

Droit et culture

Recueil de textes à l'occasion
des 75 ans de Pierre Moor

Professeur honoraire à la Faculté de droit,
des sciences criminelles et d'administration
publique de l'Université de Lausanne

EDITEURS:

Anne-Christine Favre

Docteur en droit, Professeure ordinaire à la Faculté
de droit, des sciences criminelles et d'administration
publique de l'Université de Lausanne

Alexandre Flückiger

Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté
de droit de l'Université de Genève

Droit et culture

Recueil de textes à l'occasion
des 75 ans de Pierre Moor

Professeur honoraire à la Faculté de droit,
des sciences criminelles et d'administration
publique de l'Université de Lausanne

EDITEURS:

Anne-Christine Favre

Docteur en droit, Professeure ordinaire à la Faculté
de droit, des sciences criminelles et d'administration
publique de l'Université de Lausanne

Alexandre Flückiger

Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté
de droit de l'Université de Genève

L'ouvrage est publié avec l'appui du fonds FER
de la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique de l'Université de
Lausanne.

Impressum

Septembre 2015

Ouvrage tiré à 200 exemplaires

Imprimé par NB Media

Graphisme: Léonor Tanquerel

Table des matières

Avant-propos.....	3
Mal bâtir	9
Un coup de pouce à la <i>Street photography</i> (qui en a bien besoin)	19
Entre nature et culture	23
Un nouveau passeport pour instruments de musique: une <i>Sonatine bureaucratique</i> ?	35
Du paysage cultivé à la culture du paysage	65
«L'allocation de ressources rares est donc par essence inégalitaire»	73
Une chambre parlementaire supplémentaire?	77
Kulturförderung als Staatsaufgabe und ihre Finanzierung	83
Le pot-au- <i>phô</i>	87
Quelques propos autour de la «norme d'application directe»	89
Von der Kultur der Rechtsetzung	97
(Agré)culture	111
Du «bien-être mental de la population» à l'épanouissement culturel par les quotas!	119
Le latin, trait d'union entre la culture et le droit	139
La culture des jeunes pousses sous la loupe	143
<i>Pacta sunt servanda</i> s'applique-t-il au canton de Genève? ...	149
Die Kultur des Schweißens	157

Avant-propos

Quelques textes, selon la formule du « billet », de collègues ou d'anciens doctorants, pour nourrir le discours engagé par Pierre MOOR, dans les multiples horizons qu'il a embrassés au cours de ses trente-cinq années d'enseignement et de recherche et qui, à 75 ans, n'a pas lâché sa plume, poursuivant admirablement ses travaux, que ce soit en droit positif ou sous l'angle de la théorie du droit.

Le thème, articulé autour de « Droit et culture », peut s'expliquer de multiples manières, mais paraît synthétiser au mieux la méthode d'enseignement de Pierre MOOR, qui a toujours associé l'histoire, l'image, la fable pour expliquer le droit, comme l'illustrent les nombreuses métaphores auxquelles il recourt et qu'il érige même en « système d'écriture »¹. Ainsi, après avoir rappelé la parole de MONTESQUIEU selon lequel le juge n'est « que la bouche de la loi qui prononce les paroles de la loi », Pierre MOOR s'attache à démontrer le poids des autres acteurs dans la formulation du sens de la norme, à l'image d'un « roman écrit à la chaîne par une pluralité d'auteurs, chacun responsable d'un chapitre »²; ou, commentant la parabole, de « l'homme devant la loi », tirée d'une nouvelle de KAFKA³ – dans

1 Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 9 ss.

2 Pierre MOOR (cité en note 1), p. 9 s.

3 « Devant la loi », publié séparément en 1915 (*Vom jüngsten Tag. Ein Almanach neuer Dichtung*), puis à l'intérieur du recueil de textes parus en 1919, sous le titre « Un médecin de campagne », il est désormais partie intégrante du chapitre IX du *Procès* (Œuvres complètes, III, éd. Claude DAVID (La Pléiade), Paris, 1984, p. 1500.

laquelle un homme de la campagne, malgré l'attente de toute une vie, ne parvient pas à franchir la porte de la loi, gardée par une sentinelle, et s'entend dire, peu avant sa mort, que cet accès n'était pourtant fait que pour lui – Pierre MOOR nous amène à considérer que la loi n'est pas une citadelle inaccessible, qu'il faudrait prendre de force, mais qu'elle s'ouvre à celui qui entreprend un travail sur son sens⁴.

Cet enseignement n'a bien entendu pu se construire qu'au gré des connaissances étendues qu'il maintient dans nombre de matières des sciences humaines, comme l'histoire, la sociologie, la théorie de l'État, la philosophie du droit, la littérature, sans oublier la musique! Cet esprit éclectique lui a permis l'approche de travaux interdisciplinaires avant l'heure. Sa collaboration étroite avec des chercheurs en politiques publiques de l'IDHEAP ou avec le groupe interdisciplinaire franco-suisse qu'il a contribué à fonder, qui réunissait un cénacle de représentants de l'économie politique, de la théorie du droit et de diverses sciences sociales, témoignent de l'importance des échanges entre chercheurs en la matière. Plusieurs publications en attestent⁵. Le juriste, comme le non juriste, ne peut

4 Pierre MOOR, La Loi et les lois, in: *Devant la loi*, éd. Revue européenne des sciences sociales 44 (2006/I), p. 89ss, ch. 1.3.

5 *Pour une théorie micropolitique du droit* (cité en note 1); *Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit*, Genève, Zurich, Bâle et Bruxelles 2010; «Dire le droit», in: *De l'argumentation dans les sciences de la société*, éd. Revue européenne des sciences sociales 35 (1997), p. 33-35; Éthique, juridique, politique: trinité laïque? in: *Limites de l'éthique dans l'action politique*, éd. Revue européenne des sciences sociales 38 (2000/I), p. 29-44; «Le char de l'État navigue sur un volcan» ou brève note sur les métaphores, spécialement sur celles de l'État de droit, in: *Métaphores et analogies. Schèmes argumentatifs des sciences sociales*, éd. Revue

que tirer bénéfice de ces travaux, qui montrent que le droit peut devenir un objet de savoir et de réflexion, et surtout, qu'il ne saurait être isolé des soubresauts de la vie ou de la pensée socio-politique.

C'est dans ce contexte que Pierre MOOR a montré en quoi le politique (au sens du *πολιτικός*, soit des relations mutuelles entre le citoyen et l'Etat) imprègne le droit à tous les niveaux, non seulement le plus évident, qui est celui de l'élaboration des normes (appelée la *macropolitique* du droit), mais également celui de la mise en œuvre des normes (appelée la *micropolitique* du droit), qui invite à un discours permanent entre les différents acteurs sur le sens «raisonnable» du texte et du jugement qui pourra suivre⁶. Ce droit en constant mouvement, qui permet une interprétation nouvelle ou une modification de la jurisprudence, au gré de connaissances ou de conceptions nouvelles, est à la fois rassurant pour qui considérerait telle ou telle norme injuste, mais aussi désappointant pour qui espérerait trouver une recette en vue de faire évoluer le sens de la norme. L'autonomie dans l'application des lois est en effet toute relative, puisque liée au cadre légal et au pouvoir légitime d'introduire des significations nouvelles au gré des situations qui se présentent⁷; mais

européenne des sciences sociales 38 (2000/1), p. 95-103; Savoirs juridiques et savoirs sur le droit, Brève intervention à propos du texte introductif de Denise PUMAIN, in: *La cumulatvité des savoirs en sciences sociales*, éd. Revue européenne des sciences sociales 43 (2005/1), p. 13-22; La Loi et les lois, in: *Devant la loi*, éd. Revue européenne des sciences sociales 44 (2006/1), p. 89-102; Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique, in: *Processus d'évaluation des sciences sociales : acteurs et valeurs*, éd. Revue européenne des sciences sociales 46 (2008/2), p. 36-62.

6 Pierre MOOR (cité en note 1), p. 52 et ss.

7 Pierre MOOR (cité en note 1), p. 172 ss, 194 et 212 ss, sp. 218.

les ouvrages de Pierre MOOR ont le mérite de mettre en évidence, dans une théorie *sémantique* du droit, que le droit se travaille dans un discours permanent des uns et des autres et que le sens de la norme n'est pas inhérent à celle-ci (il ne s'identifie pas au texte de la source qui formule la norme)⁸, mais plutôt révélé au gré des jugements ou des appréciations (des magistrats, de la doctrine, de la société civile), prononcés à l'occasion de situations concrètes⁹.

Que retenir de l'ensemble de ces messages, sinon que le droit est un processus complexe d'interprétations et de propositions manifestées au sein d'un cadre institutionnel qui doit ménager une certaine autonomie à chacun, et que le droit progresse parfois aussi au gré d'un certain «mystère» ou de «coups de théâtre». C'est le prix d'une certaine perte de la prévisibilité de la loi, au profit d'un gain de liberté. Même si l'ensemble de la communauté juridique – incluant la doctrine, les avocats et autres juristes – , concourt à faire évoluer le droit, le rôle du juge, dans cette époque du droit que certains nomment «postmoderne»¹⁰ est considérable: un jugement récent du Tribunal civil de la Haye du 24 juin 2015¹¹ – qui est présenté par certains médias comme un tournant dans la justice climatique¹² –, l'illustre. Sur la base d'une disposition de la Constitution hollandaise considérée jusqu'alors comme non direc-

8 Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique* (cité en note 2), p. 51.

9 Pierre MOOR (cité en note 1), p. 229, 246.

10 Benoît FRYDMAN, *Le droit, de la modernité à la postmodernité*, Réseaux 88-90, 2000, p. 67-76.

11 Jugement de la Rechtbank Den Haag (Civiel recht), du 24.06.2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, non encore définitif.

12 Journal «Le Monde», édition du 25 juin 2015.

tement applicable et non justiciable¹³ et de dispositions du code civil interprétées à la lumière des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre commerciale du Tribunal de la Haye a admis l'action d'une organisation non gouvernementale contre l'Etat hollandais, qui a été invité à augmenter ses objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre à hauteur de 25 % d'ici à 2020; la Cour a considéré qu'il existe une obligation de diligence sur la base des textes internationaux du droit de l'environnement et du droit commercial de respecter les objectifs minimaux prescrits par les experts («due diligence», porteuse d'une obligation de moyens, jugés raisonnables et réalisables, dans le cas particulier). Changements de valeurs, de représentations sociales, font partie de ce que Pierre MOOR appelle la «culture juridique»¹⁴ dans son sens global, à savoir celle qui se manifeste par des échanges entre la tradition des savoirs juridiques purs, et ce que la société peut en exprimer, en vue de faire corriger ce qui pourrait paraître injuste. Le droit se travaille aussi en «réseau» ou circuits d'informations¹⁵.

A l'heure où la Faculté de droit de Lausanne, que Pierre MOOR a connue, va devenir une Ecole de droit, au sein d'une Faculté qui s'est étendue et qui intègre désormais l'Ecole des sciences criminelles et celle des Hautes études en administration publique, on ne peut que remercier l'esprit éclairant de celui qui a mon-

13 Art. 21 de la Constitution hollandaise (trad. Digithèque MJP): «Les pouvoirs publics veillent à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à l'amélioration du cadre de vie».

14 Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique* (cité en note 2), p. 219 ss.

15 Pierre MOOR (cité en note 1), p. 9, *Dynamique du système juridique* (cité en note 2), p. 220.

tré que l'autonomie (ici celle de la Faculté de droit) n'est pas un acquis, mais plutôt une dynamique qui se renouvelle au gré du renforcement et de la conjonction des savoirs. L'apparente perte identitaire de la partie «droit» de la Faculté ne pourra donc que s'enrichir de cet élargissement des conjonctions possibles en termes d'enseignement et de recherche.

Donné comme «sujet de dissertation court», le thème «Droit et culture» était probablement ambitieux, car «faire court, c'est long», ainsi que l'a relevé l'un de nos collègues. Nous laissons donc le lecteur découvrir les perspectives selon lesquelles le sujet a été traité et qui illustrent à merveille la diversité des orientations que peut prendre le «sens» des mots!

Nous adressons nos plus vifs remerciements aux chevilles ouvrières qui ont participé à l'édition de l'ouvrage ou à sa relecture; merci donc à Christine De Bernardis, Doriana Ferreira et Andrea Frattolillo, pour leur travail de qualité!

Juillet 2015,
Anne-Christine Favre et Alexandre Flückiger

Mal bâtir

Benoît Bovay

Docteur en droit, Professeur associé à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne, Avocat au Barreau

1. A-t-on le droit de mal bâtir? La garantie constitutionnelle qui est censée protéger la liberté d'action d'un propriétaire lui permet-elle de ne pas bien construire? Dans un premier temps, on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative: pour des raisons qui lui sont propres, s'il entend ériger puis subir une construction mal faite et laide, c'est son choix. Dans un essai, *L'architecture du bonheur*¹, Alain de Botton analyse la relation entre l'art de construire et la recherche du bonheur. Chacun est libre de vouloir son propre malheur plutôt qu'aspirer au bonheur. Mais en architecture, les bâtiments se voient et souvent sont même perçus de façon plus intense par ceux qui sont à l'extérieur – promeneurs, voisins – que par ceux qui les habitent et les ont construits. Mal construire ne contribue pas seulement au malheur du propriétaire (qui n'y est peut-être même pas sensible, voire qui, s'il ne supporte plus sa laideur, revendra sa maison), mais à celui des tiers.

Citons le philosophe: «L'impuissance de nombreux architectes à créer des environnements en harmonie avec nous reflète notre inaptitude à trouver le bonheur dans d'autres secteurs de

1 Mercure de France, Paris 2006.

notre vie. La mauvaise architecture est en fin de compte autant un échec psychologique que stylistique. C'est un exemple, incarné dans des matériaux, de la tendance qui dans d'autres domaines nous fait épouser la mauvaise personne, choisir un métier inapproprié ou un genre de vacances qui ne nous convient pas du tout: la tendance à ne pas comprendre ce que nous sommes et ce qui nous satisfera. En architecture, comme dans d'autres choses, nous cherchons des explications à nos problèmes et nous en tenons aux plus rebattues ou erronées. Nous nous mettons en colère quand nous devrions comprendre que nous sommes tristes et détruisons des rues anciennes, quand nous devrions plutôt y installer des lampadaires et des équipements sanitaires adéquats. Nous tirons les mauvaises leçons de nos déboires tout en cherchant en vain les sources du contentement. Les lieux que nous jugeons beaux sont, au contraire, l'œuvre de ces rares architectes qui ont l'humilité de s'interroger sérieusement sur leurs désirs et la ténacité de traduire leur fugace impression de bonheur en formes logiques – une combinaison qui leur permet de créer des environnements qui satisfont des besoins que nous n'avions même pas vraiment conscience d'avoir».²

2. Mal bâtir c'est d'abord ne pas construire bien. L'architecte doit être habile, maîtriser les techniques complexes et les règles de l'art, par exemple être un bon coordinateur entre les corps de métier. Pour construire bien, il faut respecter les normes professionnelles (telles celles de la SIA pour assurer une bonne isolation phonique des

2 Alain DE BOTTON, p. 304.

bâtiments), les règles de salubrité (telles celles sur le rapport entre les surfaces ouvrantes et celles de plancher pour assurer une luminosité suffisante à l'intérieur du bâtiment), les directives de protection contre le feu pour la sécurité des personnes. Toutes ces règles, normes et directives ne posent pas de grandes difficultés d'application et peuvent être contrôlées par l'administration. Si certaines d'entre elles ne sont pas respectées, l'autorité demande la modification du bâtiment. Ou, si cela sort du cadre du contrôle étatique, il s'agit de défauts alimentant le procès entre le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur, le fournisseur, l'architecte et les autres mandataires. Tel n'est cependant pas notre propos ici.

3. Mal bâtir c'est aussi ne pas ériger une belle construction. Pour l'architecte, il n'y a pas de catalogue de normes et de règles précises déterminant ce qui est beau. Pour l'autorité, il s'agit d'une notion indéterminée souvent difficile à appliquer. Pour le juriste, l'analyse n'est pas simple et il est aisé de rester en retrait en se contentant de s'en remettre à la décision de l'autorité qui, à son tour, fait confiance au maître de l'ouvrage et à son mandataire architecte. La difficulté est décrite par Pierre Moor: «La plupart des normes contiennent des notions indéterminées, qui renvoient à des réalités complexes. Soit celle de beauté. Il y a un certain nombre de critères généraux qui définissent la notion – par exemple, pour les monuments historiques, ancienneté, pureté de style, nombre d'édifices présentant les mêmes caractéristiques (originalité), situation et environnement, importance et volumes, histoire du lieu, etc. Ces critères – des paramètres – sont généraux, mais ils ne sont pas généralisables ou, autrement expro-

més, transférables d'une situation individuelle à une autre: un édifice roman ne peut être comparé à une église baroque, un porche gothique isolé dans une construction hybride à une tour médiévale au sommet d'une colline. La qualification d'un monument de <beau> (et méritant par conséquent d'être mis sous protection) repose sur un jugement qui ne reproduit pas simplement ce que la loi entend par <beauté> ni non plus ce que d'autres jugements, sur d'autres monuments, ont qualifié ou vont qualifier de <beau>; elle ne peut pas être répétée telle quelle.»³ Pour appliquer la norme, il y a trois démarches successives: dégager les arguments topiques composant la notion; qualifier les faits par rapport aux paramètres retenus; coordonner l'ensemble des qualifications dans une appréciation globale de la situation. «C'est à une nouvelle pondération qu'il faut procéder, à proprement parler à un jugement, soit un acte qui donne sens à la situation individuelle et *en même temps* à la norme ainsi *interprétée/appliquée*. Il n'y a donc aucune nécessité logique; on se trouve dans le domaine de l'argumentation, et non de la déduction ... Le jugement ne revient pas seulement sur la norme qu'il applique: bien plus, il la renouvelle en l'enrichissant à chaque cas du sens propre qu'il a développé à partir d'elle.»⁴

4. La doctrine juridique a abordé l'esthétique des constructions – puisque c'est ce dont on parle – par les extrêmes: la nécessité de protéger par une intervention étatique, en général par une décision de classement, les monuments impor-

3 Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris 2005.

4 Pierre MOOR, p. 68 et 69.

tants qui méritent d'être maintenus. A leur égard, un consensus est possible: il s'agit de constructions souvent anciennes, que l'on respecte et que l'on remarque, méritant leur préservation. Ces bâtiments sont classés de longue date vu leurs qualités qui en font des monuments de portée nationale ou régionale. D'autres, non menacés jusque-là, sont classés en raison d'un risque actuel d'atteinte. «Les bâtiments que nous admirons sont finalement ceux qui, de diverses manières, prônent des valeurs que nous jugeons précieuses, qui évoquent, c'est-à-dire à travers leurs matériaux, leurs formes ou leurs couleurs, des qualités aussi légendairement positives que l'amabilité, la bienveillance, la subtilité, la force ou l'intelligence.»⁵ A l'autre extrémité, il y a ce qu'on refuse tous: l'extrême laideur, immission intolérable pour les voisins⁶. Pierre Engel avait rédigé une *Note de droit civil sur l'horreur en matière de constructions immobilières*⁷ pour faire l'inventaire des moyens de droit privé pour combattre ce type de bâtisses, en utilisant certaines formules percutantes, telle que «le droit à l'erreur n'est pas encore le droit à l'horreur». Entre les deux extrêmes, entre évidence patrimoniale et consternation architecturale, la jurisprudence n'est guère exigeante: pour qu'un objet puisse être interdit sur la base de l'article 3 alinéa 2 litt. b

5 Alain DE BOTTON, p. 121.

6 Augustin MACHERET, Esthétique et droit public de la construction, in: Schnyder/Gauch (édit.), *Gedächtnisschrift Peter Jäggi*, Fribourg 1977, p. 330 ss, considère que les tiers peuvent faire valoir un intérêt juridiquement protégé, tout en se méfiant de la conscience esthétique du peuple et en étant dès lors peu favorable aux normes détaillées d'esthétique.

7 RSJ 1973, p. 17 ss.

LAT, qui requiert pourtant la préservation du paysage en veillant à ce que les constructions prises isolément ou dans leur ensemble s'y intègrent, il faut qu'elles portent une atteinte grave à un paysage d'une valeur particulière qui serait inacceptable dans le cadre d'une appréciation soignée des différents intérêts en présence⁸. Lorsqu'un plan des zones prévoit que des constructions d'un certain volume peuvent être édifiées, une interdiction de construire fondée sur une clause d'esthétique, en raison du contraste formé par le volume du bâtiment projeté, ne peut se justifier que par un intérêt public prépondérant. Il faut que l'utilisation des possibilités réglementaires de construire apparaisse déraisonnable, ce qui serait le cas s'il s'agissait de protéger un site, un bâtiment ou un ensemble de bâtiments présentant des qualités esthétiques remarquables faisant défaut à l'immeuble projeté ou que mettrait en péril sa construction⁹. Une norme concernant l'esthétique étant une restriction à la garantie de la propriété, elle doit non seulement reposer sur une base légale claire, mais être justifiée par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité. L'examen de ce dernier principe dans le cadre d'une décision refusant un permis de construire pour des motifs d'esthétique est libre de la part de l'autorité de recours, mais celle-ci s'impose une certaine retenue lorsqu'elle doit se prononcer sur de pures questions d'appréciation pour tenir compte des circonstances locales, dont les autorités inférieures auraient

8 ATF 1C_82/2008 du 28 mai 2008, consid. 6.3 non publié in ATF 134 II 117.

9 ATF 1C_520/2012 du 13 juillet 2013.

une meilleure connaissance¹⁰. On exige de celles-ci qu'elles n'aient pas un goût trop prononcé, des exigences trop élevées; elles doivent respecter la volonté et les choix du propriétaire et de ses mandataires, sauf atteinte manifeste. Dans ce cas-là, un refus doit être dûment motivé, ce qui n'est pas simple à rédiger pour un non-spécialiste.

5. Trop rares sont les zones à protéger au sens de l'article 17 alinéa 1 LAT dans les réglementations communales et cantonales, avec des dispositions précises sur les matériaux de façade et de toiture, les fenêtres, la pente et l'orientation des toitures, les ouvertures possibles dans celles-ci. En général, on ne peut se référer qu'aux clauses générales d'esthétique qui existent sous deux formes: les clauses positives visant à ce que les constructions se fassent de manière à préserver le caractère ou l'identité de leur voisinage; les clauses négatives qui se limitent à une interdiction d'enlaidissement. Ces dernières sont rédigées en des termes très larges et donnent à l'autorité une grande latitude de jugement¹¹. En droit vaudois, l'article 86 LATC prévoit certes que la municipalité veille à ce que les constructions et les aménagements qui leur sont liés présentent un aspect architectural satisfaisant et s'intégrant à l'environnement, mais qu'elle ne saurait refuser le permis de construire que si l'aspect et le caractère d'un site, d'une localité, d'un quartier ou d'une rue est compromis. Les règlements communaux doivent au minimum contenir des dispositions en vue d'éviter l'enlaidissement des localités et de leurs abords¹².

10 ATF 135 I 176.

11 Pierre MOOR, *Commentaire LAT*, art. 17 LAT, p. 27, n° 88.

12 Benoît BOVAY, *Clauses générales d'esthétique et autonomie*

Mais la jurisprudence rappelle que l'application de la clause d'esthétique ne doit pas vider la réglementation des zones de sa substance; il faut un intérêt public prépondérant pour empêcher une construction en raison de son aspect inesthétique; les possibilités de construire réglementaires doivent être déraisonnables et irrationnelles; l'endroit doit présenter des qualités esthétiques remarquables; il ne faut pas sacrifier à un goût ou à un sens esthétique particulièrement aigus, mais examiner la construction sur la base de critères objectifs, tout en respectant le pouvoir d'appréciation de l'autorité municipale¹³. Une telle jurisprudence a permis à la CDAP d'admettre des constructions dans un village inscrit à l'ISOS tout en reconnaissant qu'elles allaient à l'encontre des objectifs de cet inventaire fédéral demandant le maintien des espaces vides situés aux abords du village et à proximité d'un château portant la note 1 au recensement cantonal, soit un monument d'importance nationale¹⁴.

Cette lecture prude et restrictive des clauses d'esthétique conduit à une banalisation de l'architecture et à un bas niveau d'exigences en ne condamnant – de façon exceptionnelle – que ce qui est excessif et particulièrement hideux. D'aucuns diront que «rien dans l'architecture n'est jamais laid en soi; c'est seulement au mauvais endroit ou de la mauvaise taille, alors que

communale, DC 1990, p. 73 ss; cf. aussi Isabelle CHASSOT, La clause d'esthétique en droit des constructions, RFJ 1993, p. 95 ss.

13 Notamment AC.2012.0343 du 3 mars 2014, confirmé par ATF 1C_171/2014 du 24 septembre 2014.

14 AC.2014.0166 du 17 mars 2015.

la beauté est le fruit d'une relation cohérente entre les parties»¹⁵. Dans un environnement bâti de piètre qualité, construire trop bien poserait même problème: «l'objet parfait fait ressortir la médiocrité qui l'entoure.»¹⁶ On ne saurait suivre ce raisonnement, car ce serait encourager le mal bâtir au sein du mal bâti. Au contraire, chacun connaît des exemples où une belle construction stimule une restauration de qualité des bâtiments qui l'entourent et rehausse un quartier jusque-là insipide pour en faire un lieu recherché. Combien de quartiers délaissés dans certaines villes retrouvent attrait et magnificence en raison d'un beau projet qui s'y est implanté ou d'une transformation subtile.

6. Je me souviens du cours d'aménagement du territoire de Pierre Moor à l'Université de Lausanne: il mettait en évidence à quel point nous avons besoin de repères dans la ville, ce qui justifiait la préservation et le maintien de bâtiments même de moindre qualité car ils structuraient quartiers et villes à longue échéance. Le bonheur d'y vivre était de ressentir cette pérennité du bâti et non un renouvellement à tout prix fondé sur de pures considérations économiques, promotionnelles, énergétiques et rationnelles.

«La beauté n'est que la promesse du bonheur», écrivait Stendhal¹⁷. La recherche d'un bonheur

15 Alain DE BOTTON, p. 266.

16 Alain DE BOTTON, p. 179.

17 *De l'amour*, p. 34, chap. 17, note 1, éd. 1857, Paris. Le syndrome de Stendhal est l'état de choc du visiteur face à la magnificence du centre historique de Florence, comme l'écrivain l'avait décrit pour lui: «J'étais arrivé à ce point d'émo-

durable est donc une raison pour exiger une architecture esthétique et bien intégrée. Il convient résolument d'abandonner les clauses négatives d'esthétique qui conduisent trop souvent à la médiocrité au profit des seules clauses positives et qualitatives, en assurant une exécution et un contrôle attentifs, afin de mieux bâtir.

tion où se rencontrent les *sensations célestes* données par les beaux-arts et les sentiments passionnés. En sortant de *Santa Croce*, j'avais un battement de cœur, ce qu'on appelle des nerfs à Berlin; la vie était épuisée chez moi, je marchais avec la crainte de tomber», Rome, Naples et Florence, Folio Classique, p. 272.

Un coup de pouce à la *Street photography* (qui en a bien besoin)

Bertil Cottier

Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté des sciences de la communication de l'Université de la Suisse italienne, Professeur associé à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne



Nous sommes en 2006, dans un parc public de Kiev: Trois personnes profitent du retour du soleil après un long et rude hiver. La scène aurait pu être banale,

si elle ne projetait une lumière crue sur des destinées que tout oppose: d'un côté, celle d'un retraité désespéré qui doit se contenter d'une maigre pension datant de l'ère communiste pour (sur)vivre; de l'autre, celle d'un jeune couple qui savoure les libertés retrouvées. Prise à la sauvette, à l'insu des protagonistes et à l'aide d'un zoom, cette image illustre les aléas de la transition dans les républiques ex-soviétiques.

L'auteur de cette photo volée, le photographe et vidéaste ukrainien Yuri Przhepjurko, est un des nombreux artistes de par le monde qui ont fait de la photographie de rue (plus connue sous l'appellation anglaise de *Street photography*) leur mode d'expression privilégié. Pour eux, rien ne vaut la force de la réalité brute! Elle seule suscite l'émotion; elle seule rend témoignage du quotidien.

En Suisse, il n'y a guère qu'une poignée de *Street photographers*. Pourquoi si peu de vocations? Parce que l'essor de notre droit de la personnalité, et surtout de notre droit de la protection des données, est venu leur mettre des bâtons dans les roues. A moins qu'il ne s'agisse de personnalités publiques ou de mouvements de foules, ou encore d'individus qui cherchent à attirer l'attention du public par la singularité de leur accoutrement, de leur gestuelle ou de leur comportement, il est exclu de photographier qui que ce soit sans son consentement.

Or c'est justement là que le bât blesse. Pour les adeptes de cette forme intrusive du huitième art qu'est la *Street photography*, il est hors de question de quémander un quelconque consentement. Comme l'a souligné leur porte-drapeau, le zurichois Thomas Leuthardt, interviewé en 2011 par le *Tages*

Anzeiger: «Wenn Du vorher fragst, wird es kein gutes Fotos geben. Wenn du nachher fragst, musst Du ein gutes Foto löschen. Also frage ich erst gar nicht.» On ne peut que se rallier à ce point de vue: prendre langue avec le ou les sujets d'une photo, c'est aussitôt transformer la réalité en mise en scène. Avec les risques de manipulation et de travestissement que cela suppose.

