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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 22 (1903)

Rubrik: Protokoll der 41. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 19.10.2025

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

Protokoll

der

41. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

abgehalten

den 21. und 22. September 1903 im Grossratssaale zu Lausanne.

Verhandlungen vom 21. September 1903.

Beginn der Sitzung Vormittags 8 Uhr.

I.

Der Präsident, Alt-Bundesrichter Dr. *Leo Weber,* eröffnet die Sitzung mit folgender Ansprache:

Verehrte Kollegen!

Der Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins liegt nach seinen gegenwärtig in Kraft bestehenden Statuten u. a. die „Abnahme des Jahresberichtes" ob. Wenn darunter ein Bericht über die Tätigkeit des Vereines in seiner Gesamtheit während des abgelaufenen Jahres verstanden werden soll, so muss die Berichterstattung des Vorstandes jeweilen sehr kurz ausfallen. Denn unser Verein entfaltet als solcher im Zeitraum zwischen den Generalversammlungen keinerlei Tätigkeit: er erwartet, oft mit Spannung, die Bekanntgebung des Programms der nächstfolgenden Generalversammlung, das Erscheinen der gedruckten Referate, die Mitteilung, ob eine ausgeschriebene Preisaufgabe gelöst worden sei, u. s. w. Kurzum: der Verein konzentriert seine ganze Tätigkeit in den Generalversammlungen; ausserhalb derselben sind für ihn tätig der mit der Leitung der Geschäfte beauftragte Vorstand und in ganz hervorragender Weise die einzelnen Mitglieder, die sich der mit viel Aufwand an Zeit und Mühe verbundenen Aufgabe unterziehen, für die Generalversammlung als Grundlage

der Diskussion Referate und Korreferate auszuarbeiten. Diese Mitglieder, die Referenten und Korreferenten, sind es, die sich um den Verein hauptsächlich verdient machen und denen er daher Dank und Hochachtung schuldet. Ich weiss mich in Uebereinstimmung mit Ihnen allen, wenn ich von dieser Stelle aus jetzt schon den Kollegen, welche für die gegenwärtige Versammlung Referate und Korreferate übernommen haben, unsere dankbare Anerkennung zolle.

Man darf wohl sagen, der Schweizerische Juristenverein sei mit dem bisherigen, seit seiner Gründung im Jahre 1861 befolgten System der Lebensführung nicht schlecht gefahren. Der Verein ist mit den Jahren gewachsen, nicht bloss hinsichtlich der Zahl seiner Mitglieder, sondern auch an Bedeutung und Einfluss im öffentlichen Leben, insbesondere durch Anregung und Mitarbeit im Gebiete der Gesetzgebung. Trotzdem wird die Frage gestattet sein, ob es nicht wünschbar wäre, die Gesamtheit der Mitglieder auch während des Jahres von Vereines wegen zu einer gewissen Tätigkeit zu veranlassen. Es ist ja wahr, wir haben alle, wenn wir nicht in unfreiwilliger Musse unsere Tage verbringen müssen, viel zu tun. Allein oft bedürfte es doch nur eines äussern Anstosses, dass wir noch etwas mehr täten. Und so wäre es wohl denkbar, dass z. B. gewisse aktuelle Fragen der Gesetzgebung ausserhalb der Generalversammlungen zur Diskussion gestellt und von den Mitgliedern in nutzbringender Weise behandelt würden. Um für solche Betätigung die Verbindung mit dem Gesamtverein und dessen Vorstand zu vermitteln, dürfte eine ganz lose Organisation in kantonalen Verbänden genügen. Ihr konservativer Vorstand sieht davon ab, Ihnen die Neuerung vorzuschlagen. Falls dieselbe einem wirklichen Bedürfnis entsprechen sollte, so wird der Gedanke mit elementarer Wucht durchbrechen und den geeigneten statutarischen Ausdruck sich verschaffen.

