande, ..., gehören dem Herrn und sollen dem Herrn heilig sein" (3. Buch Moses, 27,30), zeigt sich der "Herr" um- und weitsichtig genug, den finanziellen Unterhalt durch "Heiligung" der Abgabe zu sichern.

In allen Zeiten und Kulturen dürfte das Bedürfnis der Herrschenden (um nicht vom Trieb zu sprechen) feststellbar gewesen sein, an die Früchte, kurz an das Geld der Mitmenschen, voraussetzungslos und ohne Gegenleistung, heranzukommen, um dergestalt die eigene Herrschaft mit dem Geld der Beherrschten zu finanzieren, mochte auch da und dort der Anspruch auf lastengleiches Opfer grundsätzlich zugesichert sein.

Dass dieser an sich recht profane Sachverhalt einer gewissen sakralen Verschleierung bedurfte, weil er eben so lapidar nicht einzugestehen war und auch heute noch nicht ist, ist begreiflich; und dies selbst dann noch,

wenn die Abgabeforderung bis zu jenem stillen öffentlichen Ort vordrang, dessen Gestank den römischen Kaiser VESPASIAN nicht abhielt (“non olet”), von jedem Benutzer einen Obulus zu fordern, oder wenn die profane Steuerforderung THOMAS VON AQUIN veranlasste, die Steuern theologisch als Fälle “erlaubten Raubes”, d.h. “Raub ohne Sünde” zu qualifizieren.

Diese “Heiligung” oder zumindest Befreiung der Steuern und Abgaben vom Ruch des Anstössigen oder Sündhaften ist heute offenbar oder offensichtlich nur mittels, wir haben es gelesen, einer verfassungsrechtlichen Begründung möglich. Dass dem so ist, das haben uns die beiden schriftlichen Berichte unmissverständlich klar gemacht: Kraft Verfassungsprinzipien ist der Steuerzahler – wie es Frau Bundesrichterin KLETT einleitend sagt – nicht mehr Steueruntertan, sondern Steuerrechtssubjekt (ob er sich dessen immer so bewusst ist, wenn er die Steuererklärung ausfüllt, ist eine andere Frage).

Wir wollen uns darum nun mit dem vorrangigsten verfassungsrechtlichen Thema im Steuerrecht, dem Gleichheitssatz, befassen.

Dabei geht es nicht um die zahlreichen Probleme der Durchsetzung dieses verfassungsrechtlichen Grundprinzips bei der Verwendung der Steuern, der Verteilung der Früchte (und die Intervention vom Patentanwalt EDER an der heutigen Generalversammlung war eine sehr gute Illustration zu diesem Problem). Es geht heute einzig um die Bedeutung des Gleichheitssatzes bei der Steuererhebung d.h. in der Verteilung der Lasten und Opfer.

Hierzu eröffne ich die Diskussion. Zur Einleitung haben vorab die beiden Berichterstatterinnen das Wort; es folgen dann die sechs Votanten, die sich schriftlich vorangemeldet haben und schliesslich allfällige weitere.

Dr. KATHRIN KLETT, *Bundesrichterin, Pratteln, Berichterstatterin deutscher Sprache:*

Die Frage nach der Gleichheit ist zugleich auch immer die Frage nach der Verschiedenheit; es gibt nicht zwei Sachverhalte, die in jeder Hinsicht gleich wären; sie unterscheiden sich zumindest zeitlich oder örtlich. Wenn deshalb zwei Sachverhalte verglichen werden, so werden einerseits die Merkmale hervorgehoben, in denen sie sich gleichen, und es werden andererseits die Elemente herausgeschält, in denen sie sich unterscheiden. Ob schliesslich dann die beiden tatsächlichen Gegebenheiten im Ergebnis als gleich oder ungleich erscheinen, hängt vom Massstab ab, an denen sie

gemessen werden; dieser Massstab bestimmt, welche der im tatsächlichen Vergleich herangezogenen Merkmale wesentlich sind.

Der Gleichheitssatz der Verfassung ist sehr allgemein und zugleich vielschichtig. Es liegt ihm der Gedanke der Menschenwürde und der wesentlichen Gleichheit aller Menschen zugrunde. Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund unterschiedlicher Situationen, in denen sich Personen befinden, wird damit zwar nicht ausgeschlossen. Verwiesen wird aber zunächst auf das Gesetz als Massstab, d.h. auf die vom demokratischen Gesetzgeber im vorgesehenen Verfahren erlassenen Normen, aber auch auf die grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien und auf die von der allgemeinen Überzeugung getragenen Verfassungswerte der Rechtsgemeinschaft überhaupt.

Für das Steuerrecht praktisch und auch historisch bedeutsam ist der Grundsatz der Gesetzmässigkeit in seinen verschiedenen Ausprägungen. Steuern sollen nur vom zuständigen Staatsorgan beschlossen werden können und in allgemeiner Weise festgelegt werden. Im Einzelfall sollen die Steuern dann tatsächlich dem allgemeinen Gesetz entsprechend von den einzelnen Personen erhoben werden. Dass dies in einem Verfahren geschehen muss, in dem die steuerpflichtigen Personen eben nicht zu blossen Objekten herabgewürdigt, sondern als Verfahrensbeteiligte anerkannt werden, ist durch die ebenfalls aus dem Gleichheitssatz hergeleiteten verfahrensrechtlichen Garantien gewährleistet.

Steuern sollen aber nicht nur aufgrund einer Gesetzesnorm und im rechtsstaatlichen Verfahren erhoben werden, sondern sie sollen auch alle Abgabepflichtigen gleich belasten. Der Anspruch, derart die rechtsgleiche Steuerbelastung zu verwirklichen, hat sich historisch zuerst im Grundsatz der Allgemeinheit konkretisiert – womit das Steuerrecht seinerseits wesentlich zur Entwicklung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebotes beigetragen hat. Die ständische Steuerfreiheit des Adels und des Klerus wurden unter Berufung auf die Allgemeinheit der Steuern bekämpft und die Akzisen – eine Art Verbrauchssteuern – erschienen gegenüber diesen Steuerprivilegien als die geeignetsten Abgaben zur Verwirklichung der Steuergerechtigkeit, denn sie wurden beim Umsatz oder Verbrauch von Waren von den wirtschaftlich beteiligten Personen unabhängig von ihrem Stand erhoben und somit eben in sachlich einleuchtender, wirtschaftlich gerechtfertigter Weise.

Der Grundsatz der Allgemeinheit hat seine Bedeutung insofern bewahrt, als er einerseits verlangt, dass grundsätzlich alle einem Gemeinwesen zugehörigen Personen an die allgemeinen Lasten beitragen, und indem er andererseits ungerechtfertigte Ausnahmen von der subjektiven Steuerpflicht, eben Steuerprivilegien, verbietet. Der Grundsatz verlangt

seiner historischen Bedeutung entsprechend, dass sämtliche im Steuerhoheitsbereich ansässigen Personen ohne Rücksicht auf ausserökonomische Kriterien an den Staatshaushalt beitragen. Er bezieht sich damit auf die Umschreibung des Kreises der Steuerpflichtigen überhaupt und vermag so die Auswahl und Ausgestaltung der Steuerobjekte nach sachbezogenen ökonomischen Kriterien zu leiten. Zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts sind grundsätzlich die einem Gemeinwesen angehörigen Personen so heranzuziehen, wie dies nach dem allgemein anerkannten Grundsatz der Lastenverteilung – nämlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – gerechtfertigt erscheint. Es ergibt sich damit aus dem Allgemeinheitsgrundsatz die Forderung, neue Steuern und Abgaben derart in das bisherige System zu integrieren, dass dem allgemeinen Lastenverteilungsgrundsatz Rechnung getragen wird. Abweichungen vom allgemeinen Grundsatz der Lastenverteilung sind danach begründungsbedürftig.

Als Begründung für die Auferlegung von Lasten über die allgemeine Lastenverteilung im Verhältnis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hinaus, kommen insbesondere der Zufluss wirtschaftlicher Gegenwerte oder wirtschaftlicher Sondervorteile, der Vorteilsausgleich bei Nichterfüllung faktischer Rechtspflichten, die Anlastung besonderer zurechenbarer Kosten und teilweise die Verhaltenslenkung in Betracht. So begründete Abgaben, die unter dem Gesichtspunkt der Allgemeinheit der Besteuerung als Sonderabgaben zu betrachten sind, werden grundsätzlich nach denjenigen Kriterien gleichmässig auf die Pflichtigen verlegt, die dem Grund für die Erhebung dieser Sonderabgaben entsprechen. Der Gleichmässigkeitsgrundsatz wird für derartige besondere Abgaben etwa im Äquivalenzprinzip, im Verursacherprinzip oder auch im Verhältnis der vom Lenkungszweck vorgegebenen Zwecksetzung konkretisiert, was ich im Referat nicht einlässlich ausgeführt, aber kurz zu illustrieren versucht habe.

Soweit Steuern und Abgaben zu einem Entzug wirtschaftlicher Mittel bei den betroffenen Privaten führen, ohne dass dies etwa durch den Zufluss entsprechender wirtschaftlicher Gegenwerte oder durch besondere Zurechnungskriterien gerechtfertigt ist, bildet die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit das Mass rechtsgleicher Behandlung. Der Grundsatz der Besteuerung im Verhältnis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist als Gleichmass steuerlicher Belastung allgemein anerkannt; er ist positivrechtlich bei den direkten Steuern konkretisiert, sollte aber als systemtragendes Prinzip der gesamten Lastenverteilung zugrundegelegt werden. Das Leistungsfähigkeitsprinzip bedeutet im Bereich der direkten Steuern, dass Personen mit derselben im Einkommen und Vermögen zum Ausdruck kommenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit den gleich hohen

Steuerbetrag entrichten sollen und dass unterschiedliche Einkommen und Vermögen, aber auch – nach geltendem Recht in untergeordnetem Masse verwirklicht – unterschiedliche Existenzbedürfnisse zu einer unterschiedlichen Steuerbelastung führen sollen. Nach der Umschreibung im Grundsatzentscheid des Bundesgerichts vom 20. Juni 1973 (BGE 99 Ia 652/53) bedeutet das Leistungsfähigkeitsprinzip, “dass sich die Steuerbelastung einerseits nach den einem Steuerpflichtigen zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Wirtschaftsgütern und andererseits nach seinen persönlichen Verhältnissen richtet”.

Wesentlich für die Gleichheitsprüfung nach dem Leistungsfähigkeitsgrundsatz sind damit die individuell verfügbaren Wirtschaftsgüter einerseits und die persönlichen Verhältnisse bzw. die entsprechenden unabdingbaren wirtschaftlichen Belastungen andererseits. Diese Merkmale sind für den Vergleich wesentlich, wobei sowohl die Art und Zusammensetzung der Wirtschaftsgüter wie auch die Vielgestaltigkeit der persönlichen Verhältnisse weitere Konkretisierungen erforderlich machen. In der Rechtsprechung sind denn etwa aufgrund von Vergleichen der wirtschaftlichen Verhältnisse und der entsprechenden Steuerbelastung von Ehepaaren einerseits und Konkubinatspaaren andererseits oder zwischen Wohnungseigentümern, die ihre Wohnung selbst nutzen, einerseits und Mietern andererseits weitere Konkretisierungen des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes selbst erfolgt. Auch wenn die Rechtsprechung meines Erachtens in diesen Bereichen nicht in allen Teilen durchwegs folgerichtig erscheint, so sind damit doch Grundlagen zur weiteren Inhaltsbestimmung des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes gelegt, die erlauben, den materiellen Gehalt dieses Grundsatzes etwas klarer zu erkennen, und die damit diesen verfassungsmässigen Grundsatz, insbesondere für die Steuergesetzgeber, praktikabler erscheinen lassen – zumal wenn mitberücksichtigt wird, dass sich mit der Umschreibung von Steuerobjekten schon durch den Gesetzgeber ein Verständnis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herausgebildet hat, das die zutreffenden Massstäbe der Lastenverteilung mitbestimmt.

