

Procès-verbal de la 68e assemblée annuelle de la Société Suisse des Juristes

Objekttyp: **Group**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **52 (1933)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Procès-verbal de la 68^e assemblée annuelle

de la

Société Suisse des Juristes

des 11 et 12 septembre 1933 à Lucerne

Séance du 11 septembre 1933

à la

Salle du Grand Conseil à Lucerne

Présidence:

M. le Conseiller aux Etats *Ernest Béguin*, Neuchâtel.

La séance est ouverte à 8 h. 30.

I.

MM. *Joseph Karmann*, greffier du Tribunal cantonal, et *Jean Graven*, greffier du Tribunal fédéral des assurances, à Lucerne, sont désignés comme secrétaires sur la proposition du Comité.

II.

M. le Président donne lecture du rapport suivant:
Messieurs et chers collègues,

En trois séances, qui ont lieu régulièrement au début de l'hiver, au printemps et en été, le comité de la S.S.J. se prononce sur les objets — presque toujours les mêmes, — portés à l'ordre du jour de ses réunions. Celles-ci ne donnent point lieu à des débats prolongés ni même à des controverses animées. Il s'agit essentiellement de préparer le travail des assemblées annuelles et d'assurer la continuation

de l'oeuvre voulue par nos précurseurs. Les meilleurs artisans de cette besogne juridique persévérante et utile sont les hommes de talent et de bonne volonté qui veulent bien, chaque année, se mettre à notre disposition et accepter la charge de rédiger des rapports. Notre gratitude leur est largement acquise et nous souhaitons à la Société suisse des juristes d'être toujours en mesure de recourir à ces concours précieux et indispensables. — Du caractère des séances de notre comité découle le fait que le rapport annuel du président n'est point un document pouvant ménager des surprises. Pas même cette année-ci! On ne saurait, en effet, qualifier de ce terme une circonstance sur laquelle nous devons attirer l'attention: le problème financier — avec le hideux déficit — fait actuellement l'objet de nos méditations. Nous n'échappons pas à la loi commune des recettes qui diminuent et des bilans qui soldent mal. N'insistons pas pour le moment; il conviendra de revenir sur ce sujet après les explications qui seront données et les suggestions qui seront présentées à propos des comptes.

Quelques efforts ont été entrepris dans le but de chercher à augmenter le nombre des membres de la société. Nous avons démontré l'an dernier que l'effectif de celle-ci est trop nettement stationnaire. C'est encore le cas aujourd'hui et la question du recrutement conserve toute son actualité. Chacun peut faire quelque chose de positif dans cette direction.

Le comité n'a pas manqué d'adresser un hommage de félicitations, de vœux et de respect à notre vénéré doyen le Dr. *Hermann Christ-Socin*, juriste et botaniste, à Riehen, Bâle, entré le 12 décembre dernier dans sa centième année. Nous renouvelons aujourd'hui l'expression de ces sentiments à l'égard de ce seul survivant de la période des premières années d'existence de la Société suisse des juristes; le Dr. *Hermann Christ-Socin* en fait partie depuis 1863. Puisse cette longue et remarquable vie scientifique se poursuivre dans le bonheur intime, la paix du coeur et la richesse des souvenirs.

Au cours de l'exercice écoulé dix-sept *démissions* ont dû être enregistrées, soit celles de MM. E. Perrier (Fribourg), A. Cérésole (Lausanne), A. Couturier (Genève), J. Schlittler (Glarus), R. Ernst (Winterthur), K. Müller (Gersau), K. Frey (Basel), A. Bächtold (Davos), Maurice Clerc (Neuchâtel), R. Benziger (Schwyz), A. de Meuron (Lausanne), J. Stamm (Schaffhausen), Ch. Gabus (Neuchâtel), A. Grandjean (Fribourg), M. Ferri (Lugano), W. Rosenblum (Zürich), R. Peter (Solothurn).

Le Comité a procédé à l'admission des *candidats* ci-après:

MM. *Paul Baumeister*, Substitut des Bezirksgerichts Zürich.

Dr. *Max Guldener*, Zürich.

Dr. *Robert Zumbühl*, Fürsprecher, Biel.

Dr. *V. Winiker*, Oberrichter, Ruswil.

Dr. *A. Zraggen*, Fürsprech, Luzern.

Dr. *Th. Herzog*, Fürsprech, Luzern.

Dr. *Jean Bourgknecht*, avocat, Fribourg.

Dr. *K. Ibach*, Advokat, Basel.

Dr. *F. Holzach*, Advokat, Basel.

Dr. *Otto Scheidegger*, Advokat, Basel.

Dr. *E. Kaiser*, Advokat, Rorschach.

Dr. *Armin Egli*, Advokat, St. Gallen.

Dr. *P. Kaufmann*, Advokat, Lichtensteig.

Dr. *Roger Corbaz*, avocat, Lausanne.

Dr. *André Bussy*, avocat, Lausanne.

Dr. *O. Schnyder*, Advokat, Brig.

Camille Crittin, avocat, Martigny.

Dr. *Flavien de Torrenté*, avocat, Martigny.

Dr. *P. Graner*, Fürsprecher, Bern.

Fritz Ruch, Notar, Bern.

Kuno Müller, Fürsprech, Luzern.

Dr. *Alexander Christen*, Fürsprech u. Notar, Altdorf.

Dr. *Francis Gamboni*, avocat, Lausanne.

Pierre Rochat, avocat, Lausanne.

Henry Richard, notaire, Orbe.

- Dr. *Walter Yung*, juge au trib. de 1re instance, Genève.
Dr. *Ludwig Achermann*, Fürsprech, Luzern.
Dr. *Max Muri*, Fürsprech, Luzern.
Dr. *M. Oertli*, Chef der Rechtsabteilung der Schweizer.
Unfallversicherungs-Anstalt, Luzern.
Dr. *Hans Studer*, Fürsprech, Luzern.
Dr. *Walter Strebi*, Fürsprech, Luzern.
Dr. *Hermann Kistler*, Mitglied des Eidg. Versicherungs-
gerichts, Luzern.
Jacques Wavre, notaire, Neuchâtel.
Dr. *Max Haffter*, Verhörer, Frauenfeld.
Dr. *Albert Wyler*, Fürsprech, Luzern.
Dr. *Willy Balsiger*, Fürsprecher, Bern.
Dr. *Alfred Matti*, Rechtsanwalt, Zürich.
Dr. *E. Durtschi*, Winterthur.
Dr. *W. S. Schiess*, avocat et notaire, Freiestrasse 11,
Bâle.
Dr. *Max Staehelin*, Burgunderstrasse 27, Bâle.
Dr. *O. Curti*, avocat, Lucerne.
Dr. *Etienne Bruttin*, avocat, Sion.
Dr. *Curt Fatzer*, avocat, Romanshorn.
Gérard Bauer, lic. iur., Neuchâtel.
Dr. *Hermann Fisch*, Staatsschreiber, Frauenfeld.
Dr. *Franz Josef Stadelmann*, Oberrichter, Escholzmatt.
Dr. *Karl Beuttner*, Rechtsanwalt, Zürich, Pelikanstr. 6.
Theodor Gulotti, Fürsprecher, Bern, Münzgraben 6.
Dr. *Karl Eberle*, Advokat, St. Gallen.
Heinrich Schnezler, Sekretär des Eidg. Versicherungs-
gerichts, Luzern, Zinggenterstrasse 3.
Dr. *Eduard Eicholzer*, eidg. Beamter, Beaulieustr. 25,
Bern.
Dr. *Paul von Moos*, Grundbuchinspektor, Rotsee-
strasse, Luzern.
Dr. *B. Braunschweig*, avocat, Bâle.
Dr. *Hans Gyr*, Sekretär des Eidg. Versicherungs-
gerichts, Lucerne.
Jean Carrard, avocat, Lausanne.

- Dr. *André Cordey*, avocat, Lausanne.
Dr. *Walter Hofer*, avocat, Lucerne.
Dr. *Helmut Robert Kern*, Baden.
Dr. *Walther Hug*, professeur, St-Gall.
Dr. *Albert Schneider*, Zürich.
Dr. *Hans Staehelin*, avocat et notaire, Bâle.
Dr. *Heinrich Marfurt*, avocat, Lucerne.
Dr. *Peter Halter*, Gerichtsschreiber, Lucerne.
Dr. *Carl Baumann*, avocat, Zurich.
Dr. *Robert Eberle junior*, avocat, St-Gall.
Dr. *Paul Pfister*, Gerichtssubstitut, Riedtlistrasse 37,
Zürich 6.

Les contrastes de la vie nous appellent maintenant à nous placer en face du tableau mortuaire ci-après:

L'avocat *Maximilien de Pury*, 1er lieutenant d'infanterie, n'avait que 28 ans, lorsque, tragiquement, le 17 septembre 1932, il a quitté ce monde alors qu'il était sous les armes. Ses camarades de service et ses confrères en ont été douloureusement émus. Le 16 juillet précédent il avait présenté à la réunion annuelle de l'*Ordre des avocats neuchâtelois* une étude juridique sur le contrat de soumission, étude qui lui avait valu des compliments mérités.

Dans la nuit du 22 au 23 septembre 1932 est décédé à Lausanne, après une courte maladie, le Juge fédéral *Paul Rambert*. Il était né le 14 juillet 1866, à Zurich, et faisait partie du Tribunal fédéral depuis le 19 juin 1919 où il avait été élu à la place de feu Georges Favey. — Il était membre de la deuxième Section civile et de la Chambre des poursuites et de la faillite. Paul Rambert était vaudois et avait été excellent professeur à l'Université de Lausanne. En cette qualité il a collaboré d'une manière continue à la réforme de la législation vaudoise. Il était fils de l'écrivain qui fut le chantre des Alpes suisses et des oiseaux. Son brevet d'avocat remonte à 1898 mais il ne pratiqua pas longtemps le barreau, car, la même année, il fut appelé

à la présidence du tribunal de Lausanne, charge particulièrement lourde et délicate, comprenant alors les affaires civiles et les procès pénaux. Auparavant, une partie de l'activité de sa jeunesse a été absorbée à la fois par l'édition complète des oeuvres paternelles et par la publication d'une édition française du *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, de Weber et Brustlein. La conscience professionnelle de Paul Rambert, la noblesse et la droiture de son caractère, commandaient le respect. Ce fut une des forces les plus actives du Tribunal fédéral. Le souvenir de la lucide et vaste intelligence de ce grand modeste, de sa conscience acharnée à tous les devoirs, de sa profonde bonté et de sa souveraine distinction, demeure vivant chez tous ceux qui l'ont approché.

Une personnalité marquante à laquelle on a rendu les derniers honneurs le 27 septembre 1932 dans la chapelle du crématoire de Berne était le notaire *Rodolphe Stettler*, qui atteignit l'âge de 71 ans. Il fut le chef et le fondateur d'un bureau d'affaires et de notariat qui s'est acquis une juste renommée et une grande notoriété. Rodolphe Stettler était un bernois de race; il fut fidèle en toute chose, prévoyant et inspirant confiance. L'Eglise protestante avait en lui un précieux soutien. Il a été également, jusqu'à sa mort, vice-président du Conseil d'administration de la Caisse d'épargne et de prêts de Berne.

Le dimanche 2 octobre 1932, au soir de la fête des vendanges de Neuchâtel où il s'était rendu, un terrible accident d'automobile, survenu au passage à niveau entre Lyss et Aarberg, a coûté la vie à l'un de nos jeunes collègues, le Dr. *Emmanuel Hoffmann-Stehlin*, de Bâle; il n'avait que 36 ans. Selon une tradition familiale, il fit d'abord des études de chimiste, se sentit après attiré par la science du droit puis devint, en 1930, l'un des directeurs de la maison Hoffmann-La Roche. On se louait de son amabilité, des beaux côtés de son caractère et de sa puissance de travail.

On lui prédisait un brillant avenir, mais le destin en a jugé autrement.

Le 8 décembre 1932 la mort a mis fin, à Lugano, aux longues souffrances endurées par le Dr. *Walter Meyerhans*, avocat. Né à Zurich en 1870, il était fils de l'avocat de renom Auguste Meyerhans, commença en cette ville ses études de droit et les termina à Leipzig. Dans ce centre intellectuel, c'est d'ailleurs de musique qu'il s'occupa avant tout. Sans jamais renoncer à cet art, le Dr. Meyerhans a pratiqué le barreau successivement à Zurich, à Horgen, puis — pour des raisons de santé — à Lugano, où il fut un membre particulièrement utile et apprécié de la colonie de plus en plus nombreuse des Suisses allemands résidant en cette ville.

Avocat de talent, excellent juriste, *Max-Eugène Porret*, après s'être voué au barreau dans le canton de Neuchâtel et y avoir fait de la politique dans la droite libérale, qu'il devait abandonner plus tard, était allé se fixer à Lausanne en 1912 comme secrétaire du Tribunal fédéral. Il y resta 7 ans, occupant encore ses loisirs à la traduction de savants commentaires juridiques, soit ceux du Code civil suisse de Curti et du Code des obligations de Schneider et Fick. De même que tant d'autres juristes accomplis, Max-E. Porret était un passionné de la musique. Rentré à Neuchâtel en 1919, le défunt, qui avait 67 ans au moment de sa mort, — survenue le 18 décembre 1932 —, ouvrit de nouveau une étude, présida le Conseil d'administration du Conservatoire fondé en cette ville et continua à vouer une sollicitude très grande aux choses de la musique.

La jolie petite ville d'Aarburg, en Argovie, si sympathique à d'innombrables générations d'étudiants, a senti la perte qu'elle a subie le 18 décembre 1932 par le départ prématuré de l'avocat *Gustave Spiegelberg*, terrassé à l'âge de 48 ans seulement par une courte et brusque

maladie. Après avoir occupé un emploi au département militaire fédéral, le défunt a, dès l'été 1914, accompli de longues périodes de service militaire; il parvint au grade de capitaine d'infanterie et fut aussi un publiciste très averti.

C'est à Locarno, où il fit toute sa carrière et dont il présidait le Conseil municipal, qu'a succombé le 11 janvier 1933 l'avocat *Mario Raspini-Orelli*. Le Tessin a vu disparaître ainsi, à l'âge de 56 ans, un avocat dont on a toujours pensé le plus grand bien, en même temps que l'un des représentants de l'élite intellectuelle radicale-libérale tessinoise. De bonne heure, Raspini-Orelli s'intéressa à l'ensemble des problèmes embrassant la chose publique, mais sans jamais se départir d'une distinction naturelle qui lui valait une place de premier plan tant au barreau que dans la magistrature. Membre du Grand Conseil dont il dominait les délibérations, il fut élu président de ce corps. Ses concitoyens ont été unanimes à s'incliner avec autant de respect que de regrets et de chagrin devant sa dépouille mortelle.

La mort subite, à la suite d'une attaque, de l'avocat *Ernest Péquignot*, ancien juge suppléant à la Cour suprême du canton de Berne, a causé, dans tout le Jura bernois, une douloureuse surprise. Ardemment dévoué à sa profession, ce juriste vénéré est mort à la tâche, le 7 février 1933, à l'âge de 73 ans, après 50 ans d'exercice ininterrompu du barreau. Brillant étudiant universitaire, il avait été l'un des fondateurs de la section des étudiants Suisses „Burgundia“. Intelligence vive et claire, science juridique nourrie continuellement de doctrine et de jurisprudence, talent oratoire frappé au coin du bon sens et de la logique, Me. Ernest Péquignot avait, à son service, toutes les qualités requises d'un bon avocat. C'était également un militant de la politique qui représenta dignement et avec compétence, au Grand Conseil bernois, le district des

Franches-montagnes et la droite catholique qui avait en lui un adepte enthousiaste et fidèle. En toute matière E. Péquignot fut surtout un homme de principe ne craignant pas d'évoquer, notamment dans les affaires concernant la famille, les préceptes imprescriptibles du christianisme.

Par le décès du notaire *Fritz Christen*, la population de la contrée de Rohrbach (Berne) a eu le malheur de perdre, le 18 février 1933, jeune encore, — il n'avait que 50 ans, — un de ces conseillers avisés, sûrs et prudents comme on aime à en rencontrer, spécialement dans les campagnes où l'on vit de confiance et de tradition. Homme du terroir, Fritz Christen l'était dans le sens le plus étendu du terme. Huitième enfant d'une famille qui en compta 13, il était lui-même le père d'une descendance comprenant 9 enfants, que son départ inattendu a jetés dans la désolation. Ses concitoyens ont attribué au notaire Christen quantité de fonctions publiques; il y a déployé une activité infatigable, dont on a souligné les bienfaits lors de la cérémonie funèbre au temple de Rohrbach, qui contenait une foule profondément attristée.

C'est encore victime d'un accident d'automobile qu'est mort, malgré trois semaines de séjour à l'hôpital de Küsnacht, le Dr. *Carl Obrist*, avocat, alors qu'il était entré dans sa 52e année. Ses études de droit aux Universités de Zurich et de Leipzig achevées, il débuta comme substitut du tribunal à Hinwil et se consacra plus tard à la pratique du barreau, en s'installant successivement à Rapperswil, à Wetzikon puis à Küsnacht. Très estimé, on le voyait avec plaisir à la barre où l'on appréciait, non seulement la sûreté de ses connaissances, mais aussi sa manière aimable et courtoise. Revêtu du grade de capitaine, le Dr. Obrist était également un membre zélé des sociétés de tir.