Die Berichterstattung über das Vereinsjahr 1902/1903 muss mit der nicht eben erfreulichen Mitteilung beginnen, dass die zum zweiten Male ausgeschriebene Preisfrage: „Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber strafgericht-

lich Verfolgten, Angeklagten uud Verurteilten, deren Schuldlosigkeit erkannt worden ist," wiederum keine Bearbeitung gefunden hat. Damit ist jedenfalls dargetan, dass dieses Thema die schweizerischen Juristen nicht zu erwärmen vermag und deshalb endgültig aus Abschied und Traktanden fallen gelassen werden soll. Zusammengehalten mit der Tatsache, dass der Juristenverein seit 1896 nicht mehr in der Lage war, eine Preisarbeit zu krönen, muss dieser wiederholte Nichterfolg uns aber auch zum Mahnruf bewegen an „das lebendige Geschlecht," dass es die Anstrengung sich nicht reuen lasse, „zu finden auch in seiner Zeit sein Recht," — den Ruhm der Arbeitstüchtigkeit.

Wie Ihnen erinnerlich ist, wurde von unserm Mitglied, Herrn Armand de Riedmatten in Sitten, am Juristentag von 1900 in St. Gallen eine die sofortige Anhandnahme der Vorarbeiten zur Vereinheitlichung des Civil- und Strafprozessrechts, einschliesslich der Gerichtsorganisation, bezweckende Motion gestellt. Der St. Galler Juristentag hat diese Motion erheblich erklärt und durch folgenden Beschluss erledigt: „Der Vorstand wird eingeladen, im Laufe der kommenden Vereinsjahre die Frage der Tunlichkeit der Unifikation des Civilprozesses in der Schweiz rechtsvergleichend untersuchen zu lassen." In Ausführung dieses Beschlusses hat der Vorstand den Herrn Oberrichter Dr. Emil Schurter in Zürich ersucht, die gewünschte rechtsvergleichende Studie zu unternehmen. Im Frühling dieses Jahres wurde von Herrn Schurter über den Fortgang seiner Arbeit dem Vorstand Bericht erstattet. Die Arbeit schreitet fort, nach Massgabe der dem Verfasser bei seiner Ueberbürdung mit Amtsgeschäften hiezu verfügbar bleibenden Zeit. Ihn zu grösserer Beschleunigung zu drängen, liegt dem Vorstand ferne. Denn, wenn wir auch überzeugt sind, dass die Vereinheitlichung des Civilprozessrechtes in der Schweiz so gut wie in andern Staaten kommen wird, so steht für uns andrerseits doch nicht minder fest, dass dahin zielende Bestrebungen in den nächsten Jahren ohne irgend welchen praktischen Erfolg bleiben müssen. Es liegen im gegenwärtigen Zeitpunkt für das Civilrecht und das Straf-

recht von amtlich bestellten Experten-Kommissionen durchberatene Entwürfe vor. Sache des die Geschäfte der Bundesversammlung vorbereitenden Bundesrates ist es nun, diese Entwürfe den legislativen Organen zuzuleiten. Wir haben am Juristentage in Zug (1901) aus dem Munde des Vorstehers des Eidgen. Justizdepartements vernommen, dass die Absicht besteht, die Entwürfe nicht miteinander, sondern nacheinander den gesetzgebenden Räten vorzulegen und hierbei dem Civilrechtsentwurf den zeitlichen Vorrang einzuräumen. Eine offizielle Kundgebung über die Prioritätsfrage ist von Seite unseres Vereines nicht erfolgt; ich glaube mich aber nicht zu täuschen, wenn ich annehme, dass die übergrosse Mehrheit desselben dem beabsichtigten Vorgehen beistimmt. Wir gewärtigen demnach die baldige Einbringung des Entwurfes eines Schweizerischen Civilgesetzbuches bei den gesetzgebenden Räten der Eidgenossenschaft und glauben, die Erfüllung dieser Erwartung um so zuversichtlicher erhoffen zu dürfen, als, wie bekannt geworden ist, die vom Justizdepartement bestellte Kommission zur redaktionellen Bereinigung und Feststellung des civilrechtlichen Entwurfes am 4. Oktober dieses Jahres zusammentreten wird. Geht es demgemäss vorwärts, dann wollen wir uns nicht beifallen lassen, in nächster Zeit die Bundesbehörde mit der Frage der Civilprozessrechtseinheit zu behelligen. Der feurige Walliser Kollege mag sich den Spruch aus der Hexenküche in Goethes Faust beherzigen, der dem Mephisto in den Mund gelegt, aber darum nicht minder wahr ist: „Nicht Kunst und Wissenschaft allein, Geduld will bei dem Werke sein.“

Zum Präsidial-Jahresberichte dürfte auch die Bemerkung gehören, dass unsere Mitgliederzahl seit 1900 nicht wie früher um jährlich 30 bis 50 zugenommen hat, sondern stationär geblieben ist. An die Jungen ergeht deshalb die Mahnung, Propaganda zu machen für den Verein. Der Tod reisst jedes Jahr empfindliche Lücken in unsere Reihen und der Zuwachs ersetzt den Abgang nicht.