Unter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist zunächst nicht eine persönliche Fähigkeit der Steuerpflichtigen zu verstehen, sich den Zugang zu Wirtschaftsgütern erst zu verschaffen; massgeblich für die individuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sind vielmehr die verfügbaren Wirtschaftsgüter, d.h. die einer natürlichen Person als Vermögen, als Einkommen oder schliesslich zum Verbrauch zur Verfügung stehenden Mittel. Inbezug auf diese Massgrössen sind die tatsächlichen Situationen zu vergleichen, in denen sich die Steuerpflichtigen befinden. Die Definition dieser Massgrössen selbst kann freilich dem Leistungsfähigkeitsgrundsatz mehr oder weniger Rechnung tragen; je mehr die tatsächliche indivi-

duelle Gesamtsituation der Pflichtigen Grundlage der Steuererhebung bildet, desto zutreffender wird die individuelle Leistungsfähigkeit gemessen. So ist etwa ein Einkommensverständnis, das grundsätzlich die gesamten Wertzuflüsse einer Person während einer bestimmten Periode erfasst, zur Bemessung der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besser geeignet, als Einkommensbegriffe, welche zum vornherein bestimmte Wertzuflüsse ausschliessen. Ein Besteuerungssystem, das den schliesslich zu entrichtenden Steuerbetrag aufgrund der jeweils aktuell erzielten Einkünfte bemisst, ist zur Erfassung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wesentlich besser geeignet und besteht den Vergleich unter Steuerpflichtigen mit denselben Einkünften wesentlich besser, als ein System, das für die Bemessung auf weiter zurückliegende Einkünfte abstellt.

Der Leistungsfähigkeitsgrundsatz vermöchte namentlich bei der Berücksichtigung der persönlichen Situation der Steuerpflichtigen, d.h. bei den wirtschaftlichen Belastungen aufgrund der persönlichen Verhältnisse, Lenkungskraft zu entfalten. So ist zwar allgemein als Ausfluss des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes anerkannt, dass nur das Reineinkommen oder Nettoeinkommen für die Einkommensbemessung massgeblich ist und dass folglich den für die Erzielung der Einkünfte erforderlichen Gewinnungskosten Rechnung getragen werden muss. Auf die für die Existenzsicherung der steuerpflichtigen Personen und ihren Angehörigen erforderlichen Ausgaben wird jedoch in den geltenden Steuerordnungen nicht hinreichend Rücksicht genommen, obwohl durchaus anerkannt wird, dass Steuern nicht in den Existenzbedarf eingreifen sollen – zumal nach der herrschenden Ansicht die Daseinsfürsorge zu den Staatsaufgaben gehört und deshalb im Notfall ein Recht auf entsprechende Fürsorgeleistung bestehen würde. Zum Grundsatz der Besteuerung im Verhältnis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gehört aber eigentlich und grundsätzlich die Steuerfreiheit des individuellen Existenzbedarfs – was die Steuerpflichtigen zur Befriedigung ihres unabdingbaren Bedarfs benötigen, steht zur Bezahlung von Steuern nicht zur Verfügung; die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beginnt erst nach der Befriedigung des Existenzbedarfs. Die Beträge, welche für die existenziellen Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung, Wohnung und Gesundheitspflege reserviert und von der Besteuerung ausgenommen werden, müssen nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip wirklichkeitsgerecht bemessen werden.

Lenkungskraft zu entfalten vermag der verfassungsmässige Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch bei der Einführung neuer Abgaben. Während der Grundsatz der Allgemeinheit die rechtsgleiche Ausgestaltung von Sonderabgaben in Abweichung

vom allgemeinen Massstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit leitet, findet das Leistungsfähigkeitsprinzip als allgemeiner Lastengleichheitsgrundsatz Anwendung auch auf die Gesamtsteuerlast. Die gesetzgebenden Behörden sind danach aufgefordert, neue Steuern derart ins bestehende Steuersystem einzupassen, dass insgesamt die Belastung der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspricht, insbesondere degressive Steuerwirkungen entsprechend ausgeglichen werden.

Professeur DANIELLE YERSIN, *Lausanne, rapporteur de langue française*:

Le 25 février 1860, le Conseil d'Etat du canton de Vaud, 'vu les opinions contradictoires émises dans diverses localités du canton au sujet de l'impôt, considérant que par sa nature et par son importance cette question ne saurait être résolue sans qu'elle ait été préalablement soumise à un examen scientifique approfondi', organisait un grand concours sur les questions suivantes:

'De l'impôt en général, son origine et son but;

Impôt sur les immeubles – droit de mutation;

Impôt sur le capital;

Impôt sur le revenu;

Impôt de consommation;

Impôt sur le luxe;

Capitalisation;

De leur mode de répartition et de réception; en d'autres termes, assiette de l'impôt;

Analyse critique des différents impôts;

Rechercher leurs effets contradictoires;

Déterminer leur influence sur le travail, la production et la création de la fortune;

L'impôt doit-il être proportionnel ou progressif?

Que doit être un système d'impôt dans l'ordre social actuel pour asseoir la répartition des charges le plus équitablement possible sur les contribuables ou sur la matière imposable.

De l'impôt dans le canton de Vaud et des modifications ou changements qu'il convient d'apporter au système actuel pour embrasser toute matière imposable et en assurer l'assiette sans nuire au crédit, à la circulation des valeurs, au travail et au développement de la richesse'.

Un délai fut fixé au 1<sup>er</sup> mai 1860, puis prolongé au 15 septembre 1860 pour déposer les mémoires, qui devaient rester anonymes jusqu'à la

distribution des prix. Un premier prix de 1'200 francs et 2 accessits de 800 francs étaient prévus.

Le premier prix fut gagné par PROUDHON, le grand théoricien socialiste français anarchisant qui, dans un mémoire de plus de 300 pages démolissait systématiquement toutes formes d'impôt, en particulier l'impôt sur le capital et sur le revenu, préférant l'égalisation des fortunes à la redistribution par l'impôt. Il proposait en fin de compte au gouvernement vaudois d'adopter un impôt progressif sur les rentes foncières – qui seul trouvait grâce à ses yeux – l'introduction de services publics productifs (tels le crédit et les transports), par exemple par voie de monopoles, ainsi que le prélèvement de divers impôts sur la consommation et sur la dépense.

Le 21 août 1862, écartant délibérément ces propositions, le Grand Conseil adoptait une loi qui instituait un impôt direct et proportionnel sur la fortune mobilière, c'est-à-dire sur tous les biens meubles, sous déduction des dettes du contribuable, sur les rentes et usufruits, ainsi que sur les traitements, honoraires, émoluments, ressources ou produits du travail et de l'industrie, ceux-ci étant comptés pour un capital égal à dix fois leur produit net. Quelques mesures plus sociales, visant à tenir compte dans une certaine mesure de la capacité contributive du contribuable, étaient adoptées. Ainsi était exempt d'impôt le produit du travail ou de l'industrie inférieur à 800 francs par année. L'impôt sur les créances ne devait être mis, ni directement ni indirectement, à la charge du débiteur. En cas d'infraction, une amende de dix fois le montant transféré et l'obligation de rembourser au débiteur étaient prévues.

La situation actuelle est à la fois très semblable et très différente de celle qui se présentait au Conseil d'Etat du canton de Vaud en 1860.

Elle est très semblable en ce sens que les problèmes relatifs à l'aménagement du système fiscal et à la répartition équitable des charges publiques sur les contribuables gardent toute leur acuité.

Il suffit de penser à l'élaboration du nouveau régime des finances fédérales. Est discutée la place qu'y doit tenir – ou n'y pas tenir, selon certains – l'impôt fédéral direct, dont la forte progression frappe les contribuables de condition aisée et moyenne, réalisant une péréquation, d'une part, entre ceux-ci et les citoyens de situation modeste, d'autre part, entre les cantons financièrement forts – qui comptent précisément des gros contribuables – et les cantons de capacité financière plus faible. Il faut aussi rappeler le rôle que devra jouer, au plan fédéral, la fiscalité indirecte et les choix qu'elle appelle. Faut-il poursuivre avec l'actuel ICHA, qui arrive toutefois aux bouts de ses possibilités? Son rendement plafonne en raison de la taxe occulte qui rend presque impossible l'augmentation de ses taux; l'exonération des services crée des distorsions du point de vue

d'une imposition générale de la consommation. Faut-il introduire la TVA qui constitue théoriquement un système plus juste et plus souple, mais qui présente toutes les difficultés pratiques d'un nouvel impôt et suscite les réticences qui sont immanquablement liées à toute innovation fiscale?

Au plan cantonal, les difficultés budgétaires des cantons redonnent une actualité au problème du financement des prestations de l'Etat. Doivent-elles être couvertes par l'intermédiaire d'impôts généraux perçus en fonction de la capacité contributive ou grâce à des taxes, qui correspondent à un prix obéissant au principe de l'équivalence? La première forme de financement, utilisée largement à l'heure actuelle, répond au souci d'un Etat-providence riche; la seconde est plus ménagère des deniers publics, mais plus dure pour le citoyen modeste qui, privé de moyens, devra renoncer à certaines prestations de l'Etat.

Je vois toutefois une différence essentielle entre la situation régnant au milieu du 19<sup>ème</sup> siècle et celle de ce 20<sup>ème</sup> siècle finissant. Alors qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, puis dans la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, les citoyens – à l'exception de PROUDHON, qui n'était peut-être pas très représentatif – fondaient de grands espoirs de justice sociale sur les impôts directs (impôt sur la fortune nette et le produit du travail, puis impôt général sur le revenu net), on doit admettre qu'à l'heure actuelle les vertus de ces contributions se sont affaiblies. Certes, elles ont encore des effets de redistribution des richesses et elles contribuent à empêcher le développement excessif des différences sociales, mais ces effets ne sont plus en proportion de leur importance financière. Il ne suffit plus – et de loin pas – d'augmenter l'impôt sur le revenu pour assurer une meilleure répartition des richesses et pour financer les prestations sociales de l'Etat. Divers facteurs laissent penser, au contraire, que les aménagements dont ont fait l'objet les impôts directs au cours de ces dernières décennies ont affaibli, si ce n'est perverti, leurs vertus sociales.

Nous y voyons plusieurs causes:

Tout d'abord, les *taux d'imposition élevés* qui sont atteints. Pour les revenus élevés, le taux de l'impôt fédéral direct s'élève à 11,5 %; dans le canton de Vaud, un taux maximum de 30 % est fixé globalement aux impôts cantonaux et communaux; toutefois, nombre de cantons ne connaissent pas de limite maximale à la charge fiscale. Pour les indépendants, les cotisations de l'AVS/AI de 9,5 % environ s'ajoutent aux impôts directs. On atteint ainsi une charge globale égale ou supérieure à 50 % et qui ne s'abaisse souvent que lentement pour les revenus plus faibles. Si l'on considère que les impôts directs ne sont pas perçus à la source en Suisse, mais qu'ils reposent sur un revenu déclaré par l'intéressé, qui doit ensuite trouver les liquidités nécessaires à leur paiement, ces taux élevés

créent une barrière psychologique difficilement surmontable. Il faut un sens civique ou une dose de masochisme peu commune pour travailler cinq à six mois par année pour l'Etat, même si l'on est conscient des prestations que l'on obtient de lui.

Une seconde cause réside, à mon sens, dans la *sophistication* toujours plus poussée de l'impôt. Celle-ci provient tout d'abord du *perfectionnisme* qui préside à l'élaboration et à l'application des lois fiscales. Le citoyen ne réclame pas que l'impôt soit 'grosso modo' équitable, mais qu'il tienne compte des moindres différences de situations. Ainsi le législateur différencie les déductions, multiplie les formes d'imposition selon les catégories de revenus: impôt général, impôt spécial sur les gains immobiliers, impôt annuel distinct, calculé au taux de la rente, exonérations ou abattements de 20/40 % accordés sur certains revenus périodiques, etc. Les salariés déduisent leurs frais de transports entre leur domicile et leur lieu de travail, mais la déduction sera différente selon qu'ils peuvent emprunter leur voiture, les transports publics, une motocyclette ou encore un vélo; et encore faut-il qu'ils ne puissent pas se rendre à leur travail à pied. Les frais supplémentaires de repas donnent lieu à des déductions différentes selon que l'employeur dispose, ou non, d'une cantine. La défalcation des frais d'entretien d'immeubles donne lieu à une casuistique sans fin, de même que la distinction entre commerce professionnel d'immeubles et gestion de la fortune privée. Au demeurant, une nouvelle tendance se marque à l'heure actuelle; c'est celle d'autoriser la déduction des dépenses contraintes du contribuable. Selon cette tendance, l'impôt sur le revenu deviendrait un impôt sur l'argent de poche ou sur les économies faites en fin d'année.

Lorsqu'elle ne crée pas un sentiment de découragement et d'impuissance, la sophistication progressive du système fiscal, combinée avec des taux élevés ou arbitrairement différenciés selon les revenus, conduit le contribuable à 'affiner', discuter et contester l'assiette fiscale. Le surenchérissement dans les distinctions est coûteux pour l'Etat, sans apporter pour autant une meilleure justice. En fin de compte, au vu du nombre élevé de recours et de la nécessité pour l'administration de faire avancer les travaux de taxation, ce perfectionnisme peut aboutir à une prime aux contribuables procéduriers.