Né le 23 juin 1873 à Gontenschwil, le Dr. *Walter Gautschi*, avocat, à Aarau, y est décédé le 2 avril 1933 au crépuscule d'une existence laborieuse mêlée de difficultés dues à une santé constamment chancelante. Le Dr. Gautschi a besogné essentiellement sur le terrain communal en exerçant divers emplois dont il s'est acquitté à la satisfaction générale. A Aarau, l'on conserve le meilleur souvenir de ses méthodes administratives et de son rôle en matière de tutelles et de curatelles.

Le 29 mai 1933 est décédé, à l'âge de 75 ans, l'ancien Juge fédéral Dr. jur et phil. *Virgile Rossel*. Avec lui a disparu l'un des juristes suisses les plus distingués de ces cinquante dernières années. Il a rendu des services éminents au pays en sa qualité de professeur de droit civil à l'Université de Berne, comme conseiller national pendant de nombreuses législatures, comme collaborateur de tous les grands projets législatifs de la Confédération, enfin comme juge fédéral. Dans le domaine littéraire, il s'est révélé comme un fin lettré et un historien remarquable.

Virgile Rossel était et voulut rester du Jura bernois. Après des études juridiques et littéraires à Leipzig, Berne, Strasbourg et Paris, il vint à l'Université de Berne, où il acquit le doctorat, âgé de 21 ans seulement. De 1881 à 1883, il pratiqua comme avocat à Courtelary. A 25 ans déjà, il revint à l'Alma Mater de Berne, en qualité de professeur de droit civil. En 1896, il entra au Conseil national comme représentant radical. Il présida la haute assemblée en 1910. Il fut l'auteur, avec Eugène Huber, du Code civil suisse et de son annexe, le Code des obligations. Il consigna ses expériences dans des manuels qui ont exercé une influence prépondérante sur les étudiants.

L'année de son entrée au Conseil national vit la publication du message du Conseil fédéral sur le Code civil suisse, et celle de sa nomination au Tribunal fédéral, en 1912, l'entrée en vigueur de cette oeuvre importante à laquelle le nom de V. Rossel est indissolublement lié.

A fin 1932, Virgile Rossel se retira du Tribunal fédéral, mais s'il n'a pu jouir longtemps d'un repos bien gagné, il a eu au moins la joie de voir son fils, le juge cantonal bernois Jean Rossel, lui succéder à la haute Cour qu'il avait présidée en 1929—30.

Une activité infatigable au service de la vie publique bernoise et suisse, de la science, du droit et de l'art, des dons naturels consacrés à être utile à la généralité, assurent à Virgile Rossel une place d'honneur dans l'histoire de la Confédération Suisse.

Le professeur Dr. *Edmond Pittard*, avocat, est mort le 25 juin 1933 à la Clinique générale de Genève. Ainsi s'est éteinte une existence trop brève, mais qui fut bien remplie et entièrement consacrée à l'avancement du droit. Né en 1872, il avait suivi les cours de la Faculté de droit de l'Université de Genève, puis il avait passé quelque temps à Berlin comme attaché à la Légation de Suisse. Au cours de sa carrière, commencée en 1893, le droit commercial et le droit international furent toujours ses deux disciplines de prédilection. De bonne heure il s'était tourné du côté de l'école. Il fut appelé par le Conseil d'Etat genevois à assumer l'enseignement du droit des assurances, des transports et de la propriété industrielle aux Facultés de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université en qualité de chargé de cours d'abord, puis de professeur extraordinaire. Mais sa santé l'obligea malheureusement à renoncer à son activité universitaire. En matière de droit international, c'est surtout dans les conférences diplomatiques qu'il déploya son activité. En effet, Pittard, qui avait porté un vif intérêt à l'aviation dès ses débuts, fut l'un des premiers à étudier le droit aérien et à résoudre les problèmes tout nouveaux que posait le développement de la navigation aérienne, domaine où il avait acquis une grande notoriété. Aussi eut-il l'honneur de représenter la Suisse dans toutes les conférences chargées de fixer les normes du droit aérien.

Edmond Pittard faisait partie du Comité de direction de la *Semaine judiciaire* qui profita maintes fois de ses judicieux conseils. Avocat, professeur, administrateur de sociétés ou diplomate, Edmond Pittard savait partout se faire apprécier par sa science, sa courtoisie, son égalité d'humeur; sa mort a causé de vifs regrets dans tous les milieux où il était connu.

A l'âge de 76 ans est décédé, le 27 juin 1933, l'ancien Chancelier d'Etat du canton de Schwyz, *Dominique Bachmann-Bachmann*. Après de bonnes études de droit à Zurich, Munich, Heidelberg et Paris, Dominique Bachmann se consacra avec succès, pendant de nombreuses années, à la pratique du barreau. Il y renonça pour accepter des fonctions administratives et judiciaires où il se fit vivement apprécier. Le défunt était d'ailleurs un homme de bon conseil aux lumières duquel on avait fréquemment recours. Il publia des travaux juridiques d'une valeur très remarquée. D. Bachmann s'est éteint à Gstaad (Berne), chez ses enfants où il vivait depuis 1927, date de sa retraite. Il ne laisse que de bons souvenirs chez tous ceux qui l'ont connu.

Entouré de la considération générale, l'avocat *Oscar Fatzer* a été repris à l'âge de 57 ans, le 29 juin 1933, après plusieurs années de maladie courageusement supportée. Cet authentique thurgovien était un enfant de Romanshorn, où il est né le 20 juin 1877, et où il a vécu après avoir fréquenté les Universités de Lausanne, de Berne et de Leipzig. De 1915 à 1932, il fut greffier du tribunal de district de Bischofszell et, dès 1918, jusqu'à sa mort, suppléant de la Chambre d'accusation du canton de Thurgovie. L'estime de ses confrères lui valut l'honneur d'être, de 1920 à 1926, président de la Chambre des avocats de ce canton. Radical inflexible, bon citoyen à tous égards, Oscar Fatzer, fut aussi, pendant 18 ans, membre du Conseil d'administration de l'Imprimerie et du Journal du lac de Constance.

Décédé le 4 juillet 1933, le Dr. *Richard Wetter*, président de l'Office cantonal de conciliation de St-Gall et membre du tribunal de district des prud'hommes, a appartenu, durant 40 ans environ, à notre société où il est entré en 1894. De bonnes études effectuées à Genève et à Heidelberg lui ont procuré un bagage intellectuel dont il a bien su tirer parti dans sa carrière d'avocat puis de juge conciliateur. Attaché aux conceptions radicales-libérales saint-galloises, il possédait un sens social très développé lui permettant de comprendre chacun et, en particulier, de s'efforcer à résoudre les conflits professionnels. C'était un officier distingué de la justice militaire; dès 1913 il fut grand juge du tribunal de la 6e division et ce jusqu'en 1918, date de sa promotion de lieutenant colonel. Le théâtre, la musique et la lecture l'intéressaient particulièrement. Il ne laisse après lui que de bons souvenirs.

Je vous prie de vouloir bien vous lever pour honorer la mémoire des 17 collègues regrettés dont la carrière vient d'être résumée.

Messieurs et chers collègues,

Ainsi que nous le faisons pressentir à Rheinfelden (1932), l'année 1933 marque l'achèvement de la publication de l'oeuvre de Schurter-Fritzsche concernant le droit de procédure civile suisse. Notre éminent collègue, le professeur ordinaire de procédure civile à Zurich, Hans Fritzsche, a eu le grand mérite de vulgariser les diverses procédures civiles de la Suisse dans un livre intitulé „*Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte*“, paru à l'occasion du centenaire de l'Université de Zurich et dédié à cette Université. Cet événement nous engage à nous arrêter quelques instants à l'ouvrage „*Das Zivilprozessrecht der Schweiz*“ (édité chez Rascher, Zurich 1933), publié par la Société suisse des juristes avec l'appui

du Département fédéral de justice et police que nous remercions de son appui et de sa bienveillance.

Le premier volume, portant pour titre: „La procédure civile de la Confédération“, a paru en 1924 et a utilisé principalement l'abondante documentation recueillie par feu le juge fédéral Emile Schurter. Spécialisé dans l'histoire du droit, le Zurichois Meyer y expose la procédure civile de l'ancienne Confédération. Dès le début de celle-ci, on constate déjà l'interdiction faite aux justiciables de recourir à des tribunaux étrangers et l'injonction qui leur est donnée de se soumettre aux sentences des juges du pays. Dans la lutte contre les prétentions de l'Eglise et des juridictions temporelles étrangères, le „*Pfaffenbrief*“ et le Convent de Stans jouent un rôle prépondérant. La limitation de la „*Fehde*“ et du droit de se faire justice à soi-même ont abouti peu à peu à la création d'une organisation judiciaire qui fit l'objet de nombreux pactes entre cantons. Toutefois la procédure, au sens restreint du mot, est toujours demeurée de la compétence des cantons. A l'époque de la République Helvétique, où régnait une constitution unitaire, divers projets de codes de procédure civile ont été élaborés; ils sont tombés dans l'oubli au cours des années qui suivirent l'Acte de Médiation.

Tandis que le premier volume était consacré à la procédure civile adoptée depuis 1848, l'auteur examine, dans la première partie du second volume, paru en 1931, „*Les bases historiques du droit des cantons*“, et souligne le trait commun essentiel qu'ont ces divers droits entre eux, savoir le caractère démocratique de cette organisation judiciaire, qui apparaît dans la nomination des juges par le peuple, dans la participation des laïques à l'administration de la justice, dans la simplification des règles de procédure et dans l'absence d'un privilège en faveur des avocats. En revanche, ce qui distingue les divers droits cantonaux les uns des autres, c'est la différence des langues et de la culture, et, dans les limites de

celle-ci, l'originalité et la réceptivité de chaque droit. En effet, au cours des âges, la procédure suisse a été influencée par la théorie du droit commun allemand, par la procédure française et enfin par la nouvelle procédure allemande. Les procédures adoptées par les cantons de Genève, du Tessin, de Berne, de Vaud, du Valais et de Lucerne, à l'époque de la Restauration, prouvent combien ces influences se sont manifestées diversement sur les droits cantonaux. S'inspirant de l'exemple du canton de Zurich, le professeur Fritzsche décrit les améliorations apportées au droit civil et qui se sont traduites par la séparation de l'administration et de la justice, cette dernière ayant été soumise à des règles déterminées. Dans la période influencée par la constitution fédérale de 1848, une série de nouvelles codifications ont vu le jour, parmi lesquelles le code de procédure civile de Bâle-Ville doit être considéré comme le plus important. Il procédait en effet d'une culture juridique toute scientifique et bénéficiait des expériences d'une jurisprudence très récente. Après avoir ainsi exposé les bases historiques en se servant d'une documentation parfois difficile à recueillir, le professeur Fritzsche était mieux qualifié que tout autre pour commenter, dans la deuxième partie du second volume, la dernière évolution et l'état actuel des droits cantonaux. Il décrit d'abord le droit civil sous le régime de la première constitution fédérale. Un premier chapitre est consacré à la codification de la procédure civile zurichoise de 1866. Après la chute de Frédéric-Louis Keller, „le romaniste classique et génial du XIXe siècle“, Finsler, Rüttimann, Frédéric von Wyss et Treichler, furent ceux qui s'occupèrent surtout des problèmes du droit zurichois. Parmi les innovations introduites par la loi dans le domaine de la justice en général, il faut mentionner la création d'un tribunal de commerce. C'est à cette époque qu'apparurent les codes de procédure des cantons de Thurgovie, de Bâle-Campagne, d'Obwald, de Vaud et des Grisons. Après l'adoption de la constitution fédérale de 1874,

l'influence du droit fédéral sur la procédure civile des cantons n'a cessé d'augmenter. Ce fait est naturel, surtout si l'on songe que chaque loi fédérale nouvelle, consacrée à quelque objet de droit privé, imposait aux cantons des tâches spéciales. Cette circonstance a provoqué quelques empiétements de la législation fédérale dans le domaine de la compétence et de la procédure. En 1907, 19 codes de procédure civile firent leur apparition, dont ceux des cantons d'Appenzell R.-Ext., d'Appenzell R.-Int., de Neuchâtel et de Nidwald constituaient une première codification. Une partie d'entre eux sont encore en vigueur actuellement. En 1874, le canton de Zurich fut doté d'une nouvelle loi sur l'organisation judiciaire, les luttes de 1869, provoquées par un changement de constitution, ayant abouti au remplacement du système représentatif par la démocratie pure. Dans l'unification du droit privé survenue en 1907, le professeur Fritzsche voit une date importante pour la procédure civile. Dès lors, 13 nouveaux codes ont été promulgués, parmi lesquels ceux de Berne et de Neuchâtel méritent, — déclare le professeur Fritzsche, — une attention particulière. Le premier réagit contre les abus de la „Verhandlungsmaxime“, le second a supprimé tout formalisme inutile, ainsi que les chicanes procédurières. Dans une brève conclusion, le professeur Fritzsche résume les conséquences certaines de cet examen historique: „Seuls les codes cantonaux rédigés par des spécialistes distingués, d'après les données de la science de leur temps, ont rencontré l'approbation générale et se sont assurés une longue existence, à condition de répondre exactement aux besoins de la population.“ En publiant une oeuvre définitive sur les procédures civiles de la Suisse, MM. Schurter et Fritzsche ont fourni à la doctrine et à la jurisprudence un travail qu'on ne saurait comparer, grâce à sa perfection, qu'au „Système et histoire du droit privé suisse“ d'Eugène Huber. Avec la même netteté de vues, ils ont exploré les profondeurs de l'histoire pour en extraire une documentation suscep-

tible d'une large utilisation moderne. On ne saurait prétendre qu'on puisse, dès lors, se passer du traité d'Andréas Heusler sur la „*Procédure civile de la Suisse*“. Le but poursuivi par ces divers auteurs est différent. Heusler a voulu mettre en évidence les „principes essentiels qui sont à la base des procédures civiles des cantons et que ceux-ci ont cherché à appliquer dans leur législation“; son livre est un remarquable résumé de la procédure civile suisse considérée à un certain stade de son développement. L'oeuvre commencée par Schurter et terminée par Fritzsche a été entreprise en vue d'examiner, au moyen d'une méthode de comparaison, quels sont les facteurs communs que présentent en Suisse les procédures civiles.

Discipline de droit public, la procédure civile, en raison même de cette nature, reflète, plus que le droit civil matériel, les tendances et l'évolution de la culture juridique générale d'un peuple; l'application des règles du droit est tout aussi essentielle que leur énonciation. L'influence des principes du droit public constitutionnel sur la jurisprudence a toujours déterminé les règles et les formes de la procédure. Etant donnée cette constatation, la science du droit a la noble et impérieuse tâche de rechercher si la rédaction des lois joue un rôle efficace dans cette influence. Envisagée à ce point de vue, la procédure civile de la Suisse n'avait pour ainsi dire jamais fait l'objet d'un examen systématique. La lacune résultant de l'absence d'une étude de ce genre, — lacune qui a souvent été ressentie, — est aujourd'hui comblée: nous pouvons nous en féliciter, tout en souhaitant que l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons, dans la même mesure que par le passé, ainsi que le spécifie expressément l'art. 64 de la C. F.

Messieurs et chers collègues,

Soixante-douze ans après la fondation de notre association nous voici, pour la cinquième fois, assemblés

au berceau même du vivant organisme, créé officiellement le 7 juillet 1861. Loin d'être affaiblie par l'âge et par l'écoulement du temps, la Société suisse des juristes est persuadée qu'elle doit continuer à réaliser le programme de ses fondateurs et contribuer, dans toute la mesure où elle le peut, au progrès des institutions juridiques de notre pays. Ces institutions ne sont pas autre chose que l'une des émanations du régime démocratique auquel la Suisse demeure attachée et qu'elle désire conserver sans subir, en aucune façon, le contre-coup de tendances étrangères à nos traditions si solides, en particulier, sous le ciel tutélaire élargi de la prairie du Rütli. Dans un sentiment de vive reconnaissance à l'égard des juristes lucernois, — de ceux d'hier comme de ceux d'aujourd'hui, fidèles au passé et au programme de leurs devanciers —, constatons que Lucerne, accueillante et aimable, fut vraiment la bonne fée de notre association. Si j'en crois le dictionnaire, la fée, être fantastique du sexe féminin, doué d'un pouvoir surnaturel, est aussi, au figuré, une femme remarquable par sa grâce, son esprit, sa bonté. La fée lucernoise qui nous a vu naître mérite à coup sûr cet élégant jugement. La jurisprudence, le droit et la science, ne font fi ni de la grâce, ni de l'esprit, ni de la bonté. Bien mieux, ces vertus, qui ne manqueront pas de présider à nos travaux et à nos relations, sont bien propres à unir tous les juristes suisses dans un même désir d'être utiles à la patrie et d'affermir sa grandeur morale.

Je déclare ouverte la 68e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes.

III.