A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la licéité ou non de la *Street photography*. En dépit de la rigidité du droit pertinent, une lueur d'espoir subsiste: le principe d'interprétation conforme à la Constitution pourrait, le cas échéant, venir à la rescousse. Car nous avons dans notre loi fondamentale une disposition idoine: l'article 21, qui consacre, en trois mots (ni plus ni moins), la liberté artistique. Il est vrai que cette disposition, dont la portée n'est pas des plus évidentes (offre-t-elle aux artistes une sorte de bonus qui leur donnerait des passe-droits? Ou n'est-elle rien de plus que la facette culturelle de la liberté de la communication?) n'a que très rarement trouvé application. Au point que la doctrine, dans sa majorité, la relègue au rang de norme symbolique. Et si elle est citée, ici ou là, par les juges de Mon-Repos, c'est plutôt pour lui dénier toute valeur propre.

La cause de la *Street photography* serait l'occasion rêvée de donner vie à l'article 21 Cst. En son nom, une dérogation à l'obligation du consentement serait accordée aux photographes de rue. Même si quelques esprits chagrins viendront à regretter l'attrait du fruit défendu, pour la plupart des photographes de rue ce serait une aubaine: ils pourraient enfin donner libre cours à leur talent.

Bertil Cottier

Conséquence, ce cliché d'atmosphère, pris à quelques pas du domicile lausannois de Pierre Moor, obtiendrait enfin la reconnaissance qu'il mérite:



(Source: flickr, *Lausanne Street photography*, auteur anonyme)

Entre nature et culture

Anne-Christine Favre

Docteur en droit, Professeure ordinaire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

1. Culture versus nature: un nouveau «*jus naturalis*»?

«En santé, il y a un lien entre nature et culture», déclare l'anthropologue Margaret LOCK¹. L'auteure s'est attachée à démontrer l'influence de l'environnement, au sens large, sur l'expression du programme génétique humain et se trouve à l'initiative du concept de «biologie localisée», en attirant l'attention sur la complexité des facteurs environnementaux et culturels qui influencent les gènes. Elle plaide pour que l'on considère mieux les connaissances issues des sciences sociales dans l'élaboration des politiques de santé en vue de mieux préserver les citoyens et les générations à venir.

Sous le titre «Par-delà nature et culture», Philippe DESCOLA² s'attache à démontrer que l'occident moderne, par son naturalisme (approche qui admet le rattachement des humains aux êtres non humains par des continuités matérielles, mais les en sépare par l'ap-

1 Margaret LOCK est anthropologue à l'Université McGill de Montréal. Interview dans le journal «Le Temps», du 3 juin 2015.

2 Philippe DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, 2005, p. 9 ss.

titude culturelle) procède à ce qu'il appelle une «apartheid» entre nature et culture, soit à une dichotomie entre la diversité culturelle et l'université naturelle, au risque de perpétuer l'opposition entre les peuples.

Nature et culture sont deux concepts qui fonctionnent en couplage; dès le XVII^{ème} siècle où l'on nourrit l'espoir de pouvoir décrypter les contours rationnels³ des éléments non humains et où les connaissances scientifiques et les découvertes ont renforcé l'idée de Nature, vue comme un sujet d'observation de prédilection; puis, dès le XX^{ème} siècle, où s'en est suivie une réflexion morale sur les rapports de l'homme à son environnement naturel⁴ et sur la question des droits de la nature.

Le terme «culture» vient du latin «*cultura* issu de *colere, cultum*», soit «l'action de cultiver la terre, la nature». La culture a donc une relation intrinsèque avec la nature; il s'agit pour l'homme de développer les outils qui lui permettent de construire sa transition de nature à culture; cette définition inclut les savoirs, les croyances, les arts, les mœurs, le droit, etc.⁵; dans une perspective ethnographique, cette approche se confond avec celle de «civilisation».

Par extension, culture signifie aussi l'ensemble des connaissances acquises qui permettent de développer un sens critique, un goût, un jugement⁶; culture est alors opposée à nature, dans cette acception, nature

3 Philippe DESCOLA (cité en note 2), p. 106.

4 Luc FERRY, *Le nouvel ordre écologique, L'arbre, l'animal et l'homme*, Paris 1992, p. 34 ss.

5 Edward Burnet TYLOR (1871) cité par DESCOLA (note 2), p. 111

6 Dictionnaire «le Grand Robert de la langue française», éd. électronique.

signifiant les acquis, ce qui est inné chez les êtres vivants, ou, pris dans un sens plus global, l'environnement que l'on nomme désormais « biosphère ».

C'est dans l'une ou l'autre de ces acceptions que nous allons envisager de traiter de « culture » dans les lignes qui suivent, en ce sens que la première fait référence à la norme, produite par le système culturel et juridique d'une société, tandis que la seconde permet d'approcher le rôle particulier du juge et de l'ensemble des acteurs de la communauté juridique, dans une situation donnée, au regard des connaissances nécessaires à traiter le cas.

La nature est un objet de régulation particulier, dans notre système juridique occidental, parce qu'elle échappe à la notion de « sujet de droit », (elle peut certes être représentée par l'intermédiaire d'organisations à but idéal dans certaines situations), et que c'est essentiellement par le biais de mécanismes compensatoires tirés de la responsabilité de l'homme envers la préservation de l'équilibre écologique, comme de la solidarité envers les générations futures, que sa défense est prévue.

Sans vouloir reprendre le vieux débat, anthropologique ou philosophique, entre nature et culture, notre propos consistera plutôt à nous demander si – à l'aune de quelques exemples de jurisprudence –, la relation homme–nature n'est pas en train de devenir une évidence universelle, une urgence d'action devant les atteintes graves portées à l'environnement, permettant de transcender les textes, au même titre que l'aurait fait le « *jus naturalis* », dont certains affirment le retour en grâce⁷.

7 Voir notamment les œuvres de Robert Peter GEORGE, Université

2. De la protection des ressources naturelles comme «principe fondamental»

Le droit positif des pays de l'occident moderne fixe au même rang un ensemble d'intérêts humains, sociaux, économiques et environnementaux. Ces intérêts se sont construits et greffés au fil du temps en fonction du contexte socio-politique, lui-même influencé par celui des connaissances. En droit suisse, on a inscrit peu à peu les intérêts de la protection de la nature, de la forêt, des eaux, et de l'environnement, au sens large, dans la Constitution fédérale⁸.

Les dispositions relatives à la protection de l'environnement occupent le même rang que celles consacrées aux autres tâches de la Confédération, telles celles liées à la politique énergétique, qui tend à promouvoir les énergies renouvelables (art. 89 Cst.). Il n'en est pas partout ainsi, à l'image de la Bolivie, qui a inscrit «le droit à l'eau» en tête de liste des droits fondamentaux, en tant que droit «le plus fondamental»⁹. Quelques décisions de la Cour constitutionnelle¹⁰ ont fait état de sa portée en tant que droit directement lié à la vie, à l'alimentation et la santé, raison pour laquelle l'État a l'obligation de garantir l'approvisionnement en eau de manière permanente à travers ses

de Princeton et Joaquín ALMOGUERA CARRERES, Un droit «naturel» postmoderne? in: *revue Catholica*, N° 116, 2012, édition électronique.

8 Art. 73 à 78 Cst.

9 Constitution bolivienne de 2009: Art. 373.- I. L'eau est un droit essentiel à la vie et se trouve sous la souveraineté du peuple. L'Etat doit promouvoir l'utilisation et l'accès à l'eau basée sur des principes de solidarité, de complémentarité, de réciprocité, d'équité, de diversité et de durabilité.

10 Cour constitutionnelle bolivienne: SC n° 0035-2014 -AAC (03-01) Paragraphe III.2.

services. Ce droit peut être invoqué individuellement ou collectivement¹¹.

C'est dire que le constituant ou le législateur pourraient décider de hiérarchiser les valeurs. Cela ne simplifierait pas nécessairement le travail du praticien; il s'agirait toujours de déterminer la portée d'une disposition qui accorde un poids supérieur à un intérêt par rapport à d'autres; mais le travail de pesée des intérêts s'en trouverait néanmoins facilité. On trouve certes quelques exemples d'une pesée des intérêts qualifiée par le législateur, plus ou moins ouvertement affirmée dans les textes (le meilleur exemple est l'art. 6 al. 2 de la Loi sur la protection de la nature et du paysage¹²). En droit de l'environnement, l'article 73 Cst., en tant qu'il vise à maintenir la capacité de renouvellement des ressources naturelles en équilibre avec leur utilisation par l'homme¹³, joue un rôle de «super-principe» ou de principe fondamental. Sa place, en tête de la section consacrée à l'environnement et l'aménagement du territoire, atteste en tous les cas de son caractère général et transversal. Il indique l'intérêt que le constituant porte désormais à la préservation des ressources naturelles en fixant des limites à l'autonomie des droits d'exploitation individuels. On lui reproche le plus souvent son caractère non directement applicable et non justiciable; plusieurs auteurs démontrent cependant que, pris dans un sens restreint à la préservation des ressources (par opposition à une portée tridimensionnelle), il est directement applicable et jus-

11 Cour constitutionnelle bolivienne: SC n° 0052/2012 du 5 avril.

12 RS 451; LPN.

13 Art. 73 Cst: «La Confédération et les cantons oeuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain».

ticiable¹⁴. C'est en tous les cas la grille de lecture qu'en donne le juge, au gré de jurisprudences récentes, dont l'une d'entre elles sera analysée ci-après.

La «culture» a affaire avec la nature; désormais celle-ci ne «va plus toute seule».

3. Protection de la nature et culture du juge

3.1 Le pouvoir créateur du juge

En Suisse, c'est donc par une pesée des intérêts en présence, au stade d'une situation concrète (plan, décision), qu'il convient de décider si les intérêts de la nature ou du paysage priment ceux de la liberté économique ou de l'agriculture, par exemple. Indépendamment de ces conflits entre des intérêts portant sur un objet différent, on peut se trouver en présence de conflits d'usages, dans le contexte de l'utilisation d'une même ressource. L'eau, par exemple, peut être utilisée pour produire de l'électricité, de façon à respecter les objectifs en termes d'énergie renouvelable fixés par la Loi sur l'énergie^{15 16} et la stratégie énergétique de la Confédération; cet usage peut porter atteinte à la préservation des propriétés écosys-

14 Raphaël MAHAIM, *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire, Le mitage du territoire à l'épreuve du droit: utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir*, Thèse Fribourg, 2014, p. 91 ss; Alexandre FLÜCKIGER, *Le développement durable en droit constitutionnel suisse*, in: *DEP* 2006, p. 471 ss.

15 RS 730.0; LEne.

16 Voir l'article 1 al. 3 LEne: «La production annuelle moyenne d'électricité provenant d'énergies renouvelables doit être augmentée, d'ici à 2030, de 5400 GWh au moins par rapport à la production de l'an 2000. Le Conseil fédéral peut prendre en considération dans ce calcul une part d'électricité produite à l'étranger au moyen d'énergies renouvelables, à hauteur de 10 %».

témiques de l'eau, que le législateur invite à prendre en compte, par une augmentation obligatoire des débits résiduels d'un cours d'eau, lorsque divers critères sont remplis, ou facultative, au gré d'une pesée des intérêts (art. 31 al. 2 et 33 de la Loi fédérale sur la protection des eaux¹⁷).

Une affaire récente montre combien délicate est l'opération de confrontation d'intérêts de rangs constitutionnels égaux. Elle concerne la construction d'une petite centrale hydroélectrique, par la société Kraftwerke Obergoms AG, qui souhaitait utiliser le courant de deux torrents, dont l'un est appelé Gonerli. Le Gonerli est encore intact et présente un intérêt paysager; il n'est en revanche pas inventorié comme biotope. Une organisation de défense des intérêts de la nature plaidait que du seul fait de la rareté d'un tel cours d'eau, on devait le ménager et interdire son exploitation. Quand bien même cette caractéristique n'invite pas à elle-même à des mesures, au regard de la LEaux, le Tribunal fédéral a considéré, que compte tenu de l'apport limité de la centrale à la production d'électricité en Suisse, il ne se justifiait pas de procéder au captage du torrent Gonerli, encore intact¹⁸; pour cela, il a procédé à une pesée globale des intérêts (sur la base de l'art. 33 LEaux). Cette décision de justice est déjà conséquente, en tant qu'elle donne à la notion de «rareté» une portée significative, qui montre que la perte des ressources naturelles ou des qualités de celles-ci, doit inviter à minimiser les atteintes, voire y renoncer; elle le fait en référence à une échelle de valeurs telles que la beauté du paysage – protégé au niveau cantonal –, le faible apport de l'installation en termes d'énergie par rapport aux objectifs nationaux, et le fait qu'il s'agirait

17 RS 814.20; LEaux.

18 ATF 140 II 262, c. 8.

d'une première atteinte à ce site. Elle est probablement encore plus considérable si l'on observe que l'exploitante faisait valoir que sans l'apport de ce courant, son exploitation ne serait pas viable; pour le Tribunal fédéral, cette hypothèse, même si elle devait être avérée, ne change pas le jugement de valeurs à opérer en l'espèce, l'exploitante devant adapter son installation en fonction des intérêts de la nature à préserver¹⁹. Cet arrêt illustre – comme d'autres, en la matière²⁰ – les limitations que les intérêts de la nature peuvent poser aux objectifs énergétiques d'une part, mais aussi à la liberté du commerce et de l'industrie. En l'absence d'une hiérarchie des intérêts entre les objectifs fixés en matière d'énergies renouvelables et la protection de la nature, le Tribunal fédéral considère qu'une installation telle celle en cause (qui bénéficie de la rétribution à prix coûtant du courant injecté) doit respecter les injonctions de la législation sur la protection de l'environnement. Cela revient à accorder une priorité aux intérêts environnementaux.

Dans de tout autres domaines, d'aucuns ont déjà montré en quoi l'interprétation d'un texte, même clair et en apparence rigide, peut inviter le juge à en atténuer les effets, lorsque son application conduirait à un résultat qui paraîtrait choquant selon les conceptions ou connaissances nouvelles de la société. Les constructions juridiques sont à cet égard diverses (abus de droit, arbitraire, présomptions, etc.). Il en a notamment été ainsi d'un jugement fameux en 1984, au cours duquel le Tribunal fédéral a admis le droit au divorce d'un époux dont la responsabilité dans la désunion était prépondérante, nonobstant le texte de l'ancien droit (art. 142 al. 2 aCCS) qui l'excluait

19 ATF 140 II 262, c. 8.4.4.

20 Voir notamment ATF 139 II 28, affaire *Misoxer*.

lorsque l'époux « moins coupable » s'y opposait; la Haute Cour a jugé qu'une séparation du couple depuis 15 ans permettait d'admettre une présomption de fait selon laquelle l'époux qui s'oppose au divorce a perdu toute volonté réelle de maintenir l'union et n'a plus d'intérêt digne de protection au maintien d'une union qui ne subsiste que sous son angle formel. Le Tribunal a justifié cette décision par « l'expérience de la vie »²¹.

3.2 Culture pragmatique face à l'universalité de la nature

Le droit n'est pas idéologique, mais repose sur des postulats, qui se transforment au gré des perceptions, en particulier des échelles de valeurs que la société reconnaît et donc de sa « culture ». Pierre MOOR a largement démontré que le postulat de MONTESQUIEU selon lequel « Les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »²² ne correspond plus au rôle qui est le leur aujourd'hui. Le pouvoir créateur des juges dans la production des normes, dont ils déterminent le sens au gré de leur travail d'interprétation dans des situations concrètes, et dont ils précisent ou profilent également les échelles de valeurs en situation de conflits d'intérêts, est avéré. C'est ce que Pierre MOOR appelle la « micropolitique du droit » et que d'autres ont décrit comme « la dimension essentiellement interprétative du droit »²³ de l'Etat postmoderne.

Cette liberté, qui caractérise le droit post-moderne, souffre les critiques qui peuvent en découler; elle est décriée en raison de son pragmatisme et du paradoxe lié au fait qu'elle tend à régler, au cas par cas, des

21 ATF 108 II 503 ss c. 3 = JdT 1984 I 546 ss, p. 550.

22 Ronald WORKIN cité par Benoît FRYDMAN, *Le droit, de la modernité à la postmodernité*, Réseaux 88-90, 2000, p. 67-76, sp. 75.

23 Benoît FRYDMAN (cité en note 22), p. 73 ss.

questions fondamentales comme celles qui touchent aux problèmes de l'Humanité²⁴. Faut-il être mécontent de cette situation ou plutôt déplorer le manque de perspicacité – non nécessairement de l'action politique, mais plutôt de la communauté tout entière – en matière de protection de l'environnement ?

Qui, des juges ou du législateur, peut le mieux prendre en compte cette réalité ? Il est difficile d'y répondre. Si ce n'est par une question d'échelle : le spectre d'action d'une loi l'emporte, par son caractère général et abstrait, sur celui d'une décision de justice. Mais il est vrai que là aussi le droit nous réserve des surprises. En tous les cas en droit comparé. Le jugement, certes non encore définitif, rendu par un Tribunal civil de la Haye²⁵, qui vient bousculer un programme d'action de l'Etat néerlandais, en l'invitant à augmenter ses objectifs en termes de réduction des gaz à effets de serre, s'inscrit dans une autre logique que celle de la pure appréciation portée à l'occasion d'une situation concrète. Se défendant de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, ladite Cour a considéré qu'elle pouvait être saisie de questions de droit, à l'exclusion de questions politiques, même si ces questions exercent une portée qui concerne non seulement les personnes en litige, mais également les tiers (cons. E).

4. L'universalité de la nature et de la culture, vers un nouvel ordre public ?

Aujourd'hui, la finitude des ressources naturelles et la nécessité de préserver le noyau non renouvelable

24 Benoît FRYDMAN (cité en note 22), p. 75.

25 Jugement de la Rechtbank Den Haag (Civiel recht), du 24.06.2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, non encore définitif ; voir également notre avant-propos, dans le présent recueil, en note 11.

de la biosphère²⁶ sont des réalités qui s'imposent en tant que supports de vie, ce qui fait dire à certains que l'on va vers un nouvel ordre public! Ainsi, pour Jean-François Perrin, on peut voir, en parallèle au renforcement des droits fondamentaux, l'émergence d'un principe du droit à l'autonomie (le droit de choisir)²⁷, universel en ce sens que ce droit (dont les formes sont multiples) paraît peu à peu reconnu dans de nombreux pays, dans les textes légaux ou par la voie des juges. L'auteur poursuit en montrant que ces libertés se confrontent à de nouveaux impératifs d'un «nouvel ordre public»: le droit à l'autonomie est lié à la finalité de l'homme, plus particulièrement aux droits inaliénables et attachés à la *nature* du sujet humain²⁸; mais ce droit comme les autres droits fondamentaux peuvent être contrariés par l'impératif de prendre en compte les intérêts des générations futures, ceux de la planète, et montrent donc la finalité de la philosophie individualiste²⁹.

Ce nouvel ordre public positionnerait, dans l'échelle des valeurs, les biens environnementaux (ressources naturelles au sens large) dans une position particulière, au même titre que les «biens de police», en ce sens que leur portée serait en principe dominante dans la pesée des intérêts, lorsqu'un bien environnemental est menacé³⁰. Certes, à la différence des biens

26 Voir sur ces questions, dans le domaine climatique, Frédéric-Paul PIGUET, *Justice climatique et interdiction de nuire*, Genève 2014.

27 Voir à cet égard, Jean-François PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du «principe d'autonomie»*, Quid Juris, éd. Genève, Zurich, Bâle, 2013, p. 11 ss et 304 ss.

28 Jean-François PERRIN (cité en note 27), p. 315.

29 Ibidem, p. 318 ss.

30 Pour la portée de la notion de «bien de police» aujourd'hui,

de police, qui sont limités à des «valeurs morales», cette nouvelle approche non dénuée de responsabilité et de valeurs morales également, invite à des investigations dans le terrain des connaissances techniques et scientifiques: qu'il s'agisse de l'évolution des changements climatiques et de leurs mécanismes d'adaptation, de l'évolution de la biodiversité, des besoins de la nature, etc.

Culture est donc indissociablement liée à nature³¹, dans ce nouvel ordre public. Et, dans cette perspective, la culture tend à devenir aussi universelle que la nature. Le monde entier est informé de l'évolution des questions climatiques en même temps que des autres crises planétaires. Les mesures doivent suivre le même ordre de grandeur. Le jugement rendu à la Haye, dont il est question plus haut, observe un retentissement mondial. C'est donc que le droit, en tant qu'instrument d'une certaine justice, n'en finit pas d'interpeler et de se remodeler.

Ces constats, qui montrent la nécessaire universalité de la culture, et donc du droit qui lui est lié, sont suffisants pour nous éviter de dériver sur la question d'un «droit naturel postmoderne», même si il nous paraîtrait intéressant d'en approcher quelques aspects. Il y aura encore à dire sur la relation entre nature et culture.

voir Anne-Christine FAVRE, Cent ans de droit administratif, in: *RDS* 130 (2011) II, 227-330, sp. 269 ss.

31 Dans ce sens voir Martin LENDI, *Subtilitäten des Rechts*, Rechtskultur als Ausdruck der Verantwortung für den Lebensraum, Zurich, 1996, p. 125 ss, sp. 146.

Un nouveau passeport pour instruments de musique: une *Sonatine* *bureaucratique*?

Alexandre Flückiger¹

*Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté de
droit de l'Université de Genève*

Table des matières

1.	<i>Prélude</i> – Un mouvement surprise	36
2.	<i>Fugue</i> – Un renforcement de la mise en œuvre du droit international de la protection des espèces sauvages	37
3.	<i>Scherzo capriccioso</i> – Le régime juridique applicable aux instruments de musique.....	43
	3.1 Le cadre juridique général de la convention de Washington.....	43
	3.2 L'exception pour les objets personnels ou à usage domestique	45

1 Je tiens à remercier Mmes Prisca Grossenbacher, cheffe du service juridique de l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (OSAV), et Dominique Hänni, assistante auprès du département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour leurs remarques aussi pertinentes que constructives.

3.3 Le régime juridique du passeport pour instruments de musique.....	46
3.4 Les instruments de musique visés par le passeport....	50
3.5 L'exception pour «exposition d'animaux ou de plantes itinérants» applicable aux orchestres en tournée	52
4. <i>Canon</i> – La proportionnalité de la mesure.....	54
5. <i>Finale</i> – Une Sonatine bureaucratique?	61

1. *Prélude* – Un mouvement surprise

La Suisse et l'Union européenne viennent d'introduire un nouveau passeport pour instruments de musique sur le fondement d'une recommandation de la Conférence des parties à la Convention, dite de Washington, *sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* (CITES)², initiée à la demande des Etats-Unis.

On y découvre un singulier conflit d'intérêts non seulement entre cultures juridiques mais, surtout, entre culture musicale et protection de la nature; un antagonisme déconcertant que vient d'apprendre par surprise l'Orchestre de la Suisse romande lors de sa récente tournée aux Etats-Unis en février 2015³ après que certains musiciens du Philharmonique de Berlin ont dû jouer au Carnegie Hall avec des archets en fibre de carbone et que des instruments fabriqués avec des espèces protégées ont été confisqués par les autorités américaines⁴.

2 Conclue à Washington le 3 mars 1973; entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 1975 (RS 0.453).

3 Sylvie Bonier, «Vos papiers, les violons!», *Le Temps* du 3 janvier 2015.

4 Peter Richter, «Berliner Philharmoniker in New York: Selbst auf Gießkannen gut », *Süddeutsche Zeitung* du 11 octobre 2014; avec quelques nuances s'agissant des archets en car-

Cette saga réunit tous les ingrédients qui me permettent de rendre hommage aux multiples facettes de Pierre Moor: le mélomane érudit et le randonneur amoureux de la nature; le spécialiste du droit administratif et le philosophe du droit; le théoricien des balances d'intérêts, des concepts juridiques indéterminés et du droit administratif informel. Cet exemple témoigne par ailleurs de l'essor fulgurant de l'internationalisation du droit qui n'a pas épargné le droit administratif.

2. *Fugue* – Un renforcement de la mise en œuvre du droit international de la protection des espèces sauvages

Reprenons l'affaire à l'origine.

Les Etats-Unis ont proposé en 2013 d'harmoniser les règles relatives aux mouvements transfrontières des instruments de musique contenant des espèces protégées dans le but, louable, de les simplifier⁵ en proposant de s'inspirer par analogie de la solution applicable aux «passages transfrontaliers fréquents d'animaux vivants appartenant à des particuliers»⁶.

La Conférence des parties à la convention de Washington a accédé à la requête en adoptant en mars 2013 la recommandation proposée qu'elle a intitulée

bone, cf. Angela Schader, «Musik und Artenschutz im Clinch?», *NZZ* du 1^{er} décembre 2014.

5 ConfCITES, *Passage transfrontalier d'instruments de musique*, mars 2013, CoP16 Doc. 40 (Rev. 1) (<http://old.cites.org/fra/cop/16/doc/F-CoP16-40.pdf> [tous les liens ont été consultés le 6 juin 2015]).

6 ConfCITES, Résolution Conf. 10.20 (www.cites.org/fra/res/10/10-20C15.php).

«passages transfrontaliers fréquents, à des fins non commerciales, d'instruments de musique»⁷.

Les Etats membres y sont priés d'introduire un «certificat pour instrument de musique [...] pour faciliter les passages transfrontaliers fréquents d'instruments de musique à des fins non commerciales, notamment, mais pas exclusivement, pour une utilisation personnelle, un spectacle, une exposition ou un concours»⁸. Ce certificat, valable trois ans⁹, à considérer «comme une sorte de passeport» à faire signer d'office au poste de douane lors de chaque passage transfrontière¹⁰.

Quelques mois plus tard, par décret du 1^{er} juillet 2013, le président des Etats-Unis a affirmé sa volonté de renforcer la mise en œuvre de la législation visant à combattre le trafic illégal d'espèces sauvages et le braconnage ainsi que de réduire la demande d'objets commercés illégalement. Il a ordonné à son administration de prendre toutes les mesures appropriées à cet effet, en particulier de nature réglementaire¹¹. Sur ce fondement, la Maison Blanche a publié le 11 février 2014 une stratégie nationale visant plus particulièrement le trafic d'ivoire d'éléphant et de corne de rhinocéros¹².

7 ConfCITES, Résolution Conf. 16.8 (www.cites.org/fra/res/16/16-08.php).

8 Let. a.

9 Let. f.

10 Let. g.

11 Barack Obama, *Combating Wildlife Trafficking, Executive Order* du 1^{er} juillet 2013 (www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/07/01/executive-order-combating-wildlife-trafficking).

12 Barack Obama, *National Strategy for Combating Wildlife Trafficking*, 11 février 2014 (www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/nationalstrategywildlifetrafficking.pdf).

Le 25 février 2014, le directeur du *Fish and Wildlife Service* a précisé par arrêté que l'ivoire d'éléphants africains (*Loxodonta africana*) incorporé à des instruments de musique pouvait uniquement être importé si l'instrument avait été acquis avant le 26 février 1976 (date d'inscription de l'éléphant d'Afrique dans l'annexe III CITES), s'il n'avait pas été vendu ou acheté depuis le 25 février 2014 et si le musicien détenait un certificat conforme à la nouvelle recommandation CITES¹³. On relèvera que l'arrêté ne prévoit aucune quantité minimale de matière protégée sur ou dans l'instrument, que le passage transfrontière a été limité à un certain nombre restreint de postes de douanes¹⁴ et que l'empreinte culturelle oblige –l'importation de l'ivoire en tant que trophée de chasse sportive a été exemptée¹⁵.

La Suisse a quant à elle mis en œuvre, de manière inhabituellement hâtive, la recommandation de la Conférence des parties à la CITES dans la nouvelle *ordonnance sur la circulation des espèces de faune*

13 Arrêté du 25 février 2014, tel que révisé le 15 mai 2014 (www.fws.gov/policy/do210.html).

14 www.fws.gov/international/permits/by-activity/musical-instruments.html.

15 «The AECA [African Elephant Conservation Act] moratorium does not apply to raw or worked African elephant ivory imported as part of a sport-hunted trophy, or to ivory from other species.» (section 3 let. a). L'administration autorise une telle importation en fonction des pays: par exemple l'importation est autorisée pour deux trophées de rhinocéros noirs chassés en Namibie alors que celle d'éléphants chassés au Zimbabwe vient d'être interdite (Fish and Wildlife Service, *Import of Elephant Trophies from Tanzania & Zimbabwe*, 26 mars 2015 - <http://www.fws.gov/international/permits/by-activity/sport-hunted-trophies.html>).

et de flore protégées du 4 septembre 2013 (OCITES)¹⁶ avec effet au 1^{er} janvier 2014:

L'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (OSAV) «délivre des certificats permettant plusieurs franchissements de la frontière [...] qui attestent que le requérant est le propriétaire des instruments de musique fabriqués à partir de spécimens d'animaux ou de plantes d'espèces inscrites aux annexes I à III CITES, si les instruments peuvent être identifiés de manière univoque» (art. 13 al. 1 let. d OCITES); «La durée de validité des certificats est de 3 ans au plus» (art. 13 al. 6 OCITES).

L'administration fédérale en a précisé les contours en baptisant ce document sur son site web «passeport pour instrument de musique» (*Instrumentenpass - passaporto per strumenti musicali*)¹⁷. L'OSAV a complété la disposition de l'ordonnance en y rajoutant des détails repris de la recommandation internationale¹⁸:

- Le détenteur de l'instrument de musique est domicilié en Suisse
- L'instrument est emporté à l'étranger à des fins de concerts, d'enregistrements, de concours etc.
- L'instrument de musique doit être identifié de manière adéquate
- L'instrument est transporté dans les bagages
- L'instrument ne peut pas être vendu avec ce passeport».