L'assignation de *buts autres que financiers* aux impôts directs a également contribué à cette complication progressive. Ainsi les mesures fiscales visant l'environnement, les économies d'énergie, la prévoyance professionnelle et individuelle, l'accession à la propriété ont considérablement alourdi la détermination de l'assiette de l'impôt, tout en la rétrécissant,

contribuant ainsi à augmenter l'importance des déductions, en la dramatisant.

Enfin, il faut admettre que si le législateur est saisi sur certains points d'un perfectionnisme fiscal aigu, sur d'autres il tolère des *lacunes importantes* qui faussent l'imposition selon la capacité contributive. Ainsi l'exonération des gains en capital privés, même au plan fédéral, la déduction entière des intérêts passifs, quelle que soit la cause de la dette, les déductions accordées aux fins de promouvoir des buts non fiscaux diminuent, tout à fait légalement, la charge fiscale de contribuables généralement aisés sans relation avec leur capacité contributive. 'Ces millionnaires qui ne paient pas d'impôt', comme affichent les journaux. Ces derniers n'ont pas tort, mais ils oublient que les lacunes du système fiscal ne profitent pas seulement aux millionnaires, mais aussi à tout un chacun, pour peu qu'il jouisse d'une certaine aisance. Seul le contribuable trop modeste pour ne jamais se trouver dans l'une des situations permettant de bénéficier de ces avantages et de ces déductions est imposé conformément à sa capacité contributive, au sens strict.

Des taux élevés, une sophistication décourageante, des lacunes difficilement compréhensibles n'encouragent pas à l'honnêteté fiscale et confèrent à la *fraude* un petit goût de légitime défense, auquel certains résistent difficilement. Or une généralisation de la fraude fiscale est sans doute l'atteinte la plus grave qui peut être portée aux impôts directs. Elle ruine les efforts visant à assurer par la loi l'égalité de traitement des contribuables.

La loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, qui entre en vigueur en 1995, et la loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes qui déploiera ses effets à partir de 2001 seulement, ont été établies compte tenu 'des efforts entrepris par les cantons en vue de l'harmonisation fiscale' (art. 42<sup>quinquies</sup>, al. 3, Cst.), c'est-à-dire sur la base du droit commun existant. Elles n'apportent donc aucune solution, lorsqu'elles ne péjorent pas la situation actuelle. Je cite pour mémoire l'imposition annuelle ou bisannuelle au choix des cantons pour l'IFD, la déduction des frais de restauration des monuments historiques, la possibilité de constituer des provisions pour frais de recherches par les entreprises, etc.

Il n'en demeure pas moins que, si l'on veut conserver les impôts directs comme l'une des sources des recettes publiques au siècle prochain, les défauts que nous avons mentionnés devront être corrigés. En particulier, les taux devraient être abaissés et l'assiette fiscale sérieusement élargie. Nombre de déductions devraient être supprimées ou rendues forfaitaires, seules subsistant celles qui tiennent compte de facteurs exerçant une influence déterminante sur la capacité contributive. Les modes d'imposi-

tion devraient être unifiés, et les distinctions entre les différentes catégories de revenus pour la plupart abandonnées. Avec des taux plus bas, le citoyen pourrait se contenter d'un système fiscal plus sommaire, mais aussi plus accessible, et qui garantisse mieux l'universalité de l'imposition. Des mesures efficaces devraient être prises à l'encontre de la fraude fiscale. Or, ce n'est pas en affinant et en généralisant l'application du principe de culpabilité en droit pénal fiscal que l'on y parviendra. Au contraire, cette forme de perfectionnisme présente le risque de multiplier les procédures, sans protéger nécessairement les contribuables dont les droits sont menacés. Ou alors, la pénalisation du droit fiscal devrait être accompagnée de l'octroi aux autorités fiscales de compétences d'instruction analogues à celles des autorités pénales (levée du secret bancaire, droit de perquisitionner, etc.) comme c'est le cas dans certains Etats étrangers. Accompagnées d'une simplification du système fiscal, de telles mesures libéreraient, partiellement en tout cas, les autorités fiscales du contrôle des déductions pour leur donner le temps et les moyens d'un contrôle des revenus. Les impôts directs y augmenteraient leur crédibilité.

L'égalité de traitement en droit fiscal est un beau thème, un grand thème, mais qui doit rendre prétentieux qui le traite. Voilà que pendant ces quelques minutes, je me surprends à faire mon petit 'PROUDHON' et à vous proposer un nouveau système fiscal. Aussi, tant qu'à faire, je ne résisterai pas à l'envie de reprendre sa conclusion, dont je vous laisse le soin de décider si elle est optimiste:

'La réduction progressive, indéfinie, des frais de l'Etat;

Des taxes combinées de telle sorte qu'elles servent tout à la fois à solder les services publics, à modérer le mouvement économique, à discipliner le marché, à favoriser l'émancipation des classes laborieuses;

L'équilibre des propriétés;

L'inviolabilité des héritages;

Le nivellement des fortunes (je laisse à l'auteur la responsabilité de ce propos);

La société s'avançant d'un pas égal dans la justice, la liberté et la richesse;

Voilà ce que signifie désormais pour nous ce nom, depuis tant de siècles odieux et maudit: "L'IMPOT" '.

Dr. PAUL RICHLI, *Professor, Gossau:*

Die Struktur meines Votums ist einfach: Ich äussere zunächst ein paar allgemeine Gedanken und befasse mich dann ausschliesslich mit der Frage nach der Leistungsfähigkeit des Gleichbehandlungsgebots für die Ausgestaltung progressiver Steuern. Diese Ausführungen dürften auch

für das gestrige Referat DUC/GREBER von Belang sein, nämlich insofern, als es die Finanzierung der Sozialversicherung und insbesondere die "solidarité" und "mutualité" betrifft.

Steuerrecht und Rechtsgleichheit, die beiden schönen Referate von heute morgen zeigen es einmal mehr auf eindrückliche Weise, stehen in einem erheblichen Spannungsverhältnis zueinander. Konfliktfelder liegen offen zutage. Nur die allergrössten Optimisten werden indessen zu hoffen wagen, die ermittelten Unvereinbarkeiten mit dem Gleichbehandlungsgebot liessen sich in absehbarer Zeit ausnahmslos beheben. Es stehen zu viele widersprüchliche Interessen auf dem Spiel. Zumal nach dem Abdriften der öffentlichen Finanzhaushalte in tiefrote Defizite haben es Forderungen nach vermehrter Beachtung der Rechtsgleichheit schwer. Man ist unter solchen Umständen in der Auswahl der Steuerobjekte und der Steuersubjekte nicht eben wählerisch, sondern nimmt das Geld dort, wo es am ehesten zu holen ist. Diesbezüglich hat sich die Beschaffung von Finanzmitteln gegenüber den vom Herrn Vorsitzenden geistreich vorgetragenen historischen Beispielen wohl nicht so fundamental geändert, mit dem Unterschied immerhin, dass der heutige Staat die göttliche Legitimation für sein Tun nicht mehr anzurufen wagt. Ein neuer Gleichbehandlungs-Test steht nächstens im Rahmen der Neuordnung der Bundesfinanzen bevor.

Auch wenn das politische und gerichtliche System bereits mit der Behebung der in den Referaten aufgezeigten Ungleichbehandlungen mehr als beschäftigt wäre, darf man den Blick meines Erachtens doch nicht vor der Tatsache verschliessen, dass ein anderes Problemfeld nicht weniger bedeutsam sein könnte. Das Gebot der Rechtsgleichheit versagt seinen Dienst nach heutiger Lesart nämlich an einem zentralen Punkt: bei der Ausgestaltung der Steuerprogression. Ich darf erläutern, was ich meine:

Das Bundesgericht sagt uns, aus Artikel 4 BV folge u.a. das Erfordernis der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wobei diesem Grundsatz auf unterschiedliche Weise, namentlich aber mit einer progressiven Besteuerung entsprochen werden kann (BGE 99 Ia 652 E. 9). Die Referate begrüessen diese Praxis, soweit ich sehe, vorbehaltlos. (KATHRIN KLETT, S. 92 ff.; DANIELLE YERSIN, S. 169 ff.). Was indessen nicht klar zutage tritt, ist der wahre Ursprung dieser Rechtsprechung. Es handelt sich dabei kaum um eine genuin juristische Erkenntnis, sondern viel eher um den "Import" einer Lehrmeinung aus der Finanzwissenschaft. Der Gedanke, dass Einkommenssteuersysteme progressiv auszugestalten seien, ist vor allem dort thematisiert worden. Er dürfte letztlich in sozialphilosophischen Vorstellungen gründen.

Die Auffassung, Einkommenssteuern müssten progressiv ausgestaltet werden (KATHRIN KLETT, S. 139 f.), ist indessen nie von allen Fachvertretern aufgenommen worden. Vielmehr finden sich prominente und vehemente Gegner der Steuerprogression. Allen voran ist der aus liberaler und rechtstaatlicher Sicht über jeden Verdacht erhabene FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK zu nennen. Sein Urteil über die Steuerprogression könnte deutlicher, vernichtender, ja provozierender nicht sein, verkündet im Jahre 1952 in einem Vortrag unter dem Titel "Die Ungerechtigkeit der Steuerprogression" (Schweizer Monatshefte 1952, S. 508; Nachdruck in: Schweizer Monatshefte 1992, Sondernummer in memoriam Friedrich August von Hayek, S. 61). HAYEK führte damals aus: "So will ich denn auch ohne weitere Umschweife sagen, dass ich zu der Überzeugung gelangt bin, dass das ganze Prinzip der Steuerprogression, seinem Wesen nach, verderblich ist, ein Irrtum, der aus verschiedenen Gründen fast unvermeidlich zur Zerstörung des marktwirtschaftlichen Systems führt." Einen Grund sieht HAYEK darin, dass die Steuerprogression die Risikobereitschaft untergrabe. Der Mensch sei nur bereit, finanzielle Risiken einzugehen, wenn andererseits Gewinne lockten. HAYEK hat diese Meinung später nicht etwa aufgegeben, sondern immer wieder vertreten (vgl. etwa: Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971, S. 387 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang namentlich auch etwa JAMES M. BUCHANAN, Verfassungsschranken der Steuerhoheit, in: JAMES M. BUCHANAN, Argumente der Freiheit: Markt, Freiheit und Demokratie, Wien 1992, S. 53 ff.).

Das Bundesgericht hat Artikel 4 BV gewissermassen als Schleuse für den "Import" einer finanzwissenschaftlichen bzw. sozialphilosophischen Mehrheitsmeinung in das Rechtsdenken benützt. Solches riefte eigentlich der Reflektion unter Aspekten der juristischen Methodik. Dafür ist hier aber nicht der Ort. Vielmehr setze ich sogleich zur These an, dass ein zusätzlicher "Import" erwogen werden sollte, der sogleich zu erläutern ist.

Bis heute kümmert sich das Bundesgericht vorab um die Rechtsgleichheit im *horizontalen Verhältnis*. Rechtssubjekte mit gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sollen gleich belastet werden. Das Bundesgericht wirft aber mehr oder weniger das Handtuch, wenn das *vertikale Verhältnis* in Frage steht, d.h. der Verlauf der Progressionskurve unter Aspekten der Rechtsgleichheit zu beurteilen ist. Diese Einäugigkeit der Rechtsprechung, die in den beiden Referaten nicht weiter problematisiert wird, mag aufgrund der Offenheit der herangezogenen Aussagen in der Finanzwissenschaft verständlich sein. Dennoch ist sie unbefriedigend und sollte nach Möglichkeit aufgearbeitet werden. Dabei sollte nicht nur bei der Finanzwissenschaft Wegleitung gesucht werden, sondern zusätzlich bei

der *Sozialpsychologie*, zumal bei der in ihrem Rahmen entwickelten und, so weit ich sehe, recht breit anerkannten *Equity-Theorie* (vgl. dazu etwa GEROLD MIKULA (Hrsg.), *Gerechtigkeit und soziale Interaktion*, Bern 1980; ders., *Gerechtigkeit*, in: *Sozialpsychologie*, hrsg. von DIETER FREY/SIEGFRIED GREIF, 2. Aufl., München – Weinheim 1987, S. 174 ff.; HANS WERNER BIERHOFF, *Sozialpsychologie*, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1988, S. 96 ff., bes. 113 ff.; ALEXANDRE MÉTRAUX, *Zur Kritik der sozialwissenschaftlichen Theorie der distributiven Gerechtigkeit*, Beiheft Nr. 13 zum *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1980, S. 193 ff.; MANFRED HASSEBRAUCK, *Die Bewertung von Gerichtsurteilen: Der Einfluss intra- und interpersonaler Vergleiche*, *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 1988, S. 131 ff.; vgl. auch die populäre Darstellung von RICHARD C. HUSEMAN/JOHN D. HATFIELD, *Der Equity Faktor*, Frankfurt/New York 1990). Es handelt sich dabei um eine psychologische *Gerechtigkeitstheorie*, welche Aussagen darüber erlaubt, unter welchen Umständen Menschen beispielsweise Rechtspflichten als gerecht empfinden. Die zur Verfügung stehende Zeit reicht nicht aus, um diese Theorie einlässlich zu beschreiben. Ich beschränke mich auf den Hinweis darauf, dass die Equity-Theorie etwa danach fragt, bei welcher Gegenleistung ein Mensch seinen Beitrag in der Arbeitswelt als hinreichend ausgeglichen beurteilt, d.h. seine Entlohnung als "gerecht" empfindet. Equity wird definiert als die Wahrnehmung, dass alle an einer Beziehung beteiligten Personen einen relativ gleichen Gewinn erhalten (BIERHOFF, a.a.O., S. 114). Solche Überlegungen sind dem Juristen keineswegs fremd, sondern erinnern an rechtsphilosophische Vorstellungen über die *distributive Gerechtigkeit*.

