

gesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, der Bundesbeschlus betreffend den baulichen Luftschutz, je mit den zugehörigen Verordnungen und administrativen Weisungen.

Der Praktiker weiß, wie mühsam es oft ist, aus der offiziellen Gesetzessammlung und dem Amtsblatt die maßgebenden Vorschriften in der geltenden Fassung auf den genannten Rechtsgebieten zusammensuchen. Das Rechtsbuch für das Zürcher Baugewerbe ist daher für den Praktiker eine große und wertvolle Erleichterung, für die er dankbar ist.

O. B.

**Generalregister der Aargauischen Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1947 bis 1956.** 174 Seiten. Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1958.

Dieses Generalregister behelbt mit einem Schlag alle Probleme des Suchens und Findens. Die ersten 10 Jahrgänge dieser wertvollen Judikatursammlung sind damit jedem Benutzer auf einfachste Weise erschlossen.

R.

**Kopp Hans W., Dr.:** *Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechts-theorie mit vergleichender Berücksichtigung der Schweiz, Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens und der USA.* Band I: XXX + 344 Seiten, Band II: Seiten 345-734. Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1958.

Es kommt häufig vor, daß in der Schweiz - in Bund und Kantonen - auch andere als mit dem Namen « Bundesgesetz » oder « Gesetz » bezeichnete Erlasse Vorschriften enthalten, die anderswo nur unter der Etikette und in der Form des Gesetzes erwartet würden, und daß umgekehrt die unter dem Namen und in der Form des Gesetzes erscheinenden Erlasse auch Inhalte aufnehmen können, die keine Rechtsätze sind. Es ist das Anliegen des Verfassers, zu zeigen, wo wir von Gesetzen im eigentlichen, vollen, « doppelten » Sinne sprechen dürfen, und wo andererseits das Vorhandensein oder das Fehlen der Gesetzesform den Inhalt eines Erlasses nicht charakterisiert. Die äußerst gründliche Untersuchung durchmisst die ganze Amplitude der Lehre vom Rechts-satz, und die Dokumentation erstreckt sich auf das ganze Sortiment der in der BS und in der AS auffindbaren Bundeserlasse und auf viele Beispiele aus andern Staaten.

Was der Autor uns als Frucht ausgedehnter Studien vorlegt, ist eine nach Umfang und Qualität gleichermaßen außerordentliche Doktorarbeit. Sie ist an der Universität Zürich unter der Leitung von Prof. Dr. Werner Kägi entstanden. Der Autor verdient unsern Dank und viele aufgeschlossene Leser.

**Schweizerische juristische Kartothek.** Karten 1958. 3. Lieferung: 8 Karten = 74 Seiten. Allgemeines alphabetisches Sachregister 1941-1958. 74 Seiten. Genf, November 1958.

Diese letzte Lieferung des Jahres 1958 umfaßt 3 Karten über die Beschwerde ans Bundesgericht nach Art. 19 SchKG (Fred-E. Simond), 3 Karten über die Pacht (André Borel und Willy Neukomm) und je eine Karte über die Buße (Max Waiblinger) und die zeitliche Geltung des Strafgesetzes (Hans Schultz). Besonders willkommen ist wiederum das allgemeine alphabetische Sachregister, das 1957 ausgefallen war und nunmehr sämtliche bis Ende 1958 erschienenen Karten erschließt.

**Schweizerische Studiengesellschaft für rationelle Verwaltung:** *Vorträge gehalten an der VII. Schweizerischen Studientagung in Zürich vom 10./11. September 1958, Band VI.* Preis Fr. 8.-. Verlag: Sekretariat der Schweizerischen Studientagung, Bern, Wittigkofenweg 15. 1959.

Inhalt: Führungsprobleme in der Verwaltung (Prof. Dr. Hans Büssch, Zürich), Personalauslese (dipl. Ing. Egon Barth, Zürich), Führungsprobleme bei Industriebetrieben (Prof. Dr. Hans Motteli, St. Gallen), Arbeits erleichterung durch organisatorische Hilfsmittel (Dr. rer. pol. Arnold Meyer, Bern), Physiologische Arbeitsgestaltung (Prof. Dr. Etienne Grandjean, Zürich).