« [...] Après examen de la demande, le passeport pour instrument de musique peut être établi contre paiement de l'émo-

16 RS 453.0.

17 OSAV, *Passeport pour les instruments de musique (Musical instrument Certificate)*, (www.blv.admin.ch sous thème Affaires internationales – CITES – Animaux et plantes sauvages, mise à jour le 22.01.2014).

18 Réf. cit. sous note précédente.

Un nouveau passeport pour instruments de musique

lument de CHF 50.- [...] Ce document n'est valable que s'il est signé par le détenteur et assorti d'une fiche de traçabilité, qui doit être estampillée et signée par un fonctionnaire des douanes à chaque franchissement de frontière.

[...] Le passeport pour instrument de musique est valable 3 ans à compter de la date de son établissement et il peut être renouvelé moyennant paiement.»

La division des affaires internationales de l'office a publié également des «Instructions et explications» sur la manière de remplir la formule de demande de passeport où elle précise en particulier qu'«à son expiration, le certificat de propriété doit être renvoyé à l'autorité qui l'a établi»¹⁹.

Sur la même page web que celle du passeport, l'office ajoute la possibilité d'obtenir un certificat supplémentaire, le «Traveling Exhibition Certificate pour les orchestres»:

«Pour les orchestres qui partent en tournée à l'étranger, l'OSAV peut établir un Traveling Exhibition Certificate collectif pour les instruments qui sont envoyés par fret. Cette disposition ne concerne que les instruments fabriqués à partir de spécimens d'animaux ou de plantes d'espèces inscrites aux annexes I à III CITES. La liste des instruments de musique, établie conformément au modèle Excel, doit être jointe à la demande.»

Ces différents textes publiés sur le web doivent à mon avis être qualifiés d'ordonnances administratives interprétatives.

19 Publiées sur le site web de l'OSAV concernant le passeport (cf. note 17).

Ils me paraissent problématiques du point de vue de leur légalité dans la mesure où l'autorité rajoute des conditions allant au-delà de la marge interprétative admissible de la loi et de l'ordonnance, à l'exemple de l'obligation de transporter les instruments dans les bagages, de la signature à chaque passage de douane ou de l'obligation de renvoyer à l'autorité le document après expiration. Le fait que ces règles ont été recopiées quasiment telles quelles du droit international ne répare en rien le défaut de légalité puisque celles-ci sont contenues dans un acte international de soft law: une recommandation fondée sur l'article XI al. 3 let. e CITES. Le fait, par contre, que certaines de ces règles soient reprises du régime ordinaire d'autorisation à l'instar de l'obligation de déclaration (art. 6 de la loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées du 16 mars 2012 [LCITES]²⁰) ne saurait couvrir le défaut que si le passeport devait effectivement être un allègement du régime ordinairement applicable aux instruments de musique, c'est-à-dire s'il n'est pas imposé aux résidents. Tel est le cas de la Suisse qui exempte les musiciens d'autorisation en cas d'usage personnel de leurs instruments comme on le verra plus bas.

On ne trouve par ailleurs nulle part de manière explicite dans l'ordonnance concernant les émoluments perçus par l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (OE-mol-OSAV)²¹ l'émolument de 50 francs annoncé par l'OSAV, qui devrait y être fixé en vertu de l'article 43 OCITES. Le passeport étant l'équivalent d'une autorisation d'exportation selon l'article 13 al. 5 OCITES, un émolument peut être fixé entre 10.- et 60.- francs au titre de certificat d'exportation en vertu de l'article 19 OE-mol-OSAV.

L'Union européenne n'est pas en reste puisqu'elle a repris et codifié encore plus précisément la recommandation internationale par règlement du 15 janvier

20 RS 543.

21 RS 916.472.

2015, toujours dans le but de «simplifier la circulation transfrontière à des fins non commerciales d'instruments de musique»²².

3. Scherzo capriccioso – Le régime juridique applicable aux instruments de musique

Parvenus à ce stade, le lecteur et la lectrice seront curieux de comprendre comment ce nouveau document peut non seulement diminuer le fardeau bureaucratique, mais surtout contribuer efficacement à la lutte contre la contrebande et le braconnage des éléphants d'Afrique. Ces textes posent en effet moult problèmes que le format du présent billet ne permet que d'esquisser. On ne commentera ici que très schématiquement le cadre juridique de la protection des espèces et son application aux instruments de musique.

3.1 Le cadre juridique général de la convention de Washington

Le but de la convention de Washington est de réglementer le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction. Le moyen principal pour atteindre cet objectif est en soi très simple: quiconque entend importer, faire transiter ou exporter des spécimens d'espèces inscrites aux annexes I à III CITES doit obtenir une autorisation (en Suisse, de l'OSAV - art. 7 al. 1^{er} LCITES).

Par spécimens d'espèces, on comprend «les animaux et les plantes, vivants ou morts, d'une espèce protégée, leurs parties facilement identifiables, les produits fabriqués à partir de ces ani-

22 Règlement (UE) 2015/56 de la Commission du 15 janvier 2015 modifiant, en ce qui concerne le commerce des espèces de faune et de flore sauvages, le règlement (CE) no 865/2006 portant modalités d'application du règlement (CE) no 338/97 du Conseil.

maux et de ces plantes qui sont facilement identifiables» (art. 3 let. a LCITES). Aucune quantité minimale n'est prévue. Dès qu'un instrument de musique contient ne serait-ce qu'une trace d'un tel spécimen, il entre dans le champ d'application de la convention.

Ces espèces sont classées en trois niveaux de protection correspondant aux annexes I, II et III (art. II CITES): les espèces inscrites à l'annexe I appartiennent à la catégorie offrant le plus haut degré de protection qui comprend toutes les espèces actuellement menacées d'extinction; celles qui le sont à l'annexe II ne sont pas nécessairement menacées actuellement d'extinction mais pourraient le devenir si le commerce de ces espèces n'était pas soumis à une réglementation stricte; celles de l'annexe III sont celles que les Etats membres soumettent à une réglementation et qui nécessitent la coopération des autres Etats pour le contrôle de leur commerce.

Pour franchir la frontière, un permis d'exportation et d'importation est exigé pour les espèces de l'annexe I (art. III CITES); un permis d'exportation suffit pour l'annexe II (art. IV CITES) et III (art. V CITES) avec certains allègements dans ce dernier cas. Un permis distinct est requis pour chaque expédition de spécimens (art. VI al. 5 CITES). Le permis d'exportation n'est valable que six mois (art. VI al. 2 CITES).

La convention opère une distinction supplémentaire au sein de chaque catégorie selon que le spécimen a été acquis avant ou après sa mise sous protection. S'il a été acquis après, le régime ordinaire s'applique. S'il l'a été avant, le spécimen est qualifié de «pré-convention» (art. 11 OCITES) et le régime d'autorisation ne s'applique en principe pas si l'autorité «délivre un certificat à cet effet» (art. VII al. 2 CITES). La Suisse exige cependant une autorisation à chaque passage, auquel

le requérant a toutefois droit s'il dispose d'un tel certificat (art. 11 et 3 al. 1er let. c OCITES).

Le droit de l'Union européenne assouplit, en son sein, la commercialisation des instruments antiques sous l'étiquette de «spécimens travaillés acquis plus de cinquante ans auparavant», c'est-à-dire «les spécimens dont l'état brut naturel a été largement modifié pour en faire des bijoux, des objets décoratifs, artistiques ou utilitaires, ou des instruments de musique, plus de cinquante ans avant l'entrée en vigueur du présent règlement» qui est intervenue le 3 mars 1997 (art. 2 let. w et 8 al. 1 et 3 du règlement 338/97²³ *cum* art. 62 al. 3 du règlement 865/2006). Le droit suisse ne connaît pas une telle particularité.

3.2 L'exception pour les objets personnels ou à usage domestique

La convention de Washington vise à réglementer le commerce international des espèces protégées. Si le fait de franchir la frontière pour, par exemple, vendre l'objet protégé est évidemment touché, le déplacement à l'étranger avec l'objet dans un simple but récréatif l'est également; il peut cependant bénéficier d'une exception s'il s'agit d'un «objet personnel ou à usage domestique» (art. VII al. 3 CITES; art. 8 al. 1 let. a LCITES et art. 22 OCITES).

La convention définit en effet le mot «commerce» comme comprenant l'importation et l'exportation (art. I let. c CITES). La loi suisse définit l'«importation» comme l'«introduction» de spécimens sur le territoire suisse et l'«exportation» comme le «transport» de spécimens hors du territoire (art. 3 let. d

23 Règlement (CE) 338/97 du Conseil relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce.

et f LCITES). L'intention de mettre l'espèce protégée sur le marché n'est pas exigée lorsque l'on traverse la frontière. Par conséquent, le musicien «exporte» et «importe» son instrument fabriqué avec des espèces protégées lorsqu'il franchit la douane pour assister à une répétition ou donner un concert.

La convention ajoute toutefois une exception à l'exception (=retour à la règle de l'autorisation ordinaire) s'il s'agit de spécimens qui ont été acquis par leur propriétaire en dehors de son Etat de résidence permanente (art. VII al. 3 let. a et b CITES) et une exception à l'exception à l'exception (=retour à l'exception) pour les spécimens précédents pré-convention (art. VII al. 3 *i.f.* CITES).

La Conférence des parties a précisé dans une recommandation ce qu'il faudrait comprendre sous l'exception pour objets personnels; elle a par exemple exonéré de permis l'importation de caviar d'esturgeon (*Acipenseriformes spp.*) jusqu'à 125 g par personne²⁴. Elle ne l'a en revanche pas fait dans le cas des musiciens donnant des concerts à l'étranger; elle a traité ce cas dans une recommandation spécifique: la recommandation de 2013 précitée demandant d'introduire un certificat pour instruments de musique.

3.3 Le régime juridique du passeport pour instruments de musique

Pour simplifier carrément le système, la Conférence des parties aurait pu proposer de généraliser l'exception des objets personnels aux instruments de musique. Elle ne l'a toutefois pas fait au motif que «de nombreuses Parties n'appliquent pas pleinement

24 ConfCITES, *Contrôle du commerce des spécimens constituant des objets personnels ou à usage domestique*, Résolution Conf. 13.7 (Rev. CoP16) (www.cites.org/fra/res/13/13-07R16.php).

les dérogations relatives aux objets personnels ou à usage domestique [...] en raison de mesures internes plus strictes ou d'autres dispositions, ce qui entraîne de lourdes formalités administratives pour les particuliers voyageant fréquemment à l'étranger avec des instruments fabriqués à partir d'espèces inscrites aux annexes CITES alors qu'ils pourraient être dispensés des documents requis au titre de la Convention»²⁵. Elle reconnaît donc la diversité des pratiques étatiques, oscillant entre la dispense complète au titre de l'exception pour objets personnels (exemple de la Suisse comme on le verra ci-dessous), et des mesures plus strictes encore (exemple des États-Unis comme on l'a vu ci-dessus).

La convention autorise en effet explicitement les États à prendre des «mesures internes plus strictes en ce qui concerne les conditions auxquelles le commerce, la capture ou la récolte, la détention ou le transport de spécimens d'espèces inscrites aux Annexes I, II et III sont soumis, mesures qui peuvent aller jusqu'à leur interdiction complète» (art. XIV al. 1^{er} let. a CITES).

La Conférence s'est donc ralliée sur un point médian: une simplification pour les pays qui n'appliquent pas aux instruments de musique l'exception des objets personnels; un alourdissement bureaucratique en revanche pour les autres selon la manière dont on interprète la recommandation.

A ce jour, la Suisse continue d'appliquer aux instruments de musique l'exception pour objets person-

25 ConfCITES, *Passages transfrontaliers fréquents, à des fins non commerciales, d'instruments de musique*, Résolution Conf. 16.8, préambule.

nels²⁶. Les bases légales relatives au certificat pour instruments de musique (appelé « passeport » en Suisse dans les directives publiées sur le site web officiel des autorités fédérales et « certificat » à l'article 13 al. 1^{er} let. d OCITES) sont en effet dispositives: elles ne confèrent que la compétence à l'autorité fédérale de délivrer un tel certificat à des conditions définies (art. 13 al. 1 let. d OCITES) sans exiger un tel document ni pour l'entrée en Suisse, ni pour la sortie. Le droit suisse se borne à reconnaître que les certificats étrangers délivrés pour plusieurs franchissements de frontière sont équivalents à des autorisations d'importation ou d'exportation notamment (art. 14 OCITES).

Le droit de l'Union européenne subordonne en revanche explicitement l'introduction d'instruments de musique dans l'Union soit d'un document d'exportation ou d'un permis d'importation, soit d'un « certificat pour instrument de musique délivré par un pays tiers dans des conditions similaires »:

« Introduction dans l'Union d'instruments de musique accompagnés de certificats délivrés par des pays tiers – L'introduction dans l'Union d'un instrument de musique n'est pas soumise à la présentation d'un document d'exportation ou d'un permis d'importation, pour autant qu'il fasse l'objet d'un certificat pour instrument de musique délivré par un pays tiers dans des conditions similaires à celles prévues par les articles 44 nonies et 44 undecies. La réexportation de cet instrument de musique n'est pas soumise à la présentation d'un certificat de réexportation. » (art. 44 septdecies règlement 865/2006²⁷).

26 Information à l'auteur du 9 juin 2015.

27 Règlement (CE) 865/2006 de la Commission du 4 mai 2006 portant modalités d'application du règlement (CE) n o 338/97 du Conseil relatif à la protection des espèces de faune et de

A la lecture de cette nouvelle règle, la question se pose de savoir si l'exception pour effets personnels (chapitre XIV règlement 865/2006) s'applique ou continue de s'appliquer aux instruments de musiques dans la mesure où ces derniers sont dorénavant au bénéfice d'une règle spéciale (nouveau chapitre VIII ter règlement 865/2006). Si la systématique de l'acte (chapitre spécifique spécial et postérieur) ainsi que sa lettre («pour autant qu'il fasse l'objet d'un certificat»; «provided that»; «sofern»; «a patto che»; «siempre que») pourraient à première vue le laisser penser, le but – répété – de simplifier le système doit à mon avis avoir pour conséquence que l'exception pour objets personnels reste applicable aux instruments de musique lorsque le pays tiers en fait de même.

Cette solution découle par analogie de la position adoptée par la Commission européenne dans son guide sur l'application de la CITES en droit de l'Union. Comme on le verra ci-après, le régime du passeport ne s'applique pas si l'instrument contient des espèces de l'annexe I (=annexe A en droit européen) acquises après leur mise protection. Dans ce cas, les lourdeurs du régime ordinaire devraient théoriquement s'appliquer. Or le guide exonère ces instruments de toute autorisation en proposant de leur appliquer l'exception pour objets personnels s'il n'est pas possible de prouver qu'il s'agit de spécimens pré-convention: «Musical instruments derived from an Annex A-listed species for which pre-Convention acquisition cannot be proven may be (re-)exported or imported from/into the EU as “personal effects or household goods” provided certain conditions are met.»²⁸

flore sauvages par le contrôle de leur commerce.

28 Commission européenne/Traffic, *Reference Guide : European Union Wildlife Trade Regulations*, janvier 2015, p. 89 (http://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/referenceguide_en.pdf).

Le principe de proportionnalité impose, à mon avis, une telle interprétation comme on le verra plus bas. Le fardeau administratif serait sinon kafkaïen pour le passage des musiciens entre l'Union européenne et la Suisse par exemple:

A chaque passage de frontière, le titulaire du certificat pour instruments doit en effet:

- a) en remettre l'original pour vérification,
- b) remettre l'original et une copie de la fiche de traçabilité
- c) à un bureau de douane désigné conformément à l'article 12 al. 1^{er} du règlement 338/97, c'est-à-dire un bureau doté d'un personnel suffisant et disposant d'une formation appropriée²⁹.

Ensuite, après avoir rempli la fiche de traçabilité, le bureau de douane doit:

- d) restituer les originaux des documents au titulaire,
- e) apposer son visa sur la copie de la fiche de traçabilité et
- f) transmettre cette copie visée à l'organe de gestion compétent (art. 44 quaterdecies du règlement 865/2006).

La circulation *au sein* de l'Union européenne des instruments reste en revanche libre. Le certificat peut en effet être utilisé comme permis d'importation en cas d'introduction *dans l'Union* (art. 44 decies let. a règlement 865/2006 *cum* art. 4 règlement 338/97) ou d'exportation en cas de sortie *de l'Union* (art. 44 decies let. b règlement 865/2006 *cum* art. 5 règlement 338/97).

3.4 Les instruments de musique visés par le passeport

Le passeport s'applique aux instruments de musique

²⁹ La liste est publiée à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/list_points_of_entry.pdf.

contenant n'importe quel spécimen d'animaux ou de plantes d'espèces inscrites dans l'une des trois annexes de la CITES (art. 13 al. 1 let. d OCITES), y compris s'ils ont été fabriqués avec des espèces qui n'étaient *pas encore protégées* au moment de l'acquisition de l'instrument, comme la recommandation CITES et le droit de l'UE le précisent (spécimens pré-convention). Pour les instruments qui contiennent des spécimens acquis après la protection de l'espèce, le passeport ne s'applique en revanche qu'aux instruments fabriqués avec des espèces appartenant aux annexes II et III, c'est-à-dire moins menacées d'extinction imminente. Au contraire du droit suisse, le droit européen (art. 44 *nonies* al. 1 let. a du règlement 865/2006) et la recommandation de la Conférence des parties précisent explicitement cette limitation:

La Conférence des parties «recommande, pour les passages transfrontaliers, à des fins non commerciales, d'instruments de musique fabriqués à partir d'espèces CITES autres que des spécimens de l'Annexe I acquis après l'inscription de l'espèce aux annexes que les Parties délivrent un certificat pour instrument de musique pour tout instrument de musique fabriqué à partir de spécimens pré-Convention d'espèces inscrites aux Annexes I, II ou III appartenant à des particuliers, ou pour tout instrument appartenant à des particuliers et contenant des spécimens inscrits aux Annexes II ou III acquis après la date d'inscription effective («objets personnels») pour faciliter les passages transfrontaliers fréquents d'instruments de musique à des fins non commerciales, notamment, mais pas exclusivement, pour une utilisation personnelle, un spectacle, une exposition ou un concours» (let. a).

Les instruments de musique sont susceptibles de contenir des éléments ressortissant à l'annexe I, à l'instar du palissandre de Rio (*Dalbergia nigra*) pour les guitares ou les clarinettes par exemple ou, pour les

archets, de l'ivoire d'éléphant d'Asie (*Elephas maximus*) ou d'Afrique (*Loxodonta africana*), des écailles de tortue de mer (*Cheloniidae spp.*) ainsi que – signe des muses – de tortue luth (*Dermochelys coriacea*). Ils peuvent également contenir des espèces répertoriées à l'annexe II, tel le cuir de Varan (*Varanidae*) pour les archets ou du ramin (*Gonystylus spp.*) pour les baguettes de tambour.

Ces classifications peuvent s'avérer toutefois assez complexes. Les archets incrustés d'ivoire d'éléphant d'Afrique relèvent en principe de l'annexe I. Si l'ivoire provient toutefois de populations de l'Afrique du Sud, du Botswana, de la Namibie et du Zimbabwe, il est placé dans l'annexe II; ce qui, en passant, autorise les transactions non commerciales portant sur des trophées de chasse...³⁰ Si les archets sont ouvragés en bois de pernambouc (*Caesalpinia echinata*), ils sont francs de toute autorisation, y compris du passeport, car cette matière ne relève de l'annexe II CITES que si le bois est brut.

Une petite note interprétative en annexe à la convention explique en effet que la mise sous protection du pernambouc ne vise que «les grumes, les bois sciés, les placages, y compris les articles en bois non finis utilisés dans la fabrication des archets d'instruments de musique à cordes» (#10) et non les archets ouvragés. Seuls les luthiers sont donc pour l'instant visés; les musiciens peuvent encore attendre avant de goûter au toucher de la fibre de carbone.

3.5 L'exception pour «exposition d'animaux ou de plantes itinérants» applicable aux orchestres en tournée

L'instrument au bénéfice d'un passeport doit être transporté dans les bagages³¹. S'il est envoyé par la

30 Annexe II, note de bas de page 22 let. a CITES.

31 Cf. ci-dessus ch. 2.

poste ou par fret, il est soumis au régime ordinaire³². Si le pays de destination ne reconnaît pas pleinement l'exception pour objets personnels, les orchestres en tournée qui affrètent leurs instruments seront soumis à de complexes tracasseries administratives. C'est pourquoi ils peuvent obtenir un certificat collectif pour « exposition itinérante » (*Traveling Exhibition Certificate*).

Cette exception se fonde sur l'article art. VII al. 7 CITES qui permet à tout Etat d'accorder des dérogations et d'« autoriser sans permis ou certificats les mouvements des spécimens qui font partie d'un zoo, d'un cirque, d'une ménagerie, d'une exposition d'animaux ou de plantes itinérants ».

L'interprétation est audacieuse: quel autre lecteur que Camille Saint-Saëns avec sa *Grande fantaisie zoologique* qu'est son *Carnaval des Animaux* aurait pu raisonnablement assimiler un orchestre en tournée à une « exposition d'animaux ou de plantes itinérants » aux côtés d'un zoo, d'un cirque et d'une ménagerie?! La Conférence des parties a accompli ici un véritable tour de force sémantique qui laisse perplexe³³.

Le secrétariat CITES était bien conscient de l'extravagance du procédé lorsque l'on lit les commentaires qu'il a apportés, lui-même, à la proposition américaine:

32 Cf. ci-dessous ch. 4 pour une interprétation plus nuancée.

33 ConfCITES, *Permis et certificats*, Résolution Conf. 12.3 (Rev. CoP16) (www.cites.org/fra/res/12/12-03R16.php), ch. VI let. a; fondé sur CITES, *Passages transfrontaliers fréquents, à des fins non commerciales, d'instruments de musique*, Résolution Conf. 16.8, préambule.

«La reconnaissance des orchestres en tant qu'»expositions itinérantes» peut sembler tirée par les cheveux mais satisfait au but de l'auteur» de la proposition³⁴.

On relèvera en passant qu'en droit suisse, ce certificat ne repose dès lors pas sur l'article 13 al. 1 let. d OCITES mais sur la lettre c. Il resterait à examiner quelles conséquences concrètes il en découlerait dans la mesure où l'OSAV ne se réfère à aucune base légale sur son site web pour établir ce document.

A nouveau, compte tenu du but de simplification, ce certificat ne devrait pas être exigé à mon avis lorsque les pays concernés reconnaissent pleinement l'exception de l'usage personnel.

4. Canon – La proportionnalité de la mesure

La question sous-jacente à ce nouveau passeport est aussi ancienne que le droit lui-même: celle de la mise en œuvre, notoirement insuffisante dans le domaine de la protection des espèces, constamment menacées par le braconnage, l'exploitation non durable des ressources et les filières de contrebande cupide. Si, selon le texte même de la convention de Washington, la réglementation du commerce doit être «stricte» pour les espèces inscrites à l'annexe II, elle doit être «particulièrement stricte» pour celles de l'annexe I (art. II al. 1 et al. 2 let. a CITES). Ces affirmations fortes doivent être rappelées, car une telle conception est fondamentalement judicieuse quant à son principe compte tenu du contexte.

La Conférence des parties justifie le fait de ne pas avoir généralisé l'exception pour objets à usage personnel, comme elle l'a fait pour d'autres cas de figure, par le risque, selon elle, que les musiciens s'adonnent à des «activités illégales»: pleinement consciente que

34 Réf. cit. ci-dessus note 4, let. c.

la délivrance répétée d'autorisations pour les instruments de musique «pose des problèmes d'ordre administratif et technique» en cas de franchissements fréquents de frontières, elle reste d'avis que «ces passages devraient être étroitement contrôlés afin d'empêcher des activités illégales» et que «les dérogations prévues par la Convention ne soient pas utilisées pour éviter les mesures nécessaires au contrôle du commerce international des spécimens réalisés à partir d'espèces inscrites aux annexes»³⁵. La Conférence des parties estime en d'autres termes que l'on ne saurait courir le risque de laisser des musiciens passer les frontières sans contrôle des instruments à chaque passage à un poste de douane désigné; le danger que ceux-ci s'adonnent à des «activités illégales» alors qu'ils exercent simplement leurs activités professionnelles ou de loisir serait donc trop élevé.

À quoi pouvaient donc bien penser les délégués des Etats membres lors de cette Conférence des parties? À de la contrebande d'espèces protégées que commettrait un violoniste qui profiterait de vendre son instrument après son concert au lieu d'en jouer ou qui décollerait le cuir de varan (*Varanidae*) de la poussette où il pose le pouce sur son archet historique afin d'écouler ces deux centimètres de cuir tanné sur le marché noir? On perçoit bien le problème s'agissant du passage transfrontière fréquent d'animaux protégés *vivants* appartenant à des particuliers, dont les Etats-Unis se sont inspirés pour proposer de réglementer le passage fréquent d'instruments de musique. Mais l'analogie est plutôt saugrenue: la flore menacée d'extinction court-elle réellement un péril si l'on devait

35 ConfCITES, *Passages transfrontaliers fréquents, à des fins non commerciales, d'instruments de musique*, Résolution Conf. 16.8, préambule.

laisser un musicien franchir librement la frontière italienne pour jouer d'une mandoline en palissandre de Rio (*Dalbergia nigra*) à Venise? Il resterait à démontrer que le risque qu'un musicien s'adonne à des «activités illégales» lorsqu'il est en tournée repose sur un fondement rationnel ou des données statistiques probantes et que les conséquences soient effectivement néfastes pour les espèces concernées.

La règle selon laquelle la réglementation doit être (particulièrement) stricte ne délie toutefois pas les Etats, y compris la Suisse, de respecter le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) dans l'application du droit international. On ne saurait en effet «tirer sur un moineau [*Passer domesticus*] avec un canon», pour reprendre l'adage classique de la proportionnalité en droit³⁶. Même le régime «simplifié» du passeport impose de lourdes contraintes bureaucratiques, puisqu'il exige à chaque franchissement de frontière estampille et signature à un poste de douane désigné et limite à trois ans la validité d'un tel passeport, durée bien inférieure par rapport aux documents d'identité usuels³⁷.

Le fait que la Suisse applique l'exception de l'usage personnel aux instruments de musique semble pétrie de bon sens dans cette perspective. Il devrait, à mon avis, en aller de même non seulement dans le droit de l'Union européenne mais également dans celui de ses différents Etats membres dès lors qu'un pays tiers reconnaît pleinement l'exception pour usage person-

36 Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, *Droit administratif* – Vol. I: *Les fondements généraux*, Berne 2012, p. 809.

37 Le passeport ordinaire et la carte d'identité suisses sont en principe valable dix ans (art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les documents d'identité, RS 143.11).

nel. La mesure poserait sinon un vrai problème aux musiciens suisses allant dans l'Union européenne et vice-versa si cette dernière devait interpréter sa réglementation à la lettre et imposer le régime du passeport dans ses relations avec la Suisse³⁸. Elle deviendrait particulièrement aiguë pour le musicien frontalier de la Suisse qui ne pourrait plus passer par la douane de son choix et devrait déclarer chaque jour à chaque passage son instrument, risquant pour le surplus des sanctions administratives (séquestre et confiscation) et même pénales. De telles pénalités ne seraient en revanche pas infligées par les autorités suisses puisque ces dernières continuent d'appliquer l'exception pour usage personnel.

Relevons toutefois que l'exception applicable aux objets personnels ne résout pas tous les cas de figure:

- L'instrument doit être emporté avec soi ou faire partie des bagages (art. 22 al. 2 OCITES; art. 57 et 58 al. 1 let. a règlement 865/2006); la procédure d'autorisation ordinaire devrait donc s'appliquer en cas d'envoi postal ou par fret si l'on s'en tenait à une interprétation littérale. En tenant toutefois compte du but de simplification visé et de la systématique de la législation, il faut à mon avis admettre que les instruments expédiés préalablement ou envoyés après coup tombent également dans le champ de l'exception. Le droit douanier reconnaît à cet égard que «sont également admis en franchise les effets personnels que les personnes [...] expédient préalablement ou se font envoyer après coup.» (art. 63 al. 2 de l'*ordonnance sur les douanes* [OD]³⁹).

38 Cf. ci-dessus ch. 3.3.

39 RS 631.01.

- Si l'instrument contient des spécimens *pré-convention* (c'est-à-dire acquis avant leur mise sous protection), l'exception s'applique en plein (art. 22 al. 5 OCITES).
- S'il contient en revanche des spécimens acquis alors qu'ils étaient *déjà protégés*, il faut distinguer selon que les espèces relèvent de l'annexe I ou II. Si elles relèvent de la première, l'exception *ne s'applique pas* si les instruments ont été acquis par leur propriétaire hors de son pays de résidence habituelle et s'ils sont importés dans ce pays. S'ils relèvent de l'annexe II, le régime est assoupli en ce sens que sont rajoutées les deux conditions suivantes: les espèces protégées doivent avoir été prélevés dans la nature dans le pays où ils ont été acquis et ce dernier doit subordonner leur exportation à un permis.

Ainsi un archet de violon qui contiendrait une plaquette d'ivoire d'un éléphant d'Asie acquise après le 1^{er} juillet 1975 (date d'inscription d'*Elephas maximus* à l'annexe I), acheté par un musicien résidant à Genève chez un luthier genevois, serait exempté de toute autorisation pour une répétition ou un concert à Annemasse, si le droit de l'Union européenne et le droit français devaient, à l'instar du droit suisse, reconnaître l'exception pour usage personnel.