Es kann hier nicht darum gehen, sozusagen aus dem Stand heraus Ableitungen für den vorliegenden Zusammenhang zu treffen. Es ist mir nicht bekannt, dass die Sozialpsychologie die Ausgestaltung der Steuerprogression bereits zum Gegenstand von empirischen Untersuchungen gemacht hätte. Von juristischer Seite sollte vielmehr einmal Interesse an solchen Untersuchungen bekundet werden. Ihre sinnvolle Konzeption dürfte wohl eine enge interdisziplinäre Zusammenarbeit voraussetzen.

Wenn ich sozialpsychologische Untersuchungen zur Ausgestaltung der Steuerprogression postuliere, so geschieht dies nicht zuletzt unter dem Eindruck, dass die vernichtende Kritik FRIEDRICH AUGUST VON HAYEKS an der Steuerprogression mindestens ein Körnchen Wahrheit hat. Diese Besteuerung wird von vielen Steuerpflichtigen jedenfalls ab einer bestimmten Grenze als ungerecht empfunden. Der Staat ist heute aber je länger je mehr darauf angewiesen, dass die Motivation zum Erbringen von Leistungen von Staates wegen nicht ungebührlich, d.h. in einer für unsere auf Wettbewerb orientierte Wirtschaft verhängnisvollen Weise

gedämpft wird. Dieses Anliegen ist so bedeutungsvoll, dass es meines Erachtens im Rahmen von Artikel 4 BV ebenfalls thematisiert werden sollte. Die rechtsgleiche Austarierung der Steuerbelastung in der Horizontalen reicht nicht aus. Die vertikal “gerechte” Ausgestaltung ist nicht weniger rechtliches Gebot. Es müssen dafür brauchbare Beurteilungskriterien evaluiert werden. Die sozialpsychologisch fundierte Equity-Theorie könnte hier ein Anwendungs- und Bewährungsgebiet finden.

Das Anliegen einer in der Vertikalen wie in der Horizontalen rechtlich erfassten Steuerbelastung ist gewiss anspruchsvoll. Es muss sich unter funktionellen Aspekten im übrigen weniger an die Rechtsprechung als vielmehr an die Rechtsetzung richten. Meine Ausführungen sind also nicht in erster Linie als Aufruf an das Bundesgericht zu verstehen, eine engmaschige Rechtskontrolle auszuüben. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum soll nicht in Frage gestellt werden. Der Gesetzgeber muss sich aber vermehrt Rechenschaft darüber abgeben, dass auch die Ausnutzung seines Gestaltungsspielraums rechtlicher Leitung unterliegt und dass etwa sozialpsychologische Equity-Forschungen diese Leitung aufzeigen oder erleichtern können. Sache des Bundesgerichtes muss es meines Erachtens sein, den Gesetzgeber wonötig bei Gelegenheit darauf aufmerksam zu machen.

Professeur WALTER RYSER, *Gümligen*:

Je désire faire deux remarques, l’une concernant le principe de l’imposition selon la capacité contributive et ses limites, l’autre concernant les principes de la généralité et de l’uniformité dans l’imposition et de leurs conséquences problématiques dans le domaine de l’application de la norme.

Première remarque:

Au sujet du principe de l’imposition selon la capacité contributive, nos distinguées et élégantes rapporteurs mettent l’accent surtout sur sa fonction visant à justifier la progressivité des taux. On regrette de ne pas trouver plus clairement dans leurs rapports une allusion à l’autre signification de ce principe, à savoir qu’un contribuable ne saurait être imposé pour une matière qui ne lui compète pas, pour un revenu auquel il n’a pas vocation, ou dans une mesure dépassant son véritable enrichissement. Si l’on s’avisait d’interpréter les normes en conformité avec ce principe constitutionnel, pris dans cette autre acception – et il n’y a pas de raison de ne pas le faire même pour les normes de droit fédéral, on aurait tôt fait de s’apercevoir qu’il devenait inutile, et d’ailleurs absurde, d’inventer une

nouvelle théorie pour accréditer ce qu'il est convenu d'appeler la 'notion formalisée du revenu' pour les personnes privées. En effet, en appliquant la loi à la lumière de ce message constitutionnel, l'imposition du dividende de liquidation ne pourrait jamais frapper davantage que la différence entre le produit reçu et la mise de fonds du contribuable lui-même. Et on aboutirait au même résultat en ce qui concerne l'imposition des actions gratuites. On nous dit que cette notion formalisée du revenu a, il est vrai, des effets regrettables mais, en guise d'excuse, on déclare simplement 'den Letzten beissen die Hunde'. Quelle belle maxime, n'est-il pas vrai? Et combien congruente est-elle avec l'admirable principe de l'égalité de traitement. Il n'était peut-être pas inutile de rappeler cette autre signification du principe de l'imposition selon la capacité contributive dans le présent débat.

Mais, comme on l'a déjà dit, les très remarquables rapports qui nous ont été soumis mettent surtout l'accent, au sujet de ce principe, sur ses relations avec la recherche d'une répartition équitable des charges fiscales. On nous dit, notamment, qu'en matière d'égalité dite horizontale, la marge d'appréciation du législateur est très restreinte, mais qu'en revanche, s'agissant de l'égalité verticale, à savoir des tarifs, le législateur jouirait d'une grande liberté. Il me semble que la présentation du thème de ce congrès ne saurait se satisfaire d'une affirmation si peu nuancée. Il est, en effet, important également de faire allusion aux limites d'application du principe de la capacité contributive pris comme justification de la progressivité des taux. En cela, je suis parfaitement d'accord avec mon collègue RICHLI, et je remarque ici que Madame YERSIN a bien voulu, dans son intervention, faire quelques allusions malgré tout à cet aspect du problème. On nous dit que la progressivité a pour objet de recréer une autre égalité, l'égalité des sacrifices. Prise dans sa généralité, cette assertion ne provoquera guère de protestation. Mais il faut aller y voir d'un peu plus près. Deux exemples: Je prends le texte de l'Arrêté concernant l'impôt fédéral direct et consulte le tarif. J'y vois qu'un contribuable ayant un revenu de Fr. 30 000.00 paiera Fr. 210.95 d'impôt, alors que celui qui a un revenu dix fois plus élevé, de Fr. 300 000.00, paiera Fr. 31 071.50, soit 147 fois plus. Celui qui a un revenu imposable de Fr. 20 000.00 paiera un impôt de Fr. 80.05 et celui qui a un revenu dix fois plus élevé, à savoir Fr. 200 000.00 paiera Fr. 17 871.50, soit 223 fois plus. Evidemment que lorsque pour un revenu dix fois plus élevé l'impôt est 223 fois plus élevé (ou 147 fois plus élevé) on a des raisons d'être sceptique sur la valeur et le contenu de ce principe de l'égalité des sacrifices. Et on remarque qu'au nom du principe de l'imposition selon la capacité contributive conçu et appliqué de cette manière, on aura vite fait d'ébranler le principe de

l'imposition selon l'exigence de l'uniformité. Deuxième exemple: Les statistiques nous démontrent d'autre part qu'en matière d'impôt fédéral direct (21<sup>e</sup> période), 2,7 % des personnes physiques contribuables payent 45 % du total des recettes recueillies auprès de l'ensemble des personnes physiques redevables de l'impôt et que moins de 7 % de ces contribuables – donc une petite minorité – couvrent plus de 60 % de ces recettes totales. Et cette proportion des contribuables ne prend pas en compte la fraction très considérable des 'Gratisbürger'. Dès ce moment-là, on est en droit de se demander si cet impôt répond encore à l'exigence de généralité dans l'imposition. Ici aussi, il me paraît indiqué de souligner qu'en matière d'égalité verticale le principe de l'imposition selon la capacité contributive a des limites qu'on ne saurait impunément franchir. Les exagérations appelleront inévitablement l'institution d'un plafonnement de la charge totale, tous impôts directs confondus.

Deuxième remarque:

L'exigence du traitement égal sous-entend l'observation des principes de la généralité et de l'uniformité dans l'imposition. Il me paraît que dans les rapports qui nous ont été soumis, il n'est pas suffisamment mis en évidence que le message découlant de ces deux principes est très différent lorsqu'il s'adresse au législateur, d'une part, et à l'autorité d'application, d'autre part.

Quand il s'adresse au législateur, ce message a une valeur programmatique. On peut dire qu'il contient des recommandations incitant le législateur d'abord à ne pas créer des privilèges, mais aussi, disent certains, à tendre vers un système d'imposition du revenu englobant, si possible, toutes les valeurs ajoutées échéant au contribuable, donc postulant un champ d'imposition large. Toutefois, le législateur n'observe pas toujours ces recommandations. Et il n'est d'ailleurs, à proprement parler, pas tenu de les observer. Les parlements cantonaux ou fédéral choisissent parfois des solutions qui dérogent à de tels préceptes. Ils laissent expressément certaines matières en dehors du champ de l'imposition; ils créent des immunisations. Et s'ils le font, la seule exigence à laquelle ils restent tenus est de veiller à ce que les matières laissées immunisées soient évidemment exonérées pour tous et non pas seulement pour certains. Ils restent liés par l'exigence d'assurer l'égalité de traitement. Mais, entendons-nous bien, il s'agit ici uniquement d'une égalité juridique. Et seule la violation d'une telle égalité juridique serait susceptible, s'il s'agit de droit cantonal, de faire l'objet d'un examen quant à la compatibilité constitutionnelle sous l'angle de l'art. 4 Cst. On peut donc déplorer, au nom du principe de la généralité de l'imposition et de l'uniformité de

l'imposition, que des matières soient laissées en dehors du champ. Mais la loi est la loi, et elle bénéficie, en fin de compte, de la légitimité démocratique.

En revanche, le message émanant des principes de la généralité et de l'uniformité de l'imposition est fort différent quand il s'adresse à l'autorité d'application (et je précise que je ne parle pas ici du contrôle de la compatibilité constitutionnelle de la norme sous l'angle de l'art. 4 Cst.). Le souci de l'autorité d'application, pour satisfaire les exigences dérivant de ces deux principes, est seulement de veiller que la norme, prise telle quelle, soit bien appliquée à tous de manière égale, sans plus. Et en tout cas, le message dérivant de ces deux principes *ne signifie aucunement que l'autorité d'application aurait le devoir ou la compétence d'interpréter les normes de manière à étendre leur champ le plus largement possible pour suppléer aux éventuelles carences laissées par le législateur*. Concevoir le principe de l'uniformité et de la généralité de l'imposition dans ce sens, au niveau de l'application, revient à commettre une erreur grave, dont nous ne voyons que trop manifestement les désastreux effets.

Dans quel état se trouve notre droit fiscal aujourd'hui, notamment dans le domaine de la délimitation des gains de capitaux d'avec les revenus de l'activité lucrative ou d'avec les revenus des capitaux mobiliers, ou dans le domaine des cessions de parts sociales et des liquidations: il se trouve en plein désarroi. Or, il faut bien voir que si l'on en est arrivé à ce point, c'est précisément parce qu'au niveau de l'application des normes on n'a pas craint de se servir de l'alibi de l'exigence d'uniformité et de généralité pour justifier des interprétations non seulement extensives, mais reposant sur des extrapolations, servant elles-mêmes de point de départ à des extrapolations ultérieures. Le problème central de notre droit fiscal aujourd'hui est précisément cette déstabilisation et on ne saurait suffisamment appuyer sur ce point en discutant le principe de l'égalité de traitement en ce domaine. Le paradoxe est qu'au nom des principes de la généralité et de l'uniformité dans l'imposition utilisés dans une acception erronée au stade de l'application, on a érodé le rempart de la loi elle-même, en tant que première garantie de l'égalité de traitement.