# SCHWEIZERISCHES ZENTRALBLATT FÜR STAATS- UND GEMEINDEVERWALTUNG

60. JAHRGANG

Nr. 7

ZÜRICH, 1. APRIL 1959

## L'ORIGINE COUTUMIÈRE DES RÈGLES DE DROIT PUBLIC

Par Jean-François Aubert

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel

1. Le Tribunal fédéral vient de rendre, à ce sujet, deux arrêts intéressants.

A. *Société coopérative de consommation de Goldau c. Conseil d'Etat du Canton de Schwytz*, du 25 septembre 1957, ATF 83 I 242.

Une loi schwytzoise, de 1899, soumet à autorisation la profession d'aubergiste et le commerce de détail des boissons spiritueuses (art. 1). En outre, la profession d'aubergiste est subordonnée à une « clause de besoin » (art. 15). Depuis 1920, le Conseil d'Etat de Schwytz étend cette clause de besoin au commerce de détail des boissons spiritueuses. Pendant plus de 35 ans, les intéressés n'ont, à une exception près (en 1938), jamais contesté la légitimité d'une telle pratique. Mais, en 1956, la société recourante, s'étant vu refuser une patente, résolut de porter la question devant le Tribunal fédéral. Celui-ci écarta le pourvoi, pour le motif qu'avec les années la pratique du Conseil d'Etat s'était transformée en coutume, et qu'une base coutumière équivalait à la « voie législative » dont parle l'art. 32 quater I de notre Constitution.

B. *Kuhn c. Conseil d'Etat du Canton de Saint-Gall*, du 14 mai 1958, ATF 84 I 89.

Une loi saint-galloise, de 1887, soumet à émolument la profession de colporteur. Depuis 1903, une ordonnance d'exécution, du Conseil d'Etat, assujettit à un même émolument (de fr. 10.- à fr. 120.-) l'exploitation de distributeurs automatiques. Durant plus de 50 ans, sauf un cas (en 1927), les propriétaires d'appareils payèrent sans sourciller; jusqu'au jour où, en 1957, le recourant s'avisait de mettre en doute la légalité de cette taxe. Le Tribunal fédéral lui donna raison, estimant qu'il était contraire à l'art. 4 de la Constitution de retenir, en l'espèce, l'existence d'une coutume<sup>1</sup>; que la loi désignait trop clairement l'objet de l'émolument pour présenter, à cet égard, une lacune à combler; qu'il manquait, au surplus, de cet assentiment général constitutif du droit coutumier.

<sup>1</sup> On remarquera que l'arrêt *Kuhn* se réfère par deux fois à l'art. 4 de la Constitution fédérale: 1. l'art. 4 exige que tout impôt ait une base légale; 2. il était arbitraire, en l'espèce, et par conséquent contraire au même art. 4, de dire que la pratique saint-galloise fournissait la base nécessaire de la taxe incriminée. Comp. ATF 80 I 325, Brunnmatt AG.

2. La divergence des solutions est frappante. Les deux fois, il s'agissait de décider si une habitude constante et indiscutée permettait à l'Administration, en l'absence de texte légal, de limiter valablement la liberté des citoyens. La réponse fut affirmative dans le premier cas, négative dans le second. Et l'on assortira cette constatation de deux remarques: D'abord, que la limitation de la liberté était plus profonde la première fois que la seconde; car si l'imposition d'un émoulement de fr. 120.— ne fait, le plus souvent, que renchérir l'usage d'un droit, l'invocation d'une clause de besoin peut fort bien l'interdire complètement. Ensuite, que la réponse était plus nette la seconde fois que la première, puisqu'il a été jugé, successivement, qu'il n'était pas arbitraire d'admettre la positivité de la coutume schwytoise (ATF 83 I 246), mais qu'il l'était vraiment d'admettre celle de la coutume saint-galloise (ATF 84 I 96/7).