Herr Bundesrichter Dr. *Leuch* referiert namens des Preisgerichts über das Preisausschreiben: „Die Vormundschaft über Ausländer in der Schweiz und über Schweizer im Ausland“. Es sind drei Arbeiten eingegangen unter

den Mottos: „Simplex dumtaxat et unum“, „Aequitas juris domina sit“ und „Ne per multas tutelae perdatur“. Das Preisgericht, bestehend aus den Herren Bundesrichter Dr. Leuch, Oberrichter Dr. W. Stauffer, Bern und Universitätsprofessor Dr. G. Sauser-Hall, Genf, beantragt, es sei der Arbeit „Aequitas juris domina sit“ ein I. Preis von Fr. 500.— zuzuerkennen und es sei ihre Publikation durch den Juristenverein zu ermöglichen; der Arbeit „Simplex dumtaxat et unum“ sei ebenfalls ein Preis von Fr. 500.— zu erteilen, jedoch unter der Bedingung, dass sie von gewissen Stellen, wo der Verfasser in der Form die Grenzen einer zulässigen Kritik überschreitet, gereinigt werde. Diese Anträge finden die Zustimmung der Versammlung. Der Vorsitzende eröffnet hierauf die Namen der Verfasser. Die mit dem I. Preis ausgezeichnete Schrift „Aequitas juris domina sit“ stammt von Josef Isenschmid, cand. jur., Schötz, Kt. Luzern. Die Arbeit „Simplex dumtaxat et unum“ wurde von Dr. jur. Emil Alexander, Adjunkt im eidg. Justizdepartement, Bern, eingereicht.

M. le Président remercie le jury, et tout particulièrement M. le juge fédéral Leuch, pour son rapport, félicite les lauréats et exprime, avec la satisfaction du Comité à constater le succès persistant des concours, le vœu de les voir toujours plus fortement et toujours aussi heureusement suivis.

IV.

La parole est ensuite donnée à MM. les prof. Dr. *Ernest Blumenstein*, à Berne, et *Pierre Aeby*, à Fribourg, pour un exposé sur le thème „*Des rapports réciproques entre droit privé et droit fiscal*“, traité dans les thèses écrites parues antérieurement à la réunion.

Der Referent, Dr. *Ernst Blumenstein*, Professor an der Universität Bern, beschränkt sich auf die eine Seite des Gegenstandes, nämlich auf den Einfluss des Zivil-

rechts auf das Steuerrecht. Ein solcher darf weder unterschätzt noch auch überschätzt werden. Wenn wir ihn aber genau feststellen wollen, so müssen wir von den Berührungspunkten zwischen den beiden Rechtsgebieten und von ihren Unterscheidungsmerkmalen ausgehen. Sie allein lassen ein sicheres Urteil über die äussern und innern Zusammenhänge zwischen Zivilrecht und Steuerrecht zu. Der Referent bittet, dies vor allem als Entschuldigung gelten zu lassen, dass er in seinem gedruckten Referat etwas weit habe ausgreifen und namentlich auch die theoretischen Grundlagen des Steuerrechts eingehend habe untersuchen müssen. In der kurzen Zusammenfassung seiner Ausführungen, die der Referent heute vorträgt, möchte er von den Ergebnissen ausgehen, die er am Schlusse des Referates skizzierte. Er unterscheidet dabei zwischen der Einwirkung des Zivilrechts auf die Steuergesetzgebung und derjenigen auf die Auslegung des Steuerrechts.

Den Ausgangspunkt der *Einwirkung des Zivilrechtes auf die Steuergesetzgebung* bildet die rechtsstaatliche Auffassung der Steuer als eines Schuldverhältnisses des öffentlichen Rechtes. Sie bedingt ohne weiteres eine äusserliche Ähnlichkeit im Aufbau des materiellen Steuerrechtes mit demjenigen des privaten Obligationenrechtes. Eine Reihe von Erscheinungen in den beiden Rechtsgebieten stimmen phänomenologisch miteinander überein, da ein Schuldverhältnis, wie es auch immer begründet sei, notwendigerweise auf der subjektiven und auf der objektiven Seite sowie auch in konstitutiver Beziehung die nämlichen Elemente verlangt. Aber auch abgesehen hievon treffen wir in beiden Rechtsmaterien eine Reihe von Rechtsfiguren, die, rein äusserlich betrachtet, mit einander übereinstimmen und zum Teil auch die nämlichen Funktionen zu erfüllen haben.

Dies führt den Steuergesetzgeber in zahlreichen Fällen zu einer *Nachbildung* zivilrechtlicher Begriffe und Institute. Ich brauche hier nur an die Erscheinungen

des Steuerwohnsitzes, der Steuerverjährung und andere zu erinnern.

Dabei darf jedoch nicht ausser acht gelassen werden, dass trotz aller Berührungspunkte die Stellung des Gemeinwesens als Steuergläubiger zum Steuerschuldner grundsätzlich eine andere ist als diejenige des Gläubigers zum Schuldner in einem zivilrechtlichen Schuldverhältnis. Da das Steuerrechtsverhältnis auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruht, fällt jede rechtsgeschäftliche Bindung weg. Ansprüche und Verpflichtungen können nur durch das Gesetz begründet werden. Diesem aber kommt — im Rahmen der Verfassung — eine unbeschränkte Verfügungsmöglichkeit zu. Insbesondere kann es in den Grenzen des tatsächlich Möglichen die von ihm festgelegten Verpflichtungen demjenigen Individuum auferlegen, das ihm dafür passt. Dies ermöglicht es, gewissen Rechtsfiguren, die auch das Zivilrecht kennt, im Steuerrecht eine andere, viel weitergehende Bedeutung beizulegen. Gestützt hierauf greift der Steuergesetzgeber zu einer steuerrechtlichen *Umbildung* jener Institute. Er schafft daraus trotz allfälliger äusserlicher Anklänge etwas ganz Neues. Es braucht nur an die Umbildung der zivilrechtlichen Solidarität, Stellvertretung, Erbfolge, Bürgschaft und des Rückgriffsrechtes in die Institute der solidarischen Steuermithaftung, der Steuersubstitution, der Steuersukzession, der Zollbürgschaft und des Steuerregresses erinnert zu werden, die im neuern schweizerischen Steuerrecht (Zollgesetz, Steuergesetze von Basel und Genf) eine grundsätzliche und systematische Ausgestaltung erhalten haben.

Trotz aller wesens- und zweckbedingter Unterschiede zwischen Zivilrecht und Steuerrecht kann aber der Steuergesetzgeber unter Umständen auch zu einer *unveränderten Herübernahme* zivilrechtlicher Vorschriften gelangen; nämlich dann, wenn er diese entweder ohne weiteres für seine eigenen Zwecke brauchen kann, oder wenn ihn die Struktur

seiner eigenen Rechtsmaterie dazu veranlasst, an typische Erscheinungen des Zivilrechtes anzuknüpfen.

Im ersteren Fall verfügt er eine *analoge Anwendung* zivilrechtlicher Bestimmungen. Dadurch werden diese zu solchen des Steuerrechtes und gelangen deshalb hier in gleicher Weise zur Verwendung wie im Zivilrecht selbst. Es mag beispielsweise daran erinnert werden, dass verschiedene Steuergesetze zur Umschreibung des steuerrechtlichen Wohnsitzes die Art. 23 ff. ZGB analog anwendbar erklären. Die nämliche Erscheinung treffen wir auch etwa im Gebiete der Steuerverjährung.

Es kann aber auch vorkommen, dass ein steuerrechtliches Institut in ausgesprochen privatrechtliche Interessen eingreift, zu deren besonderer Regelung der Steuergesetzgeber deshalb keinen Anlass hat, weil ihr Zusammenhang mit der betreffenden steuerrechtlichen Rechtsfigur lediglich durch Erscheinungen des Zivilrechtes selbst bedingt ist und deshalb auch keinerlei steuerrechtliche Bedeutung besitzt. Das typische Beispiel hierfür bildet die Steuerbürgschaft. Sie muss abweichend von der obligationenrechtlichen geregelt werden, weil die rechtlichen Beziehungen des Hauptschuldners und des Bürgen zum Gemeinwesen als Gläubiger andere sind als im Zivilrecht. Dagegen berühren diejenigen zwischen Hauptschuldner und Bürgen sowie zwischen verschiedenen Mitbürgen das Steuerrecht überhaupt nicht. Infolgedessen hat dieses keinen Anlass, hier einzugreifen, sondern behält richtigerweise die privatrechtliche Normierung vor. Damit gelangen wir zu einem *Nebeneinanderbestehen* zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Vorschriften.

Endlich werden zivilrechtliche Institute zum *Ausgangspunkt der steuerrechtlichen Regelung* genommen, weil der grundlegende Tatbestand begrifflich nur in seiner zivilistischen Form vorkommt, d. h. durch diese seine charakteristische Gestalt erhält, auf die auch der Steuergesetzgeber abstellen will. Wenn dieser die steuerrechtliche Stellung einer Kollektiv- oder Kommanditgesell-

schaft, die Rechtsfähigkeit, den grundbuchlichen Eigentumsübergang und ähnliche Erscheinungen zum Ausgangspunkte seiner eigenen Normierung wählt, so bleibt nichts anderes übrig, als auf die zivilistische Fassung dieser Begriffe abzustellen, weil es eine andere überhaupt nicht gibt.

Überblicken wir das bisher Ausgeführte, so ergibt sich daraus, dass der Einfluss des Zivilrechtes auf die Steuergesetzgebung auf ganz bestimmte, festumrissene Gründe und Erscheinungen zurückzuführen ist. Nur wo diese vorliegen, ist auch jene gerechtfertigt. Aufgabe der *Steuergesetzgebungstechnik* ist es daher, für eine deutliche Hervorhebung und eine zweifelsfreie Umschreibung dieser Fälle zu sorgen. Dies verlangt positiv, dass das Steuergesetz jede von ihm gewollte Verwendung zivilrechtlicher Begriffe (analoge Anwendung oder Herübernahme zivilrechtlicher Institute) ausdrücklich vorschreibt, und negativ, dass es in allen andern Fällen die Verwendung von Ausdrücken vermeidet, die auf eine Verwendbarkeit zivilrechtlicher Begriffe schliessen lassen könnten.

Die Einwirkung des Zivilrechtes auf das Steuerrecht erschöpft sich jedoch nicht in seinem Einfluss auf die positivrechtliche Ausgestaltung der Steuergesetzgebung. Praktisch bedeutsamer und weitergreifend ist derjenige auf die *Auslegung der Steuergesetze*. Bei deren Anwendung begegnen wir nämlich Schritt auf Tritt wirtschaftlichen Erscheinungen, die das Zivilrecht in den Kreis seiner Normierung einbezogen oder sogar zu Instituten seines eigenen Rechtsgebietes ausgestaltet hat. Es fragt sich deshalb, wie sich Steuerbehörde und Steuerrichter zu der zivilrechtlichen Regelung zu stellen haben.

Dabei scheiden vor allem diejenigen Fälle aus der Betrachtung aus, in denen der Steuergesetzgeber selbst — wie früher gezeigt wurde — diese Stellungnahme ausdrücklich oder durch die Art und Weise seiner eigenen Normierung vorgeschrieben hat. Es versteht sich von selbst, dass die rechtsanwendenden Behörden hieran ohne

eigene Überprüfung gebunden sind. In allen andern Fällen dagegen besitzt die zivilrechtliche Gestaltungsform einer wirtschaftlichen Erscheinung für das Steuerrecht grundsätzlich stets nur eine *tatbeständliche*, keine positivrechtliche Bedeutung, weil sie aus einem ganz andern Rechtsgebiet herrührt. Es fragt sich deshalb, ob der zivilistischen Tatbestandsformulierung eine Bedeutung für die steuerrechtliche Auslegung überhaupt beizumessen ist. Die Entscheidung dieser Frage läuft praktisch darauf hinaus, ob Steuerbehörde und Steuerrichter an die von den Beteiligten gewählte zivilrechtliche Gestaltungsform wirtschaftlicher Zustände und Vorgänge gebunden sind oder nicht. Die juristische Auffassung hierüber hat im Laufe weniger Jahre eine tiefgreifende Entwicklung durchgemacht.

Während ursprünglich Doktrin und Praxis grundsätzlich die *Verbindlichkeit der zivilrechtlichen Tatbestandsbeschreibung* für das Steuerrecht verfochten, ist man heute in der deutschen Literatur und Judikatur geneigt, das Gegenteil anzunehmen und jenen Einfluss der zivilrechtlichen Gestaltungsformen auf die steuerrechtliche Auslegung wirtschaftlicher Tatbestände abzulehnen. Einzelne Schriftsteller gehen sogar so weit, die Schaffung eines besondern „Steuerprivatrechtes“ mit eigener Terminologie zu verlangen. Das Richtige wird auch hier ungefähr in der Mitte liegen. Vor allem fällt in Betracht, dass in der Mehrzahl der Fälle die zivilistische Tatbestandsbeschreibung und die ihr durch das Zivilrecht beigelegte Bedeutung und Auswertung bei der Auslegung und Anwendung der Steuergesetze Platz greift, ohne dass gegen ihre Verwendbarkeit irgendwelche Zweifel aufkommen. Dies beweist, dass hier weder auf Seiten der Fiskalbehörden noch beim Steuerpflichtigen das Bedürfnis einer andern Betrachtungsweise besteht, weil objektiv die zivilistische Auffassung regelmässig auch den steuerrechtlichen Bedürfnissen entspricht und eine adäquate Beurteilung der in Betracht fallenden Rechtsfragen gestattet. Eine Ab-

weichung von dem Grundsatz der zivilistischen Tatbestandsumschreibung hätte hier also nicht nur keinen praktischen Zweck, sondern sie würde auch die Rechtssicherheit sowohl für das Gemeinwesen als auch für den Steuerpflichtigen beeinträchtigen. Die schweizerische Steuerpraxis steht denn auch heute noch mehrheitlich auf diesem Standpunkt.

Eine Ausnahme von der Regel muss jedoch da gemacht werden, wo diese zu einer sog. *Steuerumgehung* führen könnte. Eine solche liegt vor, wenn die Beteiligten durch Verwendung bestimmter zivilistischer Gestaltungsformen den steuerrechtlich relevanten Tatbestand verändern und dadurch der steuerlichen Belastung entgehen, trotzdem die wirtschaftliche Situation im Grunde die nämliche ist wie in dem vom Steuergesetz ausdrücklich umschriebenen Fall. Eine Steuerhinterziehung oder eine andere Verletzung steuerrechtlicher Normen liegt dabei nicht vor. Irgendein Unrecht hat der Steuerpflichtige nicht begangen, sondern er hat lediglich von einer ihm durch das Zivilrecht gebotenen Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dagegen entgeht er einer Steuerleistung, die andere in der nämlichen wirtschaftlichen Lage entrichten müssen. Neben der fiskalen Verkürzung besteht hier also eine materielle Ungleichheit in der Behandlung von Steuerpflichtigen. Angesichts dieser Tatsache hat das deutsche Steuerrecht — in § 10 der Reichsabgabenordnung — die rechtlichen Folgen einer Steuerumgehung ausdrücklich geregelt und grundsätzlich bestimmt, dass „durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes die Steuerpflicht nicht gemindert werden könne“. Es fragt sich jedoch, ob man zum nämlichen Resultat nicht auch ohne eine gesetzgeberische Formulierung im Wege der Tatbestandsauslegung gelangen könnte.

Die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes hat seit Jahren, ohne das Problem näher zu untersuchen, den Satz aufgestellt, dass es in Steuerfällen „mehr auf

die wirtschaftliche Bedeutung als auf die rechtliche Erscheinung der Tatsache ankomme und dass deshalb den Steuerbehörden beim Fehlen entgegenstehender positiver Gesetzesbestimmungen nicht verwehrt werden könne, neben dem zivilrechtlichen auch den wirtschaftlichen Charakter des für die Besteuerung in Betracht fallenden Tatbestandes zu berücksichtigen und auf ihn abzustellen, wenn danach das Gebilde in Wirklichkeit ein anderes ist, als es äusserlich in Erscheinung tritt“. Mit Rücksicht darauf, dass, wie bereits betont wurde, die zivilrechtliche Gestaltungsform einer wirtschaftlichen Erscheinung für das Steuerrecht stets nur *tatbeständliche* Bedeutung besitzt, kann dieser Ansicht grundsätzlich beigespflichtet werden. Nur darf dabei — was das Bundesgericht übersieht — nicht vergessen werden, dass die Wahl bestimmter zivilrechtlicher Gestaltungsformen, die an sich geeignet wären, eine Anwendung bestimmter steuerrechtlicher Vorschriften auszuschliessen, öfters nicht zu diesem Zweck, sondern aus dem Grunde erfolgt, weil auf anderm Wege ein bestimmter erlaubter wirtschaftlicher Zweck nicht zu erreichen wäre. Zutreffenderweise verlangt deshalb der deutsche Gesetzgeber das Vorhandensein einer *Absicht der Steuerumgehung*. Ein Indiz hierfür erblickt er darin, dass die Beteiligten bei Verwendung der im Sinne des Steuergesetzes normalen Gestaltungsform den nämlichen wirtschaftlichen Erfolg erzielt hätten wie bei Benützung der von ihnen tatsächlich gewählten. Der Zweck der getroffenen Wahl muss also in einer Steuereinsparung liegen. Umgekehrt wird nach dieser Vorschrift die Annahme einer Steuerumgehung dadurch ausgeschlossen, dass die Beteiligten durch die von ihnen gewählte Gestaltungsform erhebliche Rechtsnachteile auf sich nehmen, die ihnen bei Verwendung der normalen nicht erwachsen wären. Eine derartige Präzisierung des Begriffes der Steuerumgehung muss auch bei seiner Verwendung durch die Praxis stattfinden, soll diese nicht in Willkür verfallen. Es muss somit im einzelnen Fall untersucht werden, ob

für die Wahl einer bestimmten zivilistischen Gestaltungsform nicht andere als steuerliche Gründe vorlagen. Ebenso müssen selbstverständlich — wie dies auch die Reichsabgabenordnung ausdrücklich statuiert — diejenigen steuerrechtlichen Folgen rückgängig gemacht werden, die wegen der angewendeten ungewöhnlichen Gestaltungsform bereits eingetreten sind. Mit Rücksicht auf die angedeutete Subtilität der Frage erscheint es als empfehlenswert, die Steuerumgehung auch im schweizerischen Recht gesetzgeberisch festzulegen. Solange dies nicht geschehen ist, wird sie stets eines der heikelsten Probleme der Auslegung des Steuerrechtes bilden.