En revanche, si ce même musicien avait acheté son archet chez un luthier français, l'exception pour usage personnel ne s'appliquerait pas, car on se trouve dans l'hypothèse de l'exception à l'exception. Le régime du passeport ne serait d'aucun secours non plus puisqu'il ne s'applique pas aux espèces de l'annexe I acquises *après* leur mise sous protection. Dès lors ce musicien serait assujéti au régime ordinaire (double autorisation d'exportation et d'importation à chaque passage transfrontière) lors de chaque répétition ou concert

en France... Le problème ne se poserait toutefois pas si ce musicien résidait à Mulhouse et qu'il devait se produire à Strasbourg, puisque l'instrument ne quitterait dans ce cas pas le territoire de l'Union européenne.

S'il s'agit d'une espèce appartenant à l'annexe II, par exemple une paire de baguettes de tambour en ramin (*Gonystylus spp.*) acquises par un musicien suisse après la mise à l'annexe de ce bois, il faut distinguer selon que cette espèce a été prélevée ou non dans la nature du pays où les baguettes ont été acquises. Si elles ont été achetées en Suisse ou en France (c'est-à-dire des pays où un tel bois n'est pas prélevé), l'exception pour usage personnel peut s'appliquer. Si le ramin utilisé devait provenir en revanche du sud de Bornéo, l'exception pour usage personnel *ne s'appliquerait pas* dans l'hypothèse où le batteur suisse les aurait achetées à Bornéo et si l'Indonésie devait subordonner l'exportation de ce bois à autorisation. Dans ce cas cependant, le musicien pourrait bénéficier du régime «simplifié» du passeport puisqu'il ne s'agit pas d'une matière relevant de l'annexe I.

- L'exception pour usage personnel fait tomber l'obligation de *déclaration en douane fondée sur le droit de la protection des espèces* (art. 6 al. 1 LCITES; 5 al. 1 OCITES; art. 1 et 7 al. 1 et 2 de l'ordonnance sur les contrôles CITES⁴⁰) puisque l'instrument n'est pas sujet à autorisation dans ce cas.

L'obligation de déclaration normalement applicable (par exemple en cas de commercialisation) vise les pianos ainsi que les instruments à corde, à vent et à percussion (ch. 2.4.4 annexe I de l'ordonnance sur les contrôles CITES) à l'exemple des clarinettes en palissandre de Rio ou bois de rose brési-

40 RS 453.1.

lien ou jacaranda (*Dalbergia nigra*)⁴¹ ou des castagnettes, marimbas et xylophones, avec du macacauba (*Platymiscium pleiostachyum*), du palissandre de Rio ou bois de rose brésilien ou jacaranda (*Dalbergia nigra*) ou avec du bois de cactées des forêts pluviales (*Trichocereus = Echinopsis spp., Eulychnia spp.*)⁴².

- L'exception pour usage personnel ne fait en revanche pas tomber l'obligation de *déclaration en douane fondée sur la législation douanière* (art. 22 al. 1 *i.f.* OCITES). Dès lors, un instrument exempté d'autorisation CITES au titre de l'exception pour usage personnel peut nonobstant devoir être déclaré en douane, pour des motifs purement douaniers, à l'exemple des instruments de musique «non portables»:

Si un instrument n'est pas sujet à autorisation en vertu de la CITES, il n'a pas besoin d'être déclaré (art. 28 al. 1 let. d de la *loi sur les douanes* [LD]⁴³ et 28 de l'*ordonnance de l'AFD sur les douanes* [OD-AFD]⁴⁴: utilisation de la voie «verte») s'il s'agit d'«effet personnel» admis en franchise, à l'instar des «instruments de musique portable» (art. 63 *cum* annexe I ch. 8 de l'*ordonnance sur les douanes* [OD]⁴⁵ et 16 al. 1 LD). On en déduit *a contrario* que les «non portables» échappent à ce privilège. Il existe toutefois une porte de sortie s'il s'agit d'effets de déménagement (art. 8 al. 2 let. c LD) ou d'un instrument pour l'enseignement (art. 8 al. 2 let. f LD).

41 Numéro de tarif douanier 9205.1000 9205.9010–9090 selon ch. 2.4.4 annexe I de l'*ordonnance sur les contrôles CITES*.

42 Numéro de tarif douanier 9206.0000 selon ch. 2.4.4 annexe I de l'*ordonnance sur les contrôles CITES*.

43 RS 631.0.

44 RS 631.013.

45 RS 631.01.

En pratique, la mise en œuvre et le contrôle de cette réglementation peut s'avérer être redoutablement complexe au point de devenir soit impossible, soit disproportionnée. Le risque est grand de choir dans l'absurde comme le démontre la mésaventure suivante relatée par la NZZ: un Stradivarius prêté en Suisse par un collectionneur, possiblement incrusté d'ivoire sur son bord, a été confisqué au poste de douane de l'aéroport de Klotten à son retour d'une exposition à Crémone, la ville du fameux luthier; l'expert mandaté par l'OSAV n'a pu que constater l'impossibilité de procéder à une analyse probante d'échantillons incrustés de si petite taille⁴⁶.



47

5. *Finale – Une Sonatine bureaucratique?*

Les espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction ou en voie de l'être doivent indubitablement être protégées (art. 78 al. 4 Cst.). La conservation d'une biodiversité et la protection des ressources naturelles s'imposent aujourd'hui plus que jamais pour qui souhaite un développement durable de la planète (art. 73 Cst.). Si le passeport pour instruments

46 Schader 2014 (réf. cit. ci-dessus note 3).

47 L'illustration est reprise de Schader 2014.

de musique (qualifié juridiquement de «certificat») a été proposé par les Etats-Unis dans le noble but de simplifier les procédures et de protéger les éléphants d'Afrique de l'extinction, force est de constater que les formalités de ce nouveau document restent particulièrement tatillonnes. La Conférence des parties à la convention de Washington aurait été bien inspirée d'évaluer plus sérieusement le risque objectif pour la biodiversité que représente un musicien en tournée de concert à l'étranger: n'aurait-il pas été plus proportionné de généraliser dans ce cas l'exception pour usage personnel, comme la Suisse l'admettait avant l'implémentation de la proposition étatsunienne, et comme elle la pratique encore?

Dans tous les cas de figure, il faut à mon sens interpréter ces nouvelles règles en ce sens qu'elles n'exigent aucun certificat ni autorisation lorsque les Etats concernés font bénéficier de l'exception pour objet personnel les musiciens emportant leur instrument à l'étranger. Le droit international ne s'oppose à mon avis pas à une telle interprétation dans la mesure où le but est de simplifier le système. Les Etats disposent à cet égard d'une large marge de manœuvre puisque ce passeport n'est proposé que sur la base d'une recommandation internationale, acte juridiquement non obligatoire, mais qui, comme en l'espèce, paraît s'avérer être aussi efficace, si ce n'est plus, qu'une règle de droit ordinaire.

En faisant entrer inutilement la nature en conflit avec la culture (musicale), on constatera pour conclure que l'enfer est une fois de plus pavé de bonnes intentions. Serait-ce une nouvelle descente d'*Orphée* – qui de sa lyre savait jusqu'alors si bien charmer les animaux sauvages et les arbres – *aux Enfers* administratifs moqués avec tant de drôlerie par Erik Satie dans sa

Un nouveau passeport pour instruments de musique

vacharde *Sonatine bureaucratique*? Ou serait-ce plus
prosaïquement l'expansion d'une culture (juridique)
en définitive contre nature?

Du paysage cultivé à la culture du paysage

Jean-Michel Henny

Docteur en droit, Avocat, Chargé de cours à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Astrantia major (grande astrance) est une ombellifère ou apiacée; ses fleurs ont des pétales connivents; les ombelles, généralement simples, sont entourées d'une collerette de bractées blanches ou rosées, scarieuses, lancéolées-aigües, réticulées, dépassant les fleurs¹.

Après avoir été chasseurs nomades, les hommes sont devenus paysans sédentaires. Ils se sont astreints à semer pour récolter. L'agriculture était née.

Au fil du temps et pour nourrir une population toujours plus nombreuse, l'agriculture s'est faite plus intensive. Le tracteur a remplacé l'animal de trait; les engrais artificiels ont dopé la production de céréales issues d'obtentions végétales nouvelles. Mais il a aussi fallu lutter contre les insectes et les plantes nuisibles, ainsi que contre les maladies cryptogamiques. Tant d'artifices se sont révélés bientôt excessifs. Un retour à la nature s'est imposé. L'agriculture tente de retrouver des systèmes d'exploitation plus extensifs; les produits biologiques inondent les étals et

1 *Flora Helvetica*, Berne 2007.

les concepts de biodynamie et de durabilité sont à la mode.

En Suisse, le législateur est devenu particulièrement attentif au secteur agricole pendant la Seconde guerre mondiale².

Le fameux *Plan Wahlen* a transformé les parcs publics en champs de pommes de terre. Par la suite, un article constitutionnel, une loi fédérale sur l'agriculture et de multiples règles annexes ont accompagné les paysans helvétiques jusqu'à la révolution des paiements directs à la fin du XX^e siècle; il s'agissait de se conformer aux traités internationaux signés dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

La Confédération cesse alors de soutenir les prix du lait et des céréales. Les mécanismes de protection en place à la frontière et dans le pays sont remplacés par des versements directs aux agriculteurs, sommes destinées à compenser la baisse des prix des produits agricoles et à permettre aux bénéficiaires d'assurer leur survie économique. On en profite pour inciter les paysans à mieux préserver l'environnement et à garantir le bien-être des animaux de ferme. La liste de ces outils, décrits méticuleusement dans l'Ordonnance fédérale sur les paiements directs³ rappelle le catalogue de Leporello⁴:

-
- 2 Pierre MOOR, *Agriculture*, Lausanne 1985; Jean-Michel HENNY, *L'importation de produits agricoles. Une réglementation et sa mise en œuvre*, Thèse Lausanne, 1981.
 - 3 Ordonnance sur les paiements directs versés dans l'agriculture du 23 octobre 2013 (OPD; RS 910.13).
 - 4 Il n'y en a peut-être pas « mille e tre » mais tous les éléments qui suivent sont strictement ceux de l'OPD, sans l'exagération ou la vantardise du valet de Don Giovanni.

Il y a des paiements pour:

- Les surfaces en pente;
- Les surfaces en forte pente;
- La mise à l'alpage et l'estivage;
- La sécurité de l'approvisionnement ;
- La production dans des conditions difficiles;
- Favoriser la biodiversité pour les surfaces et éléments suivants:
 - prairies peu intensives;
 - pâturages extensifs;
 - pâturages boisés;
 - surfaces à litière;
 - haies, bosquets champêtres et berges boisées;
 - prairies riveraines d'un cours d'eau;
 - jachères florales;
 - jachères tournantes;
 - bandes culturales extensives;
 - ourlet sur terres assolées;
 - arbres fruitiers haute-tige;

- arbres isolés indigènes adaptés au site et allées d'arbres;
- surfaces viticoles présentant une biodiversité naturelle;
- surfaces herbagères et surfaces à litière riches en espèces dans la région d'estivage;
- surfaces de promotion de la biodiversité spécifiques à la région;
- bandes fleuries pour les pollinisateurs et les autres organismes utiles.

Mais aussi des contributions pour:

- La qualité de la biodiversité;
- La mise en réseau;
- La culture biologique;
- La culture extensive de céréales, de tournesols, de pois protéagineux, de féveroles et de colza;
- La production de lait et de viande basée sur les herbages.

Mais encore pour le bien-être des animaux (contributions éthologiques) en favorisant:

- Les systèmes de stabulation particulièrement respectueux des animaux;

- Les sorties régulières en plein air pour veaux, vaches, cochons, couvées, moutons, lapins et buffles d'Asie, notamment.

Et il ne faut pas oublier les efforts à subventionner pour favoriser:

- Une utilisation efficace des ressources en diminuant les émissions nauséabondes lors de l'épandage du purin en utilisant des pendillards⁵;
- Des techniques culturales préservant le sol, comme le semis direct ou les bandes fraisées et strip-till;
- La renonciation aux herbicides;
- Une application plus précise des produits phytosanitaires grâce à des pulvérisateurs sous-foliaires ou anti-dérive ou des turbodiffuseurs.

Mais une nouvelle révolution législative et réglementaire arrive en 2013. L'objectif n'est plus exclusivement agricole au sens de la culture du sol ou de l'élevage des animaux. La Confédération verse des contributions «au paysage cultivé»⁶ et «à la qualité du paysage»⁷.

Les contributions au paysage cultivé sont destinées à maintenir un «paysage ouvert» en limitant la progres-

5 www.blw.admin.ch > Thèmes > Paiements directs > Prestations écologiques requises > Bilan de fumure équilibré > Guide Suisse-Bilan, édition 1.12, juillet 2014.

6 Art. 42 et ss OPD.

7 Art. 63 et ss OPD.

sion de la forêt. Elles ne sont destinées qu'aux zones des collines et de montagne⁸. L'objectif est de maintenir une surface cultivable aussi grande que possible et de lutter contre la disparition des terres productives au profit de la forêt qui regagne peu à peu les espaces défrichés par l'homme au cours des siècles. Ce sont clairement des aides favorisant la production.

Il n'en va pas de même des contributions à la qualité du paysage. Selon l'ordonnance, la Confédération soutient des projets cantonaux de préservation, promotion et développement de paysages cultivés diversifiés. Elle accorde son soutien à condition que le canton verse des contributions aux exploitants pour des mesures de promotion de la qualité du paysage convenues par contrat. Les projets cantonaux doivent «reposer sur des concepts régionaux existants ou être développés dans la région en collaboration avec les milieux intéressés [...] les mesures doivent être axées sur les objectifs régionaux [...] les contributions sont fixées par mesure en fonction du coût et de la valeur de cette mesure». On ne saurait être plus vague et imprécis sur les objectifs qualitatifs poursuivis. Pour le moment, la Confédération semble faire confiance aux cantons, contrairement à la pratique usuelle en matière d'agriculture. C'est une heureuse exception.

Mais c'est bien une révolution que nous vivons⁹.

8 Ordonnance sur le cadastre de la production agricole et la délimitation de zones (Ordonnance sur les zones agricoles; RS 912.1).

9 La Confédération peut certes accorder une aide financière en faveur de la sauvegarde et de la gestion de paysages ruraux traditionnels au sens de l'ordonnance du 3 mai 1991 (RS 451.51); mais il s'agit de protéger ou de remettre en état des éléments existants; on ne retrouve pas ici la notion de promotion de la qualité. D'ailleurs, cette réglementation ne se fonde

La Confédération ne se borne plus à soutenir la production agricole, soit la qualité et la quantité des produits de la terre. Elle initie la promotion de la *qualité du paysage*. Le paysage n'est pas un produit du sol, même s'il est en partie la conséquence du travail du paysan ou du vigneron; les pentes abruptes, mais entretenues comme un jardin d'agrément de la vallée uranaise du Schächental, ou les coteaux de Lavaux ne seraient que forêts et broussailles s'ils n'étaient cultivés.

L'agriculture devient un art qu'il faut soutenir. La Confédération se fait artiste ou plutôt mécène. La Loi fédérale sur l'agriculture accède à un nouveau statut. On promeut le paysage comme on soutient le cinéma¹⁰.

Pour le moment, le mécène n'impose que peu de contraintes. Il ne veut pas de forêt ou de broussaille inconvenante dans le paysage cultivé, mais laisse aux cantons et aux organisations professionnelles le soin de lui présenter des projets qu'il pourra soutenir ou non. Il ne semble pas vouloir imposer une image uniforme et stéréotypée du paysage de l'Engadine au Seeland. Mais la tentation pourrait être grande, dans le cadre de l'application d'une stricte égalité de traitement et de directives rigides, d'orienter l'attribution des contributions à ce qui serait seul considéré comme «paysage suisse».

Les vrais fédéralistes, qui aiment la variété de nos paysages helvétiques, seront attentifs. Il faut éviter les

pas sur la norme constitutionnelle propre à l'agriculture, mais sur l'art. 78 Cst. qui concerne les mesures de protection de la nature et du patrimoine.

10 Loi fédérale sur la culture et la production cinématographique (RS 443.1).

erreurs du passé et empêcher que la Confédération imite Polypémon¹¹ qui voulait tout uniformiser. Si cela devait malheureusement arriver, on devrait alors considérer que le législateur fédéral a imprudemment ouvert la boîte de Pandore.

11 Alias Procuste.

«L'allocation de ressources rares est donc par essence inégalitaire»¹

Peter Knoepfel

Docteur en droit, Professeur honoraire à l'IDHEAP, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Promeneur éternel sur notre planète, philosophe dans la pensée et dans les faits par ta curiosité inépuisable, tu nous présentes, dans ta «théorie micropolitique du droit», entre autres idées passionnantes, des réflexions fondamentales sur la pénurie des ressources naturelles à la fois simples et clairvoyantes.

Oui, «l'allocation des ressources rares est [...] par essence inégalitaire – et cela même si on écarte la solution la plus extrême (quoique la plus courante) qui est celle de l'appropriation par les plus puissants»². Tu affirmes que l'Etat doit apprendre à gérer la pénurie, et ceci ne va pas sans «introduire des discriminations qui installent des inégalités de droit parce qu'il n'est pas possible de faire autrement pour gérer la pénurie»³.

1 Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, p. 134.

2 Ibid., p. 134.

3 Ibid., p. 134.

Ceci nécessitera, selon toi, un abandon de la logique conditionnelle qui définit «de manière générale et abstraite les conditions auxquelles est subordonnée la naissance de droits ou d'obligations»⁴. Cette nouvelle logique se substituerait à une logique de l'action finale qui pose les objectifs et en indique les moyens. La traduction de cette logique passe par des plans d'action qui, par nature, sont plus adéquats à traiter des situations concrètes. «Dès lors, l'action de l'administration, individualisant, concrétisant et dans la mesure où elle concrétise et individualise, particularisant et différenciant, sera guidée par un principe qui va nécessairement être, une fois de plus, d'inégalité.»⁵

Ce n'est pas parce que nous ne le souhaitons pas que nous avons jamais eu l'occasion de parler ensemble de ton dernier livre, mais parce que nous avons normalement d'autres sujets de discussion, sujets à la fois plus concrets et probablement aussi plus proches de nos vies de retraités et de grands-pères. Je profite donc de ce billet pour te dire combien ces réflexions confortent le politiste que je suis, et ceci surtout s'ils proviennent de la plume d'un juriste connu pour ses sympathies pour les sciences politiques.

Ton énoncé excellent vaut premièrement pour les régimes institutionnels de ressources naturelles (mais aussi sociales ou manufacturées) dont la capacité de production est actuellement gravement menacée et dont les biens et les services prélevés par l'homme et par des écosystèmes ne sont en aucun cas extensibles. Le principe de la durabilité, postulé par la Constitution fédérale et le sens commun, exige impérativement une action (re)distributive puissante de l'Etat, si nous vou-

4 Ibid., p. 135.

5 Ibid., p. 137.

«L'allocation de ressources rares est donc par essence inégalitaire»

lons garantir à nos concitoyens et à nos petits-enfants un accès égalitaire à ces ressources, et des usages écologiquement plus soutenus et économiquement moins gaspilleurs. La construction de ces régulations institutionnelles nécessite des plans d'action solidement inégalitaires.

D'où, deuxième appui pour ton énoncé, la nécessité d'une reconnaissance juridique et politique de plans d'action au niveau des produits de l'action publique qui s'intercalent entre la norme générale et abstraite et la décision administrative. De tels plans, par définition individuels (localisés) et, dans la plupart des cas, (encore) abstraits quant à leurs (futurs) contenus qui dépendent de circonstances pas (encore) entièrement connues (par exemple: évolution précise en degré du réchauffement climatique, de la pollution de l'air ou d'une épidémie) doivent être «étanchement» discriminatoires pour être efficaces. Rappelons que de tels plans existent depuis longtemps et qu'il est grand temps que la jurisprudence les reconnaisse à part entière pour en discuter les exigences minimales de légitimation juridique et politique.

Et si on s'y mettait ensemble dans le sens de ton titre «l'inégalité égale», qui clôt le chapitre sur «La norme et la différence», dont sont extraits les citations précitées⁶?

6 Ibid., p. 137.

Une chambre parlementaire supplémentaire?

Vincent Martenet

Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Il est parfois soutenu qu'une chambre supplémentaire non élue, composée d'experts et éventuellement de citoyens désignés par un tirage au sort, doit être instituée pour les générations futures, le développement durable ou, plus simplement, le long terme¹. Dans quelques États, une fonction proche est, dans une certaine mesure, assumée par une commission parlementaire, à l'instar de la Commission permanente pour l'énergie et l'environnement du Parlement de Norvège (*Energi- og miljøkomiteen*), ou par un conseil indépendant, à l'image du Conseil scientifique pour la politique publique aux Pays-Bas (*Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*). Une autre piste que d'aucuns explorent mène à la création d'une assemblée sociale délibérative issue de la société civile².

1 Voir spécialement BOURG/WHITESIDE, *Démocratie*, pp. 92-98; BOURG, *République*, pp. 165-175, *Issues*, pp. 109 s. et *Démocratie*, fin de la dernière section intitulée «Approche macro-institutionnelle des enjeux écologiques de long terme»; voir également SINTOMER, *Démocratie*, pp. 183 et 185.

2 ROUSSEAU, *Démocratie*, pp. 139-152.

Faut-il franchir un pas supplémentaire en créant une véritable chambre parlementaire non élue² ? De bons arguments plaident à tout le moins pour la création d'une institution indépendante composée avant tout d'experts nommés par le gouvernement ou élus par le parlement pour un seul mandat d'une durée d'une dizaine d'années. Adjoindre à ceux-ci des citoyens tirés au sort peut générer une forme de domination des premiers sur les seconds³. D'une part, les parlementaires risquent d'ignorer, de méconnaître ou de ne pas prendre suffisamment en compte les conséquences à long terme de leur activité et, plus largement, de l'activité humaine. D'autre part, l'expertise leur fait vraisemblablement défaut sur des enjeux énergétiques ou environnementaux complexes. Il ne s'agit pas de multiplier les institutions, si bien qu'un allègement de l'architecture peut se justifier en d'autres points. Les fonctions et l'existence même d'un conseil économique et social, dans les États qui en sont dotés⁴, méritent, par exemple, un examen approfondi⁵.

Un tel complément à l'architecture institutionnelle soulève la question de l'étendue des compétences et outils concernés. Quatre types de compétences viennent à l'esprit, deux étant plus problématiques.

3 Sur cette problématique en lien avec la démocratie délibérative, voir FISHKIN, *People*, pp. 100 s. et 128-131; BÄCHTIGER/SETÄLÄ/GRÖNLUND, *Mini-Publics*, p. 233.

4 Voir notamment art. 69-71 Cst. française (« Conseil économique, social et environnemental »). L'adjectif « environnemental » a été ajouté par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

5 Voir ROUSSEAU, *Démocratie*, p. 139, qui propose de remplacer le Conseil économique, social et environnemental français par une Assemblée sociale.

Tout d'abord, la consultation d'une institution inscrivant sa réflexion et ses analyses sur le long terme se justifierait notamment sur les projets de loi, d'acte de planification, de règlement ou de traité ainsi que sur des questions non directement liées à un acte⁶. En cas de modification substantielle d'une loi par des amendements du parlement, une seconde consultation sur demande d'une minorité de celui-ci serait même envisageable, de même qu'une auto-saisine par l'institution elle-même. Dans l'attente d'un avis écrit ou d'une audition de celle-ci, le parlement suspendrait son vote de la loi. Ensuite, il est également concevable que cette institution formule, sans être saisie préalablement, des propositions détaillées ou seulement des principes généraux et des lignes directrices⁷ sur des normes, plans ou décisions à adopter, modifier ou supprimer. Des propositions pourraient également viser des acteurs privés et, plus largement, la société civile. Tant les avis que les propositions seraient rendus publics.

Deux compétences requièrent en revanche une plus grande prudence. En premier lieu, on pourrait imaginer qu'une telle institution soit habilitée à saisir une cour constitutionnelle ou un organe similaire pour les actes étatiques portant atteinte aux normes constitutionnelles environnementales garantissant des droits

6 Voir spécialement art. 129 Cst. tunisienne: «¹L'Instance du développement durable et des droits des générations futures est impérativement consultée pour les projets de lois relatifs aux questions économiques, sociales, environnementales, ainsi que pour les plans de développement. L'Instance peut donner son avis sur les questions qui relèvent de son domaine de compétence. 2 L'Instance est composée de membres compétents et intègres qui exercent leurs fonctions pour un mandat unique de six ans.»

7 En faveur d'une telle solution, BOURG, *République*, pp. 168 s. et *Issues*, p. 110.

fondamentaux justiciables⁸ ou prévoyant des mandats législatifs contraignants et précis. Une telle saisine peut présenter un intérêt réel car les particuliers ou des organisations actives dans ce domaine n'ont généralement pas la compétence pour déclencher un contrôle abstrait des normes, ni celle de provoquer l'adoption d'une loi. De trop grandes attentes sur ce point sont peut-être malvenues, mais il est possible que la cour rende quelques arrêts de principe poussant le parlement ou le gouvernement à agir ou limitant leur action. En second lieu, se pose la question du droit de veto législatif attribué à cette institution⁹. Cet instrument ferait probablement de cette dernière une chambre parlementaire à proprement parler. Un grand scepticisme est néanmoins de mise sur ce point. D'une part, le veto crée une logique d'opposition entre deux légitimités – légitimité démocratique directe et légitimité d'expertise – qui ne peuvent être placées sur un pied d'égalité. Certes, le veto pourrait être contré par un nouveau vote du parlement, à la majorité simple ou qualifiée. Or il y a fort à parier que celui-ci maintiendrait son vote, surtout si la chambre parlementaire du long terme avait déjà émis un avis préalable et que ses objections étaient connues. Les parlementaires prendraient sans doute aussi le soin de s'appuyer sur les travaux et avis d'autres experts. Il en résulterait une confusion pour les citoyens. D'autre part, cette chambre risquerait d'être perçue comme une institution négative – la «Chambre Veto» –, même si elle disposait d'attributions plus étendues. Certes, un veto constructif¹⁰ lui épargnerait peut-être ce sobriquet, mais il est préférable qu'elle communique ses objections et propositions plus en amont du travail

8 Comp. BOURG, *République*, p. 170.

9 Voir BOURG, *République*, pp. 169 s. et *Issues*, pp. 109 s.

10 Comp. BOURG, *République*, p. 170.

parlementaire. Aussi l'institution du long terme ne devrait-elle a priori pas jouir du droit de veto sur les lois et ne pas être qualifiée de chambre parlementaire.

Références

- BÄCHTIGER André/SETÄLÄ Maija/GRÖNLUND Kimmo, «Towards a New Era of Deliberative Mini-Publics», in: Grönlund Kimmo/Bächtiger André/Setälä Maija (édit.), *Deliberative Mini-Publics – Involving Citizens in the Democratic Process*, Colchester (ECPR) 2014, pp. 225-245 (*Mini-Publics*).
- BOURG Dominique (dir.), *Pour une 6e République écologique*, Paris (Odile Jacob) 2011 (*République*).
- «Quelles issues démocratiques face à l'impossibilité de se représenter moralement et de représenter politiquement les questions écologiques?», in: *La démocratie enrayée?*, actes de colloque, Bruxelles (Académie royale de Belgique) 2013, pp. 97-116 (*Issues*).
 - «Défi pour la démocratie et changements environnementaux globaux», *Ceriscope Environnement*, 2014 (*Démocratie*).
- BOURG Dominique/Whiteside Kerry, *Vers une démocratie écologique – Le citoyen, le savant et le politique*, Paris (Seuil/La République des idées) 2010 (*Démocratie*).
- FISHKIN James S., *When the People Speak – Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford/New York (Oxford University Press) 2009 (*People*).
- ROUSSEAU Dominique, *Radicaliser la démocratie – Propositions pour une refondation*, Paris (Seuil) 2015 (*Démocratie*).
- SINTOMER Yves, «Tirage au sort et politique: de l'auto-gouvernement républicain à la démocratie délibérative», *Raisons politiques*, vol. 42 (2011), pp. 159-186 (*Démocratie*).

Kulturförderung als Staatsaufgabe und ihre Finanzierung

Georg Müller

*Professor Dr. iur., em. Ordinarius für Staatsrecht,
Verwaltungsrecht und Gesetzgebungslehre an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Zürich*

1. Was ist eine Staatsaufgabe?

Juristen beginnen ihre Ausführungen meistens mit einer Definition. Manchmal ist definieren zwar eine „mission impossible“, wie man bei Pierre Moor im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse nachlesen kann. Der Begriff der Staatsaufgabe lässt sich dagegen ohne grössere Probleme umschreiben: Eine solche Aufgabe liegt vor, wenn die Verfassung, ein Gesetz oder ein gestützt darauf ergangener Rechtssetzungs- oder Rechtsanwendungsakt vorsehen, dass eine Aufgabe durch ein Gemeinwesen (oder ausnahmsweise an seiner Stelle durch Private) erfüllt werden muss. Weniger klar ist, wie sich dieser Begriff zu anderen – z.B. zu demjenigen der öffentlichen Aufgabe oder des *service public* – verhält (vgl. *Bernhard Rütsche*, Was sind öffentliche Aufgaben? in: recht 2013, S. 153 ff.).

2. Ist Kulturförderung eine Staatsaufgabe?

Kultur an sich ist keine Staatsaufgabe, sondern eine „individuelle wie kollektive Fähigkeit und Produkt der aktiven Daseinsgestaltung einer Gruppe“

(*Schweizer*, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zur Kulturverfassung, Rz. 7, unter Hinweis auf *Helmut Holzhey*). Es handelt sich um Aktivitäten oder Verhaltensweisen von Privaten, an welchen allenfalls (auch) ein öffentliches Interesse besteht.