3. Les règles générales sur la coutume de droit public ont été exposées, en dernier lieu, dans deux arrêts fédéraux de 1947 et 1948 (ATF 73 I 346, Bauer, et 74 I 176, Böhringer). Elles s'articulent de la façon suivante:

- a) Une coutume ne peut s'instituer que là où il y a une lacune de la loi; et
- b) Une coutume ne viendra combler une lacune de la loi que si
  1. elle a fait l'objet d'une pratique longue et régulière; et
  2. les justiciables la tiennent pour nécessaire (« opinion de nécessité »), — étant bien entendu que ces deux dernières conditions doivent être soumises à un contrôle sévère, car, quoique la création coutumière « ne soit pas absolument exclue en droit public, une grande prudence s'impose » —.

Si nous appliquons ce schéma aux deux décisions de 1957 et 1958, nous obtenons les argumentations que voici:

4. A. *Affaire de la société coopérative de Goldau*. Il existe une lacune de la loi schwytoise, en ce qui concerne l'application de la clause de besoin au commerce de détail des boissons spiritueuses. A vrai dire, le Tribunal fédéral ne s'exprime pas sur ce point. Mais telle est bien l'opinion qu'il convient de lui imputer, si l'on veut que sa jurisprudence soit cohérente<sup>2</sup>.

Une lecture superficielle des art. 1 et 15 de la loi considérée amène sans doute à la conclusion que la clause de besoin prévue pour les auberges ne doit pas s'appliquer au commerce de détail. En effet, des deux catégories distinguées à l'art. 1, une seule est mentionnée à l'art. 15; c'est donc que l'autre en est volontairement exclue.

Cette interprétation « logique » est contredite par une interprétation « téléologique ». Le but de l'art. 15, comme, du reste, de l'art. 32 quater I de la Constitution fédérale, est de combattre l'alcoolisme, en limitant les

<sup>2</sup> Ou alors faut-il penser que le Tribunal fédéral ne se borne plus à assigner à la coutume un rôle créateur *praeter legem*, mais qu'il va jusqu'à tolérer (avec une certaine doctrine allemande, cf. K. E. von Turegg, *Lehrbuch des Verwaltungsrechtes*, Berlin, 1950, p. 98/99, n. 1) une création coutumière *contra legem*? A titre d'indice, on notera qu'un arrêt Kung (ATF 81 I 26) admet, implicitement, qu'une restriction à la propriété (plan d'aménagement communal) ait une base coutumière, et non légale, sans s'inquiéter un instant de savoir si la loi présente une lacune sur ce point (p. 34).

possibilités de boire (ATF 78 I 208, Koch<sup>3</sup>). Or, quoique les auberges favorisent l'alcoolisme plus que ne le fait le commerce de détail (l'ivrogne de maison est un phénomène plus rare que l'ivrogne de café), une restriction des deux types de débit ne peut que servir le propos du législateur.

Comment découvrir une lacune dans un cas où la loi, loin de se taire, donne plutôt deux réponses? Par quelques rares jalons, le Tribunal fédéral nous fait entrevoir le cheminement de sa pensée (p. 246). D'un côté, la confrontation des art. 1 et 15 est si éloquente qu'elle interdit d'assimiler aux auberges le commerce de détail. De l'autre côté, l'intention de l'art. 15 est trop manifeste pour qu'on puisse duement soustraire le commerce de détail à la clause de besoin. Etant contradictoires, les interprétations s'annulent, et il reste un vide.

5. C'est, si l'on ose dire, sur ce vide que va s'édifier la règle coutumière, selon laquelle le commerce de détail des boissons spiritueuses, comme la profession d'aubergiste, est soumis à la clause de besoin. Cette règle est issue d'une pratique dont la constance n'est pas douteuse (lors de l'unique recours de droit public, en 1938 — cause *Canonica* —, la légitimité de l'usage n'a pas été niée<sup>4</sup>, et dont la durée (36 ans) peut être tenue pour suffisamment grande<sup>5</sup>. Bénéficie-t-elle, aujourd'hui, de l'assentiment de tous les intéressés? Le Tribunal fédéral l'admet, et il est même permis de penser qu'il confirme son appréciation dans la suite de son arrêt.

En effet, on se souvient que l'affaire schwytoise posait un problème particulier: L'art. 32 quater I de la Constitution autorise les cantons à introduire la clause de besoin, mais par la voie législative seulement. Le canton de Schwytz, en introduisant une clause de besoin par la voie coutumière, a-t-il satisfait à la condition formelle de la délégation? Oui, répond la haute cour, parce que coutume équivaut à législation. Et cette équivalence se justifierait par le fait que l'une et l'autre sont, en dernière analyse, l'œuvre du peuple.