Dies führt zu einer Betrachtung der Gesetzesauslegung im Steuerrecht überhaupt. Der Referent nimmt Bezug auf die Skizzierung des heute die deutsche Steuerrechtswissenschaft beherrschenden Methodenstreits in seinem gedruckten Referat. Zu diesem Zweck habe er versucht, ein gedrängtes Bild der hauptsächlichsten Theorien zu entwerfen mit der Schlussfolgerung, dass es im Steuerrecht nicht empfehlenswert wäre, sich einer bestimmten Methode zu verschreiben, dass vielmehr jede von ihnen ihre besonderen Vorzüge besitze. Das Steuerrecht bedarf selbstverständlich, wie jede andere Rechtsmaterie, fester Begriffe. Daher unsere Forderung, dass der Steuergesetzgeber genau anzugeben hat, wo und in welcher Weise zivilrechtliche Institute zur Anwendung zu kommen haben. Wo dies zutrifft, kann als Auslegungsmethode regelmässig nur diejenige der *logischen Interpretation* gewählt werden. Sie versagt jedoch da, wo eine zivilrechtliche Gestaltungsform für das Steuerrecht lediglich tatbeständliche Bedeutung hat. Hier muss deshalb die sog. *wirtschaftliche Betrachtungsweise* zu Hilfe genommen werden, d. h. es ist zu untersuchen, welche wirtschaftliche Bedeutung inhaltlich das getroffene Zivilrechtsgeschäft besitzt. Gestützt hierauf kann entschieden werden, ob es sinngemäss dem vom Steuergesetzgeber ins Auge gefassten Tatbestand entspricht. Eine Verein-

fachung dieses Vorgehens versucht die vom deutschen Reichsfinanzhof geschaffene *Typisierungsmethode* dadurch zu erreichen, dass sie für einzelne zivilrechtliche Tatbestandsgruppen feste Typen prägt. Darüber hinaus werden Besonderheiten des Einzelfalles nicht beachtet. Es liegt auf der Hand, dass diese Methode die von uns geforderte Berücksichtigung besonderer Gründe, welche die Parteien zur Wahl einer bestimmten Gestaltungsform führten, ausschliesst. Deshalb trägt sie dem Postulat einer allseitig gerechten Beurteilung des Steuerfalles nicht Rechnung und wird auch in der Steuerrechtswissenschaft ziemlich einmütig abgelehnt. Für die Subsumtion zivilistischer Tatbestände unter das Steuergesetz dient, wie wir gezeigt haben, als oberstes Prinzip der Grundsatz der Rechtsgleichheit. Jede wirtschaftliche Erscheinung soll, unbekümmert um ihre äussere Form, steuerrechtlich so behandelt werden, wie es ihre wirtschaftliche Beschaffenheit nach Massgabe des Steuergesetzes verlangt. In diesem Sinne erfolgt also die Auslegung auch unter dem Gesichtspunkte der sog. Interessenjurisprudenz.

Eine Aufstellung *allgemeiner gesetzlicher Richtlinien* für die Auslegung der Steuergesetze hält der Referent nicht für erspriesslich. Sie könnte höchstens wieder zu neuen Auslegungstreitigkeiten führen. Dagegen ergebe sich aus seinen Ausführungen, dass eine gesetzgeberische Umschreibung der Steuerumgehung und ihrer Folgen wünschbar ist. Damit möchte der Referent die Formulierung des *Grundsatzes von Treu und Glauben im Steuerverkehr* verbinden. Dieser Grundsatz wäre nicht nur vom Steuerpflichtigen, sondern auch durch die Fiskalorgane zu beachten. Ihnen darf die Pflicht zugemutet werden, bei Anwendung des Steuergesetzes neben den fiskalischen auch die berechtigten Interessen des Steuerpflichtigen von Amts wegen wahrzunehmen. Dies wird um so nötiger sein, wenn auf dem Gebiete des Bundessteuerrechts, wie es den Anschein trägt, der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung verlassen werden soll, den wir bis heute als

die Grundlage der Steuerrechtsordnung betrachten durften.

Le co-rapporteur, M. le prof. *Aeby*, conseiller national, présente, à son tour, les observations suivantes:

La seule juxtaposition de ces termes, droit privé, droit fiscal, nous met en présence de ces deux entités différentes mais faites l'une pour l'autre, inéluctablement liées dans leurs sorts, leurs aspirations, leurs moyens de réalisation: l'individu, la société.

Si l'on pouvait, comme certains auteurs pensent devoir le faire, opposer l'un à l'autre le droit individuel et le droit social, le droit privé rentrerait sous la première rubrique, le droit fiscal sous la seconde.

Mais rien ne montre mieux, qu'une étude coordonnée de l'une et de l'autre de ces branches de la science juridique, que le droit est toujours une science sociale et que ce caractère se retrouve quel que soit l'angle sous lequel on l'examine.

Les points de vue divergent.

Le droit privé envisage le rapport juridique comme le moyen qui permettra à la personne de conformer sa situation au but auquel elle aspire, assurant tantôt la conservation de ses biens, opérant parfois leur aliénation, parvenant à en acquérir de nouveaux. L'individu est ici ou croit être son propre maître et dirige son activité dans le sens qui lui paraît être celui de son intérêt personnel.

Le droit fiscal, au contraire, comme branche du droit public envisage ces mêmes rapports juridiques du point de vue social. Dûment informé des tâches de la collectivité, sommé de mettre à sa disposition les ressources indispensables à la réalisation de son but, le droit fiscal, ou plutôt ceux à qui incombent sa promulgation et son interprétation, examinent ce même rapport juridique et la situation qui en est résultée comme des éléments déterminants des prestations que l'Etat ou les communautés

douées d'autonomie fiscale pourront réclamer des personnes ou en général des entités soumises à leur empire.

Mais, sitôt occupés à l'élaboration du projet de loi, sitôt courbés sur les dossiers qui étalent sous leurs yeux le conflit d'ordre fiscal, législateur ou juge ont tôt fait de s'apercevoir que les éléments déterminants du problème sont les mêmes dans l'analyse de l'état de fait et de ses conséquences, en droit fiscal et en droit privé.

Ce fut l'un des mérites de mon éminent collègue, M. le professeur Blumenstein, de préciser ce que d'autres avaient peut-être déjà soupçonné, en démontrant, et cela dès 1919, que le droit fiscal, tout émanation qu'il soit de la souveraineté de l'Etat, est en même temps tributaire du droit privé, de ses termes, de ses éléments et parfois jusque de ses méthodes.

Aux auteurs et spécialement aux auteurs allemands qui, tels que Enno Becker, veulent affranchir d'une manière absolue le droit fiscal des acquis du droit privé, M. Blumenstein montre dans son rapport d'aujourd'hui que c'est là faire violence à des notions qui se complètent l'une l'autre, que c'est perdre des points de contact qui peuvent être précieux pour apprécier et régir d'une manière judicieuse et conforme aux contingences économiques des situations juridiques données (p. 173a).

Mais M. le prof. Blumenstein a voulu, dans le même ordre d'idées, provoquer un complément de cette documentation des rapports existant entre le droit fiscal et le droit privé, et il a demandé à la Société des juristes de mettre à l'étude la question de savoir si le droit privé n'a pas, lui aussi, à tenir compte des résultats de l'étude scientifique du droit fiscal, et si peut-être même le législateur ne doit pas, en faisant loi de droit privé, ne point perdre de vue les réactions que pourront avoir ces dispositions sur l'orientation des rapports juridiques et partant sur l'économie publique.

C'est sous cet angle que j'ai eu l'honneur de rédiger un rapport que vous ne me demanderez pas de vous lire

ici et dont je ne voudrais reprendre que les grandes lignes et les conclusions.

Comme toute science, la science du droit est faite d'analogies et de contrastes. La juxtaposition des uns et des autres a été à la base de recherches juridiques qui, telles les études de droit comparé de Roguin, ont eu sur le développement du droit une importance décisive.

Quelles sont les données du droit privé sur lesquelles l'analyse du droit fiscal est obligée de se baser, quelles sont aussi les limites sur lesquelles s'arrête cette coordination, c'est ce qui ressort merveilleusement du premier rapport.

Dès que l'on retourne la question et que l'on envisage ce que le droit privé peut avoir retiré des institutions du droit fiscal, on aboutit en principe à des constatations analogues.

Il s'est établi entre le droit fiscal et le droit privé une communauté de notions dont le droit privé n'est pas l'unique pourvoyeur, comme on le croit communément, mais dans laquelle le droit fiscal apporte une contribution d'autant plus précieuse que, partant de points de départs différents, elle permet d'éprouver, comme en un creuset, le bien fondé des résultats auxquels aboutit l'étude du droit privé. Préciser et éprouver les notions dont le civiliste se croyait le maître incontesté est la première influence qui se manifeste de la part de la science du droit fiscal sur l'ontologie du droit privé.

Les précisions nées de cette confrontation peuvent toutes être observées en fonction du rapport juridique, ce rapport juridique que le droit fiscal moderne, redressant les anciennes erreurs de la théorie purement matérielle de l'imposition, a pris comme point de départ de sa doctrine et de ses applications pratiques.

Depuis longtemps les termes de discrimination entre droit privé et droit public ne sont plus recherchés dans les éléments accidentels que sont le but poursuivi, la qualité

des personnes en cause, les normes qui régissent les parties, mais dans la nature même du rapport. Le rapport de droit fiscal peut bien être considéré comme le type le plus accompli de ce rapport dans lequel on voit apparaître un créancier comme investi de cette souveraineté qui caractérise le droit public et permet de le distinguer de la manière à la fois la plus sûre et la plus aisée du rapport de droit privé. Quelles sont les répercussions sur les rapports entre fisc et contribuables qui résultent du caractère de droit public inhérent à la prétention fiscale, c'est ce qui ressort des considérations de droit public dont l'auteur du rapport allemand nous a entretenus d'une manière si claire et si complète que nous sommes orientés sur ce point.

C'est dans la différence des points de vue auxquels se placent les doctrines du droit fiscal et du droit privé pour apprécier les rapports des hommes entre eux, que réside la différence fondamentale de l'appréciation des termes dans l'une et l'autre de ces branches du droit. La première, la doctrine du droit fiscal, envisage les rapports juridiques en fonction des intérêts de l'Etat, la seconde, la doctrine du droit privé, les apprécie en raison des services qu'ils sont appelés à rendre aux particuliers pour l'ordonnement de leurs rapports entre eux. D'où la précaution essentielle qui consistera à examiner de très près, dans chaque cas particulier, si les termes et les solutions du droit privé conviennent au droit fiscal et vice versa.

A qui incombe cet examen? On peut le concevoir de deux manières différentes: ou bien c'est au législateur qu'il incombera de déterminer si et dans quelle mesure des notions du droit privé doivent trouver leur place dans le système du droit fiscal. Cette détermination est l'une des tâches fondamentales que doit effectuer le législateur. S'en est-il acquitté, a-t-il précisé le sens qu'il entend donner à certains termes du droit privé, sens qui lui soit propre dans son adaptation fiscale, sens analo-

gique, sens identique à celui qui est le sien dans le système du droit privé, toute équivoque est éliminée et le contribuable bénéficie de cette précision, qui est à son avantage comme à celui de l'Etat, et à laquelle il a droit.

Mais, si les contestations en présence desquelles on se trouve fréquemment en matière fiscale ne le faisaient toucher du doigt, on pourrait présumer, en partant de l'imperfection fatale de toute oeuvre humaine, qu'il se passera de longs espaces de temps jusqu'à ce que la législation fiscale ait paré à toute incertitude dans l'application au droit fiscal de la terminologie du droit privé. C'est dès lors aux tribunaux, et éventuellement aux autorités administratives, qu'il incombera d'apporter par voie d'interprétation les précisions nécessaires au sens dans lequel il faut entendre, en se plaçant sur la base du droit fiscal, les termes mis à la disposition de ce droit par la législation, la doctrine et la jurisprudence du droit privé.

Autorités administratives et tribunaux ont apporté ces précisions en analysant les divers éléments de ce rapport juridique particulier qu'est le rapport fiscal.

Dans ce rapport qui est analogue à celui que le droit privé envisage comme une obligation, on retrouve les trois éléments inhérents à toute obligation: un créancier, un débiteur, un objet.

L'examen du créancier met le civiliste qui y procède en présence d'une double constatation, bien faite pour l'intéresser, mais qu'il avait eu l'occasion de faire dans son propre domaine. C'est tout d'abord que la personnalité du créancier imprimera à l'obligation son caractère de rapport de droit public. C'est ensuite cette constatation que la qualité de créancier peut appartenir, non seulement à une personne physique ou morale, mais que cette qualité peut être déléguée par la communauté de droit public à des branches ou sections administratives qui agissent et prennent leurs décisions, sont revêtues de droits comme le seraient des personnes au sens propre du terme.

Des réflexions s'imposent exactement dans le même sens lorsque l'on considère la personne du débiteur. Ici, nous constatons d'une part que le droit fiscal envisage comme des êtres parfaitement susceptibles de se trouver impliqués comme débiteur dans un rapport fiscal, des réunions de personnes ou de capitaux qui n'ont point encore acquis la personnalité par l'acte constitutif à cet égard, soit notamment par l'inscription au R. C. D'autre part, nous rencontrons des institutions qui ont obtenu une personnalité propre, distincte de celle de l'Etat, comme le sont par exemple les régies, être traitées comme le serait l'Etat lui-même, bénéficiant des exonérations d'impôts qui paraissent être le privilège de l'Etat seul ou des personnes formellement énoncées dans la loi fiscale. N'est-il pas piquant de voir que la belle ville de Lucerne dans laquelle nous siégeons a été, il n'y a pas deux ans, l'occasion pour le Tribunal fédéral de proclamer cette thèse ?

Enfin dans ce même ordre d'idées, il n'est pas inutile de remarquer que des attributs qui paraissaient être le libre apanage de la personnalité, tel que le libre choix du domicile si catégoriquement exprimé à l'art. 56 CCS pour les personnes morales, doit céder le pas à cet autre principe que le droit fiscal revêt du manteau somptueux du principe de l'égalité devant la loi.

De ces constatations concernant les personnes en cause, le civiliste n'a-t-il pas sujet de se poser la question de savoir si le relativisme n'exerce pas son empire aussi dans le domaine du droit ? Le droit est une science et un art, suivant la définition classique. L'un et l'autre sont trop mobiles pour rester ancrés sur des notions immuables. Mais c'est précisément dans la variété des détails d'application que l'on trouve la meilleure preuve de la pérennité des principes : dans ce rapport juridique fondamental qui se reflète dans le *cuique suum*, la communauté publique a, elle aussi, son caractère de créancier, elle peut y prétendre même et surtout à l'égard de ceux qui tentent de se soustraire à leurs obligations.

Le droit fiscal n'a point apporté ses précisions dans le seul domaine des personnes impliquées dans le rapport d'obligation, mais dans celui de l'objet qui servira de base à la détermination de l'impôt.

Ce que l'on peut appeler „la richesse imposable“ se présente tantôt comme des éléments stables de patrimoine, des immeubles, des meubles, des droits, tantôt comme des prétentions en mouvement, des faits, des actes juridiques. Le fisc qui entend grever les uns et les autres devait nécessairement apporter ses précisions en déterminant quels objets et quelles activités allaient être soumis à son empire. Il était de prime abord renvoyé aux notions de droit privé, mais pour autant que celles-ci lui paraissaient trop flottantes, il devait les préciser. C'est ainsi que nous le voyons agir dans le domaine des choses, appréciant les éléments qui rattachent une chose à une autre soit comme partie intégrante soit comme accessoire, mettant parfois sur les accessoires, que le civiliste est trop enclin à ne considérer que comme une chose mobilière, le cachet d'un immeuble et les soumettant alors aux contributions dont les immeubles peuvent spécifiquement être l'objet. Tantôt c'est à la détermination des activités que s'attache le droit fiscal et nous l'avons vu apporter sa part à la notion de droit privé qui détermine l'activité imposable, que celle-ci soit une vente, une commission, un courtage.

Mais un phénomène s'est produit auquel, d'ailleurs, on pouvait s'attendre.