Die *Förderung* der Kultur kann dagegen zur Staatsaufgabe gemacht werden. Der Bund hat das in Art. 69 BV und im Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 11. Dezember 2009 (SR 442.1; Kulturförderungsgesetz, KFG) sowie wie in weiteren Spezialgesetzen (Filmgesetz, Natur- und Heimatschutzgesetz, Museums- und Sammlungsgesetz usw.) getan. Auch die Kantone erklären Kulturförderung zu ihrer Aufgabe bzw. zu derjenigen der Gemeinden (z.B. Kanton Aargau: § 36 Verfassung, Kulturgesetz vom 31. März 2009 [SAR 495.200]; Kanton Waadt: Art. 53 de la Constitution, Loi sur les activités culturelles du 19 septembre 1978 [RSV 446.11]; Kanton Zürich: Art 120 der Verfassung, Kulturförderungsgesetz vom 1. Februar 1970 [LS 440.1]).

3. Finanzierung der Kulturförderung

Der Staat kann Kultur in unterschiedlicher Weise fördern, z.B. durch Gewährung von Subventionen, Schaffung von Einrichtungen, Schutzvorkehrungen, Organisation von Veranstaltungen usw. Notwendig sind in jedem Falle entsprechende finanzielle Mittel. In der Regel werden diese Mittel auf dem *ordentlichen Weg* – im Rahmen des jährlichen *Budgets* oder mit einer *separaten Vorlage* für mehrere Jahre, im Bund „Kulturbotschaft“ genannt (Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2016 – 2020 vom 28. November 2014, BBl 2015 497) bewilligt.

In vielen Kantonen wird zu diesem Zweck auch in die Kasse des sog. *Lotteriefonds* gegriffen. Diese

segensreiche Einrichtung wird durch die Gewinne der Swisslos (Interkantonale Landeslotterie) bzw. der Loterie Romande gespeisen, die etwa 500 Mio. Franken pro Jahr ausschütten (*Benjamin Schindler*, Keine Lotteriegelder für Reptilien, in: ZBl 2014, S. 169 f.). Nach Art. 106 Abs. 6 BV stellen die Kantone sicher, dass Reinerträge aus Lotterien und Sportwetten vollumfänglich für gemeinnützige Zwecke, namentlich in den Bereichen Kultur, Soziales und Sport, verwendet werden. Was für ein schönes *Zusammenspiel von Geldspiel und Kultur!* Auf der einen Seite schränken der Bund und die Kantone den Betrieb von Spielbanken und die Durchführung von Lotterien zur Bekämpfung der Spielsucht durch Konzessions- und Bewilligungspflichten sowie Betriebsvorschriften ein; das Bundesgericht lässt zu diesem Zweck sogar eine Monopolisierung der Durchführung von Lotterien durch die Kantone zu (Urteil vom 4. August 2003, in: ZBl 2003, S. 593 ff.). Auf der anderen Seite beteiligen sich Bund und Kantone aber kräftig an den Gewinnen aus diesen sozialpolitisch so unerwünschten Geldspielen, der Bund durch die Erhebung einer Spielbankenabgabe von bis zu 80 Prozent der Erträge, die für die Finanzierung der Sozialversicherungen bestimmt ist, die Kantone, indem ihre Lotteriefonds regelmässig und reichlich gefüllt werden. Der gemeinnützige Zweck der Verwendung der Lotteriegelder heiligt die Mitwirkung des Staates beim eigentlich unmoralischen Glücksspiel.

Gestört wird diese Symbiose nur dadurch, dass Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (SR 935.51) vorschreibt, dass Lotterien *zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher gesetzlicher Pflichten* nicht bewilligt werden dürfen. Das bedeutet, dass Lotteriegelder nicht zur Finanzierung von Staatsaufgaben verwendet wer-

den dürfen. Da die Kulturförderung eine Staatsaufgabe darstellt, wäre es eigentlich nicht zulässig, die Mittel dafür dem Lotteriefonds zu entnehmen. In der Praxis wird diese Schranke nicht sehr ernst genommen; man behilft sich mit „kreativen Auslegungen“ des Begriffs der gesetzlichen Pflicht zur Erfüllung einer Aufgabe. Im Hinblick auf den Wohn- und Arbeitsort des Jubilars und den Ort der Geburtstagsfeier soll zum Schluss lobend erwähnt werden, dass der *Kanton Waadt* Vorkehrungen getroffen hat, um die Zweckentfremdung von Lotteriegeldern zu erschweren, indem sie nicht durch die Regierung oder eine Verwaltungseinheit, sondern durch zwei unabhängige, als privatrechtliche Stiftungen organisierte Kommissionen verteilt werden, deren Mitglieder aufgrund ihres Sachverstandes gewählt werden und nicht der Regierung angehören dürfen (Schindler, a.a.O., S. 170).

Le pot-au-phở

Minh Son Nguyen

*Docteur en droit, Professeur extraordinaire à la
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et
Professeur associé à la Faculté de droit, des sciences
criminelles et d'administration publique de l'Univer-
sité de Lausanne*

*Cher Pierre,
éminent juriste, homme cultivé,
tu es également un fin palais.
Voici pour toi quelques vers:*

Dans leur entreprise de colonisation
Les Français nous ont amené leur pot-au-feu
On l'a transformé en ce délicieux *phở*
Voici pour toi le secret de cette potion

Avant toute chose, il faut un très bon bouillon:
Queue de bœuf, gingembre et quelques gros os à moelle
Clous de girofle, badianes et cannelle
Cardamome noire, poivre, *muối* et oignons

Pâte de riz et rumsteak finement coupé
Basilic, cive, *ngò gai*, oignon vinaigré
Germe de soja, piment rouge, citron vert

Pour le service: cuillère, *tô* et baguettes
Tu verras, c'est un plat simple, vraiment chouette
Même les Français demandent qu'on le leur serve!

Quelques propos autour de la «norme d'application directe»

Etienne Poltier

Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

L'ordre juridique est un système de normes¹, dont la variété est quasi infinie, notamment si l'on prend en compte à la fois les normes de droit international et de droit interne. On s'attardera ici à une catégorie de règles, les normes d'application directe, par opposition à celles qui n'ont qu'une portée indirecte².

1. Les normes

Selon l'art. 22 al. 4 LParl, on entend par «règles de droit» (on pourrait également dire «normes») «les dispositions générales et abstraites [...] qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent

1 Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique – Une théorie générale du droit*, Genève 2010.

2 Voir à ce propos p. ex. Yvo HANGARTNER, *Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen*, RDS 2007 I 137 ss.

des compétences»³. Cette disposition pourrait donner à penser, faussement, que seules les règles créant des droits et des obligations (ce qui correspond aux normes d'application directe; *infra* 3) peuvent être considérées comme des normes; tel n'est assurément pas le cas, car les règles qui ne contiennent que des principes ou qui fixent des objectifs méritent elles aussi la qualification de normes (d'application indirecte sans doute; *infra* 4)⁴.

2. Les ordonnances administratives

L'art. 22 al. 4 LParl contient aussi la précision que les «règles de droit» sont des «dispositions générales et abstraites d'application directe». Il faut cependant dissiper ici un second malentendu; lorsque cette disposition parle «d'application directe», elle ne vise pas à régler les normes d'application directe, mais tend uniquement à exclure les ordonnances administratives, soit les textes qui ne lient précisément que l'administration elle-même, sans créer de droits et d'obligations pour les tiers⁵. On peut donc opposer ces dernières aux normes, dans la mesure où elles ne contiennent pas de règle de droit.

Ou plutôt, les ordonnances administratives ne sont pas tout à fait des normes: même si elles ne déploient pas d'effet juridique obligatoire pour les tiers, elles constituent néanmoins la base d'une pratique juridique de l'administration, souvent stable et durable.

3 RS 171.10.

4 Pierre TSCHANNEN, *Staatsrechts der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3^e éd., Berne 2009, § 45 N 17.

5 Dans ce sens, TSCHANNEN, § 45 N 15 ss; Lukas PFISTERER, *Verwaltungsverordnungen des Bundes*, thèse Lausanne 2007, p. 175 s. et les références aux travaux préparatoires de cette loi.

On peut d'ailleurs en citer un exemple très particulier, celui des Directives du Département fédéral de l'intérieur du 16 novembre 1998 concernant l'affectation du crédit d'encouragement des organisations culturelles⁶. Ce texte, divisé en articles comme une loi, a servi de base à l'octroi de la plupart des subventions fédérales à des institutions culturelles; cette pratique était d'autant plus remarquable qu'elle a prévalu tant avant l'adoption de l'article 69 Cst. (qui sert aujourd'hui de base constitutionnelle aux compétences fédérales en matière culturelle) qu'après celle-ci, et ce jusqu'à l'adoption et surtout l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale du 11 décembre 2009 sur l'encouragement à la culture⁷. Jusqu'à fin 2011, activités artistiques ou culturelles et normes ne faisaient donc pas bon ménage!

3. Les normes d'application directe

Est considérée d'application directe, dans les lignes qui suivent, la norme susceptible de servir de fondement (unique) au traitement d'un cas concret, par exemple par voie de décision; elle définit en effet des droits et obligations (d'un cercle indéterminé de personnes dans des situations de fait susceptibles de se répéter).

Pour satisfaire aux exigences du principe de la réserve de la loi, une règle d'application directe est nécessaire. Le prononcé d'une sanction pénale ou le prélèvement d'une contribution publique doit donc reposer sur une

6 FF 2002 5155 ss.

7 RS 442.1; LEC; ce texte est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012; voir en outre, au sujet de la directive précitée, PFISTERER, p. 8 s. et 115. Cette pratique montre aussi que le principe de la réserve de la loi ne s'est imposé que très progressivement – timidement en quelque sorte – dans le domaine de l'administration de prestations.

telle norme – *a contrario*, une norme d'application indirecte n'est pas suffisante⁸.

4. Les normes d'application indirecte

On vise ici des règles, qui ne créent pas, par elles-mêmes, des droits ou des obligations (sinon peut-être pour les autorités) et dont la portée n'est qu'indirecte, complémentaire aux effets d'une norme d'application directe. On peut penser à cet égard à des règles du droit international; il est fréquent en effet qu'un traité pose un principe, que les Etats signataires sont chargés de mettre en œuvre. On en rencontre également fréquemment au niveau du droit constitutionnel⁹ ou du droit intercantonal, parfois à celui de la loi fédérale¹⁰.

Les normes d'application directe et celles qui n'ont pas cette portée entretiennent entre elles des relations complexes. La thématique est ici notamment, selon la formule de Pierre Moor, celle de **l'impérativité**

8 L'art. 5 al. 1 ou 1^{bis} LAT ne permet donc pas, à lui seul, la perception d'une contribution de plus-value. Certains auteurs parlent à cet égard de base légale «indirecte» (ainsi Enrico RIVA, in: Aemissegger/Kuttler/Moor/Ruch, *Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich 2010, art. 5 N 101), mais la formule est source de confusion, dans la mesure où une telle norme ne satisfait précisément pas aux exigences du principe de la base légale.

9 Voir par exemple les principes que contient l'art. 75 Cst.; on peut mentionner également les principes de l'art. 5 Cst., notamment le principe de la légalité; Pierre TSCHANNEN/Ulrich ZIMMERLI/Markus MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014, § 19 N 44 ss. Il est d'ailleurs symptomatique de relever que ce même principe est d'application directe en droit pénal et en droit fiscal; pour ce dernier domaine, voir art. 127 Cst.

10 Voir respectivement le texte de l'AIMP et l'art. 5 al. 1 et 1^{bis} LAT.

institutionnelle¹¹. En effet, la seconde catégorie de normes ne comporte – par définition – qu'une *impérativité partielle*, soit, dans le cas du droit international ou du droit intercantonal, pour les Etats et les cantons signataires. Un autre exemple est celui de l'art. 5 al. 1 et 1bis LAT, qui n'oblige que les cantons et non les administrés. Par ailleurs, de nombreux textes constitutionnels posent un principe qui doit être mis en œuvre par la suite par le législateur fédéral et/ou cantonal (on pense ici à l'assurance maternité qui, au sein de la Constitution, est longtemps restée un simple mandat adressé au législateur, lui-même peu empressé à l'exécuter). L'impérativité n'est que partielle, car une telle règle ne peut déployer ses effets que conjointement avec une autre norme, elle-même d'application directe.

De manière générale, le choix entre l'adoption d'une norme d'application directe ou au contraire d'une règle qui ne l'est pas est une forme de distribution de compétences; dans le premier cas l'attribution intervient (notamment) en faveur de l'autorité d'exécution, alors que, dans le second, elle réserve une intervention complémentaire du (voire d'un autre) pouvoir législatif. Dans l'hypothèse de normes d'application indirecte, il s'agit aussi d'une manière de ménager la souveraineté des Etats signataires d'un traité international ou celle des cantons dans le cas d'une règle fédérale.

5. Catégories intermédiaires

Quoi qu'il en soit, ces quelques propos mériteraient d'être prolongés pour analyser de manière plus approfondie ces deux types de normes ou encore des catégo-

11 P. 175 ss et spécialement 184 ss, à propos du *soft law*, d'une part, des normes comportant des principes, d'autre part.

ries de règles de nature intermédiaire. On peut penser aux principes de l'art. 5 Cst. (légalité, intérêt public et proportionnalité), mais quelques lignes à cet égard ne peuvent suffire¹².

La réflexion devrait porter également sur les dispositions adoptées par la Confédération, dans un but d'harmonisation des règles cantonales; on parle ici de lois-cadres. On a mentionné l'exemple de la LAT (et notamment de son art. 5 al. 1 et 1bis, seul le second de ces alinéas étant accompagné d'un mécanisme de sanction à l'art 38a al. 4 et 5; d'autres règles de la LAT sont par ailleurs directement applicables, ainsi des art. 22 et 24 LAT). L'approche est aussi celle d'autres textes, ainsi la LHID (dont les normes ne sont pas directement applicables; sauf dans le mécanisme de l'art. 72 al. 2 de cette loi) ou la LMI (dont tout indique qu'elle est directement applicable, malgré le caractère très indéterminé des règles qu'elle pose).

6. L'œuvre au noir... ou le juge devenu alchimiste

Jusqu'ici, cette thématique s'inscrit dans la hiérarchie des normes; aussi bien, l'on rencontre dans la règle plus fréquemment des normes d'application indirecte au niveau constitutionnel, alors que la loi et plus encore l'ordonnance législative comportent plutôt des règles d'application directe.

Cependant, le juge peut être amené à intervenir, dans ce contexte, selon une autre hiérarchie, en conflit

12 Sur l'art. 5 Cst.: voir entre autres, Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif* – Vol. I: *Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012, p. 621 ss et 755 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19, 20 et 21 et les références.

potentiel avec celle des normes¹³. En effet, lorsque le texte de la norme est imprécis, il peut être amené à dire si une règle déterminée est d'application directe ou non. Certes, la question n'est pas fréquente; cependant, lorsqu'elle se pose, elle revêt un poids considérable.

Soit une disposition constitutionnelle, dont la portée est disputée. Une première interprétation peut conduire à considérer, contrairement à l'approche usuelle¹⁴, que la règle est bien d'application directe. C'est une manière de dire qu'il n'est pas nécessaire d'attendre l'intervention du législateur pour prononcer des décisions sur la base d'une telle norme¹⁵. Mais le juge peut se trouver dans la situation inverse; confronté à une disposition constitutionnelle (en l'occurrence celle de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst.), il peut en exclure l'application directe, considérant que des dispositions d'application de rang législatif sont encore nécessaires¹⁶. Autrement dit, selon la solution retenue, le juge peut soit court-circuiter le pouvoir législatif, soit en quelque sorte mettre en veilleuse le texte constitutionnel. D'une certaine manière, le juge, dans de telles configurations où la règle en cause ne révèle pas son sens, dispose d'un pouvoir analogue à celui

13 MOOR, p. 179 s.

14 Les règles constitutionnelles comportent en effet le plus souvent (sous réserve des garanties fondamentales) des règles qui ne sont pas d'application directe.

15 Voir à cet égard deux exemples: ATF 139 II 243, à propos de l'art. 75b Cst. (dans cet arrêt, le TF insiste sur le fait que la solution retenue revêt une portée transitoire); voir aussi consid. 10.7 de cet arrêt qui se réfère aux dispositions adoptées dans le cadre de l'initiative dite de Rothenthurm, art. 24^{sexies} al. 5 aCst. et les arrêts cités.

16 ATF 139 I 16, consid. 4 et 5.

de l'alchimiste, qui peut transformer, selon son gré, un matériau en or ou non: la règle est applicable aux cas concrets ou, au contraire, elle ne vaut pas et son application est bloquée. Il s'agit sans doute d'un problème d'interprétation (dans ce cadre-là, le juge fera appel aux méthodes usuelles d'interprétation); il reste que le résultat paraît plus sortir d'une boîte noire que d'une ligne claire. Ce pouvoir du juge, dans le système suisse qui ne connaît pas le contrôle de constitutionnalité (des lois fédérales), est sans doute le plus puissant qu'il détienne (non sans susciter logiquement un débat politique)¹⁷.

17 Dans d'autres situations, il appliquera des formules, un peu cabalistiques, telles que «*lex imperfecta*» pour dénier à une disposition la portée d'une règle d'application directe. Ainsi pour l'art. 5 al. 1 LAT; la formule n'est plus vraie pour l'art. 5 al. 1^{bis}, au vu de l'art. 38a LAT.

Von der Kultur der Rechtsetzung

Zur partiellen Verlagerung der Verfassungsrechtsetzung – auch eine demokratietheo- retische Herausforderung

René Rhinow

*Professor Dr. iur., em. Ordinarius für öffentliches
Recht an der juristische Fakultät der Universität
Basel*

Pierre Moor hat sich in verschiedenen Beiträgen Grundfragen der Rechtstheorie angenommen und dabei auch wegleitende verfassungstheoretische Erkenntnisse beigesteuert.¹ Die nachfolgenden Betrachtungen² widmen sich einem Ausschnitt aus der aktuellen Verfassungspraxis, die Moor stets in seine Überlegungen mit einbezogen hat. Insbesondere

-
- 1 Vgl. etwa *Pierre Moor*, Les développements informels du droit constitutionnel, in: Demokratie Regierungsreform Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, hrsg. von Giovanni Biaggini, Georg Müller, Jörg Paul Müller, Felix Uhlmann, Basel 2009, 139 ff.
 - 2 Der vorliegende Text entspricht weitgehend Passagen *meines* Aufsatzes „Das getriebene Parlament: Volksinitiativen als mehrfache Herausforderung“, in: Parlament, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen, April 2015, Nr. 1., 25 ff., 26 ff.

geht es darum, gewisse Tendenzen der Handhabung von Volksinitiativen auf Bundesebene zu beleuchten.

Der Weg der (Verfassungs-) Gesetzgebung wird in der Bundesverfassung klar vorgezeichnet: Unabhängig von der Phase der Auslösung des Verfahrens liegen Vorbereitung und Ausarbeitung von Erlassentwürfen bei der Bundesverwaltung (mit Einschluss allfälliger Expertenkommissionen und des Vernehmlassungsverfahrens). Ein besonderes Gewicht kommt dabei der *Konzeptphase* zu. Bevor mit der Gesetzesredaktion begonnen wird, sollen die Ziele der angestrebten Normierung und inhaltliche wie gestalterische Grundsatzfragen mit ihren Vor- und Nachteilen erarbeitet werden.³ Nach Abschluss des Vorverfahrens unterbreitet der Bundesrat die resultierende Vorlage dem Parlament; dieses beschliesst die endgültige Fassung in einem oft langwierigen Zweikammer – und Kommissionensystem. Das mehrfach gestufte Verfahren findet ihren multiplen Sinn u.a. in der Gewährleistung von Sachkunde, demokratischer Öffentlichkeit, föderalistischer Mitwirkung und Umsetzungs- und Vollzugstauglichkeit sowie in der Qualitätssicherung in der Rechtsetzung.⁴ In Art. 141 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes findet sich eine lange (freilich in sich nicht durchwegs stimmige) Liste von Anforderungen an die bundesrätliche Botschaft, auf welche die Begründung eines Erlassentwurfes einzugehen hat. Beispielsweise seien erwähnt: die Auswirkungen auf die Grundrechte, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht, die im vorparlamentarische

3 Vgl. *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Basel, Genf 2013, insb. 82 ff.

4 Vgl. dazu *Müller/Uhlmann* (Fn 7), 49 ff.; *Alain Griffel* (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, 16 Essays, Bern 2014.

Verfahren diskutierten Standpunkte und Alternativen, die vorgesehene Umsetzung des Erlasses, die geplante Auswertung dieser Umsetzung und die Prüfung der Vollzugstauglichkeit, die Abstimmung von Aufgaben und Finanzen, die personellen und die finanziellen Auswirkungen des Erlasses und seines Vollzuges auf Bund, Kantone und die Gemeinden sowie die Art der Kostendeckung, die Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt, usw.

Es ist nicht abwegig, diesen oft langen Weg der Rechtsetzung als (*Lern-*) *Prozess der Reifung* zu bezeichnen, in dem über eine endgültige Textfassung in einer diskursiven Abwägungsprozedur gerungen wird. Eine besondere Tragweite muss bei Verfassungsrevisionen der Grundrechts- und Völkerrechtskonformität, der Wahrung der föderalistischen Kompetenzausscheidung sowie der Umsetzungsproblematik zukommen. Man kann mit Fug von einer spezifisch *schweizerischen Kultur der Rechtsetzung* sprechen, die auch vom stets drohenden oder, bei der Verfassungsgebung, erforderlichen Referendum geprägt ist und in der Politikwissenschaft als Markenzeichen einer Verhandlungsdemokratie bezeichnet wird.

Demgegenüber gehört es zu den *Eigenheiten der Volksinitiative* in der Form des ausgearbeiteten Entwurfes als „Antrag aus dem Volk an das Volk“, dass der eingereichte Initiativtext von der Bundesversammlung unverändert, *tel quel*, Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden muss. Die Bundesversammlung hat (nur, aber immerhin⁵) die Pflicht, die Initiative zur Annahme oder

5 Nach *Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs*, St. Galler Kommentar zu Art. 139 Abs. 5 Abs. 2 BV, stellt die Abstimmungsempfehlung

Ablehnung zu empfehlen (Art. 139 Abs. 5 BV). Mit diesem Vorgehen wird von Verfassungswegen ein ausserordentlicher Weg der Rechtsetzung eröffnet. Denn die Volksinitiative⁶ *umgeht dieses Diskursverfahren* vor der endgültigen Textfassung praktisch vollständig. Es ist ausschliesslich ein selbsternanntes und von keiner Seite legitimiertes *Initiativkomitee*, welches den künftigen Verfassungstext entwirft, ohne dass Gewähr für die Prüfung der obgenannten Kriterien sowie für eine sorgfältige Rechtsetzung und stimmige Einbettung in den übrigen Verfassungstext besteht. Das Bundesgesetz über die politischen Rechte verlangt in Art. 68 Abs. 1 Bst. e einzig und allein, dass das Initiativkomitee aus mindestens sieben und höchstens 27 stimmberechtigten Urhebern der Initiative bestehen muss, deren Namen und Adressen auf der Unterschriftenliste anzugeben sind. Dieses verfolgt ein politisches Anliegen, das im Initiativtext und erst recht im Titel möglichst plakativ, medienwirksam und abstimmungsförderlich zum Ausdruck gebracht wird. Andere Aspekte stehen eher im Hintergrund.

1. Demokratietheoretische Tragweite

In demokratietheoretischer Sicht sind die erwähnten Unterschiede zum „normalen“ Rechtsetzungsweg von grosser Bedeutung: es ist bei der Initiative erstens nicht ein vom Volk gewähltes und repräsentatives Organ, welches den Textentwurf verabschiedet, sondern ein beliebig zusammengesetztes Komitee aus der Zivilgesellschaft. Und zweitens wird der Gang der (Verfassungs-) Rechtsetzung bis zum endgültigen Verfassungstext nicht durch eine kritische demokra-

– etwas euphorisch – „als demokratische Leitentscheidung der Parlamentes im materiellen Sinn einen gesetzgeberischen Akt dar“.

6 Wie unter Umständen auch die Parlamentarische Initiative.

tische und partizipative Öffentlichkeit begleitet. Dass neuerdings auch Volksinitiativen zuerst medienwirksam „angekündigt“ und erste Entwurfstexte inoffiziell publiziert werden,⁷ macht dieses Manko nicht wett. Im Lichte einer *responsiven Demokratie*⁸ kann deshalb die Frage aufgeworfen werden, ob die oft direktdemokratisch hochgelobte Volksinitiative nicht auch gravierende demokratische Kosten aufweist. Vielleicht hat der gebannte Blick auf die Volksrechte, vor allem auf die Initiative, teilweise den Blick auf die grosse Tragweite einer kritischen Öffentlichkeit, der Repräsentation und des unabdingbaren diskursiven Forums des Parlamentes für jede rechtsstaatliche Demokratie verstellt – eine helvetische Eigenheit, die neuerdings auch dazu führt, dass das Parlament als Institution schlechtgeredet und populistisch abgewertet wird. Aus Sicht der Rechtslehre, verstanden als Regelungswissenschaft, führt diese Ver- und Abkürzung des Verfahrens durch Textherstellung im Arkanbereich zur tendenziellen Vernachlässigung der oben aufgelisteten Kriterien einer möglichst klaren, sorgfältigen, durchdachten, umsetzungsgerechten und vollzugstauglichen (Verfassungs-) Rechtsetzung.⁹ Eigentlich ist es erstaunlich, dass die

7 So geschehen bei der lancierten Volksinitiative zum Verhältnis Landesrecht – Völkerrecht, die jetzt den polemischen Titel „Schweizer Recht statt fremde Richter“ trägt.

8 *Jörg Paul Müller* weist in seinen Schriften immer wieder auf den unerlässlichen und grundlegenden responsiven Charakter der Demokratie hin (vgl. etwa: *Der politische Mensch – menschliche Politik. Demokratie und Menschenrechte im staatlichen und globalen Kontext*, Basel, Genf/München 1999).

9 *Michael Leupold/Michel Besson*, Gefährden Volksinitiativen die „gute Ordnung“ der Verfassung?, *LeGes* 2011/3, 389 ff., 392, erwähnen nur die Gefahr von redaktionellen Mängeln infolge des fehlenden Diskurszwangs.

Problematik „Anforderungen an die Textausarbeitung von Volksinitiativen“ bislang kaum thematisiert worden ist.

Auch wenn es eine juristische Selbstverständlichkeit darstellt, so ist in der Öffentlichkeit immer wieder zu betonen, vor allem im Vorfeld von Abstimmungen, dass „privat“ fabrizierte „formulierte“ Volksinitiativen nach ihrer Annahme durch Volk und Stände in unveränderter Fassung Bestandteil des obersten Grundgesetzes bilden und – im Gesamtrahmen der Verfassung - auch so umgesetzt werden müssen. Aufgrund von Reaktionen nach einer Volksabstimmung scheint es, als ob diese Konsequenz nicht allen Stimmberechtigten bei allen Vorlägen bewusst war. Verfassungstexte sind mehr als „Zeichen“, mehr als Denkkzettel („die da oben sollen endlich etwas tun“), mehr als Postulate. Das (böse) Erwachen folgt dann regelmässig bei der Umsetzung.

2. Problematische Tendenzen

Nun kann man einwenden, der Volksinitiative sei diese Problematik seit jeher inhärent. Das ist zweifellos richtig. Doch diese hat mit der Anzahl und vor allem mit dem Charakter der Volksinitiativen in jüngster Zeit neue Dimensionen angenommen. Neuere Initiativen enthalten nicht mehr „eindimensionale“ Grundsatz- und Richtungsentscheide (wie etwa die Abschaffung der Armee, ein EU-Beitritt, verlängerte Ferien etc.), sondern materielle rechtsetzende Normen in abstrakter, aber auch konkreter Form. Sie wollen auch Bestimmungen der Gesetzgebung „heraufstufen“, um ihnen mehr Gewicht zu verleihen (wie bei der Privatsphären-Initiative). Sie werfen zunehmend rechtsstaatliche Probleme auf, so Konformitätsfragen mit dem Völkerrecht und mit Menschenrechten, oder sind vom Versuch getragen, komplexe Probleme ungeachtet ihres Verhältnisses zur bestehenden

Rechtsordnung nach der „Holzhammer-Methode“ neu regeln zu wollen (z.B. die Volksinitiativen für demokratische Einbürgerungen, für eine lebenslängliche Verwahrung für nicht therapierbare ... Gewaltstraftäter, gegen den Bau von Minaretten oder die Ausschaffungs- und die Einwanderungsinitiative). Oft ist auch fraglich, in welchem Ausmass der Stimmbürgerschaft bewusst war (und bewusst sein konnte), welche Grundwerte und Strukturprinzipien der Verfassung im Anwendungsfall tangiert sein können oder welches die „Nebenwirkungen“ der Initiative sind. Die Initiativtexte sind oft mehrdeutig oder widersprüchlich; solche Initiativen führen zu erheblichen Umsetzungsproblemen auf Gesetzesebene. Beinhaltet sie nach ihrem Detaillierungsgrad Bestimmungen mit Gesetzescharakter (z.B. die Erbschaftssteuer-, Einwanderungs-, Ausschaffungs-, Zweitwohnungs-, Privatsphären- und besonders die Durchsetzungsinitiative), so stellen sie die Kohärenz der Rechtsordnung in Frage. In diesen Fällen erweist sich das Manko eines diskurs- und öffentlichkeitsgeprägten Gesetzgebungsprozesses als verhängnisvoll.