<sup>3</sup> L'important revirement de jurisprudence de 1953, ATF 79 I 155, *Association des Cafetiers de Bâle-Ville*, ne touche pas à l'arrêt Koch. Il se borne à dire — contrairement à un arrêt Graf, ATF 74 I 377 — que le nouvel art. 31 ter I C vise non seulement les restaurants sans alcool, mais encore les débits de boissons alcooliques (objet de l'art. 32 quater I C). De sorte que, depuis 1947, ces derniers établissements peuvent être subordonnés à deux types de clause de besoin: l'une de police, pour protéger le public contre l'alcoolisme (art. 32 quater I); l'autre de politique économique, pour protéger la profession contre la concurrence (art. 31 ter I).

<sup>4</sup> D'ailleurs, quelques dérogations, inspirées par des circonstances particulières, n'ôtent pas à un usage sa régularité. Cf. ATF 56 I 42/43, L. B.

<sup>5</sup> Le moment à partir duquel un usage est assez long pour valoir coutume ne peut évidemment pas être fixé de façon précise. Il dépendra, par exemple, de la fréquence des cas d'application, voire du contenu même de la règle (selon qu'elle accorde un droit aux justiciables, ou leur impose un devoir). D'une poignée d'arrêts fédéraux, on tire les données suivantes: Durée suffisamment grande, 54 ans (ATF 84 I 96/97); 36 ans (ATF 83 I 246); 30 ans (arrêt Thunerhof, du 6 février 1901, cité ATF 84 I 95; modification de la période de calcul, en matière fiscale); 26 ans (ATF 56 I 37; droit à la restitution de la taxe militaire, après accomplissement des cours de répétition manqués, et de l'école de recrues différée); et même 17 ans (ATF 84 I 97; se déduit, implicitement, de l'examen isolé de la période 1935-1951, cf. ci-dessous, no 7). Durée trop brève, 6 ans (ibidem, à propos de la période 1952-1957); 7 ans (arrêt Wild, du 16 septembre 1948, cité ATF 84 I 95; espèce semblable à l'arrêt Thunerhof).

6. B. *Affaire Kuhn*. Par une surabondance de motifs, le Tribunal fédéral a nié, successivement, l'existence d'une lacune et l'universalité de la conviction juridique.

Il commença par déclarer qu'une opération qui n'était pas visée dans une loi fiscale devait être considérée comme franche de taxe; qu'il n'y avait pas, alors, absence de règle, mais simplement règle négative; et qu'on ne pouvait tolérer qu'une coutume vint grever un objet que le législateur n'avait précisément pas voulu frapper.

7. D'ailleurs, poursuivait-il, les éléments constitutifs de la coutume, qui, on se le rappelle, doivent être sévèrement contrôlés, n'étaient même pas tous réunis. Sans doute y avait-il eu un long usage, de plus d'un demi-siècle; et un seul pourvoi – rejeté par le Conseil d'Etat, en 1927 – n'enlevait évidemment rien à sa régularité. Toutefois, le consentement des administrés n'avait pas atteint ce degré de généralité au-delà duquel l'usage devient droit positif. Pendant les trente premières années, l'Administration n'eut que de rares occasions de percevoir la taxe. Depuis 1935, il est vrai, les distributeurs automatiques se multiplièrent (jusqu'à près de 80), mais leurs propriétaires demeurèrent peu nombreux; ils étaient six en tout; dont cinq n'avaient qu'un appareil; et le sixième, qui exploitait tous les autres, n'était pas établi dans les frontières du canton (société anonyme ayant son siège à Berne). Le cercle des intéressés était trop petit pour que l'absence de recours contre la taxe exprimât autre chose que des opinions individuelles. Enfin, si, entre 1952 et 1957, le nombre des propriétaires s'accrut notablement, passant de 6 à 200, ce fut alors la brièveté de la période qui empêcha la naissance d'une coutume.