Dès le moment où les formes de la fortune, bien déterminées par le complexe des deux disciplines, étaient soumises à l'impôt, dès le moment où le droit fiscal avait précisé quelles activités juridiques seraient soumises à des droits, le contribuable allait donner libre jeu à son imagination et rechercher si, dans l'arsenal juridique, il n'allait pas trouver des objets et des formes qui aient échappé au législateur fiscal et qui, en raison de la maxime fiscale si apparentée au principe directeur du droit pénal,

pas d'impôt sans un texte qui le prévoie, seraient exempts de droits. Les temps difficiles que nous traversons, la crise, puisqu'il faut l'appeler par son nom, allait ouvrir un champ plus vaste au contribuable en quête d'institutions soustraites à l'empire du fisc. Plus durs les temps, plus serré l'Etat, plus nombreuses les tentatives d'échapper à des obligations devenues sans cesse plus lourdes.

La sagacité des contribuables s'exerce dans les deux domaines du droit privé, le droit civil et le droit commercial.

Que le simple particulier cherche des moyens honorables d'offrir au fisc le moins de prise possible, c'est un sentiment trop humain pour n'être point compris. Toute institution civile peut, à cette fin, trouver une application intéressante: ce sera l'adoption qui permettra d'éviter des droits de mutation pour cause de mort, la donation avec clause de retour en faveur du donataire qui évitera le paiement de doubles droits. L'usage des comptes-joints si répandus aujourd'hui chez nous, alors que certains pays en ont restreint ou supprimé l'emploi, laisse ceux qui s'en servent à l'extrême limite des moyens que l'on peut encore taxer de légitimes de réduire ses obligations fiscales, et de ceux qui rentrent dans la catégorie peu intéressante des dissimulations. Le domaine des fondations, par contre, et surtout le domaine des fondations de famille met quiconque examine une institution de droit civil sous l'angle de ses répercussions fiscales, en présence de problèmes aussi délicats que variés. C'est à propos de ces fondations que le Tribunal fédéral a pris une attitude qui se rapproche de celle que le Reichsfinanzhof a faite sienne et qui a défrayé la critique sous les aspects de la théorie des types ou „Typisierungstheorie“. Mais, précisément, cette attitude de notre haute Cour nous met en présence des conséquences, voire des sanctions différentes prises par le droit privé et par le droit fiscal à l'égard d'une même institution. Le droit privé peut con-

sidérer comme parfaitement existante et licite, apte à déployer toutes conséquences de droit civil, une institution à laquelle le droit fiscal conteste l'existence parce que créée manifestement dans le but d'é luder une obligation fiscale. C'est donc en vain qu'un père de famille cherchera à mettre une partie de sa fortune à l'abri d'un fisc trop regardant en en faisant l'objet d'une fondation de famille. Où cessera la collision des normes civiles et fiscales? Quand la fondation, voire l'asile de famille trouveront-ils des autorités fiscales ou des tribunaux prêts à reconnaître qu'il s'agit non d'institutions factices, de „Scheingebilde“, mais d'institutions ayant leur propre justification et dont le plus récent numéro du „Paysan suisse“ attend une heureuse contribution à la lutte contre la crise agricole? C'est là question d'appréciation et, avec le vieil Horace, on peut répéter: „est modus in rebus“.

Si le simple particulier tente parfois de secouer le joug de l'impôt, combien le commerçant, dont chaque mouvement est contrôlé par le fisc, doit-il être plus encore tenté de le faire!

Pour quiconque examine de près le trafic commercial moderne on peut, sans crainte d'être contredit, le déclarer dominé par des préoccupations de droit public de natures les plus diverses: licence d'exploitation, permis d'importation, droits de timbre cantonaux et fédéraux, impôts progressifs sur le capital et le revenu. Faut-il s'étonner de ce que le commerçant, qui lutte pour la vie dans des conditions tous les jours plus difficiles, cherche à suivre des voies dans lesquelles il rencontre le moins souvent possible le fisc à ses côtés ou dans lesquelles il puisse le mieux s'en défendre? C'est sous cet angle que l'on doit envisager l'énorme développement des sociétés qui, précisément parce que le droit privé en fait des personnes morales, sont devenues des sociétés impersonnelles offrant aux coups du fisc des biens individualisés, mais sans rapports apparents avec des personnes physiques qui se dissimulent derrière la personne morale. Ces préoccupations

fiscales ne sont certes pas étrangères à l'éclosion, dans la seule année 1931, de 2000 sociétés anonymes et coopératives nouvelles, le 50 % environ de toutes les sociétés de ce genre qui existaient à une époque qui n'est cependant point encore bien éloignée de nous: 1900. Dans toutes nos villes, grandes et petites, la constitution des sociétés anonymes immobilières est devenue si courante que les édiles approuvent aujourd'hui plus de plans de ces sociétés que de plans de personnes physiques qui veulent bien encore assumer les soucis d'une construction.

Sociétés financières, trusts, holdings ne sont trop souvent que les manifestations sur une plus grande échelle des mêmes préoccupations, et, dans un autre domaine, la vulgarisation de certains effets de commerce, les titres au porteur, surtout, doivent à leur manipulation aisée une bonne part de leur popularité.

A cette multiplication de leur sphère d'application, ces institutions du droit commercial doivent une grande partie des précisions apportées déjà dans leur réglementation et c'est directement ou indirectement à elles que le code des obligations devra l'augmentation formelle et matérielle de ses dispositions.

La communauté publique pouvait-elle regarder d'un oeil impassible le développement des institutions qui se mettaient au service de la personne pour lui permettre de conformer son activité de telle sorte que celle-ci soit le moins fortement atteinte par l'obligation fiscale ou y échappe même complètement? C'est répondre à la question que de la poser, mais ce n'est point résoudre les difficultés qui surgissent de toutes parts dès que l'on recherche les moyens d'astreindre à l'impôt des éléments de patrimoine ou des activités qui n'ont point encore été expressément rangés dans les catégories d'objets des contributions.

Le premier moyen auquel on croit pouvoir songer, c'est l'application du droit pénal fiscal. Mais on oublie que précisément dans les hypothèses les plus intéressantes, le droit pénal fiscal est pris en défaut: il ne peut s'agir de

soumettre à une peine des faits qui n'ont pas même été soupçonnés par le législateur fiscal et auxquels on a donné ce nom en passe de devenir classique de „gesetzlich erlaubte Steuerersparungen“.

Un second groupe de moyens a été merveilleusement mis en lumière par le premier rapporteur M. Blumenstein. Il ne rentre pas dans les limites de ma tâche de traiter des méthodes d'interprétation des dispositions fiscales, de ces méthodes qui ont trouvé leur point culminant mais si justement critiqué dans la théorie des types ou „Typisierungstheorie“.

Nous l'avons écrit, faire abstraction de la forme juridique donnée par les parties à leurs transactions, prendre chaque opération qui s'écarte de la voie ordinaire pour la réduire aux normes d'un chablon, ce serait, de la part de l'Etat, saper dans une disposition ce qu'il favorise dans un autre ordre, ce serait empêcher la personne et le commerçant en particulier de trouver les formes qui leur permettraient de se mouvoir le plus habilement dans les méandres des difficultés de l'heure présente, surtout dans le plan international, ce serait, dans une très grande mesure, supprimer maint levier de la vie économique d'un peuple.

Les conclusions qu'il importe de tirer, au point de vue du droit privé, de l'étude à laquelle nous nous sommes livrés, me semblent devoir être prises dans trois sens.

1. Le premier concerne la méthodologie et la science du droit. Droit privé, d'une part, droit fiscal, branche du droit public, d'autre part, sont les manifestations d'une même science, d'un même art. Il est des principes qui leur sont communs parce qu'ils sont les principes du droit. Telle est la notion du rapport juridique que l'on retrouve aussi bien dans le droit fiscal que dans le droit privé, telle la notion de la source de ce rapport qui est, en dernière analyse, une source légale. Il en résulte que toute tendance de séparer d'une manière absolue le droit privé du droit fiscal et vice versa fait violence à la nature même

du droit. De même que le jurisconsulte qui fait du droit fiscal l'objet de son étude rencontre sans cesse sur sa route les notions accoutumées du droit privé, de même le civiliste ne saurait négliger les données scientifiques et légales du droit fiscal: il y va de la sécurité de ses appréciations et du sens pratique des thèses qu'il croit devoir poser.

2. Le second ordre d'idées qui nous paraît résulter de cette étude est d'orientation plus spécialement critique, et s'adresse soit à l'application pratique des règles de droit, soit à l'appréciation des faits et des rapports juridiques qui en résultent, par la jurisprudence.

Le droit privé et notamment le droit commercial ont besoin d'une extrême souplesse pour s'adapter aux conditions si variées de la vie.

Cette souplesse ne saurait être anéantie par une théorie qui, pratiquement, aboutirait à classer tous les actes de la vie civile sous un certain nombre de formes en ne tenant compte que de leur portée économique. La théorie des types en particulier est contraire au génie du droit, et incompatible avec la sécurité des transactions.

Mais les membres de la communauté ne sauraient se prévaloir du respect dû aux formes juridiques pour en abuser au mépris des droits de la collectivité. Il appartiendra aux autorités administratives et judiciaires d'apprécier les formes juridiques auxquelles aura recouru le contribuable, d'une manière analogue à celle dont userait le juge qui aurait à apprécier un rapport de droit à la jauge de la bonne foi, ou mieux encore de ce principe exprimé par les termes intraduisibles de „Treu und Glauben“.

3. Enfin et par dessus tout, c'est au législateur qu'il importe de déterminer avec toute la précision désirable tous les éléments de l'obligation fiscale. Il tiendra compte dans cette détermination des formes mises à la disposition des personnes par le droit privé. Il devra s'adapter aux variations de la vie technique, économique et juridique.

Il s'inspirera dans son oeuvre des principes de la justice distributive, conscient que le moyen le plus simple et le plus certain d'assurer le respect des lois est de respecter en les édictant les droits sacrés de la personne humaine.

Après avoir remercié les orateurs de leurs brillants et substantiels exposés, M. le Président ouvre la discussion sur le thème à l'ordre du jour.

Als erster Diskussionsredner ergreift Dr. *Eugen Schlegel*, Rechtsanwalt, Zürich, das Wort. Er glaubt sagen zu dürfen: das Zivilrecht steht im Gesetz, weil es Recht ist, das Steuerrecht ist Recht, weil es im Gesetze steht. Dies wird darauf zurückgeführt, dass das Zivilrecht vom Billigkeitsmoment beherrscht sei, während die Steuererhebung immer noch ein Machtverhältnis zwischen Staat und Bürger darstelle und von einem Rechtsverhältnis nur zwischen ihm und der Steuerbehörde gesprochen werden könne. Immerhin enthält auch das Steuerrecht, wenn es die Steuerpflicht nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abstuft (z. B. Zürcher Kantonsverfassung), einen Grundsatz, welcher der Billigkeit entspricht, während ein weiteres Prinzip, dass die Steuern da erhoben werden, wo sie am leichtesten feststellbar sind (Hauptbeispiel: Objektsteuern) vom Standpunkt des ersteren aus eine Unbilligkeit in sich schliesst (z. B. Erhebung einer Grundstückgewinnsteuer, Fehlen einer Wertpapiergewinnsteuer).

Zur Frage übergehend, wie die Steuerumgehung zu behandeln sei, will Dr. Schlegel nicht von der Gegenüberstellung von rechtlicher Form und wirtschaftlicher Bedeutung ausgehen, die Lösung aber in der Weise finden, dass nicht auf die juristische Form, sondern auf die rechtliche Bedeutung abzustellen sei. Man würde sich damit **auch** für das Steuerrecht im Rahmen der Grundsätze bewegen, die auch auf andern Rechtsgebieten gelten. Es ergibt sich die Frage, ob bei Tatbeständen von verschie-

denem rechtlichem Inhalt überhaupt eine wirtschaftliche Identität möglich sei.

An Hand von einigen Beispielen weist Dr. Schlegel sodann darauf hin, dass in der Rechtsprechung der Grundsatz, wonach auf die wirtschaftliche Bedeutung abzustellen sei, vielfach nicht rein durchgeführt, sondern bald von der wirtschaftlichen Bedeutung, bald von der juristischen Form ausgegangen werde, je nachdem das Ergebnis sich für den Fiskus günstiger gestalte.

Dr. *L. Viktor Bühlmann*, Rechtsanwalt, Zürich, glaubt das Rechtsempfinden des Volkes gegenüber dem Vordner in Schutz nehmen zu müssen. Das Recht des Staates, Steuern zu erheben, ist ins Bewusstsein des Volkes eingedrungen, und das Volk anerkennt auch die Notwendigkeit der Steuern zum Schutz der Gemeinschaft.

Dr. *Josef Kaufmann*, Rechtsanwalt, Zürich, vermehrt die von Dr. Schlegel angeführten Beispiele um einige weitere. Er spricht den Wunsch aus, man sollte auch in der Schweiz dazu kommen, den Begriff der legalen Steuerersparung anzuerkennen. Unter Hinweis auf § 10 der deutschen Reichsabgabenordnung richtet er an den Referenten die Anfrage, wie Steuerersparung, Steuerhinterziehung und Steuerumgehung von einander abzugrenzen seien.

Gerichtspräsident Dr. *Ems*, Murten, sprach einer schärferen Überprüfung der kaufmännischen Buchführung das Wort, während Dr. *Zimmermann*, Zürich, hier vor einer Überspannung warnte. Im übrigen rügt auch Dr. *Zimmermann* die ungenügende Berücksichtigung wirtschaftlicher Verhältnisse zugunsten des Steuerpflichtigen in der Praxis.

MM. les rapporteurs renonçant à reprendre la parole étant donné l'heure avancée, M. le Président lève la séance après avoir remercié les divers orateurs.

Séance du 12 septembre 1933.Présidence de M. le Conseiller aux Etats *Béguin*.

La séance est ouverte à 8 h. 45.

V.

M. *Frédéric Martin*, Conseiller d'Etat à Genève, Trésorier de la Société, présente, sur les *Comptes* de l'exercice 1932—1933, le rapport suivant:

A. Compte général.

Au 30 juin 1932, la fortune de la Société était de	frs. 62,437.65
Les dépenses de l'exercice se sont élevées à	frs. 26,500.15
alors que les recettes n'ont atteint que	„ 10,873.60
laissant par conséquent un excédent de dépenses de	„ 15,626.55
auxquelles il faut ajouter une perte de cours sur notre portefeuille de	„ 3,037.50
La perte de l'exercice est donc de	frs. 18,664.05 „ 18,664.05
La fortune de la Société est ainsi réduite à	frs. 43,773.60
Les fortes dépenses que nous avons eu à supporter cette année s'expliquent du reste, et étaient en grande partie prévues. Elles résultent tout d'abord d'importants frais d'impression s'élevant à	frs. 10,259.75
pour les 3 fascicules des Verhandlungen, et pour le Vol. II. fasc. 2 de Schurter et Fritzsche à	„ 9,880.—
Soit en tout à	frs. 20,139.75

auxquels s'ajoute une somme de frs. 20,139.75
 „ 2,000.—
 que le compte général a supportée, suivant
 une décision du Comité, pour participation
 au volume II des Sources du Droit de Fri-
 bourg.

Nous avons donc dépensé cette année en
 publications frs. 22,139.75

Cette dépense paraîtra sans doute à beaucoup très exagérée et, bien qu'il soit du rôle de la Société de contribuer suivant ses moyens aux publications juridiques dans notre pays, nous devons certainement modérer nos dépenses dans la suite.

Enfin, signalons que la Société, comme tout capitaliste, n'a pas échappé à la perte résultant de la baisse des cours des titres, bien qu'elle ne possède que des obligations de père de famille.

Les dépenses pour frais généraux se sont élevées à frs. 4160.40 et ne donnent pas lieu à des observations.

Au 30 juin 1933, notre fortune de frs. 43,773.60 était constituée par des titres estimés à frs. 49,785.— dont il faut déduire un

solde passif à la Banque			
Cantonale Vaudoise de	frs.	6,005.50	
et dû au Caissier	„	5.90	„ 6,011.40
			<u>frs. 43,773.60</u>

Le solde passif dû à la Banque s'éteindra automatiquement en 1933/34 par un remboursement de titres échus.

B. Compte spécial — Sources du Droit Suisse.

Au 30 juin 1932, le montant du fonds était de

Les dépenses, soit Sources		frs. 151,251.10
du Droit Fribourg II, se		
sont élevées à	frs. 5,487.75	
auxquels il faut ajouter		
une moins-value de titres		
de	„ 7,802.75	
Ce qui donne une dépense de	frs. 13,290.50	
Les recettes se sont élevées		
à	„ 5,434.70	
La différence est donc de	frs. 7,855.80	frs. 7,855.80
Montant du fonds au 30 juin 1933		frs. 143,395.30
Ce fonds est également constitué en obligations de la		
Confédération et de Cantons pour un mon-		
tant de	frs. 132,405.50	
et en un solde actif au compte-courant de	„ 10,989.80	
Total égal		frs. 143,395.30

Le solde actif en compte-courant sera remployé au cours de l'exercice.