Lors de la révolution française, l'un des étendards qui ont été brandis était celui sur lequel on avait écrit le mot 'égalité'. Ceux qui le faisaient flotter étaient des idéalistes, notamment les Jacobins. Où ont-ils conduit le gouvernement? Au despotisme, à la dictature et à la terreur. Méfions-nous donc des idéalistes en fiscalité, au niveau de l'application de la loi. Ce sont eux précisément qui ont sapé les fondements du droit fiscal. Et malgré sa légendaire sagesse, on doit malheureusement constater que le

Tribunal fédéral ne s'est aperçu que bien trop tard qu'il participait au massacre.

Devant ces chênes qu'on a abattus, le praticien, en fin de compte, survivra. Ces dévastations créent même pour lui un terrain honnêtement lucratif. En revanche, le juriste, lui, est attristé et même très attristé.

Dr. PIERRE A. MÜLLER, *Diskussionsleiter*:

Herr Professor RYSER hat, wie man das von ihm gewohnt ist, sehr handgreiflich argumentiert. Er hat auch Beispiele gebracht, die einleuchten. Aus der Bibel ist ein anderer bekannt, der hinsichtlich der Opfersymmetrie handgreiflich argumentiert hat. Man kann es bei Markus und Lukas nachlesen, wo es um das "gerechte Opfer" geht: "Und Jesus setzte sich dem Gotteskasten gegenüber und schaute wie das Volk Geld einlegte in den Gotteskasten. Und viele Reiche legten viel ein. Und es kam eine arme Witwe und legte zwei Scherflein ein; die machen einen Heller. Und er rief seine Jünger zu sich und sprach zu ihnen: Wahrlich ich sage euch: Diese arme Witwe hat mehr in den Gotteskasten gelegt als alle, die eingelegt haben. Denn sie haben alle von ihrem Überfluss eingelegt; diese aber hat von ihrer Armut alles, wovon sie lebt, ihre ganze Habe eingelegt." (Zitiert nach Markus 12, 41-44).

Dr. THOMAS KOLLER, *Wabern*:

Gestatten Sie, dass ich ein paar Ausführungen mache zum Thema "Der Gleichheitssatz im Steuerrecht", die abweichen von dem, was meine beiden Vorredner gesagt haben.

Die Berichterstatterinnen haben uns in ihren Referaten eindrücklich und in äusserst verdienstvoller Weise die Bedeutung der Rechtsgleichheit im Steuerrecht vor Augen geführt. Ihre eingehenden Analysen von Literatur und Rechtsprechung zu diesem Problemkomplex werden in Zukunft für jeden wertvoll sein, der sich mit diesen Fragen zu befassen hat. Eindrücklich ist m.E. insbesondere, wie Frau Bundesrichterin KLETT verschiedentlich darauf hinweist, dass das Steuerrecht ein Lastverteilmechanismus ist und dass dieser Mechanismus letztlich eben nur funktionieren kann, wenn dem Gleichheitssatz bei der Besteuerung Rechnung getragen wird. Die Ausführungen beider Referentinnen widerlegen mit aller Deutlichkeit den Standpunkt der sogenannten Steuerpositivisten – ich nenne als prominente Vertreter nur etwa WERNER FLUME und HEINRICH WILHELM KRUSE, denen zufolge das Steuerrecht – anders als z.B. das traditionsreiche Privatrecht – nicht von Prinzipien, Wertungen und sach-

gerechten Kriterien lebt und die behaupten, nur politische Dezision und nicht Rechtswissenschaft könne über Steuergerechtigkeit entscheiden. Dass im positiven Steuerrecht das Ideal der Rechtsgleichheit nicht immer verwirklicht wird, ist leider eine Tatsache. Von einem eigentlichen Rationalitäts- und Funktionsdefizit des Steuerrechts zu sprechen, wäre aber verfehlt. Das Steuerrecht muss und kann materialen Gerechtigkeitsgesichtspunkten in vielfältiger Weise Rechnung tragen; das haben die beiden Referentinnen eindrücklich nachgewiesen. Gänzliche Prinzipienlosigkeit und Beliebigkeit, wie sie die Steuerpositivisten festgestellt haben wollen, wäre Willkür und mit dem Umstand unvereinbar, dass das Steuerrecht – unbestrittenermassen – ein Teil der Rechtsordnung ist.

Die Verwirklichung des Rechtsgleichheitsgebotes und anderer systemtragender Prinzipien im Steuerrecht ist nun aber nicht nur für dieses Teilrechtsgebiet selbst von Bedeutung. Das Steuerrecht steht ja, wie Sie alle wissen, in vielfältigen Wechselbeziehungen mit anderen Rechtsgebieten. Am augenfälligsten sind dabei sicher die Querbezüge zum Privatrecht. Steuerrecht und Privatrecht haben nun im Kern einen gemeinsamen Bezugspunkt: Beide Teilrechtsordnungen befassen sich – aus unterschiedlichen Gesichtswinkeln – mit der privaten Wirtschaft. Das Privatrecht stellt – um mit RAINER WALZ zu sprechen – den Bürgern die rechtlichen Formen zur Verfügung, mit deren Hilfe sie ihre vermögensrechtlichen Beziehungen untereinander dezentral regeln können. Das Steuerrecht knüpft an die ökonomischen Ergebnisse des privatrechtlich organisierten Rechtsverkehrs an. Nach meiner Auffassung, die ich in einer noch nicht veröffentlichten Studie näher begründet habe, können nun diese Wechselwirkungen zwischen dem Privatrecht und dem Steuerrecht als Koordinationsproblem zwischen der Ebene der Organisation und der Ebene der Besteuerung ein und desselben wirtschaftlichen Vorganges verstanden werden. Bei dieser Koordination gilt es nun, zwischen dem Steuerrecht und dem Privatrecht in jedem einzelnen Problembereich eine möglichst hohe Wertungskongruenz herzustellen. Mit anderen Worten, keines der beiden Teilrechtsgebiete darf grundlegende Wertungen des anderen Rechtsgebietes unterlaufen.

Damit wird nun unmittelbar einsichtig, dass sich die Tragweite eines derart fundamentalen Prinzips wie der Rechtsgleichheit im Steuerrecht eben nicht auf das Steuerrecht selbst beschränkt. Die Rechtsgleichheit im Steuerrecht mit all ihren Verästelungen, wie sie uns die Referentinnen aufgezeigt haben, ist der wichtigste Wertungsgesichtspunkt, der bei der Koordination zwischen privatrechtlichen und steuerrechtlichen Wertungen auf der Seite des Steuerrechts in die Waagschale zu legen ist. Auf der Seite des Zivilrechts wären dies nebst der Privatautonomie vor allem

bestimmte Ordnungsvorstellungen und Schutzbezüge, die seinen einzelnen Teilbereichen zugrunde liegen. Die vorliegenden Referate bilden meines Erachtens nun hervorragende Quellen für die konkretere Ermittlung von Wertungsaspekten des Steuerrechts, die bei diesem Abwägungsvorgang berücksichtigt werden müssen. Es war mir ein Anliegen, Ihnen diese besondere Bedeutung der beiden Referate zu betonen.

Maître XAVIER OBERSON, *avocat, chargé de cours à l'Université de Genève, Genève:*

Il est beaucoup question, à l'heure actuelle, du principe de l'égalité de traitement en matière d'impôts directs, en particulier du principe de la capacité contributive. Il me semble que la question du respect du principe de l'égalité de traitement en matière d'impôts indirects, qui a été abordée dans les rapports, mérite quelques remarques. En effet, les relations entre l'art. 4 Cst. et les impôts indirects tels que les impôts de consommation (impôt sur le chiffre d'affaires [ICHA], taxe sur la valeur ajoutée [TVA]) sont particulièrement sensibles. En outre, ces derniers risquent de prendre un poids plus important dans le cadre du rapprochement de la Suisse avec la CEE sachant qu'une adhésion à la CEE va impliquer pour la Suisse l'adoption d'une TVA calquée sur le modèle communautaire.

Le problème de la compatibilité des impôts indirects avec l'égalité de traitement se pose à deux niveaux. Il faut, d'un côté, assurer une certaine égalité dans la délimitation du cercle des assujettis, de l'autre, faire en sorte que les contribuables frappés de la taxe le soient de façon la plus égale possible. Le deuxième niveau est en quelque sorte une application du principe de la capacité contributive en matière d'impôts indirects, dès lors que l'exigence d'égalité en vient à exiger que chacun contribue selon ses facultés. Je souhaiterais apporter ici quelques éléments de réflexion concernant ces deux stades d'application du principe de l'égalité de traitement, à propos des impôts de consommation généraux (ICHA, TVA).

On peut d'emblée constater que l'actuel ICHA, loin de correspondre à un véritable impôt de consommation, pose problème sous l'angle du principe de l'égalité. Cet impôt a un cercle trop étroit de contribuables, dès lors qu'il ne vise que les transactions de *marchandises*, à l'exception notable des services. Il en résulte non seulement des distorsions de concurrence, mais, sous l'angle juridique, une inégalité de traitement entre les consommateurs de services et de marchandises, ces derniers étant en fait les personnes qui sont censées supporter le poids de l'imposition (art. 29 de l'Arrêté du Conseil fédéral instituant l'ICHA). Une telle

inégalité de traitement est cependant expressément couverte par le texte constitutionnel (voir art. 41<sup>ter</sup> al. 3 Cst.).

En outre, étant donné que les livraisons aux grossistes de biens d'investissement et de moyens de production sont également frappées de l'ICHA, il en résulte une charge occulte, car les grossistes, considérés comme consommateurs finaux des biens d'investissement et des moyens de production, incluent dans le prix de leurs produits non seulement les coûts de production, mais également l'ICHA dont ils sont grevés (FF 1989 III p. 26). L'inégalité de traitement consiste ici notamment en ce que les transactions sont frappées de façon différente entre grossistes, suivant qu'ils fabriquent eux-mêmes les biens de production, à titre professionnel ou non, ou qu'ils les importent. Bien que jugée conforme au caractère de l'ICHA en tant qu'impôt 'brut' par le Tribunal fédéral dans une jurisprudence constante (ATF 71 I 185, Archives 37 [1968/69] 55), la taxe occulte, génératrice d'inégalités, n'est pas couverte par le texte de la Constitution. La suppression de cette inégalité, à savoir l'exonération des moyens de production que les grossistes utilisent pour réaliser des chiffres d'affaires frappés de l'ICHA, peut ainsi être réalisée au niveau législatif sans modification constitutionnelle.

L'introduction d'une TVA selon le modèle communautaire améliorerait fondamentalement les problèmes évoqués ci-dessus. D'une part, le cercle des prestations imposables selon cet impôt est large et il inclut les services. D'autre part, l'imposition en cascade est évitée. Le principe à la base de la TVA consiste à frapper la valeur ajoutée à chaque stade de la chaîne de production des biens comme des services. A tous les stades, le contribuable déduit de la TVA due sur sa production *output tax* la TVA dont sont grevés les biens et services acquis en amont *input tax*. Ce mécanisme de crédit d'impôt permet ainsi d'éviter tout cumul d'imposition. Il convient de noter que selon la sixième directive communautaire, du 17 mai 1977 (77/388 CEE), une grande marge de manoeuvre est laissée aux Etats pour définir le cercle des transactions sujettes à l'impôt (art. 5 et 6).

En revanche, un problème fondamental sous l'angle de l'art. 4 Cst. va subsister avec l'introduction d'une TVA: il s'agit du taux proportionnel. La TVA, impôt de consommation, frappe l'utilisation du revenu par le consommateur. En ce sens, la doctrine admet que la TVA est aussi un impôt fondé sur la capacité contributive (KLAUS TIPKE, *Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis*, Cologne 1981, p. 101). Cependant, et cela est bien connu, le taux proportionnel au montant du chiffre d'affaires va frapper plus durement le consommateur à faible revenu que celui qui a un revenu important. Cette situation, propre aux impôts indirects, va prendre

une acuité toute particulière dans l'hypothèse de l'introduction d'une TVA en Suisse selon le modèle communautaire, étant donné le vaste champ d'application de cet impôt et son taux élevé: 15 % minimum (sous réserve de cas particuliers). Comment évaluer cet état de fait sous l'angle de l'égalité de traitement?

Il convient de relever d'emblée que l'on a ici à faire, pour reprendre la terminologie de l'arrêt HEGETSCHWEILER (ATF 110 Ia 7), à une inégalité de traitement verticale, c'est-à-dire qui concerne des contribuables à capacités contributives différentes. Selon la jurisprudence, la liberté du législateur d'aménager des impôts est plus grande dans le sens vertical, dès lors que le caractère comparable des situations de fait est faible.