Der mögliche Einwand, dass die Bundesverfassung keinen „materiellen“ Verfassungsbegriff kenne, sodass auch Bestimmungen mit verfassungsunwürdigem Inhalt Gegenstand einer Volksinitiative bilden können, sticht nicht. Denn es geht in diesem Zusammenhang nicht um das Problem einer allenfalls mangelnden Zulässigkeit der Initiative wegen punktueller „Verfassungsunwürdigkeit“. Vielmehr stellt sich die Frage, ob und in welchem Ausmass mittels Verfassungsinitiative die ordentliche rechtsstaatlich-demokratische Willensbildung bei der Rechtsetzung und deren Anwendung beliebig „umgangen“ werden kann.¹⁰

10 Vgl. dazu Peter Uebersax, Zur Zulässigkeit der Durchsetzungs-

Wie wäre im übrigen eine Initiative zu beurteilen, die ein Gerichtsurteil oder einen Regierungs- und Verwaltungsentscheid im nachhinein aufheben wollte? Wäre dies ein Grund für die Anerkennung einer „neuen“ ungeschriebenen Schranke des Initiativrechts, die sich auf die Gewaltenteilung und/oder auf das Rückwirkungsverbot stützen müsste?

Der Gipfel eines rechtsstaatlich unhaltbaren und unverantwortlichen Initiativtextes dürfte mit dem neu geschaffenen *Strafartikel des Sozialmissbrauchs* erreicht worden sein, der in der Durchsetzungsinitiative aufgeführt wird und als Grund für eine Landesverweisung gelten soll. Ein neuer diffuser Straftatbestand, formuliert von einem Initiativkomitee, soll ohne ein demokratisches Diskursverfahren, ohne wissenschaftliche Fundierung seiner Tragweite und in Missachtung der Anforderungen an die erforderliche Bestimmtheit von Straftatbeständen direkt in die Verfassung aufgenommen werden?

Gewiss kann das Parlament eine Initiative zur Ablehnung empfehlen. Doch bleibt das wachsende Risiko, dass Initiativen angenommen werden, weil sie – nicht zuletzt aufgrund irreführender, bereits für Propagandezwecke aufgeladener Titel (z.B. „fremde Richter“) zum Ausdruck einer (auch geschürten) Missstimmung werden, ungeachtet der konkreten Textfassung. Andreas Auer beklagt zu Recht, dass „alle acht in den letzten 10 Jahren eingereichten Volksinitiativen in ihrem Titel an diffuse Ängste, Gefühle und Vorurteile appellierten“, im Grunde genommen bereits Teil der Abstimmungskampagnen bildeten und möglicherweise zum Abstimmungsergebnis bei-

getragen haben.¹¹ Dann ist zu bedenken, dass auch abgelehnte Initiativen einen nachhaltigen Einfluss auf die weitere Gesetzgebung haben können¹², die dann allerdings in der Hand von Bundesrat und Parlament liegt. Hier kann das Parlament seine Aufgabe der Rechtsetzung wahrnehmen. Initiativen treiben in diesen Fällen das Parlament nur indirekt an.

3. Der Gegenvorschlag als Ausweg?

Ein zweiter Einwand weist darauf hin, dass der Bundesversammlung das Recht zusteht, einen (direkten) *Gegenvorschlag* auszuarbeiten resp. ausarbeiten zu lassen. Mit dem Gegenvorschlagsrecht hat das Parlament die Möglichkeit, Volk und Ständen einen politisch „abgefederten“ oder die rechtsstaatlichen oder völkerrechtlichen Anforderungen besser berücksichtigenden Text zu unterbreiten. In der Vergangenheit hatten Gegenvorschläge oft Erfolg bei den Stimmberechtigten, indem in mehr als der Hälfte der Fälle die Volksinitiative zurückgezogen und von den übrigen 16 immerhin 6 angenommen wurden.¹³ Insofern gewinnt das Parlament seine Rechtsetzungshoheit und die Rechtsetzungskultur in der von der Initiative erfassten Materie partiell zurück, freilich unter dem Druck der vorliegenden Initiative. Allerdings kann der Weg eines Gegenentwurfes hürdenreich sein. Initianten pflegen oft von einer unan-

11 *Andreas Auer*, Volksinitiativen: Der Titel soll's nicht mehr richten, ZBl 11/2014, 577. Auer plädiert für die „ent-emotionalisierte“ Festlegung der Initiativ-Titel durch die Bundeskanzlei

12 *Gabriele Rohner*, Die Wirksamkeit von Volksinitiativen im Bund 1848 – 2012, Zürich/Basel/Genf 2012

13 Bei den insgesamt 40 ausgearbeiteten Gegenentwürfen wurde in 24 Fällen die Initiative zurückgezogen, 16 kamen zusammen mit der Initiative zur Abstimmung, wovon 6 angenommen und 10 verworfen worden sind.

nehmbaren „Verwässerung“ ihres Anliegens zu sprechen, ja von einer Torpedierung „von oben“. Der Gegenvorschlag hat zudem in einem polarisierten Milieu zunehmend Mühe, ausreichend Support und Ressourcen im Abstimmungskampf zu mobilisieren. Auch kann er politisch nicht dazu dienen, bloss die im Initiativtext zu kurz gekommenen Anforderungen an eine sorgfältige Rechtsetzung besser zu erfüllen. Dafür lässt sich kaum eine wirkungsvolle Unterstützung gewinnen. Schliesslich stellt das System des doppelten Mehrs bei der Volksabstimmung hohe Anforderungen an die Stimmbürgerschaft.

Als vorläufiges Fazit kann festgehalten werden, dass die Bundesversammlung als eigentlicher „Motor und Herr“ der Rechtsetzung zunehmend im *Wettbewerb mit Initiativkomitees* steht. Diese machen ihm die ureigene Hausaufgabe der Gesetzgebung streitig, setzen es unter Druck und bestimmen teilweise das agenda setting. Sind wir auf dem Weg zu einem management by initiatives? Sollten sich die Initiativen häufen, die aus derselben politischen Ecke stammen und einem strategischen Plan folgen, um das Land auf diesem Weg zu „regieren“, so könnte von einer neuartigen „ausserparlamentarischen Opposition“ gesprochen werden. Die schweizerischen Volksrechte als klassische Instrumente einer punktuellen Opposition vermöchten einer solcher „Zweckentfremdung“ Tür und Tor zu öffnen – sofern das Volk bereit ist, dieses Vorgehen mitzutragen.

Je häufiger rechtsstaatlich problematische Initiativen zu behandeln sind, desto grösser wird die Herausforderung (auch) für das Parlament und den verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtsetzungsweg. Die *Umsetzung* der entsprechenden Verfassungsnormen wirft schwierige Probleme

auf, nicht nur, weil die Initiativtexte unklar oder mehrdeutig sind, sondern weil das Parlament weiterhin in der fortgesetzten (partei-) politischen Kampfarena steht – in Anlehnung an einen berühmten Spruch von Clausewitz als Fortsetzung der Verfassungspolitik mit anderen Mitteln. Einerseits reklamieren die Initianten fälschlicherweise die Deutungshoheit über „ihren“ Text¹⁴, andererseits versuchen die Initiativgegner soviel von ihren nicht berücksichtigten Interessen zu retten, was zu retten ist. Und dann kommen noch spätberufene oder spät erwachte Gegner der angenommenen Verfassungsbestimmung hinzu, die auf die untragbaren Folgen der Initiative hinweisen (wie etwa bei der Zweitwohnungsinitiative). Das Parlament hat Mühe, in diesem Kreuzfeuer und angesichts unterschiedlicher politischer Erwartungen, die mit der Annahme der Verfassungsinitiative noch nicht „geklärt“ und festgelegt sind, den Anforderungen an eine rechtsstaatlich gebotene Fassung der Umsetzungsbestimmungen gerecht zu werden. Ja, es haben bereits diejenigen Mitglieder der Bundesversammlung Mühe, die rechtsstaatliche Postulate vertreten, die Ratsplena vom Erfordernis einer grundwerte-konformen Gesetzgebung zu überzeugen. Das jüngste Gerangel um die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative und der Zweitwohnungsinitiative belegen dies mit aller Deutlichkeit.

4. Erpresserische Durchsetzungsinitiativen als Durchbrechung der Gewaltenteilung?

Eine nächste Stufe der politischen Erpressung des Parlamentes wurde mit der Androhung oder gar Einreichung von sog. *Durchsetzungsinitiativen* noch im

14 Bei der Auslegung einer Volksinitiative ist der Wille der Initianten nicht ausschlaggebend, sondern allenfalls „mitzuberücksichtigen“ (BGE 129 I 395).

Verfahren der ordentlichen Ausführungsgesetzgebung erreicht.¹⁵ Offenbar soll der Bundesversammlung nach dem Motto „Und bist Du nicht willig, so brauch ich Initiativgewalt“ diktiert werden, wie sie den mehrdeutigen oder verfassungs- resp. völkerrechtlich problematischen Initiativtext umzusetzen habe. Kann darin ein Verstoss gegen die verfassungsrechtlich verankerte Kompetenzverteilung erblickt werden? Die Bundesverfassung legt die Zuständigkeit zur Gesetzgebung klar in die Hand von Bundesrat und Bundesversammlung (unter Vorbehalt des fakultativen Referendums). Und eine Gesetzesinitiative kennt die Bundesverfassung nicht. Deren Einführung wurde in der Vergangenheit mehrfach abgelehnt und bewusst nicht in die Bundesverfassung 1999 aufgenommen.¹⁶ Der Bundesversammlung kommt bei der Gesetzgebung eine verfassungsrechtliche Monopolstellung zu. Die 2003 eingeführte „Allgemeine Volksinitiative“, mit welcher es in der Form der allgemeinen Anregung möglich gewesen wäre, die Einführung oder Änderung von Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen zu verlangen, wurde wenige Jahre später (2009) wieder aus der BV entfernt, bevor sie überhaupt in Kraft treten konnte – ein abschreckendes Beispiel verunglückter Verfassungsgebung.

Zu wiederholen ist, dass die Bundesverfassung den Detaillierungsgrad sowohl bei der Allgemeinen Anregung wie bei der formulierten Initiative formell nicht beschränkt. Die Thematik ist aber insofern neu, als bislang meines Wissens nicht erfolgreich

15 Pikant ist nicht nur, dass die Durchsetzungsinitiative Gesetzescharakter aufweist. Sie ist auch zeitlich unbefristet, obwohl sie in den Übergangsbestimmungen der BV stehen soll.

16 *Alexander Mattern*, Die Gesetzesinitiative im Bund und in den Kantonen, 1991, 65 ff.

versucht wurde, über punktuelle Bestimmungen hinaus ganze Gesetzespassagen via Volksinitiative in die Bundesverfassung zu inkorporieren. Es ist deshalb dringend zu wünschen, dass diese Thematik von der Staatsrechtslehre aufgenommen wird.¹⁷ Unbestritten ist zudem in der Wissenschaft, dass es der Bundesversammlung auch unter der Geltung der „neuen“ Bundesverfassung nicht verwehrt ist, neue ungeschriebene Schranken des Initiativrechts zu anerkennen.¹⁸ Die Problematik ist aber heikel, weil schwierige Abgrenzungsfragen zu lösen wären. Denn bisherige Volksinitiativen waren immer wieder durchgezogen von punktuellen Bestimmungen einer unteren Normstufe. Und diese wurden zu recht nicht unzulässig erklärt.

5. Eine weitere Dimension der Verhandlungsdemokratie?

Wie erwähnt wurde die schweizerische Demokratie immer wieder als Verhandlungsdemokratie qualifiziert, weil bei der Gesetzgebung oft versucht wird, durch möglichst breit abgestützt Kompromisse „referendumsresistente“ Vorlagen auszuarbeiten.¹⁹ Das in jüngster Zeit feststellbare Bargaining bei der Umsetzung von Verfassungsinitiativen belegt diese Sicht aufs Anschaulichste (zB. bei der Zweitwohnungsinitiative) – und zieht dabei weitere

17 Nach *Uebersax* (vgl. oben FN 6, 611) könnte die Missachtung der Normstufe als „unité de rang“ als neue Schranke des Initiativrechts „aus einer integralen Auslegung des bestehenden Verfassungsrechts“ abgeleitet werden.

18 Vgl. etwa *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2007, N 17 zu Art. 139.

19 Vgl. etwa *Wolf Linder*, Schweizerische Demokratie, 3. Aufl., Bern 2012. 341 ff.

Kreise. Denn dieses Aushandeln beschränkt sich nicht auf die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien, sondern schliesst auch die (ursprünglichen) Initianten der neuen Verfassungsbestimmungen (und der Durchsetzungsinitiative) mit ein, die zum Teil mit einer politischen Partei deckungsgleich sind. Zugleich profitieren sie von einer Drohkulisse des Referendums, welche sie selbst aufgerichtet haben. So nehmen die ursprünglichen Initiativkräfte sowohl auf dem Weg der Verfassungsgebung als auch – diesmal als Opponenten - auf die umsetzende Gesetzgebung massgeblich Einfluss. Denn ein wesentliches Motiv für die Einreichung einer Durchsetzungsinitiative dürfte im Umstand liegen, dass damit erneut eine rechtsstaatlich-demokratische Gesetzgebung usurpiert werden kann. Demgegenüber gestattet ein fakultatives Gesetzesreferendum bloss, ein vom Parlament erarbeitetes Ausführungsgesetz zu Fall zu bringen, nicht aber, es zu gestalten.

Der Verfassungsjurist hütet sich, Verfassungs- und Rechtsetzungsfragen vorschnell in Kategorien der Kultur einzuordnen. Doch so wie der aktuelle Zustand der Politik in unserem Land mit Erscheinungen einer sich verändernden – und je nach Standort auch verblässenden – politischen Kultur erfasst werden kann, so scheint sich auch bei der Verfassungsrechtsetzung ein Kulturwandel abzuzeichnen. Sollte der Prozess einer „Umgehung“ des Parlamentes, einer Vernachlässigung der Textsorgfalt und der Ausklammerung einer reflexiven und kritischen Öffentlichkeit weitergehen, so würde dies zu einer *Schwächung der rechtsstaatlichen Demokratie* führen.

(Agré)culture

Paul Richli

Professor Dr. iur., em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre, Rektor der Universität Luzern

Lieber Pierre, Du bist einer der ganz wenigen Professoren einer schweizerischen Universität, der sich im Lauf seiner wissenschaftlichen Karriere in die (Agré)culture hineingewagt hat. Man kann damit weder viele Studierende oder Kolleginnen und Kollegen fesseln noch viel Geld verdienen. Es ist eher ein Opfer, sich für die (Agré)culture und für das droit agricole oder droit rural einzusetzen. Du hast das vor allem mit Deinem Lehrbuch „Agriculture“ (Lausanne 1984) getan. Damals galt noch das Landwirtschaftsgesetz von 1951 mit seinen vielfältigen Mengen- und Preisregulierungen. Dieses wurde 1998 durch das heute geltende Landwirtschaftsgesetz abgelöst, das sich von den restriktiven Regulierungen zum grossen Teil abgewendet hat und stattdessen vor allem auf Direktzahlungen an die Landwirtschaftsbetriebe setzt. Auch die Verfassungsgrundlage hat seit 1984 geändert. Der ehemalige Landwirtschaftsartikel (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. b aBV) figuriert heute in der BV in Art. 104 mit einem erweiterten Inhalt, der schon als Art. 31^{octies} in die aBV Einzug hielt. Die Rede ist darin von der multifunktionalen Landwirtschaft. Danach soll die Landwirtschaft durch eine nachhaltige und auf den Markt ausgerichtete Produktion einen wesentlichen Beitrag leisten zur sicheren Versorgung der Bevölkerung (Abs. 1 Bst. a), zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und zur Pflege der Kulturlandschaft (Abs. 1 Bst. b) sowie zur dezentralen Besiedlung des Landes (Abs. 1 Bst. c).

Du, lieber Pierre, hast schon immer lieber in die Zukunft als in die Vergangenheit geblickt. Ich will mit Dir daher die möglichen Entwicklungen der (Agri)culture auf der Ebene der BV besichtigen, die in nächster Zeit auf uns zukommen und erfolgreich sein könnten. Es gibt derzeit drei Volksinitiativen, die Art. 104 BV ergänzen wollen. Ich skizziere nachfolgend die beiden Initiativen, denen ich bei den Stimmberechtigten eine gewisse Erfolgchance zubillige, und gebe in geraffter Form meine Meinung dazu ab. Der Bundesrat will zwar mit einem Gegenentwurf¹ Stimmung machen. In der Vernehmlassung zeigt sich aber, dass er damit schwerlich durchringen wird.² Ich übergehe daher auch den bundesrätlichen Vorstoss. Die Ausführungen stützen sich auf einen Beitrag, der nächstens in einer Publikation über die Agrarrechtstage 2014 der Universität Luzern, die unter der Leitung von Prof. Dr. Roland Norer stehen.

Erfolgchancen haben wohl nur die Volksinitiativen des Schweizerischen Bauernverbandes und der Grünen Partei der Schweiz.

1. Volksinitiative des Schweizerischen Bauernverbandes

Der Schweizerische Bauernverband (SBV), unterstützt von einer Gruppe Joder/Graber, lancierte unter dem Titel „Eidgenössische Volksinitiative, für Ernährungssicherheit“ eine Volksinitiative, die am 8. Juli 2014 mit 147'812 Unterschriften ein-

1 Erläuternder Bericht vom 14. Januar 2015 zum Gegenentwurf des Bundesrates zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für Ernährungssicherheit“.

2 Vgl. Angaben im Beitrag „SVP unterstützt Bauern-Initiative“, Neue Zürcher Zeitung vom 15. April 2015, S. 10.

gereicht wurde³. Sie hat einen Art. 104a BV mit der Sachüberschrift „Ernährungssicherheit“ zum Gegenstand. Danach soll der Bund die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln aus vielfältiger und nachhaltiger einheimischer Produktion stärken und wirksame Massnahmen insbesondere gegen den Verlust von Kulturland einschliesslich der Sömmerungsfläche und zur Umsetzung einer Qualitätsstrategie treffen (Abs. 1). Weiter soll er dafür sorgen, dass der administrative Aufwand in der Landwirtschaft gering ist und die Rechtssicherheit und eine angemessene Investitionssicherheit gewährleistet sind (Abs. 2).

Dazu lässt sich in aller Kürze folgendes sagen:

Abs. 1 ist schwergewichtig eine Konkretisierung von Art. 104 Abs. 1 BV. Die Bevölkerung soll vermehrt mit Lebensmitteln aus einer vielfältigen einheimischen Produktion versorgt werden (können). Dazu sollen wirksame Massnahmen gegen den Kulturlandverlust unter Einschluss der Sömmerungsgebiete getroffen werden. Letztlich wird noch die Umsetzung einer Qualitätsstrategie in den Auftrag des Bundes aufgenommen.

Abs. 2 fordert eine Reduktion des administrativen Aufwands sowie die Gewährleistung der Rechtssicherheit und einer angemessenen Investitionssicherheit. Beim letztgenannten Anliegen geht es um hochrangige rechtlich bedeutsame Anliegen der (Agri)culture. Es soll bei Änderungen des Agrarrechts vermehrt die Notwendigkeit und Opportunität von Übergangsregelungen ins Blickfeld gerückt werden. Landwirtschaftliche Betriebe sollen grundsätzlich nicht von einem Jahr auf das

3 BBl 2014 6135.

andere vergleichsweise erhebliche Einbussen der Einkommen hinnehmen müssen. Dieses Anliegen erweitert die Stossrichtung von Art. 104 BV und dient dem Vertrauensschutz gegen überfallartige Rechtsänderungen.⁴

Da kein Verweis auf Art. 104 Abs. 2 BV gemacht wird, gibt es keine Grundlage für Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Die Bestimmungen sind allerdings so formuliert, dass ein Bedarf nach Abweichungen wohl gar nicht entsteht.

2. Volksinitiative der Grünen Partei der Schweiz

Am 27. Mai 2014 hat die Grüne Partei der Schweiz (GP) die Unterschriftensammlung für ihre Volksinitiative „Für gesunde sowie umweltfreundlich und fair hergestellte Lebensmittel (Fair-Food-Initiative)“ lanciert.⁵ Diese soll als Art. 104a unter der Sachüberschrift „Lebensmittel“ in die BV eingefügt werden. Der GP geht es inhaltlich im Wesentlichen um folgende Punkte:

Der Bund soll das Angebot an Lebensmitteln stärken, die von guter Qualität und sicher sind und die umwelt- und ressourcenschonend, tierfreundlich und unter fairen Arbeitsbedingungen hergestellt werden (Abs. 1). Er soll sodann sicherstellen, dass eingeführte landwirtschaftliche Erzeugnisse, die als Lebensmittel verwendet werden, grundsätzlich mindestens den Anforderungen nach Abs. 1 genügen; für stärker ver-

4 Siehe etwa Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif*, Volume I, Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012, S. 938; René WIEDERKEHR/Paul RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Band I, Bern 2012, Rz. 2045 ff.; BGE 118 Ib 241 E. 9b.

5 BBl 2014 3693.

arbeitete und zusammengesetzte Lebensmittel sowie für Futtermittel ist dieses Ziel anzustreben. Und es sind eingeführte Erzeugnisse aus fairem Handel und bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieben zu begünstigen (Abs. 2). Zur Umsetzung dieser Ziele sollen dem Bundesrat die nötigen Befugnisse eingeräumt werden, insbesondere die Befugnis zum Erlass von Vorschriften zur Zulassung von Lebens- und Futtermitteln und zur Deklaration von deren Produktions- und Verarbeitungsweise (Abs. 4).

Dazu lässt sich, wiederum in aller Kürze, folgendes sagen:

Im Abs. 1 verankert die Initiative für die inländische Produktion von landwirtschaftlichen Erzeugnissen die Lebensmittelsicherheit, weiter die Umwelt- und Energiepolitik sowie auch die Tierfreundlichkeit oder den Tierschutz. Schliesslich legt sie besonderen Wert auf faire Arbeitsbedingungen. Damit wird Art. 104 BV thematisch deutlich erweitert. Die Anliegen liessen sich aber auf Art. 74 Abs. 1 BV (Umweltschutzartikel), Art. 89 Abs. 1–3 BV (Energieartikel) sowie auf Art. 80 Abs. 1 (Tierschutzartikel) BV stützen.

Nach Abs. 2 sollen die Bestimmungen, die gestützt auf Abs. 1 erlassen werden, auch für Importprodukte gelten. Diese Bestimmung kann als Schutzdispositiv für die einheimische landwirtschaftliche Produktion gelten, im Sinne eines Dumping-Verbots. Im entsprechenden Normprogramm figurieren aber auch Massnahmen zur Förderung des fairen Handels sowie zugunsten von bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieben, wie sie auch dem Leitbild für die einheimische Landwirtschaft zugrunde liegen. Diese Bestimmungen sind klare Ergänzungen und nicht nur Konkretisierungen von Art. 104 BV. Sie könnten aber

auf Art. 54 Abs. 1 und 2 BV (Aussenpolitikartikel) abgestützt werden.

Eine Abweichungsmöglichkeit vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, entsprechend Art. 104 Abs. 2 BV, besteht nicht.

Die Bestimmungen in Abs. 2 tangieren den Geltungsbereich des WTO-Übereinkommens über die Landwirtschaft (nachfolgend Agrarabkommen).⁶ Soweit es sich um Kompetenzen, d.h. „Kann-Bestimmungen“ handelt, ist eine WTO-konforme Anwendung möglich. Anders liegen die Dinge grundsätzlich, soweit die Bestimmungen Verpflichtungen enthalten, d.h. „Muss-Bestimmungen“ sind. Einen gewissen Spielraum für die Respektierung von Verpflichtungen aus dem Agrarabkommen schafft immerhin die Formulierung in Abs. 2, wonach eingeführte landwirtschaftliche Erzeugnisse, die als Lebensmittel verwendet werden, nur „grundsätzlich“ mindestens den Anforderungen nach Abs. 1 zu genügen haben. Insgesamt aber dürfte ein gewisses Spannungsverhältnis zum Agrarabkommen und damit ein Konfliktpotential schwerlich zu leugnen sein. Sollte die Volksinitiative der GP in der Abstimmung von Volk und Ständen angenommen werden, so wird man versuchen müssen, Rechtfertigungsversuche zu entwickeln und es nötigenfalls auch einmal auf ein Streitverfahren ankommen lassen müssen.

3. Vergleich der beiden Volksinitiativen

Die Volksinitiativen vom SBV und GP sind weitestgehend komplementär, sodass sie sich gegenseitig nicht ausschliessen, sondern vielmehr ergänzen.

⁶ Anhang IA.3 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, SR 0.632.20.

Im Vergleich mit Art. 104 BV ist die Initiative des SBV zu einem grösseren Teil konkretisierend, während die Initiative der GP überwiegend erweiternde Elemente enthält, indem sie vor allem Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten, der Energie- und Umweltpolitik sowie der Landwirtschaft im Ausland einschliesst.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre die Annahme beider Initiativen möglich. Man darf gespannt darauf sein, wie sich die beiden Gruppen zur je anderen Initiative einstellen werden.

Während die Volksinitiative des SBV mit dem Agrarabkommen vereinbar ist, gerät diejenige der GP damit in ein Spannungsverhältnis, das sich derzeit wohl schwerlich problemlos auflösen lässt.

Sollten beide Initiativen in der Abstimmung von Volk und Ständen angenommen werden, so wären sie als Art. 104a und Art. 104b BV zu platzieren.

Damit, lieber Pierre, sind wir am Ende unserer kurzen Besichtigungstour mit Bezug auf mögliche künftige Ergänzungen der BV im Bereich der (Agri)culture. Locket es Dich nicht, zu dieser Zukunft auch etwas zu sagen oder zu schreiben?

Du «bien-être mental de la population» à l'épanouissement culturel par les quotas!

Blaise Rostan

*Docteur en droit, Licencié en théologie, ancien
Responsable du service des affaires juridiques de la
Radio-télévision Suisse romande, Lausanne*

1. Une culture idéale

Le thème de la culture relève, aussi bien dans la réalité qu'en droit, de l'idéal¹, ce qui est une façon élégante de dire que le sujet est impossible à définir. Aussi, c'est par le détour de la radiodiffusion que je vais tenter d'illustrer ce que le gouvernement recherchait par la promotion de la culture.

En 1975, le Rapport Clottu avait procédé à un recensement impressionnant des activités culturelles traditionnelles (lettres, théâtre, musique, beaux-arts, arts plastiques, cinéma) et des divers moyens de diffusion pour s'achever par une proposition d'une «politique

1 Forme de «représentation idéalisée», Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, p. 98.

culturelle pour la Suisse.»² Ce rapport d'experts est demeuré sans effet, en raison, selon certains, de restrictions budgétaires³. On peut, cependant, en retenir la volonté de développer une politique culturelle en Suisse et l'appel à un renforcement de l'action des divers organismes⁴ de la Confédération dédiés à des domaines culturels précis.

Lors du débat concernant l'initiative «en faveur de la culture», le Conseil fédéral avait proposé un contre-projet qu'il justifiait par la nécessité d'«un engagement plus intense de la Confédération dans le domaine de la promotion culturelle»⁵. Ce message s'inscrit dans une approche ouverte à la culture. Le Conseil fédéral y développe la notion d'action au service de la liberté en ces termes: «L'Etat qui ne fait que garantir la liberté n'en fait pas assez. Il doit en plus créer les conditions pour qu'il puisse être fait usage de cette liberté sans pour autant imposer des directives précises.»⁶ Un élément fondamental y figure: «L'Etat ne crée pas la culture: il peut au mieux la favoriser.»⁷

2 Rapport de la Commission d'experts «Eléments pour une politique culturelle en Suisse», dit Rapport Clottu, du nom de son président, Gaston Clottu, Berne août 1975, disponible sur le site OFC, p. 373-390.

3 D'ailleurs, la Commission s'est trouvée confrontée à l'obligation de mettre fin à son étude de manière précoce en raison des mesures d'économie, «une œuvre imparfaite», Rapport Clottu, p. 8.

4 Principalement: Département fédéral de l'intérieur, Pro Helvetia, Bibliothèque nationale suisse, Musée National suisse, Commission fédérale du cinéma.

5 FF 1984 II 553.

6 FF 1984 II 542.

7 FF 1984 II 558.

Après l'échec, en 1986, de l'initiative «en faveur de la culture» et du contre-projet, le Conseil fédéral propose, en 1991, l'introduction, dans la Constitution, d'un article sur l'encouragement à la culture, qu'il renonce à définir⁸, estimant qu'«une définition de la culture par l'Etat n'est pas compatible avec notre conception de la culture»⁹.

Il consacre un chapitre très intéressant aux relations tendues entre l'Etat et la culture¹⁰ qui fait ressortir les attentes à l'égard de l'Etat en matière d'encouragement à la culture et l'indispensable liberté et indépendance à garantir aux créateurs. Malgré la modestie dans l'approche, le projet, approuvé par une majorité de la population, n'a pas obtenu l'adhésion des cantons¹¹.

2. Le pilotage voulu par la loi sur l'encouragement de la culture (LEC)

La culture a trouvé, dans la Constitution fédérale de 1999, un ancrage (art. 69), avec la clarification écrite qu'elle relève des cantons (al. 1) et que la Confédération peut promouvoir les activités culturelles d'intérêt national et encourager l'expression artistique et musicale (al. 2).

P. Mahon décrit l'aspect récipiendaire de cette disposition qui réunit les compétences historiquement éparpillées et cite, parmi elles, la compétence en matière de radio et de télévision¹² (55^{bis} aCst.).

8 «Nous avons volontairement renoncé à définir les notions d'art et de culture», FF 1992 I 552.