M. le Caissier tient à souligner que la situation financière de la Société a été, eu égard aux conjonctures actuelles, tout particulièrement examinée et discutée par le Comité, qui est arrivé à la conclusion qu'une réduction des frais considérables d'impressions et publications pouvait et devait être réalisée.

Les vérificateurs, MM. le Dr. *Hans Ringier*, avocat à Zofingue, et *Max Henry*, Président du Tribunal à Môtiers, ont, suivant rapport présenté par M. Max Henry, vérifié le compte de profits et pertes et le bilan, pour le compte général comme pour le compte spécial de l'exercice. Ils en ont reconnu l'exactitude, et proposent à l'Assemblée générale de les approuver et d'en donner décharge au Caissier et au Comité, avec remerciements pour la bonne tenue de ces comptes.

Ces conclusions sont adoptées à l'unanimité, sans discussion.

MM. les vérificateurs des comptes approuvent et appuient, d'autre part, les observations et propositions du caissier en vue de rétablir l'équilibre, rompu pendant le dernier exercice, entre les dépenses et les recettes de la Société.

M. le Caissier soumet ensuite à l'assemblée le projet de *Budget* suivant pour l'année 1933—1934:

Recettes.

Contributions des membres	frs.	8,000.—
Intérêts des capitaux	,,	2,000.—
Recettes diverses	,,	200.—
Déficit	,,	300.—
	frs.	10,500.—

Dépenses.

Frais généraux	frs.	3,000.—
Prix des concours	,,	1,000.—
Subvention aux Sources du droit	,,	1,000.—
Publication des Verhandlungen	,,	5,500.—
	frs.	10,500.—

Ici encore, M. Martin souligne qu'il sera indispensable d'opérer des compressions pour rester dans les limites sensiblement réduites du budget.

M. le Président s'associe à ces observations et, au nom du Comité, exprime le désir que les thèses des rapporteurs et les votes des différents orateurs soient désormais condensés, et résumés au protocole pour l'impression. Le voeu est d'utilité générale et s'adresse à tous les intéressés; les instructions utiles seront données au secrétariat. M. le Président prie chacun de s'adapter à la nécessité, et notamment, dans la mesure du possible, de ne pas étendre l'épreuve du texte qui lui sera soumise. La règle s'appliquant à tous également, nul ne saurait en prendre un ombrage personnel.

La parole n'est pas demandée. M. le Président constate que le projet de budget, ainsi que le point de vue du Comité touchant le principe et les modalités des économies à rechercher sur les frais de publication, reçoivent l'assentiment général et sont adoptés.

VI.

Der Vorsitzende verliest hierauf den Bericht der *Rechtsquellenkommission* :

Der Aargauer Band, der fünfte der Rechte der Landschaft, die äussern Ämter der Grafschaft Baden (insbesondere Zurzach) behandelnd, ist erschienen, der Genfer Band III im Text vollendet. Für das nächste Jahr sollen die Freiburger Rechtsquellen weitergeführt werden.

Die Kommission ersucht den Juristenverein, ihr den üblichen Betrag von Fr. 1000.— zu gewähren.

Le Comité recommande l'allocation de ce subside, déjà prévu au budget. La proposition est ratifiée sans débats.

VII.

Au nom du groupe des juristes vaudois, M. *Sidney Schopfer*, avocat à Lausanne, propose à la Société de tenir ses prochaines assises à Lausanne, qui, depuis nombre d'années, n'a plus eu le privilège de recevoir, dignement comme elle le désire, les juristes suisses qu'elle souhaite accueillir en foule.

M. le Président remercie cordialement le groupe vaudois et son porte-parole; il relève que les acclamations dont leur invitation est saluée rendent un vote superflu. Quant à la date de la Fête, elle sera fixée, d'après les circonstances, d'un commun accord avec le Comité d'organisation.

VIII.

Est ensuite introduite la discussion sur le thème suivant: „*Limites de droit public dans la législation du*

travail“, objet des thèses écrites de MM. les rapporteurs, le Dr. W. *Schönenberger*, professeur à l'Université de Fribourg, et le Dr. *Albert Richard*, professeur à l'Université de Genève.

Der Referent, Prof. W. *Schönenberger*, führt folgendes aus:

1. Gestern war das Verhältnis von Steuerrecht und Zivilrecht Gegenstand der Diskussion. Heute ist ein weiterer Ausschnitt aus den Beziehungen von öffentlichem und privatem Recht zur Debatte gestellt: das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts* (ANSR) zum Dienstvertrag* (DV). Während zwischen Zivilrecht und Steuerrecht die grundsätzlichen Divergenzen im Vordergrund stehen, liegen die Dinge für die heute zur Erörterung stehenden beiden Rechtsmaterien ganz anders. Hier fällt zum vornherein ein innerer Zusammenhang auf, trotz der verschiedenen juristischen Natur der beiden Normgruppen. Dieser innere Zusammenhang wird hergestellt durch den Zweck, dem die beiden Ordnungen dienen. Dienstvertragsrecht und ANSR befassen sich beide mit der Regelung von Rechtsbeziehungen, die sich an das *Arbeitsverhältnis*, d. h. an die Tatsache der Arbeitsleistung einer Person im Dienste einer andern auf Zeit knüpfen. Dienstvertragsrecht und ANSR erscheinen lediglich als *verschiedene Mittel* zur Erreichung ein und desselben Zwecks, einer befriedigenden Ordnung des Arbeitsverhältnisses.

2. Der Einsatz dieser zwei Arten verschieden wirkender Mittel zur rechtlichen Ordnung des Arbeitsverhältnisses erklärt sich einerseits aus der *besondern Natur* der geschuldeten Leistung, der *Dienstleistung*, andererseits aus der *praktischen, wirtschaftlichen, individuellen und sozialen* Bedeutung des DV.

Die Dienstleistung zieht — wie im gedruckten Referat des näheren ausgeführt — die Person des Dienst-

*) Im folgenden abgekürzt mit ANSR und DV.

pflichtigen naturnotwendig in den Arbeitsvorgang hinein. Der DV bewirkt ausserdem eine gewisse *Abhängigkeit* des Dienstnehmers vom Dienstherrn infolge des Direktions- oder Weisungsrechts. Dazu kommt der vielfältige Einfluss der *Arbeitsumgebung*, welcher die persönlichkeitsberührenden Wirkungen des an sich obligationenrechtlichen Dienstverhältnisses verstärkt. *Der Mensch ist grundsätzlich anders zu behandeln als Ware und Güter.*

Zu dieser innern Notwendigkeit einer besondern Gestaltung der Rechtslage des Dienstnehmers kommt die *äussere* Notwendigkeit, welche davon herrührt, dass für $\frac{2}{3}$ — $\frac{3}{4}$ der Arbeitsfähigen der DV sozusagen das ausschliessliche Mittel des eigenen Auskommens und des Unterhaltes der Familie bildet.

Auf dieser Ausgangsbasis erklären sich nun die verschiedenen Rechtsmittel, die das Arbeitsrecht im Laufe der Zeit bis auf den heutigen Tag eingesetzt hat. Ausgehend vom Prinzip des freien Arbeitsvertrages, zu dem sich in der Hauptsache noch das OR von 1881 bekannte, hat sich die Notwendigkeit der Einführung zahlreicher *zwingender* Bestimmungen in das *DVRecht* ergeben. Das Spiegelbild dieser Entwicklung ist das geltende OR von 1914, dessen Bestimmungen, einschliesslich der zwingenden Normen, bekannt sind.

Die Entwicklung hat indessen den Gesetzgeber gezwungen, neben den zwingenden Vorschriften privatrechtlicher Natur zur Erreichung einer befriedigenden, auch praktisch wirksamen Ordnung der Arbeitsverhältnisse ein weiteres, andersgeartetes Mittel einzusetzen: *Arbeitnehmerschutzbestimmungen* oder *Arbeiterschutzrecht*, wie ein älterer Sprachgebrauch dies in zu enger Sicht bloss auf die Arbeiter unter den Dienstnehmern zu bezeichnen pflegte. Andere Mittel sind dazugekommen (Arbeitnehmerfürsorge, speziell Sozialversicherung, die Berufsorganisation, Gesamtarbeitsvertrag, die Betriebsorganisation, die arbeitsrechtlich gestaltenden Staatsakte, Selbstverwaltung).

Das *Ergebnis* dieser Entwicklung ist dies: Das heutige Arbeitsrecht, dessen Basis immer noch der DV bildet, ist ein Komplex verschiedenartiger Ordnung. An den Tatbestand einer auf Zeit gestellten Arbeitsleistung in fremden Diensten knüpfen sich heute eine ganze bunte Reihe verschiedenartiger Rechtsfolgen, die man jedoch wieder in *arbeitsrechtliche Grundverhältnisse zusammenfassen kann*.

Aus diesen Grundverhältnissen interessieren hier bloss zwei: das *Grundverhältnis zwischen Dienstherr und Dienstpflichtigem* einerseits, wie es auf Grund dienstvertraglicher Abmachungen, Gesamtarbeitsvertrag, Normalarbeitsvertrag, dispositiven und zwingenden Vorschriften des Dienstvertragstitels oder privatrechtlicher Normen von Spezialgesetzen gestaltet ist, und andererseits das *Grundverhältnis zwischen Staat und Arbeitgeber*, bzw. Arbeitnehmer auf Grund des ANSR.

3. Bei der ersten Gruppe, der dienstvertraglichen, stehen *privatrechtliche* Verhältnisse in Frage, Rechte und Pflichten unter den Parteien des DV, dies auch, soweit zwingende Bestimmungen des DV Titels die Beziehungen regeln.

Bei der zweiten Gruppe, derjenigen des ANSR, handelt es sich um *öffentliches Recht*, um jene Normen, welche dem Arbeitgeber (nur ausnahmsweise dem Arbeitnehmer) gegenüber dem Staate Pflichten und Beschränkungen auferlegen zur Abwendung von Gefahren und zum Schutz vor Nachteilen, die erfahrungsgemäss für den Arbeitnehmer mit dem Arbeitsverhältnis verbunden sind.

Träger des Rechts aus dem ANSR, Gläubiger dieser Pflichten ist das *Gemeinwesen*, Schuldner in der Regel der Arbeitgeber, nur selten der Arbeitnehmer. Das Rechtsverhältnis, das sich auf Normen des ANSR stützt, ist daher öffentlich-rechtlich. Diese Pflichten sind zum Teil *Unterlassungspflichten*, zum Teil *Handlungspflichten*. Gerade die positiven Pflichten, die einen wesentlichen Teil des ANSR ausmachen, lassen sofort erkennen, dass sich

das ANSR *nicht bloss* als eine öffentlich-rechtliche Schranke des DVRechtes auffassen lässt. Das ist wohl in der Hauptsache zutreffend für die Unterlassungspflichten, nicht aber für die positiven ANSpflichten. Daher rührt auch die Präzision des Titels der beiden heutigen Referate.

Die *juristische* Natur der beiden Materien ist also verschieden. Beim Gegensatz DVR/ANSR stehen sich *privatrechtliche* und *öffentlich-rechtliche* Normen gegenüber. Die beiden Gebiete können sich im näheren einmal im *Gegenstand* unterscheiden; doch ist denkbar und gar nicht selten, dass sich beide mit gegenständlich gleichen Fragen befassen, sodass dann eine öffentlich-rechtliche Regelung neben einer privatrechtlichen steht, wie z. B. bei dem Betriebsgefahrenschutz, der als doppelte Pflicht hingestellt sein kann mit entsprechenden eigentümlichen Sanktionen. — Das ANSR setzt sodann keinen DV voraus, sondern lässt regelmässig schon mit der Tatsache der bloss *faktischen Beschäftigung* Rechtsfolgen, ANSpflichten eintreten; es bestimmt unabhängig vom Vorliegen eines DV die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit. — An *juristischen Mitteln* verwendet das DVRecht die Aufstellung gegenseitiger Rechte und Pflichten der Vertragsparteien; das ANSR statuiert einseitige Pflichten des Arbeitgebers, welche gegenüber dem Staate bestehen. — ANSR soll dem *öffentlichen* Interesse an einer befriedigenden Regelung der Verhältnisse des Arbeitnehmers gerecht werden, weshalb dem verpflichteten Arbeitgeber das Gemeinwesen als Berechtigter gegenüber steht, während der DV in erster Linie den Privatinteressen der am Arbeitsverhältnis Beteiligten Ausdruck und Regelung gibt. — Entsprechend ist die Art und Weise der *Durchsetzung* der Rechtsverhältnisse verschieden; ANSpflichten werden durch selbsttätige staatliche Aufsicht, Zwang, Strafe, verwaltungsrechtliche Massnahmen verschiedenster Art gesichert; dienstvertragliche Forderungen und Pflichten dagegen werden im Wege des Zivilprozesses durchgesetzt wie alle andern Privatrechte.

4. Gehen wir auf die *Beziehungen* und Gegensätze der beiden Normgruppen ein, so beachtet man folgendes:

ANSR ist schlussendlich um des *Arbeitnehmers* willen da. Seine Lage soll so gestaltet werden, dass er in eine der Menschennatur würdige, entsprechende Lage kommt. Aber ANSR ist auch dazu geschaffen, dem Interesse der *Gesamtheit* an einer befriedigenden Gestaltung der Arbeitsverhältnisse gerecht zu werden. Es sind also gewissermassen zwei Interessenten vorhanden, die Arbeitnehmer einerseits, die Gesamtheit andererseits, die am Wohl und Wehe der grossen Kategorie der arbeitenden Menschen ausserordentlich stark interessiert sind. Dazu ist weiter zu bedenken, das ANSR eingeführt wurde, als sich der *DV* samt dem zwingenden Privatrecht allein als *unzureichend* erwies. Das ANSR sollte ein stärkeres Mittel darstellen, als Privatrecht. Und deshalb ist es juristisch *anderer* Struktur. Es ist öffentliches Recht. Träger des ANSR ist der Staat, das Gemeinwesen. Daher setzt der Staat es von sich aus durch, ohne Rücksicht auf Wunsch und Wille des einzelnen, sondern selbsttätig. Dies ganz im Gegensatz zu den dienstvertraglichen Rechten und Pflichten, deren Durchsetzung Sache der DV-Parteien ist, und wofür der Staat lediglich seine Gerichte zur Verfügung stellt.

Es liegt auf der Hand, dass mit diesem *direkten* staatlichen Schutz auf dem Wege des ANSR zugleich in einer vollendeten Weise der einzelne Arbeitnehmer geschützt wird, ohne dass er selbst irgend etwas zu unternehmen hat, ohne dass er als Kläger oder Bittsteller auftreten müsste. Gerade dies wird ihm durch den selbsttätigen staatlichen ANS abgenommen.

Hievon abgesehen findet im ANSR das Interesse des einzelnen auch *privatrechtlich* nach verschiedenen Richtungen hin seinen Ausdruck. Denn trotz seines grundsätzlich juristisch anderen Charakters, trotz der öffentlichrechtlichen Natur und Auswirkung hat das ANSR neben diesen *öffentlich-rechtlichen* Wirkungen noch eine Reihe

von Auswirkungen im Bereiche des *Privatrechts* für das Verhältnis zwischen Dienstherrn und Dienstpflichtigen.

An *theoretischen Möglichkeiten* solcher privatrechtlichen Einwirkungen sind hervorzuheben:

1. ANSR kann in *negativer* Weise für den *Inhalt* des DV massgeblich sein. Es kommt als Schranke für Abschluss und Inhalt des DV in Betracht.
2. Dagegen hat es nicht, wenigstens nach herrschender Meinung nicht, *positive* Einwirkung auf den DV-Inhalt. Das eben ist die Konsequenz der besondern Rechtsnatur des ANSR. Denn es ist gewollt und bewusst geschaffen als etwas juristisch vom Privatrecht Verschiedenes. Deshalb hat man nicht den Arbeitnehmer, sondern das vom Arbeitgeber unabhängige Gemeinwesen zum Träger der Befugnisse des ANSR gemacht. Die Pflichten bestehen gegenüber dem Staat, wenn auch schliesslich zum Wohle der Arbeitnehmer.
3. Als weitere privatrechtliche Auswirkung lässt sich erwägen ein *Leistungsverweigerungsrecht* des Arbeitnehmers, solange den Arbeitnehmerschutzpflichten, welche die Lage des einzelnen betreffen, nicht Genüge geleistet wird. Das folgt aus dem Zweck des ANSR.
4. Sodann kommt eine ausserordentliche *Schadenersatzpflicht* bei Verletzung dieser Pflichten in Frage, weil diese Normen allgemeine Schutznormen sind.
5. Schliesslich ergibt sich, dass ein *Verzicht* auf Einhaltung dieser *Pflichten* im Wege einer Vertragsabrede ausgeschlossen sein muss.

Dies im allgemeinen.

5. Im *konkreten* Fall aber kann nun die Frage nach der *Tatsache* eines zivilrechtlichen Einflusses einer bestimmten ANSnorm sowie die Frage nach der näheren *Art und Weise* dieser Auswirkung nur auf dem Boden des *positiven* Rechts und für jede *einzelne* Norm im einzelnen beantwortet werden.

Wie liegen nun die Dinge für unser schweizerisches Recht, und zwar zunächst für die Bestimmungen des *eidgenössischen* Rechts, des *ANSR* des *Bundes*?