L'argument fréquemment invoqué selon lequel les citoyens à revenus élevés consomment plus que les citoyens à revenus faibles et, en ce sens, que la TVA se conforme au principe de la capacité contributive, ne convainc pas entièrement. En effet, la proportion plus élevée de consommation des contribuables à fort revenu n'est pas compensée par un accroissement équivalent de la progression de l'impôt. En revanche, la soumission des prestations de services à l'impôt permet d'apporter un baume au caractère régressif des taux proportionnels en frappant des prestations autrefois exonérées et qui sont consommées principalement par des particuliers à plus fort revenus.

Un autre aspect qui vient contrecarrer quelque peu la thèse de la régressivité de la TVA découle du fait que cet impôt est particulièrement difficile à éviter, car le contrôle est le fait des contribuables entre eux. Pour pouvoir obtenir le crédit d'impôt, le contribuable doit en effet réclamer de son cocontractant une facture attestant du paiement en amont de l'impôt afférent aux biens et services acquis. Il en découle que la possibilité pour certains gros contribuables d'amoindrir la progressivité de l'impôt sur le revenu en recourant à des artifices sophistiqués ne se présente pas dans les mêmes termes en matière de TVA. A cet égard, il est paradoxal que l'un des candidats de l'aile gauche démocrate aux élections américaines de cet automne proposait de remplacer l'actuel impôt fédéral sur le revenu par un impôt de consommation au taux fixe et unique de 10 %.

Au surplus, il importe de ne pas se concentrer uniquement sur le prélèvement fiscal, mais de s'attarder aussi sur l'affectation des recettes qui en découlent. En effet, la régressivité d'un impôt général de consommation comme la TVA peut, en quelque sorte, se voir compensée par l'utilisation des montants souvent considérables de ce type d'impôt à des mesures sociales.

Cela étant, malgré ces considérations, on doit reconnaître que le problème du respect de la capacité contributive dans le cadre des impôts généraux de consommation nécessite des aménagements et que l'on se doit de tenir compte des facultés économiques des consommateurs finaux sur lesquels l'impôt est répercuté.

Les aménagements peuvent se réaliser à l'intérieur de la loi d'impôt en question. L'idée d'appliquer des taux différents en fonction de la nature des transactions a été évoquée dans les rapports (notamment, un taux de faveur pour les biens de première nécessité et un taux maximum pour les biens de luxe). Les exigences de la pratique posent, toutefois, des limites à la différenciation des taux. En outre, plus la liste des exemptions ou des taux de faveur est élevée, plus on augmente les facteurs potentiels de litige entre l'administration et les contribuables.

Mais les aménagements en faveur des contribuables à faible revenu peuvent également être réalisés à l'intérieur du système fiscal dans son ensemble. Dans cette perspective, il peut être intéressant d'évoquer certaines expériences qui ont été faites à l'étranger. Par exemple, certains Etats américains qui appliquent sur leur territoire une 'General Sales Tax' permettent aux contribuables en dessous d'un certain seuil de revenu de créditer cette taxe dans le cadre de l'impôt sur le revenu (voir, à ce propos, ALAN TAIT, *Value Added Tax Practice and Problems*, Washington 1988, p. 218). Dans un autre ordre d'idée, la Nouvelle Zélande a introduit, parallèlement à la mise en oeuvre d'une TVA à un taux unique de 10 %, une sorte d'impôt négatif sur le revenu sous la forme d'un salaire minimum qui est payé aux contribuables défavorisés par l'employeur qui agit en tant qu'agent du fisc (TAIT, *op. cit.*).

On le voit, le domaine des impôts indirects, en particulier des impôts généraux de consommation, est un champ d'investigation fertile pour l'application du principe d'égalité de traitement. La présente note n'a d'autres ambitions que de lever quelques lièvres et de provoquer un débat sur les moyens à disposition du législateur pour rendre ce type d'impôt plus conforme au principe d'égalité de traitement. A notre sens, l'analyse de la compatibilité d'un impôt général sur la consommation avec le principe de la capacité contributive ne doit en tout cas pas se cantonner à la loi d'impôt considérée, mais doit également prendre en compte le système fiscal dans son ensemble au sein duquel des aménagements sont réalisables ou ont été mis en place.

Dr. RUDOLF ROHR, *Würenlos*:

Gestatten Sie mir einige Überlegungen zum Spannungsfeld zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung im allgemeinen und bezüglich der Eigenmietwertproblematik im besonderen. Ich stelle diese Überlegungen an aus der Froschperspektive des Mitglieds eines kantonalen Parlamentes und zwar des aargauischen, um eine Herkunftsangabe des Vorsitzenden noch zu präzisieren. Als Bürger mit liberaler Staatsauffassung empfindet man es als wohltuend und notwendig, wenn die dritte Gewalt im Staat in Wahrung der verfassungsmässigen Freiheitsrechte und des verfassungsmässigen Gleichheitsgebotes den beiden anderen Gewalten auf die Finger schaut und auf die Finger klopft, und so weiss man auch als kantonaler Parlamentarier – die eidgenössischen verfügen ja über eine vor dem Zugriff des Bundesgerichts geschützte Nische und sind vielleicht aus diesem Grunde auch hier nicht in Überzahl anwesend – dass einschlägige Entscheide von oben gewissermassen als Gottesurteile hinzunehmen sind. Nicht immer allerdings geschieht dies mit demütiger Ergebenheit, sondern immer öfter mit Ingrimm. Dann etwa, wenn eine vom Gesetzgeber wohlbedachte Differenzierung – ich gebe zu, es gibt auch andere Differenzierungen als wohlbedachte – mit einem Federstrich ausgelöscht wird. Ich nenne als Beispiel die aargauische Regelung bezüglich der ausserkantonalen Ersatzbeschaffung von selbstgenutztem Wohneigentum, wie wir sie eben dem Finanzdirektor abringen mussten. Durch ein Urteil des Aargauischen Verwaltungsgerichts ist dann diese ausgefeilt ausgehandelte Lösung eliminiert worden. Der Ingrimm wurde dadurch gemildert, dass sich dieser Entscheid zu Gunsten des Grundeigentümers und zu Lasten des Fiskus auswirkte. Problematisch wird es dann, wenn es umgekehrt ist, wenn die Auslöschung des ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens zu Lasten des normunterworfenen Individuums sich auswirkt, wie das etwa bei den vom Bundesgericht entwickelten Regeln für die Entschädigung bei materieller Enteignung zutrifft. Wenn aufgrund reiner Interpretation eine ausdrückliche, von sachlichen Überlegungen diktierte kantonale Regelung – ich erwähne als weiteres Beispiel § 213 des geltenden aargauischen Baugesetzes betreffend Entschädigung für Grundstücke in Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen – vom Tisch gewischt wird, obwohl hier zusätzlich Treu und Glauben im höchsten Masse angesprochen sind, dann ist die Grundidee der Verfassungsgerichtsbarkeit kompromittiert. Ich plädiere deshalb für eine angemessene Zurückhaltung des Verfassungsrichters gegenüber klaren gesetzlichen Regelungen im allgemeinen, besonders aber gegenüber Regelungen, welche die verfassungsmässigen Rechte des Bürgers erweitern und nicht verkürzen wollen. Wie nötig eine

solche Zurückhaltung ist, darf ich Ihnen am Beispiel der von der Referentin behandelten Eigenmietwertproblematik aufzeigen. In Abweichung von einer neueren Entscheidung des Bundesgerichts, den Kanton Zürich betreffend, stellt die Referentin die These auf, dass nur die Aufrechnung des vollen Marktwertes dem Grundsatz der gleichmässigen Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspreche (KLETT, S. 103) und dass ein Abzug vom vollen Marktwert mit dem Rechtsgleichheitsgebot wohl kaum vereinbar wäre (drei Seiten weiter). Bekanntlich geht die wegen ihrer Härte umstrittene Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung dahin, dass für die direkte Bundessteuer 70 % des Marktwertes die unterste Grenze bilden. Verdrängt wird von der Eidgenössischen Steuerverwaltung der Umstand, dass der Gesetzgeber für das neue Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer die 70 %-Grenze ausdrücklich als zu hoch empfunden hat und eine Unterschreitung bewusst zulassen wollte. Nicht bekannt ist in der Öffentlichkeit schliesslich die Tatsache, dass ein von der Referentin wiederholt zitierter Steuerrechtsexperte, Prof. FERDINAND ZUPPINGER, die aus dem Rechtsgleichheitsgebot fliessende Grenze in einem für den Kanton Aargau erstellten Gutachten bei 60 % des Marktwertes angesiedelt wissen wollte. Daraus erhellt: ob 100 %, ob 70 %, ob weniger als 70 %, ob 60 % des Marktwertes die von Art. 4 BV gebotene Rechtsgleichheit herstellen – die Fixierung auf einen bestimmten Prozentsatz ist ein Akt des Ermessens, um nicht zu sagen der freien Entscheidung, und das ist positiv zu werten und hat nichts mit der von Herrn Dr. KOLLER angeprangerten Beliebigkeit zu tun. Wenn aber Ermessen und nur Ermessen zum massgeblichen Resultat führen kann, dann ist es in einem demokratischen Staat doch wohl richtig, wenn dem Gesetzgeber dieses Ermessen zugebilligt wird. Zu diesem Schluss führt auch noch eine andere Überlegung. Mit Genugtuung stützt sich die Referentin auf den St. Galler Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Dezember 1986, während sie merkwürdigerweise den Waadtländer Entscheid des Bundesgerichts vom 20. November 1987, allerdings nicht publiziert, nirgends erwähnt und ihn möglicherweise ebenso verdrängt, wie das die basellandschaftliche Regierung in ihrer Beurteilung von kantonalen Initiativen getan hat. Im St. Galler Entscheid hat das Bundesgericht die Ungültigerklärung einer kantonalen Eigenmietwertabschaffungsinitiative geschützt. Inhalt dieser Initiative war eine Regelung, wie sie heute Deutschland, Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Österreich und Schweden kennen. Meines Wissens sind dies alles Rechtsstaaten, die das Rechtsgleichheitsgebot auch kennen und handhaben. Warum soll es einem schweizerischen Gemeinwesen verwehrt sein, über eine solche Regelung auch nur abstimmen zu dürfen? Bekannt ist der Umstand, dass kein geringerer als der heutige Vorsteher

des eidgenössischen Finanzdepartementes Ende Oktober 1990, also vor weniger als zwei Jahren und überdies auf aargauischem Boden, den Vorschlag gemacht hat, ein solches Modell, das St. Galler Modell oder das deutsche Modell, wie Sie das nennen wollen, in der Schweiz einzuführen. Wir hätten dann, wenn wir Herrn Bundesrat STICH folgen würden, in der Schweiz die merkwürdige Situation, dass der Bund eine Regelung einführen würde, welche von den Kantonen wegen angeblicher Bundesverfassungswidrigkeit nicht nachgeahmt werden dürfte. Daraus erhellt ein zweites Mal: auch die dritte Gewalt muss sich ihrer Grenzen bewusst bleiben, so wie der Gesetzgeber wissen muss, dass er nicht absolutistisch legisferieren darf, insbesondere Minderheiten nicht unterdrücken und ausbeuten darf. Die von sehr persönlichen Anschauungen geprägten Darlegungen der Referentin über die Eigenmietwertproblematik sind ein schlagender Beweis dafür, dass auch unseren höchsten Gerichten Selbstbescheidung in der Auslegung des Gleichheitsgebotes gut anstehen würde und dass die von gestern, von Herrn Bundesrichter MEYER, angebehrte schöpferische Komponente keine aleatorischen Ausmasse annehmen darf.