9 FF 1992 I 552.

10 Etat et culture – des relations tendues, FF 1992 I 544 ss.

11 Vote du 12 juin 1994, majorité de la population mais pas des cantons.

12 Pascal MAHON, Petit commentaire art. 69, p. 550 et aussi R.

Depuis l'adoption de la LEC en 2009, la perspective est renouvelée, en ce sens que la Confédération agit désormais par périodes pluriannuelles avec des dotations pour les différents acteurs culturels. On peut parler d'une «politique publique»¹³ utilisant une gouvernance liée à des moyens financiers votés par le Parlement et servant des objectifs définis dans le cadre d'un dialogue¹⁴ établi avec les acteurs clés¹⁵.

Ce pilotage¹⁶ a pour intérêt principal d'adapter l'encouragement à la culture en fonction des besoins d'une part, et de permettre d'en mesurer, d'autre part, l'efficacité sur la période concernée¹⁷.

A la suite du Rapport Clottu qui accordait une large place aux médias¹⁸, le Conseil fédéral avait consacré, dans son Message de 1991, un passage sur le rôle des médias «dans l'évolution de la culture»¹⁹. Dans le Message de 2014, il ne mentionne que brièvement la SSR et souligne qu'«en tant que service public, la

KIENER, Bildung, Forschung und Kultur, in: Thürer/Aubert/Müller (édit), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 911.

13 MOOR, 2005, p. 95.

14 *Ibid.*, procédure d'audition, p. 29 ss.

15 OFC, Pro Helvetia, etc.

16 Le Message sur la LEC parle notamment d'instruments de pilotage, FF 2007 4580 et 4586 et section 5 de la LEC, financement et pilotage, art. 27 à 31.

17 Prochaine période de 5 ans (2016 à 2020).

18 Les moyens modernes de diffusion, Rapport Clottu, p. 210-231, il était proposé «une augmentation de la taxe TV ainsi que son indexation» et demandait à la SSR de «modifier l'orientation de ses programmes» par l'affectation de moyens financiers à «des émissions culturelles, au profit de la qualité et non de la quantité», Rapport Clottu, p. 231.

19 FF 1992 I 541.

SRG SSR a un mandat légal d'encouragement de la culture»²⁰. Cette unique mention s'explique par sa volonté de distinguer le champ d'application de la LEC d'autres interventions législatives, dont la LRTV.

3. Le mandat culturel du service public

Notre propos est d'attirer l'attention sur ce pilotage par objectifs déjà pratiqué pour l'audiovisuel en Suisse. Ce pilotage de la SSR²¹ a été mis en évidence par M. Dumermuth et repose sur le régime de la concession. Dans ce contexte, le thème de la culture a occupé le Conseil fédéral et les Chambres lorsqu'il a fallu définir le cahier des charges du service public de radio et de télévision.

3.1 Satisfaire les besoins spirituels et culturels

Dans les années cinquante, avec l'arrivée de la télévision, le Gouvernement (qui avait mis en place le service public de radiodiffusion en 1931) prend diverses précautions pour «encadrer» ce nouveau média. La Commission fédérale pour l'étude des questions culturelles touchant la télévision reprend le texte de

20 Message du 28 novembre 2014, p. 13. Formulation un peu plus floue dans le Message 2012-1015: «La société suisse de radio et de télévision SRG SSR a le mandat légal explicite d'encourager la culture au sens du service public», FF 2011 2787.

21 Konzessionssystem dient...als Lenkungsinstrument, Martin DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Basel/Frankfurt 1996, p. 59. Et de manière encore plus affirmative dans le Message: «En ce qui concerne la SSR, la concession reste l'instrument principal du pilotage gouvernemental dans la nouvelle LRTV», FF 2003 1452.

la concession²² et donne de nombreuses directives²³ sur la façon de traiter les thèmes sociaux dans les programmes de télévision. Une autre mesure vise à limiter la consommation journalière: «le programme journalier ne devrait, par conséquent, pas excéder une heure l'après-midi et deux heures le soir.»²⁴

Cette prudence ressort aussi du message concernant le projet d'article constitutionnel (36^{bis}), qui considère la radiodiffusion et la télévision comme «facteurs culturels»²⁵. A la question: «La télévision est-elle un bien, est-elle un mal?», la réponse du Conseil fédéral est simple, cela «dépend de ce que l'homme saura en faire»²⁶. Le Gouvernement rappelle que, si la diffusion et la transmission des programmes de la radiodiffusion et de la télévision sont des services publics, cela implique pour l'Etat de «mettre la collectivité au bénéfice d'une production utile»²⁷. Dans cette perspective, le Conseil fédéral propose que la Confédération «veille

22 «Les programmes doivent sauvegarder les valeurs spirituelles et culturelles du pays [...] contribuer à l'éducation et à la formation des auditeurs au triple point de vue spirituel, artistique et moral», «ces principes peuvent s'appliquer par analogie au service de télévision», Rapport du 14 décembre 1953, p. 7.

23 La Commission donne des directives détaillées sur la façon d'aborder en télévision les thèmes: famille, jeunesse, femmes, service social, églises, politique, ouvriers, économie, culture paysanne, agriculture, science et technique, cinéma, théâtre, ballet, sport, Rapport du 14 décembre 1953; l'appendice contient le texte des directives p. 26 à 47: sorte de manuel à l'intention des professionnels des programmes.

24 *Ibid.*, p. 8 (Complément du Département des postes du 18 août 1951).

25 FF 1956 I 1545.

26 FF 1956 I 1550.

27 FF 1956 I 1564.

à ce que les besoins spirituels et culturels [...] des divers milieux de la population, soient pris équitablement en considération»²⁸. La justification donnée est très intéressante car elle repose sur «le droit de l'auditeur et du téléspectateur d'exprimer leurs opinions et leurs vœux sur les programmes [qui] devra être respecté»²⁹. Ce projet est rejeté par le peuple et les cantons le 3 mars 1957.

3.2 «Le bien-être mental de la population»

Quelques vingt années plus tard, la disposition constitutionnelle proposée par le Conseil fédéral fixe, pour les programmes, une série de directives³⁰ qui doivent figurer avec force obligatoire dans la législation.

Pour lui, la justification relève de l'évidence avec cette seule explication lapidaire: «Le premier principe énoncé vise au **bien-être mental de la population**. Il fixe l'esprit dans lequel les programmes doivent être conçus.»³¹

La discussion parlementaire est très nourrie et va aboutir à une surabondance de directives³² en matière de programmes. A cette occasion, le profes-

28 FF 1956 I 1568.

29 FF 1956 I 1560.

30 «Garantir et promouvoir les valeurs spirituelles, sociales culturelles et religieuses de la population; représenter la diversité des régions linguistiques, garantir l'expression de la pluralité des opinions; assurer la liberté des institutions quant à la création et à l'émission des programmes» FF 1973 II 1288.

31 FF 1973 II 1284.

32 Le Parlement rajoute 3 directives: assurer une information objective et équilibrée; mieux faire comprendre les besoins de la collectivité, garantir le respect de la personnalité et des convictions religieuses (FF 1976 I 1088-1089).

seur J.-F. Aubert prend position dans le débat sur les valeurs. Il s'interroge sur la volonté de «garantir, promouvoir et sauvegarder des <valeurs> culturelles, religieuses, sociales et même spirituelles»³³, au regard de la pluralité d'opinions aussi garantie. Il relève que ce terme de «valeur» est un «élément indéterminable par excellence»³⁴. Pour lui, la législation peut contenir des dispositions ayant force obligatoire pour le service des programmes sous une forme contributive. Sa proposition, avec une minorité de la commission, se résume à «contribuer à la vie politique sociale culturelle et religieuse de notre pays»³⁵. Cette proposition n'est pas acceptée, mais l'explication a pour conséquence la disparition du terme de «valeur» au profit d'une formule simple: «tenir compte des diversités culturelles et sociales»³⁶. Toutefois, la mouture finale, adoptée par le Parlement, comporte des boursoufflures³⁷ et approximations³⁸ qui expliquent, en partie, le refus en votation le 26 septembre 1976.

3.3 L'épanouissement culturel

Le troisième projet de base constitutionnelle va enfin rencontrer l'approbation³⁹ du peuple et des cantons en 1984. Le Conseil fédéral y propose le mandat suivant: «La radio et la télévision contribuent à l'épanouisse-

33 BO CE 1975 22.

34 BO CE 1975 22.

35 BO CE 1975 18.

36 FF 1976 I 1089.

37 Les 7 directives de programmes du 4^e alinéa.

38 Citons l'organisation de la radio et de la télévision «selon les principes de l'Etat de droit libéral et démocratique», al. 3, et «la production et la réalisation des programmes seront assurées dans un esprit de liberté», al. 4, phrase finale.

39 L'art. 55^{bis} va trouver grâce devant le peuple et les cantons le 2 décembre 1984.

ment culturel des auditeurs et téléspectateurs, favorisent la libre formation de leur opinion et concourent à leur divertissement.»⁴⁰ La discussion parlementaire porte, alors prioritairement, sur le thème de l'indépendance⁴¹ de la radio et de la télévision, la protection de la presse⁴² et l'autorité indépendante de plaintes⁴³. La formulation adoptée par les Chambres remplace «l'épanouissement culturel» par «le développement culturel des auditeurs et téléspectateurs»⁴⁴.

J.-F. Aubert propose de placer, en tête du mandat, la formation de l'opinion, puis la contribution culturelle. De plus et avec ironie, il s'oppose à l'inscription d'un mandat constitutionnel visant le divertissement, en distinguant parfaitement la politique du pain⁴⁵ de celle des jeux⁴⁶. A une voix près, cette proposition minoritaire échoue au Conseil des États⁴⁷.

Dans son commentaire de cette disposition constitutionnelle, J.-F. Aubert demeure dubitatif sur le divertissement: «on s'étonnera seulement que le constituant ait pu en faire l'objet d'une obligation.»⁴⁸

40 Art. 55^{bis} al. 2, première phrase, FF 1981 II 916.

41 Art. 55^{bis} al. 3.

42 Art. 55^{bis} al. 5.

43 Art. 55^{bis} al. 4.

44 Selon proposition de la commission du CE, BO CE 1983 51.

45 «Politique du pain» réalisée par l'art. 23^{bis} de la Constitution depuis 1929, BO CE 1983 52.

46 Citant Juvénal qui prônait «du pain et des jeux», BO CE 1983 52.

47 BO CE 1983 54.

48 Pascal Mahon, *Petit Commentaire de la Constitution*, art. 93 p. 725.

Si le cheminement constitutionnel apporte aussi peu d'explications sur le mandat du «développement culturel», on peut toujours espérer que la législation comble les lacunes, pour aider le juriste à cerner cette notion!

4. Paraboles et culture

Suite à une série d'interpellations parlementaires demandant une clarification du mandat culturel⁴⁹, dénonçant, pour certaines, un appauvrissement culturel à la SSR⁵⁰, ou souhaitant une meilleure prise en compte de la création musicale⁵¹, un débat a lieu au Conseil des Etats le 29 septembre 1994. Cette discussion passionnée va déboucher sur la promesse d'un rapport⁵² du Conseil fédéral. Promesse tenue par M. Leuenberger qui soumet, en juin 1997, un rapport intitulé: «La culture dans les médias SSR»⁵³. Il est plutôt mal reçu par la Commission du Conseil des Etats, dont une minorité demande le renvoi à l'expéditeur. La critique porte sur le fait qu'il se réduit à un commentaire du rapport SSR. La minorité estime que «le Conseil fédéral n'a pratiquement pas de concept de l'action culturelle» et dénonce même la «faiblesse conceptuelle» de ce rapport «contenant un certain nombre de banalités et de platitudes»⁵⁴.

49 CN - Peter Tschopp Po. 93.3464 du 6 octobre 1993 et Commission du CE, 17 mai 1994.

50 CE - Rosemarie Simmen Rec. 94.3106 du 15 mars 1994 et CN - Hans Zbinden Po. 94.3113 du 16 mars 1994.

51 CN - Andreas Iten Mo. 95.3595 du 20 décembre 1995.

52 Promesse du conseiller fédéral A. Ogi, BO CE 1994 971.

53 Le Rapport (19 p.) du Conseil fédéral, de juin 1997, comporte deux annexes: rapport sur la culture dans les médias SSR et SRG SSR idée suisse et apports de la SSR à la compréhension mutuelle entre les communautés linguistiques et les cultures qui composent la Suisse.

54 BO CE 1998 418.

Dans une formule imagée et difficile à traduire, le conseiller aux Etats T. Onken (dis)qualifie le rapport du Conseil fédéral en parlant de «*Kamelbericht*». Cette appellation, explique-t-il, désigne le résultat d'un rapport commandité par l'autorité à une commission d'experts, en espérant un certain contenu qui est démenti par le rapport reçu. L'image porte sur l'attente d'un coursier qui se révèle n'être finalement qu'un chameau!⁵⁵ S'il renonce à suivre la proposition de renvoi, c'est qu'il n'attend pas un animal plus idoine d'une telle mesure (d'autant qu'il semble que ce rapport repose sur plusieurs réécritures, la dernière étant déjà la 17^e version!).

M. Leuenberger concède d'entrée la faiblesse de ce document⁵⁶ né au forceps et admet qu'il est impossible d'attendre du Gouvernement un rapport satisfaisant sur le sujet des médias et de la culture⁵⁷. Et de citer la définition de culture du Duden⁵⁸ qui peut rassembler chacun. Il reprend à son compte la dénomination de «*Kamelbericht*»⁵⁹ et, avec une ironie certaine et en référence à la parabole du Christ sur la difficulté pour les riches d'entrer dans le Royaume, il estime qu'un tel rapport ne pourra jamais trouver grâce et acceptation devant le Conseil des Etats, au même titre qu'un chameau passer par le chas de l'aiguille⁶⁰. A juste titre, il estime qu'un rapport, quel qu'il soit, ne peut rendre

55 BO CE 1998 420.

56 «Dieser Bericht war eine Zangengeburt», BO CE 1998 421.

57 BO CE 1998 421.

58 «Geistigkünstlerische Ausdrucksweise einer Gesellschaft», BO CE 1998 422.

59 BO CN 1998 422.

60 «Kamelbericht kann nur heissen: Dieser Kamelbericht geht niemals durch das Nadelöhr standerätlicher Akzeptanz, wie auch immer er schliesslich abgefasst ist», BO CE 1998 422.

justice à la culture qui a besoin de positions diverses et donc d'un dialogue continu, ce qui vaut notamment pour la SSR.

5. Damoclès et la menace des quotas

Dans son Message sur la LRTV, en 1987, le Conseil fédéral inscrit dans la mission de la radio et de la télévision, le mandat de «promouvoir la création artistique suisse et faciliter la participation des auditeurs et des téléspectateurs à la vie culturelle»⁶¹. Simples objectifs et non obligations⁶², selon les termes utilisés: «contribuer, développer, favoriser, faciliter»⁶³.

En 2002, en vue de la révision globale de la LRTV, le Conseil fédéral, dans son Message, précise que la SSR doit contribuer «à l'épanouissement culturel et au renforcement des valeurs culturelles du pays ainsi qu'à la promotion de la création culturelle suisse, en tenant compte de la musique et du cinéma suisse»⁶⁴. L'autorité applique le «principe de subsidiarité» et déclare: «La SSR et les auteurs de musique et de cinéma doivent s'entendre sur les aspects quantitatifs et les modalités.»⁶⁵; enfin, «si aucune solution adéquate n'est trouvée dans le cadre de cette autorégulation, le Conseil fédéral peut fixer des conditions générales et le cas échéant imposer des quotas»⁶⁶.

Les exigences générales fixées à la radio et la télévision sont complétées par celle de «réserver une partie

61 FF 1987 660 et 701.

62 FF 1987 701.

63 FF 1987 701.

64 Art. 26 al. 3 let. b; FF 2003 1630 et 1534.

65 FF 2003 1536.

66 FF 2003 1536.

substantielle de leur temps d'émissions à des œuvres suisses et européennes»⁶⁷.

Lors du débat sur la loi au Parlement, en 2004, le Conseil national, examinant le mandat culturel, ajoute la prise en compte de la production littéraire⁶⁸.

Le débat sur les quotas est assez vif autour de trois tendances: une première, dans la ligne du Conseil fédéral, souhaite que soit prévue la possibilité des quotas, une autre veut la biffer⁶⁹, la dernière veut les imposer immédiatement⁷⁰.

La conseillère nationale, A-C. Menetrey, défend la faculté ultime d'imposer des quotas: «Il importe donc de poser comme exigence à une radio-télévision de service public qu'elle veille à promouvoir la production littéraire, théâtrale, musicale ou cinématographique du pays.»⁷¹ Elle constate que «la version de la majorité de la commission a le mérite d'inclure la littérature dans l'inventaire des productions suisses à promouvoir»⁷².

Pour elle, la disposition de l'art. 27 «pose simplement un garde-fou»⁷³, et c'est finalement à «la SSR qu'il appartiendra d'éviter ce véritable épouvantail que sont les quotas»⁷⁴.

67 FF 2003 1518 sur l'art. 7 LRTV.

68 Proposition de la Commission du Conseil national reprise sans discussion, BO CN 2004 82.

69 BO CN 2004 82.

70 BO CN 2004 83.

71 BO CN 2004 85.

72 BO CN 2004 85.

73 BO CN 2004 85.

74 BO CN 2004 85.

Lors de ce débat, le conseiller fédéral M. Leuenberg explique clairement le rôle de cette menace: «Es ist vielleicht gar nicht schlecht, dass man dieses Damoklesschwert noch ein wenig *baumeln* lässt.»⁷⁵ C'est la version comportant la menace de l'épée de Damoclès qui est acceptée⁷⁶.

C'est ainsi que la Concession de 2007 prévoit que la SSR doit garantir «une étroite collaboration avec la branche suisse du cinéma»⁷⁷ et «la branche suisse de la musique»⁷⁸. Cette collaboration repose sur l'injonction de conclure un accord avec la branche professionnelle concernée⁷⁹.

Le système mis en place repose sous la forme de la loi de Damoclès décrite par A. Flückiger⁸⁰; dans ce cas précis, c'est la menace de se voir imposer des quotas qui assure l'incitation à l'autorégulation.

6. Pacte de l'audiovisuel et charte de la musique suisse

Cette collaboration passe par le Pacte de l'audiovisuel⁸¹ pour le cinéma et par la Charte de la musique suisse⁸²

75 BO CN 2004 87.

76 BO CN 2004 88.

77 Concession, art. 2 al. 6 let b.

78 Concession, art. 2 al. 6 let e.

79 Accord voulu pour le cinéma par l'art. 16 de la Concession et reconnu dans le Pacte de l'audiovisuel, et accord voulu pour la branche musicale par l'art. 18 de la Concession; les explications à la Concession reconnaissent le Pacte de l'audiovisuel et la Charte de la musique suisse.

80 Alexandre FLÜCKIGER, La loi Damoclès, in: Bovay/Nguyen (édit.): *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Berne 2005, p. 233-248.

81 Concession, art. 16 et explications DETEC.

82 Concession, art. 18 et explications DETEC.

pour la branche musicale. La Confédération dispose, pour le cinéma, d'une base constitutionnelle claire⁸³ et d'une base partagée avec les cantons, en matière de formation musicale⁸⁴.

Ces deux accords de collaboration⁸⁵ remontent à une période antérieure à la LRTV de 2006 – le Pacte de l'audiovisuel à 1996 et la Charte de la musique suisse à 2004 – et ont donc été conclus avant la menace des quotas. Le Pacte de l'audiovisuel⁸⁶ repose sur la volonté de professionnels de la télévision de trouver une collaboration⁸⁷ avec la branche cinématographique⁸⁸ servant aussi bien la création suisse et sa diffusion sur les divers écrans. Son promoteur, R. Vouillamoz, l'explique: «En 1996 est né le Pacte de l'audiovisuel, superbe compromis comme nous savons les négociier en Suisse.»⁸⁹

83 Loi cinéma et promotion de la formation musicale.

84 Art. 67 a Cst.

85 On trouve ces documents sur le site de la SSR.

86 Dernier Pacte signé, le 20 janvier 2012, valable jusqu'au 31 décembre 2015.

87 Raymond Vouillamoz rappelle qu'à l'époque il fallait lutter «contre les intégristes du cinéma qui veulent faire de la télévision une vache à lait et lutter contre les intégristes de la télévision qui considèrent les producteurs de cinéma comme des détresseurs de redevance», in: *Zapping intime*, p.198.

88 Le Pacte regroupe l'Association des producteurs de films (SFP), l'Association des scénaristes et réalisateurs de films, (ARF/FDS), le Groupement suisse de Film d'Animation (GSFA), le Forum romand, la Swissfilm Association, le Groupe auteurs, réalisateurs, producteurs (GARP) et le Groupe d'intérêt des producteurs suisses indépendants (IG).

89 Interview de Raymond Vouillamoz publiée sur le site <notre-histoire.ch>. On peut aussi se reporter à son ouvrage *Zapping intime*, Lausanne 2014, qui décrit la négociation de ce pacte: «un document aussi précieux que le serment du Grütli», selon l'artiste Renato Berta, p. 196 -199.

Ce pacte s'est très vite révélé un outil dynamique⁹⁰, pour la production et la diffusion de films suisses.

Pour la branche musicale, la collaboration vise un système souple de mise en valeur de la musique suisse selon une approche discutée entre parties⁹¹. La Charte de la musique suisse est conclue en 2004 dans le contexte d'un débat assez véhément sur l'importance de la diffusion de musique suisse sur les antennes de la SSR.

Cette approche souple des parties ressort de la définition qu'elles donnent: «Par musique suisse, on entend [...] tout enregistrement d'auteurs et/ou d'interprètes suisses ou considérés comme tels en raison de leur carrière ou de leur image.»⁹² Elles mettent en place un organe de dialogue commun pour «concrétiser les objectifs de la présente convention»⁹³. Cet organe a recensé les données de diffusion de musique «qualifiée de suisse» dans les différents programmes radiophoniques sur les années 2002 et 2003 et a déterminé des valeurs indicatives (objectifs) au regard de valeurs réelles de diffusion (à ce jour, les résultats pour les années 2010 à 2013 démontrent

90 Montants financiers, commandes, coproductions, primes de passage, primes de succès antenne, etc.

91 Action Swiss music, IFPI Suisse, Schweizerische Interpretengesellschaft (SIG), Syndicat musical suisse (SMS), Association suisse des musiques (ASM), Schweizerische Vereinigung der Musikverleger (SVMV), Association suisse de la musique populaire (ASMP), IG Volkskultur Schweiz & Liechtenstein, Conseil suisse de la musique (CSM), Union suisse des artistes et musiciens (USDAM), Suisa et SSR.

92 Notamment comme membres de Suisa ou de Swissperform, Charte ch. 3.

93 L'organe de dialogue est constitué de cinq représentants de chacune des parties, ch. 6 de la Charte.

que la SSR a le plus souvent dépassé les objectifs de musique suisse à la radio)⁹⁴.

Suite à quelques interventions parlementaires, le Conseil fédéral a donné son appréciation du système. Dans son interpellation⁹⁵, Ignazio Cassis demandait plus de musique suisse et l'intervention du Gouvernement pour que la SSR augmente le quota des émissions de musique suisse. Le Conseil fédéral estime que la collaboration initiée par la Charte est une «coopération fructueuse». Il constate que sur les cinq dernières années, la part de musique suisse a grimpé considérablement⁹⁶. Il relève que l'accord «vise à accorder plus de place à la musique suisse dans les programmes de radio de la SSR et à l'encourager non pas par des quotas rigides mais sur la base d'un véritable partenariat.»⁹⁷

Enfin, en 2013, dans sa réponse à L. Barthassat⁹⁸, le gouvernement relève que «la pratique actuelle a fait ses preuves et présente des avantages clairs par rapport à l'instauration de quotas»⁹⁹. Il renvoie aux chiffres détaillés du rapport de gestion de la SSR pour 2012.

94 Rapport de gestion SSR 2014, p. 9. SRF 1 est à 18,7 % sur 20, La 1ère à 18,3 % sur 16, Rete Uno à 11,8 % sur 10, Radio Rumantsch à 47,2 sur 45.

95 Interpellation Ignazio Cassis du 19 mars 2009 demandant plus de musique suisse à la SSR.

96 De 2,6 à 21,9 % en Suisse allemande (DRS 1, DRS 2, DRS 3, Virus et Musikwelle), de 5,3 à 16,7 % en Suisse romande (La 1ère, Espace 2, Couleur 3, Option musique) et une augmentation plus faible au Tessin qui atteint juste 10,9 %, détails dans la réponse du Conseil fédéral.

97 Réponse du Conseil fédéral du 13 novembre 2013.

98 Motion (du 27.9.2013) qui demandait «des quotas musicaux pour les artistes suisses».

99 Réponse du Conseil fédéral du 13 novembre 2013.

7. L'avantage de la menace

Le système choisi a de nombreux avantages: il permet d'inscrire dans la loi un mandat culturel sans le définir, d'en confier la réalisation à une entente entre le média et la branche professionnelle concernée et de maintenir une pression suffisante par la seule menace de quotas.

Avec ce pilotage, l'autorité concédante a réussi le tour de force de favoriser la création culturelle cinématographique et musicale en la confiant à des accords de branche.

Il en résulte un agir neutre de l'Etat ¹⁰⁰ qui reste dans le coup de la promotion culturelle et tient la promesse programmatique de la disposition constitutionnelle. Pour le pilotage de ce volet culturel, Damoclès s'avère efficace, mais uniquement comme menace «suspendue» et non en tant que quotas.

Pour le domaine culturel de la production littéraire, la situation reste peu défrichée, peut-être parce que la compétence de la Confédération fait défaut. Nous avons relevé que ce volet avait été introduit par la commission du Conseil national lors de l'examen du projet de révision de la LRTV ¹⁰¹. Une fois le pan littéraire introduit dans la promotion culturelle, il se trouve aussi soumis à la loi de Damoclès¹⁰², indépen-

100 L'intervention est neutre, car l'Etat incite à promouvoir la culture musicale, cinématographique, audiovisuelle ou littéraire sans avoir à en définir le contenu.

101 Discussion au Conseil national: BO CN 2004.

102 Pour la littérature, il n'est d'ailleurs pas prévu d'intervention au moyen de quotas, ce que l'explication de la concession reconnaît, mais il y a, en cas d'insuffisance constatée, la possibilité pour le Département de demander au Conseil fédéral

damment de toute compétence reconnue (ou non) à l'autorité concédante.

Les émissions littéraires de la SSR¹⁰³ rendent largement compte de la production des écrivains suisses; il faut signaler le partenariat important avec les journées littéraires de Soleure et les différentes manifestations du Salon du livre.

C'est ainsi que le système de Damoclès s'impose avec persuasion, même dans des domaines où la compétence de la Confédération fait défaut.

de compléter la Concession, explications p. 2. Nous laissons le lecteur juge de cette menace!

103 Nombreuses informations sur le site de la SRG SSR.

Le latin, trait d'union entre la culture et le droit

Suzette Sandoz

Docteur en droit, Professeure honoraire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

C'était à la fin des années cinquante et au tout début des années soixante du siècle précédent – il faut bien assumer son âge! La Faculté de droit de l'Université de Lausanne était encore nichée à l'Ancienne Académie, à côté du tailleur de pierres de la cathédrale. Tu achevais sans doute, cher Pierre, tes études de droit et je devais te suivre à un ou deux ans près. Les étudiants des diverses années se connaissaient assez peu car les examens se succédaient à un rythme étrange et, sauf pour les deux premières années de droit romain, les classes d'âge n'étaient pas mélangées. Le droit romain? Précisément, parlons-en un peu.

Venant d'une école privée, pour les filles, et pourvue d'une maturité fédérale et non pas cantonale, j'avais entendu dire que la Faculté de droit était très réticente à accepter de tels étudiants, car le bruit courait que seul le bac cantonal préparait vraiment à une maîtrise du latin suffisante pour le droit romain. Bon! C'était un faux bruit! Et puis, par bonheur, notre professeur de latin nous avait secouées, nous les filles, et j'avoue que le Digeste se lisait *aperto libro* quasiment sans problème. Quant au Gaius, l'édition recommandée

par la Faculté était un texte synoptique latin-français, ce qui assurait l'égalité entre toutes les formations bachelières.

L'unique et merveilleux Philippe Meylan, professeur de droit romain, nous initiait avec enthousiasme aux mystères de la *mancipatio*, brandissait une *festuca* imaginaire, pesait de l'airain d'un geste souverain, caressait une motte de terre fictive; nous émancipions des esclaves, accompagnions des fils de famille, vivions des mariages par usucapion (une vraie anticipation de l'époque actuelle!), déplorions des naufrages et des cargaisons abîmées, poursuivions des voleurs, le tout à moitié en français, à moitié en latin. On découvrait que le dol était condamné à Rome déjà, que la vente y posait quelques problèmes quand il s'agissait de transférer les risques. Bref, nous vivions l'expérience d'une civilisation à qui la nôtre devait, et doit encore – hélas, l'américanisation du droit la menace! – ses grands principes juridiques fondamentaux. Quel régál!

Mais vingt à trente ans plus tard, le culte d'une égalité bêtement substituée à ce qui aurait dû être la démocratisation des études (un accès aux études indépendant de la fortune parentale mais non pas des connaissances et des aptitudes intellectuelles) avait bien changé le décor. Plus besoin d'avoir fait du latin pour entrer à la Faculté de droit. Cette dernière avait toutefois obtenu des autorités supérieures (lesquelles?) l'autorisation d'exiger des non-latinistes le rattrapage du latin en une petite année de cours intensif, avec un examen à la clef, sésame nécessaire pour la suite des études de droit. Inutile de dire que c'était le meilleur moyen de condamner à plus ou moins bref délai l'exigence du latin. Malgré le dévouement de professeurs attirés venus des lettres, une petite année ne suffit pas à acquérir une relative maîtrise du latin, et

le forcé, doublé de l'examen couperet, aurait suffi à décourager les étudiants les plus motivés pour le droit. Alors il arriva ce qui devait arriver: à force de recours contre des examens échoués, de plaintes contre la surcharge que représentait le latin à rattraper et, comble de comble, de refus de bien des professeurs de gymnase de signaler à leurs élèves la possibilité de faire du latin au moins pendant deux ans avant le bac, ce qui aurait suffi à éviter ultérieurement la surcharge en droit, à la fin du millénaire dernier, le latin tomba en disgrâce complète. Te souviens-tu de cette séance du Conseil de faculté où le vote majoritaire se révéla favorable à cette disgrâce? J'en ai encore le cœur gros. Et le pauvre doyen de l'époque, qui tenait aussi au latin, avait dû annoncer au Rectorat que le Conseil de faculté avait occis l'exigence du latin!