Da soll zunächst ein Wort über die Eigenart dieser Bundesgesetze vorausgeschickt werden. Sie enthalten nämlich nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern daneben auch noch privatrechtliche Bestimmungen. Eine sorgfältige Ausscheidung und Kennzeichnung solcher Bestimmungen fehlt leider; sie besässe selbst dann ihren Wert, wenn sie nicht abschliessend wäre. Der Referent stimmt hierin dem Korreferenten bei und verweist lediglich auf die Belege dafür, dass dahingehende Anregungen bereits bei der Beratung des Fabrikgesetzes und neuerdings beim Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung nicht gefehlt haben. Gerade bei der immer grösser werdenden Zahl von Spezialgesetzen muss das Verhältnis dieser Spezialgesetze zum OR immer komplizierter werden, sodass auf Klarheit und deutliche Abgrenzung der beiden Normarten doppelt Gewicht zu legen ist.

Damit geht der Referent zum Materiellen über. Eine erste Gruppe von Einwirkungen auf das Zivilrecht geht aus jenen ANSbestimmungen hervor, welche den Abschluss von Dienstverträgen mit bestimmten Personen, z. B. Jugendlichen oder Frauen, verbieten, wie z. B. nach FabrGes Art. 14. Anzureihen sind die *Einstellungsverbote*, welche neuestens bezüglich ausländischer Arbeiter aufgestellt wurden. Zivilrechtlich ist ein den erwähnten Verboten zuwider eingegangener DV nichtig. Trotzdem sich diese Verbote, nach den Strafbestimmungen zu schliessen, nur an den Arbeitgeber richten, liegt nicht bloss einseitige Widerrechtlichkeit vor; der Zweck, den solche Bestimmungen verfolgen, gebietet, den Vertrag auch im Interesse des Geschützten selbst als nichtig zu erklären. Der Referent glaubt sich hier in Übereinstimmung mit Koll. Richard zu befinden.

Kritischer ist die theoretische Frage nach den Folgen, wenn schon Arbeit geleistet wurde. Soll die Lohnforde-

rung mit allen Privilegien anerkannt werden oder nur eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung? Der Referent nimmt letzteres an und stellt fest, dass Herr Kollege Richard ihm auch hierin beipflichtet. Insbesondere lehne auch Herr Richard die von Nipperdey verfochtene Nichtigkeit bloss ex nunc für das schweizerische Recht ab. — Oftmals ist indessen nach Treu und Glauben doch der Lohn zuzuerkennen, weil es stossend ist, dass der Arbeitgeber aus dem Verstoss gegen eine in erster Linie an ihn gerichtete Bestimmung des ANSR einen Vorteil ziehen soll.

Was den Referenten hier wie bei den folgenden Fragen *besonders* interessiert, wäre zu wissen, wie sich solche Fragen in der Praxis erledigen, und er würde es begrüßen, wenn sich Praktiker, Richter, in der Diskussion dazu äussern wollten.

Entscheidungen sind kaum bekannt. Der Referent hat den Eindruck, dass diese und die gleich zu erörternden Fragen der Praxis kaum Sorgen bereiten, jedenfalls weniger als der Theorie. In Übereinstimmung mit dem Korreferenten hält es Prof. Schönenberger als wünschbar, dass eine künftige Gesetzgebung diese Lohnfrage bei nichtigem Verträge grundsätzlich regle.

Unter den *Unterlassungspflichten* bezüglich des *zeitlichen Umfangs* oder der Art der Beschäftigung stehen vor allem die *Arbeitszeitbeschränkungen* zur Diskussion.

Zivilrechtlich wirken sie sich als *Schranke* für den *Inhalt* des Vertrages aus. Nach FabrGes und Ges. über wöchentliche Ruhezeit besteht das Verbot auch für den Arbeitnehmer.

Wo nun aber einmal ein Vertrag ohne die gegen die Arbeitszeit verstossende Klausel gar nicht geschlossen worden wäre, darf entgegen *Art. 20 Abs. 2 OR* nicht Nichtigkeit des gesamten Vertrages angenommen werden, sondern es muss einfach eine Beschneidung dieser zu weit gehenden Klausel auf das erlaubte Mass eintreten. Sonst

würde sich die ANSbestimmung ausschliesslich zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken.

Wenn Arbeit geleistet wurde, so kann heute für das unzulässige Ausmass derselben in der Regel wiederum nur eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung anerkannt werden, wie auch der Korreferent annimmt. Aber auch hier muss eine künftige Ordnung eine andere Lösung treffen. Der Referent vermutet, dass die Praxis auch in diesen Fällen rundweg jeden Lohnanspruch anerkennt. Man wird den Lohnanspruch dann, aber auch nur dann befürworten, wenn der Arbeitnehmer im Glauben an das Bestehen eines Arbeitsvertrages bzw. einer gültigen Klausel seine Dienste geleistet hat.

Das *Leistungsverweigerungsrecht* bezüglich des zeitlichen Übermasses steht ausser Diskussion, wie auch die Ablehnung einer zivilrechtlichen Klage auf Einhaltung der Arbeitszeitbeschränkungen aus theoretischen und praktischen Erwägungen klar ist.

Positiv begründen Arbeitszeitbestimmungen für das Zivilrecht die Vermutung, dass die gesetzlich zulässige Arbeitszeit auch als vertragliche gewollt sei. Dagegen ist einer weiteren Vermutung betr. die Überzeitarbeit die Berechtigung abzuspochen.

Unter den *positiven* Pflichten spielen die *Gefahrenschutzpflichten* die grösste Rolle. Für die Betriebsschutzpflicht nach Fabrikgesetz nehmen beide Referenten an, dass diese Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Art sind und dass daneben nach der privatrechtlichen Seite auch für Fabrikarbeitsverhältnisse Art. 339 OR weiter gelte. Wie im gedruckten Referat ausgeführt, lässt sich dieses Resultat durch verschiedenerei Begründung rechtfertigen.

Daraus ergibt sich ohne weiteres ein *Leistungsverweigerungsrecht* des betroffenen Arbeitnehmers, bis den Gefahrenschutzpflichten Genüge getan ist; ebenfalls eine *Schadenersatzpflicht* bei Schädigung, wobei indessen die Modifikation der Schadenersatzpflicht gemäss KUVG

Art. 129 zu beachten ist. Als weitere Folge kann sich *Rücktritt* vom Vertrag aus wichtigen Gründen rechtfertigen.

Auf die Frage der *Unfallverhütungspflichten* gemäss KUVG, speziell Art. 65, will der Referent nicht zurückkommen. Es würde ihn aber die Ansicht von Praktikern und Spezialisten dazu interessieren.

Anders geartet sind die *Handlungspflichten* des Lehrmeisters gemäss Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung. Dieses Gesetz ist seiner allgemeinen Tendenz nach ein ANSGesetz. Es modifiziert aber teilweise das Recht des Lehrverhältnisses nach OR. Die Pflichten des Lehrmeisters sind darin einlässlich fixiert, und zwar einmal als öffentlich-rechtliche Pflichten, wie die auf Art. 13 bis 15 gesetzten Strafdrohungen und die staatliche Aufsicht beweisen. Man wird aber in diesen Bestimmungen gleichzeitig auch privatrechtliche Normen finden, welche die heutige allgemeine Klausel des Art. 337 OR über die Pflichten des Lehrmeisters ausfüllen.

Über den öffentlich-rechtlichen *Vertragsschutz* begnügt sich der Referent mit einer zusammenfassenden Bemerkung.

Für die *Klarstellung des Vertragsinhalts* ist das beliebteste Mittel die Arbeits-, speziell die *Fabrikordnung*. Ihr Erlass ist nach *FabrGes.* öffentlich-rechtliche Pflicht; der Inhalt aber hat privatrechtliche Wirkung. Sodann kommt in Betracht die Pflicht, einen Vertrag in bestimmter *Form* abzuschliessen oder über bestimmte *Punkte* eine Einigung zu treffen, die Pflicht zur *Einreichung* einer Vertragsausfertigung an Aufsichtsbehörden, wie dies beim Lehrvertrag von jeher beliebt war. Solche Pflichten bestehen im Interesse des Arbeitnehmers, des Lehrlings, sollen aber auch die behördliche Kontrolle erleichtern. So liegen die Dinge z. B. beim Lehrvertrag nach BGes. über die berufliche Ausbildung, wo der schriftliche Abschluss des Vertrages eine öffentlich-rechtliche Pflicht ist, neben der eine parallelgehende Pflicht nach Privatrecht

besteht. Die Verletzung der ersteren hindert keineswegs die Anwendung der Gesetzesbestimmungen; die Verletzung hat aber privatrechtliche Nichtigkeit zur Folge.

Der Schutz des *Vertragsinhalts* durch öffentliches Recht spielt z. B. eine geringe Rolle; zu erwähnen wäre nur die Zusicherung eines *Lohnzuschlages* als Voraussetzung der öffentlich-rechtlichen Bewilligung von Überzeitarbeit, die einen privatrechtlichen Anspruch erzeugt.

Der öffentlich-rechtliche Schutz der *Erfüllung* des privaten DV ist wesentlich *Lohnschutz*.

Die Beendigung des DV steht nur zum Teil unter dem Schutz öffentlich-rechtlicher Normen. Kündigungsschutz öffentlich-rechtlicher Art besteht heute bundesrechtlich nicht; die Frage wird aber so oder anders eine kommende Gesetzgebung beschäftigen. Neuartig ist die Möglichkeit nach B.Ges. über berufliche Ausbildung, wonach die Aufsichtsbehörde das privatrechtliche Lehrverhältnis aus wichtigen Gründen auflösen kann; die privatrechtliche Wirkung dieser öffentlich-rechtlichen Norm ist klar.

Eine letzte Kategorie von Bestimmungen des ANSR besteht in öffentlich-rechtlichen Pflichten, welche nicht dem Arbeitgeber, sondern *dem Arbeitnehmer* auferlegt sind zwecks Minderung der mit der Arbeitsleistung verbundenen Gefahr für den Arbeiter selber oder für Nebenarbeiter. Derartige Pflichten sind spärlich. Beispiele bieten das an den Arbeitnehmer gerichtete Verbot der Arbeitsleistung im Widerspruch zu den Arbeitszeitbestimmungen nach Art. 45 Fabr.Ges. und Art. 13 des Ruhezeitgesetzes, ferner etwa die Pflicht, die nach öffentlichem Recht vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellenden Schutzeinrichtungen usw. zu benutzen; denn nur, wenn diese Pflicht des Arbeitgebers ergänzt wird durch eine entsprechende Benützung- oder Verhaltenspflicht des Arbeitnehmers können sie den erstrebten Erfolg nach sich ziehen.

Soviel zu den bundesgesetzlichen ANSbestimmungen und ihrer privatrechtlichen Auswirkung.

Was nun das *kantonale ANSR* angeht, so verweist der Referent auf das gedruckte Referat, wo er sich über dessen Zulässigkeit und dessen Verhältnis zum Zivilrecht sehr eingehend geäußert habe. Da der Referent in diesem Punkte einstweilen weder Zustimmung noch Widerspruch feststellen könne, sieht er davon ab, jene Ausführungen hier nochmals zusammenzufassen, ohne damit deren Bedeutung herabsetzen zu wollen.

Vielleicht sei dem Leser aufgefallen — fährt der Referent fort — wie umfangreich und mannigfaltig dieses kantonale ANSR in Wirklichkeit ist. Der Referent erklärt, bei der einlässlichen Beschäftigung mit dem kantonalen ANSR den Eindruck gewonnen zu haben, dass es trotz weitgehender Bundesgesetzgebung immer noch grosse Bedeutung besitze und den Vorteil aufweise, dass es auf lokale und persönliche Verhältnisse wertvolle Rücksicht nehmen kann. Nicht alles hält vor dem Bundeszivilrecht stand. Aber der Referent hegt die Meinung, dass es juristisch und praktisch verfehlt wäre, gegenüber dem kantonalen ANSR einen engherzigen Standpunkt einzunehmen. Im einzelnen verweist Prof. Schönenberger wiederum auf das gedruckte Referat, das eine hinreichende Basis für eine Diskussion bilden dürfte.

Le rapporteur français, M. le prof. *Richard*, dans un commentaire très écouté, développe et complète à son tour les idées formulées dans son rapport imprimé.

M. le Président remercie les rapporteurs pour leurs diserts et savants exposés, puis il ouvre la discussion générale sur le thème qu'ils ont traité.

Rechtsanwalt Dr. *L. Viktor Bühlmann*, Zürich, welcher die Diskussion eröffnet, zollte den Ausführungen von Prof. Schönenberger volle Anerkennung. Kritisiert wird die Behauptung, der Dienstherr, so werde der Dienstgeber von ihm genannt, erlange durch den Arbeitsvertrag keine Verfügungsgewalt über die Arbeitskraft des

Menschen, sondern nur ein Recht auf eine Dienstleistung. Dies erscheint dem Redner zu formaljuristisch und gewiss gegen die Absicht Prof. Schönenbergers geeignet, den Geist der Gerechtigkeit im künftigen Ausbau des Arbeitsrechts nicht voll auswirken zu lassen.

Im übrigen bedauert Dr. Bühlmann, dass der Rahmen der Abhandlung von Prof. Schönenberger auf die Vergangenheit und Gegenwart beschränkt ist. Er will der Rechtswissenschaft die Aufgabe stellen, sich mit der künftigen Entwicklung des Arbeitsrechts auf dem Boden der berufsständischen Ordnung zu befassen und die Verwertbarkeit dieser neuen Idee zu prüfen. Anschliessend schildert Dr. Bühlmann die Vorzüge der berufsständischen Ordnung.

Dr. *Hans Abt*, Appellationsgerichtspräsident, Basel, stimmt dem Referenten zu, aus dessen Ausführungen er einige Punkte nochmals hervorhebt. Er bemerkt, dass die dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehenden privatrechtlichen Rechtsmittel praktisch nie angewendet würden, um die Durchführung von Schutzbestimmungen zu erzwingen. Der Arbeitnehmer kennt die Schutzbestimmungen meist nicht, oder wenn sie ihm bekannt sind, ist das Rücktrittsrecht für ihn illusorisch, da er darauf angewiesen ist, seinen Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen.

Dr. Abt stellt sodann die Frage, wie weit der ANS gehen dürfe, um noch den DV als zweiseitiges Rechtsgeschäft bestehen zu lassen. Drei Kategorien von DV-Bestimmungen müssen unangetastet bleiben: Einmal alle positiven Vorschriften des DVrechts, sodann die Materien, wo das DVrecht die Entscheidung dem freien Ermessen des *Richters* vorbehält (z. B. wichtige Gründe der Vertragsauflösung); endlich darf die Grundlage des zweiseitigen Rechtsgeschäfts, dessen Elemente Arbeitsleistung und Lohnzahlung bilden, nicht zerstört werden. Der Redner fragt sich, ob in letzterer Hinsicht ein Feriengesetz

nicht zu weit geht, das den Arbeitgeber zur Gewährung einer gewissen Zeitspanne bezahlter Ferien verpflichtet, also zur Bezahlung von Lohn für eine Zeit, wo keine Arbeit geleistet wird.

Prof. Dr. *Hug*, St. Gallen, nimmt Stellung zur Frage, ob das ANSR den Inhalt des DV positiv beeinflussen könne. Entgegen dem Referenten will er dies nicht ohne weiteres verneinen. Die öffentlich-rechtliche Natur der ANSpflicht schliesst nicht aus, dass gleichzeitig ein vertraglicher Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers erzeugt werde. Es trifft dies dann zu, wenn Bundesrecht in Frage steht und es sich um ANSpflichten handelt, die Gegenstand des Arbeitsvertrages sein können. In diesen Fällen tritt also neben die Mittel des Verwaltungszwanges und der Strafe die Erfüllungsklage des einzelnen Arbeitnehmers. Der Zweck der Bestimmung, z. B. den Arbeitnehmer in den Genuss des Rechts auf jährliche Ferien zu setzen, wird dadurch am besten erreicht, insbesondere dann, wenn die öffentlichen Organe, vielleicht unter dem Drucke besonderer wirtschaftlicher Verhältnisse, in der Durchsetzung des ANSR eine laxe Praxis befolgen.

Auch in Bezug auf die zivilrechtlichen Folgen der Verletzung einer vom öffentlichen ANSR aufgestellten Pflicht deckt sich die Auffassung des Redners nicht mit derjenigen des Hauptreferenten. Nichtigkeit des gegen das ANSR verstossenden Vertrages soll nur dann eintreten, wenn Sinn und Zweck der Schutzbestimmung die Nichtigkeit verlangen. Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn eine Person im Fabrikbetrieb beschäftigt wurde, die das gesetzliche Mindestalter noch nicht erreicht hatte. Würde man hier Nichtigkeit annehmen, so träfen die Folgen gerade den Arbeitnehmer, dessen Schutz doch bezweckt wird; als Konsequenz der Nichtigkeit ergäbe sich, dass für die geleistete Arbeit ein Lohnanspruch nicht besteht. Die Verfolgung eines Bereicherungsanspruchs stösst — abgesehen davon, dass ihm andere Einreden

entgegenstehen als dem Lohnanspruch und ihm kein Konkursprivileg zukommt — auf die Schwierigkeit des Art. 66 OR! Man muss also zivilistisch hier zu andern Resultaten gelangen und die Folgen einer Verletzung des Abschlussverbots beschränken auf das Rücktrittsrecht aus wichtigen Gründen, das Recht zur Arbeitsverweigerung und auf die Schadenersatzklage nach Art. 41 OR, wenn der vorschriftswidrig Angestellte infolge einer solchen Beschäftigung in seiner Gesundheit geschädigt wird. Ebenso wenig ist es notwendig, den Arbeitnehmer, der vom Dienstherr in Verletzung der Unterlassungspflichten hinsichtlich Zeit und Umfang der Beschäftigung in Anspruch genommen wurde, auf den Bereicherungsanspruch zu verweisen. Sonst würde z. B. der Arbeiter, von dem bald mit, bald ohne Einholung einer Bewilligung durch den Arbeitgeber Überzeitarbeit verlangt wurde, im einen Fall eine Lohnforderung + 25% Zuschlag, im andern Fall nur einen Bereicherungsanspruch haben.