8. Ces argumentations ne manquent assurément pas d'ingéniosité. Mais elles ne sont pas pleinement convaincantes. En tout cas, elles ne donnent pas l'impression qu'elles n'eussent pu suivre un autre cours. Bien au contraire, on a le sentiment qu'il suffirait d'un léger effort pour aboutir à des conclusions diamétralement opposées en l'une et l'autre des deux espèces: la lacune serait niée dans la première, affirmée dans la seconde; et l'opinion de nécessité, qui serait admise, la seconde fois, serait, la première fois, jugée insuffisante pour assimiler la coutume à une loi.

9. a) *Lacune*. Dans l'arrêt de la société coopérative de Goldau, il paraît artificiel d'éliminer deux méthodes d'interprétation pour la seule raison qu'elles proposent des solutions contradictoires. Il faut plutôt choisir entre les deux. Du reste, qu'aurait fait le Tribunal fédéral, si la pratique inaugurée en 1920 s'était aussitôt heurtée à des recours de droit public, avant qu'une coutume eût le temps de s'établir? N'aurait-il pas, tout naturellement, écarté l'idée d'un vide législatif; accueillant les pourvois, s'il optait pour l'exégèse logique; les rejetant si, à l'inverse, il préférerait l'exégèse téléologique? Et la décision de 1957 ne nous montre-t-elle pas, simplement, des juges qui se rallient à cette dernière méthode, mais qui cherchent dans une tradition administrative une justification de leur choix.

10. Dans l'arrêt Kuhn, en revanche, convenait-il vraiment d'affirmer la plénitude de la loi fiscale? Était-il indiscutablement correct de déduire, par un raisonnement a contrario, de l'imposition de certains actes l'exonération des autres? Ne pouvait-on pas dire: la loi fiscale saint-galloise ne s'occupe

pas des automates (peut-être parce qu'en 1887 leur emploi était encore peu répandu); elle ne les assujettit pas, cela semble évident; mais elle ne les exempte pas davantage; en réalité, il y a ici une lacune; d'ordinaire, cette lacune se comble par une règle négative, en vertu du principe fondamental de la légalité de l'impôt; toutefois, il peut arriver, exceptionnellement, qu'elle se remplisse par une norme positive, quand une coutume vient servir de base légale à l'impôt<sup>6</sup>?

11. b) *Opinion de nécessité*. L'arrêt de la société coopérative de Goldau examine ce problème à deux reprises. D'abord, il se borne à relever que l'assentiment des justiciables est établi. Ensuite, il expose, de façon plus détaillée, qu'un tel accord est assez large pour correspondre à un acte de législation démocratique. C'est sur ce dernier point que la décision paraît critiquable.

Qui fait la loi, au cas de referendum obligatoire, ou même facultatif? On peut admettre que c'est le corps électoral. Mais qui fait la coutume (de droit public)? On doit reconnaître que c'est, d'une part, l'Administration, qui crée une pratique; et, d'autre part, les administrés<sup>7</sup>, qui s'en contentent, et renoncent à s'y opposer. Or qui peut s'opposer à une pratique administrative? Ceux-là seuls qui ont qualité pour se pourvoir, en particulier pour interjeter un recours de droit public au Tribunal fédéral. Autrement dit, ceux dont les intérêts juridiques, et non pas seulement effectifs, sont touchés<sup>8</sup>. Leur nombre ne sera probablement pas très élevé.

Ainsi, dans l'exemple schwytois, il n'est assurément pas inconcevable que le cercle des intéressés soit assez étendu. Outre l'entrepreneur dont la demande a été écartée, il y aura peut-être le propriétaire du fonds visé, ceux des immeubles adjacents, voire les consommateurs du quartier, qui tous auraient bénéficié de la proximité d'un établissement public. Néanmoins, un seul d'entre eux peut manifester d'une façon juridiquement mesurable s'il conteste le prononcé de l'Administration, ou s'il s'en accommode: le sollicité malheureux, selon qu'il recourt, ou s'abstient de recourir.

On est loin, semble-t-il, de l'universalité qui caractérise une procédure législative. L'assentiment des justiciables, assez général, sans doute, pour créer une coutume, l'était peut-être insuffisamment pour satisfaire à la forme qu'impose l'art. 32 quater I de la Constitution.