Prof. Dr. MARTIN SCHUBARTH, *Bundesrichter, Lausanne:*

Ich will es kurz machen, insbesondere nachdem der Diskussionsleiter alle diejenigen, die die Frühmesse verpasst haben, ja bereits reichlich entschädigt hat. Ich bin gestern im Gespräch mit den beiden Referentinnen auf eine Frage gestossen, die ich hier nur einfach einmal aufwerfen möchte, nämlich das Verhältnis des Steuerbetruges zu den übrigen Betrugstatbeständen, die wir haben. Wir haben den Betrugstatbestand des Strafgesetzbuches (Art. 148). Wir haben eidgenössische und kantonale Tatbestände betreffend den Steuerbetrug (vgl. BGE 116 IV 264 E. 3). Wir haben den Abgabe- und Leistungsbetrug nach Verwaltungsstrafrecht (Art. 14) und wir haben im Nebenstrafrecht, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, zusätzliche betrugsähnliche Tatbestände (vgl. die Hinweise in BGE 117 IV 156 E. 5b). Tatbestände, die sowohl in den Voraussetzungen wie in den Rechtsfolgen voneinander abweichen, ohne dass man bis heute das Regelungsprinzip oder die sachlichen Voraussetzungen herausgearbeitet hätte, aufgrund welcher sich die bestehenden Unterscheidungen rechtfertigen liessen. Es mag sein, dass man nicht alle Betrugsphänomene über den Leisten eines einzigen Betrugstatbestandes schlagen kann. Es gibt sicher gute Gründe für eine differenzierte Gesetzgebung. Aber ich bezweifle, dass die Vielfalt, die heute im Betrugsstrafrecht im weiteren Sinne besteht, in ihrem Ausmass wirklich begründet ist und dass, soweit Unterschiede gerechtfertigt sind, diese Unterschiede in den Rechtsfolgen

überall richtig zum Ausdruck kommen. Das Bundesgericht hat übrigens die Frage am Rande kürzlich in bereits erwähnten Entscheid (BGE 117 IV 156 E. 5b und c) angesprochen, so dass ich hier nicht ausführlicher zu werden brauche.

Dr. HERMAN SCHMIDT, *Bundesrichter, Lausanne:*

Der Gleichheitssatz unserer Verfassung: "Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich", ist in erster Linie ständig zu befolgen, indem Verwaltungsbehörden und -gerichte die Steuergesetze verfassungskonform so auslegen und anwenden, dass alle Bürger nach dem Gesetz möglichst gleich besteuert werden. Es ist dasselbe Anliegen, das gestern Herr Bundesrichter MEYER im Sozialversicherungsteil auch zum Gegenstand seiner mündlichen Ergänzungen machte. Frau KLETT stellt das sehr eindrücklich in einer allgemeinen und theoretischen Art dar und Frau YERSIN diskutiert besonders einige typischen Fragen, in denen das gewonnene Auslegungsergebnis Widerspruch erregte, wie bei der Abgrenzung steuerbaren Vermögensertrags vom steuerfreien Kapitalgewinn auf beweglichem Privatvermögen oder von Veranlagungen, die etwa zu sogenannten Gleichbehandlungen im Unrecht vom wichtigen Auslegungsergebnis abweichen. Die Rechtsprechung, die Frau YERSIN so darstellt, dass eine rechtsungleiche Besteuerung bloss dort verfassungswidrig sei, wo die gleiche Behörde Steuerpflichtige verschieden behandelt, kann im Grunde nur in Fällen von Gleichbehandlung im Unrecht von Bedeutung sein. Allgemein hat der Bürger nach Art. 4 BV Anspruch darauf, gleich veranlagt zu werden, wie andere unter denselben Umständen von anderen Behörden in Anwendung des gleichen Steuergesetzes verlangt werden.

Wenn ich bei der Lektüre der Referate die Anwendungsfälle zu erblicken versuche, die während zehn Jahren die Abteilung des Bundesgerichts beschäftigten, in der auch die beiden Referentinnen mitwirkten, fällt mir zweierlei auf: Einmal bildet der Legalitätsgrundsatz, wie es Frau KLETT zeigt, einen fundamentalen Teil des Gleichbehandlungsgebots, wird aber von den Steuerpflichtigen regelmässig gegen jede Auslegung angerufen, die sich zu ihrem Nachteil vom Wortlaut des Gesetzes entfernt, auch wenn es geschieht, um den Sinn einer Bestimmung im System der Steuer zu finden, der zu einer möglichst gleichmässigen Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt. Sodann müssen immer wieder Veranlagungen hingenommen werden, die eine im Vergleich mit anderen Pflichtigen äusserst einschneidende, gelegentlich sogar stossende Steuerbelastung bringen, und zwar aus der Überlegung, die für alle gleichermassen geltende Auslegung führe unvermeidlich in einzelnen

Fällen zu solchen Ergebnissen. Ist aus den beiden Beobachtungen zu schliessen, im Steuerrecht müsse – mehr als in anderen Gebieten des öffentlichen Rechts – auf eine verfeinernde Auslegung verzichtet werden, die zu befriedigenderen Lösungen des Einzelfalles führen könnte? Es scheint so. Für die belasteten Pflichtigen ist oft schon wichtig, dass das Ergebnis wenigstens voraussehbar ist.

Vor allem Frau KLETT diskutiert dann sehr einlässlich, was der Gleichheitssatz allgemein vom Steuergesetzgeber verlangt. Auch er hat sich schlüssig zu werden, ob verfeinere Lösungen geeignet sind, eine gleichmässigere Besteuerung bei gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu erreichen, als eine praktikablere, weniger differenzierte Lösung. Wo das Bundesgericht auf die staatsrechtliche Beschwerde hin das kantonale Gesetz abstrakt oder vorfrageweise überprüfen kann, respektiert es – mit Ausnahmen – in der Regel eine schematische Lösung. Das trifft sich mit der einen der erwähnten allgemeinen Erfahrungen bei der Steuerrechtsanwendung. Es scheint mir vertretbar, wenn die schematische Vorschrift in der grossen Zahl der Fälle zu einer Steuerbelastung führt, die mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit steigt. Frau YERSIN, die dieselbe Auffassung vertritt, bejaht schematische Lösungen umso eher, je grösser die Zahl der Pflichtigen sei, welche davon stark mehr belastet oder privilegiert werden. Das überzeugt mich nun nicht, es würde für mich eher für die Notwendigkeit einer differenzierten Vorschrift sprechen. Schematische Lösungen des Steuergesetzgebers zu respektieren empfiehlt sich auch, weil die Veranlagungsfaktoren Einkommen und Vermögen nicht durchwegs vollständig und zuverlässig erhoben werden können und zudem die wirkliche Leistungsfähigkeit in recht unterschiedlichem Mass wiedergeben. Werden die Elemente des Steuereinkommens stärker differenziert, Freibeträge und Abzüge vermehrt und so weiter, wird die Erhebung damit nicht zuverlässiger. Im Gegenteil sprechen etwa TIPKE/LANG (Steuerrecht, 13. Aufl. S. 233) in diesem Zusammenhang von der Gefahr einer Einkommenssteuer der Unwissenden, einer sogenannten Dummensteuer.

Die Forderung einer gleichmässigen Belastung mit Steuern nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kann aus Art. 4 der Bundesverfassung gewiss für die periodischen Gesamteinkommens- und ergänzenden Gesamtvermögenssteuern hergeleitet werden, weil die Steuergesetze mit dem relativ umfassenden Steuerobjekt, den Sozialabzügen und progressiven Tarifen, diese Hauptsteuern eindeutig erkennbar mit dem Ziel erheben, die Steuerpflichtigen nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu belasten. Die Rechtsgleichheit verlangt, dass sie es folgerichtig tun. Frau KLETT verweist auf neuere Entscheidungen, in denen die Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für die Verteilung der

Steuerlasten insgesamt gefordert und aus Art. 4 BV hergeleitet wird. Als Grundsatz mit Lenkungskraft, wie sie das nennt und wie sie ihn für verschiedene Arten von Steuern diskutiert, leuchtet er für die Belastung mit Steuern aller Art durchaus ein. Allerdings scheint mir paradox, dass dieser Grundsatz eine Kompensation der Belastung mit Lenkungssteuern verlangen sollte, also durch Reduktion anderer Steuern. Eine solche Kompensation würde ja die Lenkungswirkung auf die betreffenden Pflichtigen aufheben.

Ich zweifle aber, ob ich Frau KLETT auch folgen soll, wo sie den Grundsatz als Teil des verfassungsmässigen Rechts aus Art. 4 BV bezeichnet, auf das sich also zum Beispiel ein zur Motorfahrzeugsteuer, zur Grundstücksteuer, Grundstückgewinnsteuer oder zu einer Erbschaftsteuer Veranlagter berufen könnte, um die Steuerforderung abzuwehren. Wollte man es für die Belastung mit allen Arten von Steuern insgesamt bejahen, müsste man ja diese Belastung über längere Zeit, im Grunde über die ganze Dauer der Steuerpflicht, betrachten. Über längere Zeit ist aber schon bei den periodischen Einkommens- und Vermögenssteuern unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nur schwer zu beurteilen, ob die Belastung eventuell durch befriedigendere allgemeine Regeln besser auszugleichen wäre. Das zeigte sich zum Beispiel, wenn der Übergang von der Gegenwarts- zur Vergangenheitsbesteuerung oder umgekehrt zu Beginn oder am Ende der Erwerbstätigkeit streitig war. Bei der Gesamtheit aller, vor allem auch nichtperiodischen, Steuern wäre es noch viel schwieriger. Ein bestimmtes Verhältnis zur Belastung mit den periodischen Einkommens- und Vermögenssteuern liegt nur zum Teil auf der Hand, und es scheint erst recht noch nicht einheitlich zu sein.

CARL E. EDER, *Patentanwalt, Basel:*

Sie haben bei der Steuergerechtigkeit etwas über die indirekten Steuern gehört, also die Verbrauchssteuern oder Umsatzsteuern oder TVA oder wie das anderswo heisst, dass diese auch berücksichtigt werden sollten bei der Frage der Steuergerechtigkeit. Das ist alles sehr richtig, wenn man die Gesetze anschaut. Aber die ganze chose hat, wie eine gute Flasche Wein, nicht nur vorne eine Etikett, sondern auch hinten etwas Depot und das muss auch beurteilt werden. Und dazu gehört die Frage, wer zahlt die Umsatzsteuer? Die Umsatzsteuer bei uns in der Schweiz geht in den Lebenskostenindex ein: Wenn die hinaufgeht oder wenn sie entstanden ist, gehen die Preise hinauf. Diese Steuer zahlt also effektiv nicht der einem Gesamtarbeitsvertrag angeschlossene oder im staatlichen Dienst stehende Verbraucher, sondern sein Brötchengeber, und bei den übrigen

Arbeitnehmern kommen die Lohngeber nicht darum herum, sich anzupassen. Und wir freiberuflich Erwerbenden können nicht darum herum kommen, unseren Angestellten das gleiche zu tun und auch für uns zu sorgen. Also, die indirekten Steuern sind an sich vom Steuerpflichtigen her derzeit gar keine Steuern, sondern Abgaben, die ein anderer bezahlt. Und wenn ich schon dran bin, die Steuerdiskussion etwas zu ergänzen: Zur *taxe occulte*, die immer noch herumgeistert: Es scheint folgende Überlegung noch nicht durchgegangen zu sein: Wir in der Schweiz zahlen eine Steuer auf die Investitionen und darum muss der Fabrikant diese auf seine Produkte schlagen, darum sagt er, wenn er exportiert, bekommt er diese nicht zurück und das ist die *taxe occulte*. Das ist zwar völlig richtig. Er übersieht aber, dass bei einer Mehrwertsteuer die Steuerbelastung des Endverbrauchers grösser wird, weil das Ausland die Steuern uns nicht mehr bezahlt. Und diese Steuer geht, weil es eine indirekte Steuer ist, beim Endverbraucher in die Lebenshaltungskosten ein, so dass der Lohn angehoben werden muss. Also das Ding heisst nachher nicht mehr *taxe occulte*, es heisst dann Lohnerhöhung. Sie können es bei ihrem Betrieb oder gesamtschweizerisch nachrechnen, es kommt eins aufs andere heraus. Dadurch, dass wir die jetzige *taxe occulte* abschaffen, also durch eine vernünftige TVA ersetzen, ändern wir die Länge der Spiesse gegenüber dem Ausland nicht. Vielleicht noch eine ganz kurze Bemerkung zur Grösse der TVA oder der Umsatzsteuer: Wir zahlen jetzt gut 6 %, und wenn wir die Mehrwertsteuer als Multiphasensteuer einführen, dann zahlt die der Létztabnehmer und alle andern dazwischen sind die Steuereinzüger und der Bund hat deren Arbeit zu kontrollieren. Das kostet alles Geld. Das machen die Ausländer auch. Der einzige Unterschied ist der, dass mit der gleichen Arbeit und der gleichen Kontrolle im Ausland 18 % eingezogen werden und bei uns 6 %. Also eine Mehrwertsteuer von 6 % kostet bei uns dreimal soviel Aufwand wie im Ausland und das können wir uns nicht leisten. Wenn wir schon so etwas machen wollen mit der Steuergerechtigkeit, dann müssen wir uns soviel anpassen, dass auch die Ausgaben für die Steuern ein vernünftiges Verhältnis haben zu den zu erzielenden Einnahmen.