Ma foi, c'était dans l'air du temps. Des esprits «réalistes» allaient serinant: «À quoi cela sert-il d'avoir un accès direct aux sources quand il y a des traductions? Et puis, quelle peut être l'utilité de cette culture latine démodée, sentant la naphthaline? La *lingua franca* du progrès et de l'avenir, c'est l'anglais. Et le droit est avant tout pratique. Il ne convient pas de perdre du temps avec ces vieilleries!» Comme on pouvait s'y attendre, l'examen de 48 heures de droit romain – indispensable, depuis des lustres, à l'accès au doctorat – fut doublé, au choix des candidats, d'un examen de 48 heures de droit positif. Enfin du concret, de l'utile! Bologne déboulait avec tout son utilitarisme. L'utilitarisme a maintenant pleinement gagné la partie: depuis deux ans, l'examen de droit romain de 48 heures a été supprimé. Fin de la culture! Heureusement que le professeur actuel de droit romain a le génie d'insister sur le lien entre ce droit et un éventuel droit commun européen. Il sauve ainsi la culture en en soulignant l'utilité pour le droit!

A l'école publique, le latin comme le grec sont devenus parents pauvres. J'ai essayé, à Pully, il y a quelques années, de créer un prix de latin et de grec à la fin du collège, je me suis fait proprement remballer. En vain ai-je plaidé la liberté de l'accès aux sources et la gratuité de l'étude des langues dites mortes, l'apprentissage de la modestie et de l'humilité devant un texte dont il faut comprendre le sens sans l'aide des journaux ni de l'actualité, l'exercice à la fois de discipline et de rigueur intellectuelle, qualités si précieuses pour le juriste, mais pas seulement pour lui. J'ai eu droit à une écoute polie. Tant pis.

Cher Pierre,

A toi qui es cultivé, philosophe, mélomane, dont j'ai toujours apprécié les qualités scientifiques et humaines avant tout, j'avais envie de dédier cet éloge de la culture et de la langue latines indispensables à la compréhension des finesses du droit et à une pratique humaniste de l'art juridique, y compris en droit administratif.

La culture des jeunes pousses sous la loupe

Liliane Subilia

Docteur en droit, Greffière à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, ancienne Présidente de la Commission de recours de l'Université de Lausanne

S'il y a sans doute une chose dont un professeur à la retraite n'a pas la nostalgie, ce sont les périodes d'examens, d'autant plus que les exigences formelles qui s'imposent aux examinateurs ne semblent pas aller en s'allégeant. On espère que, sachant qu'il n'a plus à se soumettre à ces formalités, le professeur à la retraite aura dès lors quelque plaisir à lire deux ou trois lignes qui leur sont consacrées...

En premier lieu, on peut relever que le renforcement des exigences formelles en matière d'examen ne découle pas uniquement de la jurisprudence des tribunaux, mais souvent aussi des établissements de formation eux-mêmes qui posent des règles allant au-delà du minimum requis par les règles légales, ouvrant par ce biais la porte à de nouvelles jurisprudences, qui vont à leur tour entraîner de nouvelles règles, dans un mouvement perpétuel sur lequel Pierre Moor a souvent attiré l'attention de ses étudiants.

Prenons l'exemple du procès-verbal d'examen oral. Selon la jurisprudence, le droit d'être entendu au sens

de l'art. 29 al. 2 Cst. n'impose aucune obligation de tenir un procès-verbal d'une épreuve orale ou de l'enregistrer sur un support audio ou vidéo. Il suffit que l'examineur puisse, à l'occasion d'un recours, exposer brièvement quelles étaient ses attentes et dans quelle mesure les réponses du candidat ne les satisfaisaient pas. L'idée est qu'il est nécessaire de fournir au candidat qui recourt les raisons de son échec, afin que celui-ci soit mieux à même de se préparer pour une prochaine session ou de comprendre les motifs de son échec et l'accepter ainsi plus facilement si celui-ci est définitif, voire qu'il soit mieux à même de recourir! Bien que cela ne soit pas imposé par la jurisprudence, de nombreux règlements récents d'établissements de formation prévoient la tenue d'un procès-verbal d'examen et détaillent même son contenu. Or le fait que la rédaction d'un procès-verbal soit imposée ou non par un texte réglementaire a des conséquences importantes pour l'étudiant recourant et pour l'établissement concerné. En effet, selon la jurisprudence, seuls les procès-verbaux dont le règlement d'examen prévoit explicitement la tenue sans les réserver à l'usage interne font partie du dossier et peuvent être consultés (cf. TAF B-3560/2013 du 13 janvier 2014 consid. 5.4.2 et les références citées). Un procès-verbal dont la tenue est prévue par un règlement constitue ainsi un moyen de preuve (cf. TAF B-6604/2010 du 29 juin 2011 consid. 5.3.1). Il se distingue des notes prises en cours d'examen par le (ou les) examinateur(s), qui constituent une aide devant permettre de décider de la note d'examen, en d'autres termes des pièces servant à l'instruction d'un cas mais qui ne sont dotées d'aucun caractère probatoire et sont au contraire exclusivement destinées à l'usage interne pour la formation de la volonté de l'administration (comme d'ailleurs les grilles de corrections ou l'échelle des notes; ATF 2D_2/2010 du 25 février 2011 consid. 6 avec les

références). Ainsi par exemple dans le cas d'un règlement prévoyant que l'examen oral se déroule en présence de l'enseignant responsable et d'un expert, qui prennent uniquement des notes personnelles mais n'ont pas l'obligation d'établir un compte-rendu formalisé du déroulement de l'examen sur le moment, ces notes personnelles ne seront en principe pas consultables (cf. dans ce sens TAF B-3560/2013 du 13 janvier 2014 consid. 5.4.2).

Cette approche est en phase avec les législations récentes sur la transparence des activités de l'administration, qui continuent, malgré tout, à généralement soustraire à l'accès public les documents internes. Elle n'échappe cependant pas à toute critique, notamment car elle est susceptible de priver l'étudiant d'informations peut-être déterminantes pour son recours. On peut en effet imaginer que le compte-rendu établi à l'occasion d'un recours par l'examineur sur la base de ses notes internes ne reprenne pas fidèlement les notes internes. Ceci ne pourra être constaté que si les notes internes sont consultables. Ce cas de figure s'est réalisé dans l'ATF 2D_54/2014 du 23 janvier 2015 consid. 5.5, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré, en présence de contradictions entre la transcription dactylographiée d'un procès-verbal d'examen et sa version manuscrite, que l'instance inférieure était tombée dans l'arbitraire en considérant qu'une audition des examinateurs n'était pas nécessaire. Si la version manuscrite avait été retranchée du dossier en tant que document interne, le recours n'aurait peut-être pas été admis.

La législation relative à la protection des données personnelles ouvre tout de même un certain accès aux notes internes. En effet, sous cet angle, l'accès à ces documents, s'ils sont conservés au dossier, devra être

possible hors procédure s'ils contiennent des données concernant l'auteur de la demande de consultation, même si celles-ci ne présentent aucune importance pour le processus de décision et auraient à ce titre été soustraites à la consultation dans le cadre d'une procédure de recours. Il ne serait dans ce cas pas admissible de limiter le droit d'accès à ces documents au seul motif qu'il s'agirait de documents internes; il faudrait encore démontrer que les conditions légales de restriction du droit d'accès sont remplies dans le cas concret (cf. ATF 125 II 473 consid. 4a et 4c, traduit in JdT 2001 I p. 322). Il n'est ainsi pas exclu qu'une demande de révision puisse se fonder sur la consultation de notes internes accessibles à un étudiant hors délai de recours, ce qui relativise la notion de notes internes non consultables. Dans un souci d'efficacité, ne faudrait-il donc pas autoriser un accès immédiat à ces notes internes? Il est vrai que si les notes internes sont mises à la poubelle dès que le délai de recours est échu, la question de la consultation ne se pose plus... Le procès-verbal doit être établi dans le respect de certaines règles formelles. Il n'en demeure pas moins qu'il est normal que des notes prises en cours d'examen soient sommaires, peut-être difficiles à comprendre et qu'elles puissent comporter certaines contradictions. Dans la mesure où ces notes sont ensuite explicitées devant l'autorité de recours, cela ne porte pas à conséquence (cf. arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2014.0126 du 8 décembre 2014 consid. 5).

En présence d'un procès-verbal peu clair, le Tribunal fédéral estime qu'il revient aux autorités de recours d'établir les attentes du professeur en cause lors de l'examen oral et de déterminer dans quelle mesure les réponses de l'élève correspondaient à ces attentes. Ainsi dans le récent ATF 2D_54/2014 du 23 janvier 2015 consid. 5.6 (ensuite confirmé dans ATF

2C_646/2014 du 6 février 2015 consid. 3), il a considéré que le refus de l'autorité inférieure de procéder aux mesures d'instruction requises par le recourant, notamment à l'audition des experts, se fondait sur une limitation excessive du pouvoir d'examen de cette autorité. Tout en concédant que, selon la jurisprudence établie, l'autorité judiciaire qui juge d'un recours contre un examen doit faire preuve d'une certaine retenue (*gewisse Zurückhaltung*), voire d'une retenue particulière (*besondere Zurückhaltung*), le Tribunal fédéral a estimé que faire preuve de retenue ne signifie pas limiter sa cognition à l'arbitraire. Il explique qu'une telle limitation n'est compatible ni avec l'art. 29a Cst. ni avec l'art. 110 LTF, qui garantissent pour tous les litiges l'accès à au moins un tribunal qui peut contrôler exhaustivement les questions de fait et de droit. Cela étant, concrètement, l'autorité de recours se trouve fort démunie pour juger de prestations lors d'épreuves d'examens scolaires, universitaires ou professionnels sans limiter son pouvoir d'examen à l'arbitraire. Pour qu'il ne lui soit pas reproché de limiter ainsi sa cognition, c'est sans doute plus au sujet de la qualité de la motivation de la décision attaquée qu'à propos de la qualité de la prestation du recourant qu'elle devra approfondir son examen.

On peut se demander si cette récente jurisprudence amènera les autorités de recours à procéder plus fréquemment à l'audition de témoins, en l'absence de procès-verbaux ou d'explications cohérentes. Il est plus vraisemblable que les autorités de recours renverront à l'instance précédente les affaires de ce genre, à charge pour elles, soit de procéder aux auditions nécessaires, soit, si compte tenu de l'écoulement du temps les examinateurs ne sont plus à même d'exposer le déroulement de l'examen et de fournir les indications nécessaires à l'évaluation ultérieure de

leur appréciation, d'autoriser l'étudiant à présenter l'examen en cause lors d'une nouvelle tentative. On peut supposer que cela entraînera à terme une plus grande formalisation, au niveau des établissements de formation, des conditions de retranscription écrite d'examens oraux. Il n'en demeure pas moins que tout examen oral continuera de comporter une part importante de subjectivité que toutes les cautèles formelles ne pourront jamais supprimer.

Pacta sunt servanda s'applique-t-il au canton de Genève?

Thierry Tanquerel

*Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté de
droit de l'Université de Genève*

Pierre Moor n'aime guère le concept de droits acquis, qu'il juge, en concédant un point d'interrogation de pure forme, «fossilisé»¹. Mais, s'il renoncerait volontiers à l'expression, c'est pour mieux souligner la réalité des effets juridiques que recouvre celle-ci: ainsi, pour les contrats, il rappelle avec Etienne Poltier que «les cocontractants ont entendu se lier réciproquement, faute de quoi ils n'auraient pas créé le rapport juridique en cause»². Ces auteurs insistent: l'Etat est lié par ses propres engagements contractuels, alors même que des raisons d'intérêt public justifieraient, eu égard à l'article 26 Cst., une atteinte à l'économie du contrat qu'il a passé, ce qui explique qu'il y aura toujours, en cas d'expropriation du droit contractuel, conversion en un droit à indemnité³. Il faut se référer au principe *pacta sunt servanda*. La chose paraît évidente. *Pacta sunt servanda* s'applique aux contrats

1 Pierre MOOR/Etienne POLTIER, *Droit administratif* – Vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne 2011, p. 24.

2 *Id.*

3 *Ibid.* p. 25.

conclus par l'Etat, qu'ils soient de droit privé ou de droit public, et les engagements contractuels de l'Etat sont opposables à tous ses organes, en particulier au législateur⁴.

Cette portée des engagements contractuels est d'ailleurs ce qui fait toute l'utilité du recours au contrat de droit public, notamment en matière de subventions. La collectivité est assurée de la pérennité des engagements pris par l'entité subventionnée pendant toute la durée du contrat. De son côté le bénéficiaire de la subvention prévue dans le contrat a la garantie que celle-ci ne pourra varier, notamment en raison de contraintes budgétaires, pendant la période convenue. D'où l'intérêt des «contrats de prestations» et autres «conventions d'objectifs» qui courent sur plusieurs exercices budgétaires.

Le Gouvernement et le Parlement genevois ne voient pas les choses de cette manière.

La loi genevoise sur les indemnités et les aides financières du 15 décembre 2005 (LIAF)⁵ prévoit en effet que les indemnités et les aides financières octroyées notamment par des contrats de droit public «ne sont valables qu'à la condition et dans la mesure de l'autorisation de dépense octroyée par le Grand Conseil au Conseil d'Etat dans le cadre du vote du budget annuel» (art. 25 al. 1), étant souligné que, sauf disposition légale prévoyant expressément le contraire, le montant de toute indemnité ou aide financière peut être augmenté, diminué ou supprimé à l'occasion du vote du budget (art. 25 al. 2). Les contrats de droit public doivent préciser que l'indemnité ou l'aide financière

4 ZBl 2010 56, consid. 5.3, p. 62 (TF 21.4.2009).

5 RS/GE D 1 11.

ne sont accordées qu'à titre conditionnel au sens de l'article 25, alinéa. 1 (art. 25 al. 3). Pour bien enfoncer le clou, l'article 27 LIAF affirme expressément que, notamment, les contrats de droit public relatifs à des indemnités ou des aides financières ne confèrent à leurs bénéficiaires aucun droit acquis.

De fait, les contrats portant sur des subventions passés par le canton de Genève comportent la réserve visée à l'article 25, alinéa 3, LIAF. La forme est donc sauve, ce qui permet d'éviter de se demander si un contrat ne créant aucun droit acquis est encore véritablement un contrat. En pratique, les contrats de subventionnement genevois ne précisent en général pas ce qu'il advient des engagements de l'entité subventionnée si celle-ci reçoit moins d'argent que stipulé entre les parties. Sauf à justifier un contrat léonin, une seule des parties s'engageant vraiment, il faut admettre que ces engagements peuvent être réduits en proportion de l'éventuelle diminution unilatérale de l'aide ou de l'indemnité cantonale. Ni la loi, ni les contrats que nous avons pu consulter ne règlent les modalités de ce rééquilibrage du contrat. Quoi qu'il en soit, dans de telles conditions, les contrats de subventionnement genevois ne présentent aucun intérêt, puisque les entités subventionnées de cette manière n'ont aucune garantie que les montants indiqués dans le contrat leur seront effectivement versés. Le suspense budgétaire est pour elles entier chaque année.

Le législateur a-t-il vu le problème? L'article 25, alinéa 2, LIAF déjà cité réserve le cas où une «loi spécifique» dispose expressément que le montant d'une indemnité ou d'une aide financière ne peut être modifié lors du vote du budget, et l'article 27, 2e phrase, LIAF prévoit que «demeurent réservées les dispositions spéciales, autorisées par la présente loi, figurant dans les

lois, les contrats ou les décisions précités et stipulant expressément l'immutabilité de ceux-ci».

Ici, la logique contractuelle semble reprendre ses droits. Certes, dans le cas ordinaire, les contrats de subvention passés par le canton sont dénués de véritable portée, puisqu'ils contiennent des clauses ruinant les engagements de l'Etat et, selon la lettre de la loi, «ne confèrent aucun droit acquis». Mais il est toujours possible au canton, dans le cadre d'une loi spécifique approuvant un contrat, d'affirmer l'immutabilité des clauses de celui-ci, en d'autres termes, de reconnaître le principe *pacta sunt servanda*. Evidemment, exiger une telle reconnaissance expresse pour que le principe s'applique n'est guère compatible avec la bonne foi consacrée aux articles 5, alinéa 3, et 9 Cst, mais pour curieux qu'il soit, le système de la LIAF paraît en définitive préserver la possibilité pour le canton de prendre de véritables engagements contractuels, auxquels il doit se tenir, en matière de subventions. Tel n'est pourtant pas l'avis du Gouvernement et du Parlement genevois, comme le montre l'exemple de la convention d'objectifs passée avec l'Université de Genève pour les années 2012 à 2015.

Selon l'article 21 de la Loi genevoise sur l'Université du 13 juin 2008 (LU)⁶, tous les quatre ans l'Etat et l'Université négocient les objectifs assignés à cette dernière, accompagnés des modalités, méthodes et critères d'évaluation y relatifs (al. 1). Ces éléments sont consignés dans une convention d'objectifs quadriennale qui comprend les indemnités monétaires et non monétaires allouées par l'Etat, les subventions d'investissement et les autres engagements à la charge de l'Etat (al. 2). Cette convention est soumise à la

6 RS/GE C 1 30.

procédure prévue par la LIAF (al. 3). La convention d'objectifs pour les années 2012 à 2015 a été signée par le Conseiller d'Etat chargé du Département de l'instruction publique et le Recteur de l'Université le 11 avril 2013. Les parties s'engageaient à l'appliquer et à la respecter avec rigueur et selon le principe de la bonne foi (Préambule). Les engagements financiers de l'Etat étaient fixés à son article 8, «sous réserve de l'accord du Grand Conseil dans le cadre de l'approbation du budget». En cas de différend, après échec d'un règlement amiable, voire d'une médiation, le litige pouvait être porté devant la Chambre administrative de la Cour de justice (art. 19).

Les engagements financiers de l'Etat ont été repris à l'article 2 de la loi accordant une indemnité annuelle de fonctionnement à l'Université de Genève pour les années 2012 à 2015, du 17 mai 2013⁷, qui, à son article 1, ratifiait la Convention d'objectifs. L'article 8 de cette loi précisait que conformément à l'article 25, alinéa 2, LIAF «les montants accordés restent garantis lors du vote annuel du budget». Sauf à vider de tout sens cette disposition, il faut la comprendre comme donnant une fois pour toutes et irrévocablement «l'accord du Grand Conseil» visé dans la convention. Cet engagement est suffisamment clair, précis et manifeste pour créer un droit acquis au bénéfice de l'Université, opposable également au législateur. A notre sens, ce droit n'est, dans le contexte, rien d'autre que la conséquence du principe *pacta sunt servanda*. En effet, la loi du 17 mai 2013 était une loi de ratification de la Convention d'objectifs et il n'est pas concevable que le principe contenu à son article 8 n'ait pas été déterminant dans l'accord passé entre

7 Loi L 11023 (<http://ge.ch/grandconseil/search?search=PL+11023>).

les parties. L'engagement contenu dans cette disposition était donc bien un engagement contractuel du canton et non une simple promesse unilatérale extra-contractuelle (qui aurait d'ailleurs quand même créé un droit acquis).

Dans cette mesure, la Convention d'objectifs pouvait être considérée comme un contrat engageant véritablement les parties, l'Université pouvant compter en toute confiance – à titre de «droit acquis» ou, comme le préférerait sans doute le dedicataire de ces lignes, de respect du principe *pacta sunt servanda* – sur les montants promis dans la Convention et repris par la loi du 17 mai 2013.

Or, la situation financière du canton s'étant péjorée, le Conseil d'Etat a mis au point un plan d'économies, qui devait également toucher l'Université. Afin de pouvoir réduire l'indemnité versée à celle-ci en 2015 par rapport à ce qui était convenu dans la Convention, le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil, qui l'a accepté sans discussion, de modifier, par une loi du 18 décembre 2014⁸, l'article 8 de la loi du 17 mai 2013. Celui-ci prévoit désormais que l'indemnité n'est accordée qu'à la condition et dans la mesure de l'autorisation de dépense octroyée dans le cadre du budget annuel et que, si celle-ci n'est pas ou n'est que partiellement octroyée, le Conseil d'Etat doit en adapter le montant.

Cette modification légale est remarquable en ce qu'elle relève d'une conception absolutiste du pouvoir du parlement cantonal. Tout ce que celui-ci a fait par une loi, y compris prendre un engagement irré-

8 Loi L 11538 (<http://ge.ch/grandconseil/search?search=PL+11538>).

vocable ou approuver sans réserve un contrat, il peut le défaire par une autre loi. Il est tout aussi remarquable que l'opération n'ait, semble-t-il, pas soulevé le moindre doute juridique de la part du Conseil d'Etat ou de celle des députés. Or, il est clair qu'une telle manière de faire heurte de front le principe de la bonne foi, sans même aborder la question de savoir si elle est conforme au principe de non-rétroactivité des lois. Elle laisse en outre à penser que le canton de Genève ne se sent en aucun cas lié par le principe *pacta sunt servanda*.

Si l'Université avait voulu contester cette modification unilatérale du contrat et porter le litige devant la Cour de Justice, on ne voit guère comment cette dernière aurait pu lui donner tort. Mais, bien entendu, l'Université n'en a rien fait. Sa dépendance, en particulier financière, vis-à-vis du canton est telle qu'elle ne peut pas se permettre un conflit, encore moins judiciaire, avec celui-ci. Cette observation conduit à relativiser la portée des contrats de droit public passés entre une collectivité et une entité décentralisée qui en dépend. Même si toutes les formes contractuelles sont respectées, l'une des parties dispose sur l'autre de moyens de pression qui lui permettent, le cas échéant, d'imposer unilatéralement sa volonté. On peut de même relativiser, en l'espèce, le caractère choquant de la loi du 18 décembre 2014, en considérant qu'en réalité elle ne faisait qu'entériner un accord implicite entre les parties.

Dans ces conditions, on peut se demander pourquoi le Conseil d'Etat a choisi de faire voter une loi qui, par le précédent qu'elle pose, risque de poser un problème pour le crédit de l'Etat lorsque l'autre partie sera une entité privée pour laquelle le respect du principe *pacta sunt servanda* sera essentiel. Il aurait été

beaucoup plus simple de convenir avec l'Université, ce qu'elle n'aurait pu en pratique refuser, d'une modification de la Convention elle-même pour l'année 2015, sans toucher à l'article 8 de la loi du 17 mai 2013.

Il se confirme donc que, dans le canton de Genève, la voie contractuelle en matière de subventions n'offre qu'une protection illusoire aux bénéficiaires d'aides ou d'indemnités étatiques. Cette conception des autorités genevoises pourrait se révéler très problématique dans les cas où le partenaire contractuel de l'Etat ne serait pas une entité qui lui est, de fait, subordonnée.

Die Kultur des Schweigens

Pierre Tschannen

Professor Dr. iur, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern

Reden ist Silber und Schweigen ist Gold: Der Volksmund scheint geschlossene Lippen als Kulturleistung zu betrachten. Übrigens auch Boëthius mit seiner Empfehlung, wie man sich den Ruf eines Philosophen erhalten kann („Si tacuisses ...“; der Spruch war mir bekannt, den Namen des Urhebers musste ich nachschlagen). Unter Juristen gelten diese Weisheiten wenig. Anwälte plädieren in blumigsten Worten; die Justiz neigt mitunter zu Ausschweifungen; das Schrifttum ist unübersehbar geworden. Und die Dozenten – sie reden vor einem digital gewitzten Publikum um ihr Leben; wer dabei rhetorisch ausrutscht, riskiert Kommentare wie: „Ihren Sarkasmus halte ich am Morgen erst nach drei Tassen Kaffee aus“ (die Bemerkung ist echt).

Gewiss, es ist der Beruf, der zum unablässigen Sprechen und Schreiben drängt. Damit steht die Juristerei zwar nicht allein. Aber in einem Punkt hebt sie sich von anderen Wortprofessionen merklich ab: Der Satz eines Rechtsgelehrten weckt die Erwartung des Richtigen, des Versichernden und Endgültigen (gut, die Theologie müsste man mitzählen). Dass die Erwartung häufig enttäuscht wird, steht auf einem anderen Blatt (zwei Juristen, drei Meinungen: man kennt das geläufige Credo). Aber auch so sind Äusserungen von Juristen nie harmlos.

Wäre vor diesem Hintergrund weniger nicht mehr? Beispielsweise die obiter Dicta des Bundesgerichts: Auch wenn sie nicht häufig vorkommen und stets gut gemeint sind – mitunter bewirken sie das Gegenteil des Beabsichtigten. So anerkannte das Bundesgericht in BGE 136 II 132 (es ging um die eidgenössische Volksabstimmung über den biometrischen Pass) einen Anspruch auf Nachzählung „sehr knapper“ Ergebnisse selbst ohne vorgefallene Unregelmässigkeiten – unnötigerweise, denn der Ausgang der angefochtenen Abstimmung war nur knapp, nicht sehr knapp. Der Entscheid musste wenig später relativiert werden: Das Gesagte gelte nicht auch für die Nationalratswahlen (BGE 138 II 5). Der Bundesgesetzgeber wiederum sah sich veranlasst, den Status quo ante – Nachzählung sehr knapper Abstimmungsergebnisse nur bei nachgewiesenen Unregelmässigkeiten – ausdrücklich festzuschreiben (Art. 13 Abs. 3 BPR).

Man könnte auch an die Literatur denken. Mehr und mehr werden Themenwahl und Publikationskadenz von Verlagsinteressen bestimmt; unter dem Diktat der Forschungsevaluation gelangen Mehrfachverwertungen, ja selbst Editorials und Zeitungsartikel in das Schriftenverzeichnis. Allerdings würde man sich Feinde schaffen und nebenbei in Verdacht geraten, nur von den eigenen Schreibblockaden ablenken zu wollen.

Zum Umgang mit Medienanfragen hingegen lohnen sich einige Zeilen. Ein Journalist möchte wissen, ob die Finanzkompetenzen unterlaufen werden, wenn der Kanton X soziale Projekte unterstützt, für welche eigentlich die Gemeinden zuständig wären; und wie es dabei um das Beschaffungsrecht stehe? Ein anderer vermutet, der Polizeieinsatz gegen Teilnehmer einer unbewilligten Demonstration in der Stadt Y sei unver-

hältnismässig gewesen; ob ich dies bestätigen könne? Sofort fühlt man die Verpflichtung, sich zur Sache zu äussern: Die Zeit drängt, der Artikel erscheint morgen (wahlweise: das Interview soll heute auf Sendung); als Professor weiss man doch Bescheid, ein Statement müsste also möglich sein? Welch ein Trugschluss! Kenne ich die Fakten? Ist mir das Finanzhaushaltrecht geläufig? Habe ich eine Ahnung von Polizeitaktik? Dreimal Nein.

Nun gehört es sicher zu unseren Aufgaben, auch den Medien zur Verfügung zu stehen. Aber man muss sich stets vergegenwärtigen, wie sie arbeiten (oft genug unter dem Druck von Redaktionsschluss und Schlagzeile) und was sie von uns wollen (nämlich das authentisch wirkende Zitat einer akademischen Autorität). Es gibt Naturtalente, welche die daraus fliessenden Herausforderungen – knapp, klar, sofort – spielend meistern. Ich gehöre nicht dazu. Welche Fehler man begehen, in welche Fallen man tappen kann: Das ist mir erst am Rande eines Medientrainings für angehende Richterinnen und Richter bewusst geworden (zu meinem Glück war ich nur Zuschauer).

Worin bestehen die Todsünden? Hier eine kleine Auswahl: Auskunft geben ohne Vorbereitung; sich nicht überlegen, ob man überhaupt der richtige Ansprechpartner ist; kritische Fragen nicht antizipiert haben; auf Gerüchte und Spekulationen eingehen; keine Vorstellung von der Hauptbotschaft haben, die man platzieren möchte – und keine Vorstellung von dem, was nicht kommuniziert werden soll. Am Schlimmsten sind live gesendete TV-Auftritte, hier lässt sich nichts korrigieren. Man trage also keine Karohemden; man vermeide auffällige Krawatten oder blitzende Colliers; man blicke nicht in die Kamera. Vor allem aber: Man vermeide lange Sätze! Keine Antwort

darf länger als zwanzig Sekunden dauern, sonst unterbricht der Moderator.

Es gibt also Gründe, weshalb ich mich auf Presse und Radio beschränke. Aber auch bei diesen vergleichsweise harmlosen Medien gilt: Die eigenen Grenzen zu kennen ist kein Makel. „Ich weiss es nicht“ gehört zu den legitimen und von professionellen Journalisten auch respektierten Antworten, ebenso der Satz „Ich müsste recherchieren“ oder „Nicht jetzt“. Schuldgefühle braucht man deswegen nicht zu haben. Schweigen mag nicht immer Gold sein, aber immerhin Ausdruck von Vorsicht. Und Vorsicht, um den Volksmund zum Schluss erneut zu bemühen, Vorsicht ist die Mutter der Porzellankiste.