12. L'arrêt Kuhn semble tomber dans l'excès contraire. Le consentement des intéressés y a été jugé si fragmentaire que, loin d'équivaloir à un acte de législation<sup>9</sup>, il n'était même pas une règle coutumière.

<sup>6</sup> La question de savoir si, en principe, une coutume peut tenir lieu de base légale de l'impôt, est laissée ouverte (ATF 84 I 96). Mais, s'il voulait accueillir le pourvoi, c'est elle que le Tribunal fédéral devait résoudre négativement (selon une doctrine bien établie, cf. E. Blumenstein, *System des Steuerrechts*, Zurich 1951, p. 13), plutôt que de contester, pour des raisons discutables, l'existence d'une lacune et l'universalité de la conviction juridique.

<sup>7</sup> M. H. Peters, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin 1949, p. 80, dit clairement que la conviction des «intéressés», «Beteiligten», suffit à la formation de la coutume. L'assentiment de la communauté prise dans son ensemble n'est pas requis.

<sup>8</sup> Art. 88 OJF, et une longue jurisprudence, cf. ATF 79 I 155, 159 a, précité (ci-dessus, note 3), et les références.

<sup>9</sup> Voir, ci-dessus, note 6.

Evidemment, l'opinion de nécessité était peu répandue. Elle ne se rencontrait que chez six administrés. Mais aussi bien n'y avait-il, en tout, que six administrés qui fussent assujettis à la taxe des automates, et qui pussent exprimer leur désaccord ou leur approbation. En désirer davantage était contraire à la nature de la coutume. Si la loi est le produit du peuple<sup>10</sup>, ou de ses représentants, la coutume est l'œuvre exclusive de ceux qu'elle concerne (et c'est pourquoi elle est d'un rang généralement inférieur à celui de la loi).

Il est vrai que cette conception de la coutume présente un certain danger: ce serait qu'un petit nombre de personnes élabora, au cours des années, une règle qui obligerait, plus tard, une majorité. Mais une telle objection, si elle est retenue, entraverait toute création coutumière à l'égard des institutions qui vont en se développant. Au surplus, le même risque se retrouve dans la législation, où il arrive qu'une minorité d'ancêtres lie la masse de leurs descendants.

Quant à la discrimination territoriale préconisée par le Tribunal fédéral, elle est proprement inadmissible. En quoi le siège bernois de l'une des sociétés impliquées pouvait-il nuire à la formation d'une coutume saint-galloise? Un unique élément de lieu doit être pris en considération: l'emplacement de l'appareil automatique. Mais qu'importe que le propriétaire en soit saint-gallois, bernois ou autrichien; qu'il habite le Toggenbourg, l'Oberland ou le Tyrol; la règle sera de Saint-Gall, parce que c'est là qu'elle est appliquée.

13. En définitive, il nous semble que le Tribunal fédéral pouvait fort bien rejeter le recours de 1957; mais, de préférence, pour d'autres motifs que ceux dont il s'est inspiré. C'était la loi elle-même qui, interprétée d'après son but, donnait directement la solution. Tant mieux, évidemment, si l'usage confirme cette interprétation. Nous revoyons ici un procédé dont notre haute cour venait précisément de nous fournir un exemple, trois mois auparavant (ATF 83 I 173, Quinche; en particulier p. 179). Mais cet usage n'est pas une coutume, puisque coutume suppose lacune, et qu'une lacune n'est décelable qu'une fois qu'ont été épuisées toutes les ressources de l'interprétation (cf. ATF 74 I 176, Böhringer, déjà cité, ci-dessus, no 3).

Quant au recours de 1958, il est permis de penser que le Tribunal fédéral l'a traité trop bénévolement; autrement dit, qu'il s'est montré trop sévère à l'endroit de l'Administration<sup>11</sup>. Sans doute ne peut-on guère employer, pour cette espèce, le même moyen que pour l'affaire précédente, et déduire immédiatement de la loi une réponse favorable à l'imposition. La taxation des colporteurs et celle des automates ne visent pas des buts absolument identiques (sinon dans la mesure où elles représentent des émoluments, destinés à couvrir des frais de surveillance). Mais nous avons essayé de dire qu'il y avait, cette fois-ci, une lacune que la coutume pouvait combler. Le Tribunal fédéral n'a pas exclu cette hypothèse, puisqu'il s'est efforcé d'établir non seulement l'impossibilité d'une coutume, mais encore son inexistence. Ce-

<sup>10</sup> Au sens étroit de corps électoral.