Prof. Hug berührt weiter die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem öffentlichen ANSR des Bundes und der Kantone. Der Bundesgesetzgeber ordnet die Materie bald abschliessend, bald stellt er nur Mindestanforderungen auf. Der Bund sollte sich auf letzteres beschränken und die weitergehende Regelung der kantonalen Ordnung anheimstellen. Man darf nicht vergessen, dass die Kantone die Schrittmacher der ANSGesetzgebung waren.

In Bezug auf das Verhältnis des öffentlichen Rechts der Kantone zum Bundeszivilrecht hat Huber in den Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB eine liberale, weitherzige Auffassung vertreten, die vom Bundesgericht geteilt wird. Eine Ergänzung und Verstärkung zivilrechtlicher Bestimmungen durch kantonales öffentliches Recht soll zulässig sein. Prof. Schönenberger ist hier zu ängstlich. Warum soll z. B. ein von einem Kanton aufgestelltes allgemeines Truckverbot nicht zulässig sein? — Als weiteres Beispiel nennt Prof. Hug kantonale Bestimmungen über

die Fälligkeit des Lohnes. Wenn ein Kanton kürzere Fristen festlegen würde, als sie z. B. in Art. 333 OR vorgesehen sind, so würde er das als zulässig erachten. — Auf dem Gebiete des Kündigungsrechts hat nach Prof. Schönenberger der Bundesgesetzgeber die Vertragsfreiheit positiv gewollt. Dies steht im Widerspruch zur tatsächlichen Entwicklung, die dahin geht, dass gegenüber der Freiheit in der Festsetzung der Kündigungsfristen Beschränkungen aufgestellt wurden (OR, Fabrikgesetz). Redner würde die Zulässigkeit kantonaler Bestimmungen, wodurch für langjährig (5, 10, 15, 20 Jahre) beschäftigte Arbeitnehmer längere Kündigungsfristen aufgestellt würden, sowie von Kündigungsbeschränkungen sachlicher Art (Verbot der freien Kündigung und Schaffung eines bestimmten Kündigungsgrundes) bejahen. Dadurch würde das Bundeszivilrecht nicht vereitelt.

M. le prof. *André de Maday*, bibliothécaire du Bureau international du Travail, s'associe aux félicitations adressées aux deux rapporteurs pour l'analyse pénétrante et approfondie de la question à l'ordre du jour. Il est particulièrement d'accord avec eux quand ils affirment d'une part l'interpénétration du droit public et du droit privé dans la législation du travail, et d'autre part la nécessité de délimiter ces deux domaines. Il apprécie beaucoup la classification proposée par M. le prof. Richard, comprenant le contrat individuel, le contrat collectif, la législation protectrice du travail, et la procédure.

M. de Maday a l'impression que les difficultés d'une délimitation du droit privé et du droit public sur lesquelles les rapporteurs ont insisté avec raison, augmenteront encore sous l'influence de l'évolution du droit dans les conditions présentes. Les cas douteux produits par la création d'institutions nouvelles deviennent de plus en plus nombreux. Il se demande, par exemple, si le contrat-type classé par le prof. Richard dans la catégorie du contrat de travail individuel ne serait pas mieux placé dans

la troisième catégorie, c'est-à-dire dans la réglementation des conditions de travail par les autorités. Pour citer un autre exemple du mélange du droit public et du droit privé dans le domaine du travail, M. de Maday mentionne la loi française du 10 juillet 1915 concernant le salaire des ouvrières à domicile dans l'industrie du vêtement. Cette loi qui ne vise que les ouvrières à domicile, a accordé aux syndicats composés en partie ou même uniquement d'ouvriers travaillant en atelier, le droit de se porter partie civile au cas où le taux de salaire fixé ne serait pas respecté.

Les transformations fondamentales que l'organisation politique de certains Etats a subies ces derniers temps posent de nouveaux problèmes. Exemple, l'Etat italien fasciste, où le caractère public ou privé des institutions syndicales et des contrats collectifs a fait l'objet de nombreuses études juridiques.

M. de Maday trouve que la délimitation du domaine du droit public et du droit privé présente un intérêt particulier lorsque l'intervention de l'autorité donne au contrat collectif un caractère obligatoire.

Déjà la loi genevoise du 10 février 1900, remplacée par celle du 26 mars 1904, sur les contrats collectifs, a constitué une première tentative en Europe, de conférer, à des tarifs de salaires fixés par une autorité établie par l'Etat, un caractère obligatoire. Mais les dispositions du Code fédéral des Obligations n'ont pas permis à cette loi de donner son plein effet.

Depuis la guerre, l'imposition, par l'autorité, de conditions de travail, en conférant aux contrats collectifs un caractère obligatoire, a été introduite dans la législation de plusieurs pays, et notamment dans la législation de deux grands pays industriels dont la politique s'inspirait de principes nettement opposés.

L'Allemagne républicaine influencée par des idées socialistes ou socialisantes a décrété par l'ordonnance du 23 décembre 1918, et dans la suite par la loi du 23 janvier

1923, que le Bureau du Travail du Reich pouvait déclarer obligatoires en général les contrats collectifs qui ont acquis une importance prépondérante dans une profession. Depuis l'entrée en vigueur de cette réglementation, des centaines de contrats collectifs ont été proclamés obligatoires en Allemagne.

D'un autre côté, l'Italie faciste, en établissant un régime corporatif, a conféré aux organisations patronales et ouvrières le droit de conclure des contrats collectifs qui lient toutes les personnes appartenant à la profession, même si elles ne font pas partie des organisations en question. Mais l'organisation corporatiste italienne est allée encore plus loin en conférant à la Magistratura del Lavoro le droit d'établir d'office des dispositions collectives du travail au cas où les organisations professionnelles ne seraient pas arrivées à s'entendre.

Ajoutons enfin que les législateurs suisses ont adopté le 27 juin 1919 une loi portant réglementation des conditions de travail, loi qui a été rejetée par le peuple le 21 mars 1920 (d'ailleurs à 2000 voix de majorité seulement), et qui prévoyait à l'art. 2 que le Conseil Fédéral pouvait déclarer les contrats collectifs de travail obligatoires pour tous les membres des groupements professionnels en cause, et établir des contrats-type auxquels on ne peut déroger.

La question de rendre les contrats obligatoires préoccupe de nouveau l'opinion publique et les milieux politiques suisses: Ne serait-il pas indiqué, vu l'importance juridique du problème, que la Société suisse des juristes s'y consacre et ne le laisse point envisager du seul point de vue politique? M. de Maday voudrait, en conséquence, suggérer respectueusement au Comité d'examiner, pour la prochaine assemblée générale, l'inscription à l'ordre du jour, si possible, de la question des mesures conférant un caractère obligatoire aux contrats collectifs.

Rechtsanwalt Dr. *M. Silberroth*, Davos, glaubt u. a. anhand eines Urteils des Eidg. Versicherungsgerichts

(SJZ XXVIII S. 251 ff.) einen Einfluss des Sozialversicherungsrechts auf das Dienstvertragsrecht feststellen zu können, insofern, als in jenem Urteil der Gärtner eines Kurhauses, der auf Geheiss seines Dienstherrn für einige Stunden an den Arbeiten eines damals gerade für das Kurhaus tätigen Bauunternehmers teilnahm und dabei verunfallte, als „Dienstpflichtiger“ auch des Bauunternehmens behandelt wurde. Seine Ausführungen werden jedoch von *H. Schnezler*, Sekretär des E. V. G., dahin berichtet, bezw. präzisiert, dass das eben zitierte Urteil sich darauf beschränke, den verunfallten Gärtner im Sinne des KUVG als „Arbeiter“ des Bauunternehmens zu qualifizieren.

In einem mit Rücksicht auf die vorgerückte Zeit kurz gefassten Schlusswort äussert sich Prof. Dr. *Schönenberger* zu den Bemerkungen von Herrn Dr. L. V. Bühlmann dahin, dass sich die Referate bewusst nur mit dem geltenden Recht befassen; bevor man de lege ferenda diskutieren kann, muss man sich über den bestehenden Rechtszustand klarwerden. Vom geltenden Recht macht man sich aber ein unzutreffendes Bild, wenn nur die 40 Artikel des Dienstvertragstitels in Betracht gezogen werden; man muss das umfangreiche ergänzende Recht der Spezialgesetze, das eidg. und kantonale Arbeitnehmerschutzrecht einbeziehen. Unzutreffend ist es, anzunehmen, der Dienstherr habe ein Recht auf die Arbeitskraft des Dienstpflichtigen. Der „Dienstherr“ — dies ist der vom OR gebrauchte Terminus — hat weniger weitgehend nur ein Recht auf die vereinbarte Dienstleistung. — Gegenüber Herrn Prof. Dr. Hug ist die Möglichkeit zugegeben, dass eine positive öffentlich-rechtliche Pflicht nicht ausschliesst, dass eine parallellaufende privatrechtliche Pflicht bestehe. Aber es ist doch zu beachten, dass die ANSpflichten juristisch grundsätzlich anderer Struktur sind als die privatrechtlichen Pflichten, was schon daraus erhellt, dass sie eingeführt wurden, als man die privat-

rechtlichen als unzureichend befand. Grundsätzlich also muss in Übereinstimmung mit Herrn Dr. Abt angenommen werden, dass die öffentlich-rechtlichen Pflichten ihre Wirkung an sich auf das öffentliche Recht beschränken. Beizupflichten ist aber Prof. Dr. Hug, wenn er erklärt, dass es auf die einzelne Bestimmung des positiven Rechtes ankomme. Darauf geht ja die ganze Untersuchung in den Referaten. Praktisch spielt die Frage eine Rolle für die Gefahrenschutzpflichten. Aber gerade hier sind beide Referenten einig, indem sie neben der öffentlich-rechtlichen Gefahrenschutzpflicht gestützt auf das OR auch eine privatrechtliche annehmen. Ja, der Referent geht sogar noch weiter, indem er in den Bestimmungen des BGes. über die berufliche Ausbildung nicht bloss öffentliche, sondern auch privatrechtliche Pflichten sieht. Praktisch ergeben sich indessen kaum Unterschiede, und das ist das Entscheidende. Der Referent glaubt nicht, dass abgesehen von diesen Fällen neben der öffentlich-rechtlichen eine privatrechtliche Pflicht praktische Bedeutung habe, weil der öffentlich-rechtliche Schutz wohl allen berechtigten Interessen, und zwar wirksamer und einfacher gerecht zu werden vermag, wie dies für das deutsche Recht schon von Hueck gegenüber Nipperdey festgestellt wurde. — Auch für die Folgen eines Verstosses gegen Abschlussverbote und Arbeitszeitbeschränkungen kommt man praktisch zum gleichen Resultat. Wie im Referat ausgeführt wurde, ist die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages resp. einer Klausel in der Regel schon nach den Grundsätzen von Treu und Glauben abzulehnen. Es ist aber zu sagen, dass es offenbar mit der in der Praxis herrschenden Rechtsauffassung in Einklang stände, die Nichtigkeit grundsätzlich (sicher soweit der Lohn in Frage steht) abzulehnen und die Erledigung der Folgen dem öffentlichen Recht zu überlassen und daher privatrechtlich z. B. in Art. 45 Fabrikgesetz und Art. 13 des Ruhezeitgesetzes bloss *leges imperfectae* zu erblicken. — Was schliesslich die Kompetenz der Kantone

angeht, so teilt der Referent die Meinung von Herrn Dr. Abt jedenfalls insoweit, als er schon im Referat ausgeführt hat, dass kantonales Recht nicht zulässig sei, soweit es gegen positive oder besser abschliessend geregelte Vorschriften des Dienstvertragsrechts oder gegen Bestimmungen verstösst, welche das richterliche Ermessen vorbehalten. Dagegen glaubt der Referent nicht, dass kantonales ANSR schon um deswillen abgelehnt werden dürfte, weil es die wesentlichen Elemente des DV, Arbeitsleistung und Lohn, beschlägt. Denn wohl die meisten ANSbestimmungen müssen ihrer Natur und ihrem Zwecke nach so oder anders gerade Fragen erfassen, welche die Dienstleistung betreffen oder den Lohn, wie dies offensichtlich für die Arbeitszeitbeschränkungen oder den Lohnschutz oder die Überzeitarbeit und den Lohn dafür zutrifft. — Im einzelnen kann man über die Zulässigkeit kantonaler Bestimmungen in guten Treuen zu verschiedenen Ergebnissen kommen, weil es sich dabei um die Abwägung der verschiedensten Umstände und um Zweckmässigkeitserwägungen handelt, über die sich natürlich vortrefflich streiten lässt. Dass aber die von Herrn Prof. Hug befürworteten kantonalrechtlichen Kündigungsbestimmungen unzulässig sind, folgt nach den Ausführungen im Referat schon daraus, dass alle diese Vorschriften durch Parteiabrede verdrängt werden können. Derartige Bestimmungen aber können, wie auch Herr Dr. Abt annimmt, nicht als öffentliches, sondern nur als Privatrecht angesehen werden. Sie sind daher unzulässig.

M. le prof. *Richard*, quelque développement que mériterait la discussion de thèses pleines d'intérêt, doit également se borner à répondre brièvement à certaines observations qui viennent d'être exprimées.

Avec M. le prof. Hug, il reconnaît que le caractère de droit public des devoirs de l'employeur n'exclut pas nécessairement la coexistence d'un droit contractuel,

privé, de l'employé, en d'autres termes, que ces obligations de droit public peuvent trouver place dans le cadre du droit civil. Mais les distinctions de Nipperdey demeurent utiles et justes.

Quant aux conséquences de droit civil d'une violation des obligations de droit public imposées à l'employeur, peut-on vraiment dire que les contrats particuliers ne devraient être frappés de nullité que si le sens et le but des dispositions protectrices l'exigent? Tout ce qui est conclu au mépris d'une défense formelle de la loi ne doit-il pas, au contraire, être nul de plein droit? La solution proposée par M. le prof. Hug, d'ailleurs fort ingénieuse, va loin, et fait quelque peu violence aux principes juridiques admis.

A M. le prof. de Maday, M. le prof. Richard répond que le contrat-type pourrait effectivement être classé dans la 3^e des catégories envisagées par lui (p. 127a et 128a de son rapport), mais qu'il a préféré le situer dans la 1^{ère} catégorie, soit parce que le contrat-type ne peut être considéré comme une véritable loi, soit en raison de la part très grande qu'il laisse à la volonté des parties.

D'autre part, en ce qui concerne le contrat collectif, même où il a été rendu obligatoire (Allemagne p. ex.), on n'en reste pas moins dans le domaine du droit privé, de sorte que le problème du conflit ne se pose pas ici.

Pour M. Silberroth, tout en approuvant la solution donnée par le Tribunal fédéral des assurances au cas évoqué, M. le prof. Richard remarque, enfin, qu'il s'agissait, ainsi qu'on l'a dûment relevé, de la simple interprétation et application d'une loi d'assurance spéciale, déterminant elle-même son champ d'application, et que telles solutions en matière d'assurance sociale reposent souvent sur une simple situation de fait, et non sur un contrat de travail: il faut donc se garder d'en tirer des conclusions d'un ordre trop général.

La discussion est close. M. le Président relève qu'il n'y a pas lieu d'émettre un vote. Les opinions exprimées seront consignées au protocole.

Zum Schlusse spricht Prof. Dr. *E. His*, Basel, den Wunsch aus, die künftigen Verhandlungen des Juristenvereins möchten auf einer etwas veränderten Grundlage erfolgen. Als Referent und Korreferent sollten möglichst die Vertreter entgegengesetzter Auffassungen bestellt werden, um die Diskussion zu befruchten. Sodann sollen die gedruckten Referate nicht umfangreiche Abhandlungen darstellen, sondern sie sollen so kurz gefasst sein, dass sie in der kurzen Zeitspanne, die in der Regel vor dem Juristentag zur Verfügung steht, auch wirklich gelesen werden können.

Après avoir pris note de ce voeu digne d'attention, qu'il transmettra pour étude au Comité, M. le Président constate que l'ordre du jour est épuisé, remercie encore tous les orateurs de l'intérêt qu'ils ont su conférer à ces travaux, et tous les participants de l'intérêt avec lequel ils les ont suivis, et lève la séance.

Les secrétaires:

Dr. *J. Graven*.

Dr. *J. Karmann*.