Dr. KATHRIN KLETT, *Berichterstatterin deutscher Sprache*  
(*Schlussvotum*):

Zuerst zum Votum von Herrn Professor RICHLI. Ich würde ihm zustimmen, wenn er am Schluss seines Votums vermutet, dass die Frage nach der rechtsgleichen Belastung so alt sein dürfte, wie die Frage nach dem gerechten Lohn. Wenn er allerdings eine eingehendere Begründung für

das Leistungsfähigkeitsprinzip postuliert und insbesondere die Steuerprogression überhaupt in Frage stellen will, so muss doch darauf hingewiesen werden, dass die Stimmen gegen dieses Prinzip als solches – von denen er eine nennt, relativ weit zurückliegend, 1952 – dass diese Stimmen höchst vereinzelt geblieben sind. Und zwar nicht nur bei uns, sondern auch in vergleichbaren Volkswirtschaften, wie TIPKE/LANG in ihrem Standardwerk nachweisen, und wie der Herr Vorsitzende unter Verweis auf die Bibel noch weit umgreifender und grundlegender bestätigt hat. Daraus lässt sich zwanglos eine allgemeine Überzeugung der Richtigkeit dieses Prinzips als allgemeiner Lastengleichheitsgrundsatz erschliessen und zwar gerade wenn man mit Herrn Professor RICHLI davon ausgeht, dass das Kriterium für das Mass der Progression aus der allgemeinen Richtigkeitsüberzeugung gewonnen werden müsste. Nachdem der Finanzwissenschaft soweit ersichtlich tatsächlich nur die allgemeine Aussage entnommen werden kann, dass bei einem Mehr an Wirtschaftsgütern die Leistungsfähigkeit überproportional wächst, wenigstens der bisher bekannten Finanzwirtschaft, die ich berücksichtigt habe, dann finde ich den Ansatz von Herrn RICHLI erfolgversprechend, dass man auf die Sozialpsychologie, auf die Erkenntnisse dieser Wissenschaft zurückgreift, um eben die allgemeine Überzeugung feststellen zu können. Das setzt allerdings voraus, und da liegt ja die Schwierigkeit, dass man dann diese Erkenntnisse praktisch umsetzen sollte, dass der Gesetzgeber sie in möglichst einfache und überprüfbare Normen umsetzt, die auch befolgt werden und rechtsgleich angewendet werden können. Dies dürfte wohl nicht so einfach sein und da darf ich auf das Votum von Herrn Grossrat ROHR eingehen. Ich hatte eigentlich geglaubt, dass ich bei der Eigenmietwertbesteuerung differenziert dargelegt habe, dass die Eigenmietwertbesteuerung eine mögliche Art der Ausgestaltung, der rechtsgleichen Ausgestaltung ist. Die Nachbarländer kennen sie teilweise nicht. Sie kennen aber auch keinen Abzug der Hypothekarzinsen und der Liegenschaftskosten, das ist dann die Konsequenz. Wenn man sich schon dazu entscheidet, die Eigenmietwertbesteuerung als Naturaleinkommen zu besteuern, dann muss man eben folgerichtig ausgestalten und die folgerichtige Ausgestaltung ist wie überall das Marktwertprinzip, wobei das Schätzungsermessen vorbehalten bleibt. Einverstanden bin ich sehr mit dem Votum von Herrn Dr. OBERSON, der darauf hinweist, dass ja eben die direkten Steuern – wir haben da Taxvergleiche und so gehört für eine bestimmte Steuer – dass die nicht allein die Steuerlast bestimmen, sondern dass man eigentlich auf die Gesamtsteuerlast mehr Interesse verwenden müsste, um auch zu schauen, wie sich insgesamt die verschiedenen Abgaben auswirken. Zum Einwand von Herrn SCHMIDT, wonach Lenkungsabgaben wirkungslos

bleiben müssten, wenn ihre Belastungswirkung ausgeglichen werden soll, möchte ich bemerken, dass es auch hier eben darum geht, nicht auf die Lenkungsabgaben überhaupt zu verzichten, sondern auch mitzuberücksichtigen, dass diese Abgaben allein nicht nur Lenkungs-, sondern auch Belastungswirkungen haben, die möglicherweise nicht beabsichtigt sind. Schliesslich möchte ich ebenfalls in zustimmendem Sinne Herrn KOLLER beipflichten, wenn er darauf aufmerksam macht, dass die Abgaben Teil der Verfassungsordnung bilden und dass Wertungswidersprüche vermieden werden müssten. Insbesondere scheint mir hier wichtig, dass Lasten, die nach der Verfassung von der Gesamtheit der staatlichen Gemeinschaft getragen werden sollen, weil sie eigentliche Staatsaufgaben finanzieren, nach dem allgemeinen Lastengleichheitsprinzip verteilt werden müssten. Einige Voten haben aber schliesslich deutlich gezeigt, dass dieser Blick auf die Lastengleichheit überhaupt im staatlichen Gefüge das Thema von heute sprengen würde.

Professeur DANIELLE YERSIN, *rapporteur de langue française*  
(*intervention finale*):

J'aimerais remercier tout d'abord les éminents préopinants qui ont pris la peine non seulement de lire les rapports, mais de préparer des interventions. Les interventions étaient toutes intéressantes, en ce sens qu'elles complétaient très souvent les rapports et ouvraient de nouvelles perspectives. Certaines d'entre elles ont montré la difficulté qu'il y a à séparer le droit fiscal de la politique. On glisse sans cesse de l'un à l'autre et la sérénité qui devrait présider au droit fiscal est parfois difficile à atteindre, parce que nous sommes tous atteints dans notre substantifique moelle par l'impôt. D'autres ont ouvert, comme je l'ai dit, de nouvelles approches et, me semble-t-il, dans diverses directions.

La première, c'est l'extension de la notion de capacité contributive à d'autres impôts que l'impôt sur le revenu. La notion de capacité contributive s'est développée dans le cadre de l'impôt sur le revenu, mais, me semble-t-il, il est heureux que, à l'heure actuelle, cette notion soit étendue, notamment aux impôts indirects.

A cet égard, M. OBERSON a fait des considérations intéressantes, en montrant la juxtaposition et l'harmonie qui devraient régner entre les impôts directs et les impôts indirects. En l'écoutant, je me suis demandé comment on pouvait déduire des impôts directs une partie de la TVA ou des taxes de consommation. Cela signifierait que des impôts directs sont réclamés à des gens très modestes, puisqu'il existerait une assiette fiscale

dont on pourrait défalquer ces taxes; cela montre que la problématique mérite d'être étudiée comme lui-même le suggérait.

Monsieur le Juge fédéral SCHMIDT a soulevé le problème de la durée à prendre en compte pour mesurer la capacité contributive. Si cette piste est poursuivie, si l'on approfondit la notion de capacité contributive à propos d'autres impôts, il me semblerait heureux que l'on abandonne partiellement au moins les critères de l'impôt sur le revenu, pour en trouver de mieux appropriés. En fait, ce qui sous-tend souvent à l'heure actuelle la réflexion, c'est que le revenu est la meilleure, la dernière mesure de la capacité contributive; et que, si on considère les impôts indirects, ils ne seraient justes et conformes à la capacité contributive que s'ils aboutissaient à une imposition identique à l'imposition sur le revenu. A l'avenir, de nouveaux critères pourraient être développés, propres à ces impôts et non pas simplement transposés de l'impôt sur le revenu sur les impôts indirects.

Un autre point a été soulevé, notamment par M. SCHMIDT. C'est la question de savoir si l'égalité de traitement à respecter doit l'être par les mêmes autorités ou dans le cadre d'une même loi. M. SCHMIDT admet que le citoyen a droit à un traitement égal, même s'il ne s'agit pas des mêmes autorités, dans le cadre de la même loi. Je me suis demandé si, en fait, les deux formules n'aboutissaient pas au même résultat, en ce sens que je n'ai pas réussi à trouver d'exemple significatif dans lequel une même règle de droit pourrait être appliquée par des autorités différentes qui ne seraient pas subordonnées les unes aux autres par les voies des procédures de recours. Le seul cas qui m'est venu à l'esprit correspond à celui soulevé par M. SCHUBARTH: le problème de la répression de la fraude fiscale par la voie administrative et par la voie pénale. En matière d'impôt fédéral direct, on se trouverait, dans ce cas-là, avec deux autorités, les autorités pénales et les autorités administratives, appliquant la même loi et, effectivement, la question se pose de l'égalité de traitement, de l'absence d'arbitraire pour citoyen dans ce cadre-là. Le professeur DONATSCH a écrit récemment un article sur cette question, qui, sur le plan pénal, soulève le problème de l'application de l'adage 'ne bis in idem'. Cette double procédure est-elle compatible avec ce principe ou non? Ou s'agit-il d'une violation de ce principe, d'une violation des droits qui découlent de l'art. 4 Cst.? C'est une question intéressante que posent ces procédures qui avaient été créées à l'époque dans le but de mieux sauvegarder les droits des citoyens: le fait d'introduire des autorités pénales était destiné à offrir de meilleures garanties au contribuable, celui-ci n'étant pas puni uniquement par des autorités administratives. On s'aperçoit qu'à l'heure actuelle, cette double procédure a perdu sa valeur de protection et rep-

résente en elle-même un aménagement du système fiscal qui peut paraître contestable.

Un troisième point, me semble-t-il, très intéressant, a été repris par plusieurs intervenants. C'est le problème de la capacité contributive vue sous l'angle de l'égalité de traitement verticale. Jusqu'à présent, c'est un problème qui a été relativement peu soulevé. Il a été abandonné au législateur, au monde politique et le nouvel intérêt qu'il suscite est probablement dû aux taux élevés que nous connaissons. Il a été traité par M. RICHLI; M. OBERSON a aussi évoqué la question, ainsi que MM. SCHMIDT et RYSER.

J'aimerais revenir sur un point soulevé par M. RICHLI. C'est la question de la psychologie du contribuable. C'est vrai qu'un aménagement de la progression qui tienne compte scientifiquement de cette psychologie serait une chose extrêmement opportune, mais, finalement, n'aboutirait-on pas à vider le politique de son sens: l'on remplacerait la démocratie politique par une démocratie des professeurs et des scientifiques. Il m'a toujours semblé que le Grand Conseil, ou le Parlement fédéral, représentait une incarnation très affinée de la psychologie du contribuable et qu'il était le témoin de ce qui était supportable, ou non, par la population. Il est possible que ces instances ne représentent pas l'entier de la population, mais dans un système démocratique qui fonctionne quand même relativement bien en Suisse, me semble-t-il, elles offrent une certaine garantie au citoyen sur ce plan.

Dr PIERRE A. MÜLLER, *directeur des débats*:

Il me reste à exprimer toute ma reconnaissance et, je pense, également la vôtre, à tous celles et ceux qui ont participé à cette discussion et principalement aux deux rapporteurs, Mme KLETT et Mme YERSIN.

*Schlussvotum des Präsidenten, Dr. ANDREAS GIRSBERGER:*

Damit sind wir am Ende der Tagung angelangt. Mein nochmaliger Dank gilt allen Teilnehmern, besonders aber den Damen und Herren Berichterstatern sowie dem Organisationskomitee der Luzerner Juristen, das es verstanden hat, diesem Juristentag in Luzern ein für die Stadt und den Kanton Luzern so typisches, eindrucksvolles Gepräge zu geben. Hervorheben möchte ich in diesem Zusammenhang den unvergesslichen Ausflug nach Beromünster und den stilvollen Galaabend im prächtig gelegenen Hotel Palace.

Ein Wort noch zur ehrenvollen Ernennung unseres Vorstandskollegen PHILIPPE ABRAVANEL als Präsident der Union Internationale des Magistrats de l'Ordre Judiciaire. Wir gratulieren Herrn ABRAVANEL herzlich zu dieser Wahl und wünschen ihm Erfolg in seinem neuen Wirkungskreis.

Damit erkläre ich den 126. Juristentag als geschlossen und wünsche nach dem anschliessenden gemeinsamen Abschiedsessen eine frohe Heimreise.

## Verzeichnis der Diskussionsteilnehmer – Liste des participants aux débats

- BIAGGINI G., Bern
- DUC J.-L., Assens
- EDER C.E., Basel
- GREBER P.-Y., Bernex-Genève
- KLETT K., Pratteln
- KNAPP Bl., Vézenaz
- KOLLER, Th., Wabern
- MEYER-BLASER U., Luzern
- MÜLLER G., Erlinsbach
- MÜLLER P.A., Lausanne
- OBERSON X., Genève
- RICHLI P., Gossau
- ROHR R., Würenlos
- RYSER W., Gümligen
- SCHMID E., Ebikon
- SCHMIDT H., Lausanne
- SCHUBARTH M., Lausanne
- SPIRA R., Lucerne
- TRUTMANN V., Basel
- YERSIN D., Lausanne