<sup>11</sup> Voir, toutefois, la note 6, ci-dessus. L'arrêt s'expliquerait fort bien si le Tribunal fédéral s'était contenté de nier qu'une coutume pût remplacer la base légale que l'art. 4 C exige pour tout impôt.

pendant, les pages qu'il consacre à ce dernier objet nous paraissent franchement critiquables. Ce n'est plus de « grande prudence » qu'il faut parler ici, c'est véritablement d'étroitesse<sup>12</sup>. Et si cette étroitesse devait se perpétuer, il y aurait lieu de craindre que la création coutumière ne connaisse, dans les prochaines années, un sérieux coup d'arrêt.

## BAURECHT

### ZÜRICH

#### Zulässigkeit der Bestimmung einer Gemeindebauordnung, die das Eindecken der Dächer mit engobierten Ziegeln vorschreibt

A. Das zürcherische Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893 in der Fassung vom 16. Mai 1943 (BG) bestimmt in:

§ 68. Die Gemeinden sind verpflichtet, für das dem Baugesetz in vollem Umfang unterstellte Gebiet Bauordnungen aufzustellen. Diese dürfen nicht hinter den Anforderungen des Gesetzes zurückstehen, ausgenommen für Zonen, die in den Bauordnungen als Industriegebiete ausgeschieden sind.

§ 68a. Für Gebiete, die dem Gesetz im Sinne seines § 1, Abs. 2, unterstellt sind (d. h. wo Bau- und Niveaulinien festgelegt werden und nur die darauf und auf die Aufstellung von Quartierplänen bezüglichen Bestimmungen Geltung haben), können die Gemeinden ebenfalls Bauordnungen aufstellen. Diese dürfen nicht hinter den Anforderungen des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch zurückstehen.

Herrliberg gehört zu den zürcherischen Gemeinden, auf welche § 68 Abs. 1 BG anwendbar ist. Die Gemeinde erließ am 25. März 1953 eine Bauordnung (BO), die vom Regierungsrat des Kantons Zürich genehmigt wurde. Sie enthält in den §§ 17–20 gemeinsame Vorschriften für die Zone II und III, und bestimmt in

§ 20 Ziffer 1: In der Regel sollen nur Sattel- und Walmdächer erstellt und mit engobierten Ziegeln gedeckt werden. Die Dachneigung soll zwischen 20 und 55 Grad neuer Teilung liegen.

B. Der Gemeinderat von Herrliberg bewilligte den Beschwerdeführern am 6. Dezember 1955 die Erstellung von drei zusammengebauten Einfamilienhäusern. Später ersuchten die Beschwerdeführer den Gemeinderat um die Bewilligung, die Dächer dieser Häuser mit dunklem Schiefereternit bedecken zu dürfen. Der Gemeinderat lehnte dieses Gesuch ab. Im Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat bewilligte dessen Präsident die vorläufige Eindeckung mit Schiefereternit gegen eine Kautions von Fr. 7000.—. Der Bezirks-

<sup>12</sup> On comparera cette étroitesse avec la largeur (excessive) d'autres décisions, où le Tribunal fédéral a présumé l'existence d'une règle coutumière sur la seule assertion, légèrement appuyée, d'une autorité cantonale. Ainsi, ATF 74 I 41, von Schulthess, où il fut admis, jusqu'à preuve du contraire, qu'un chemin public s'était établi sur un fonds privé, non par l'effet d'un acte administratif spécial, mais en vertu de l'immémorialité; et que ce principe d'immémorialité était, à Saint-Gall, avant 1912, de droit positif coutumier, pour la simple raison que le Conseil d'Etat l'affirmait, et que son affirmation paraissait corroborée par l'examen sommaire de l'ancien droit des autres cantons (p. 48/49). Voir encore ATF 35 I 439, Darnettler, où, par un même artifice probatoire, un propriétaire foncier se vit imposer la charge de démontrer que le droit coutumier de Nidwald ne connaissait pas l'institution du passage nécessaire.