In Zürich haben wir den ehrwürdigen *Moritz v. Wyss*, 75 Jahre alt, verloren. Der Mann hatte ein langes Leben in

den Dienst der Rechtsprechung des Kantons Zürich gestellt, zuerst als Mitglied, dann als Präsident des Bezirksgerichts Zürich, hierauf während mehr als 20 Jahren als Mitglied des Obergerichts und Präsident des Handelsgerichts, bis Ende 1897 zunehmende Altersbeschwerden ihn zum Rücktritt zwangen. Von seinem Wesen ist gesagt worden, das unsagbare Etwas, das dem vor neun Jahren unter der Trauer der ganzen Stadt Zürich zu Grabe getragenen Georg v. Wyss die selbst von politischen Gegnern in ehrendem Sinne gebrauchte Bezeichnung „Junker" erworben, habe auch ihm angehaftet.

Sodann ist in Zürich im 61. Altersjahr Dr. *Egbert Stockar-Heer,* langjähriger Bezirksrichter, gestorben, ein milder, menschenfreundlicher Mann, der auch als Freund und Förderer der Kunst, besonders der Musik, sehr angesehen war.

Erst im letzten Jahre in unsern Verband eingetreten ist der talentvolle Dr. *Walter Weissenbach,* von Bremgarten, am 14. Oktober in Zürich, wo er sich der Advokatur zu widmen beschlossen hatte, durch ein beklagenswertes Geschick siebenundzwanzigjährig uns wieder entrissen worden.

Der Kanton Bern hat den Verlust von Oberrichter *Wilhelm Teuscher,* des frühern Staatsanwaltes, Regierungsrates und Nationalrates, zu verzeichnen. Teuscher, im 69. Lebensjahre geschieden, unterhielt zu unserem Vereine keine näheren Beziehungen. Seine Bedeutung lag im Gebiete des praktischen öffentlichen Lebens, wo er sich ausgezeichnet hat als Staatsmann von festen, freisinnigen Grundsätzen, als gerechter Richter, als ehrenfester, treuer Bürger. Er hatte in seiner Jugend, bevor er sich der Jurisprudenz zuwandte, technischen Studien obgelegen, und hieraus erklärt sich die vielen rätselhafte Tatsache, dass ein bernischer Oberrichter, in den Sechzigerjahren stehend, ein Eisenbahnprojekt, den Durchstich des Lötschberg, in einer von gediegenen technischen Kenntnissen zeugenden Schrift zu vertreten imstande war.

Oberrichter *Adolphe Frêne,* aus dem bernischen Jura (Reconvilier), ist, 58 Jahre alt, längeren Leiden erlegen. 1869 als Anwalt patentiert, wurde er 1875 Bezirksprokurator im Jura und 1880 Oberrichter. Der das Deutsche und das Fran-

zösische in gleichem Masse beherrschende Mann (er hatte die Kantonsschule in Aarau besucht) leistete namentlich als Präsident der Kriminalkammer bei den Schwurgerichtsverhandlungen im französischen Kantonsteile treffliche Dienste.

Einen zweiten trefflichen Bürger hat der neue bernische Kantonsteil in *Paul Fleury,* Regierungsstatthalter des Bezirks Laufen, am 27. April 1903 verloren. Er bekleidete früher das Amt eines Gerichtspräsidenten. Erst 45 Jahre alt, war Fleury ein allen fortschrittlichen Bestrebungen mit Begeisterung zugewandter Volksmann und als solcher auch ein eifriger Freund der Schule.

Im Kanton Luzern ist *Ulrich Winiker* von Ruswil im Alter von 48 Jahren geschieden; er galt als vorzüglicher Jurist und war ein angesehenes Mitglied des Kriminalgerichtes und des Grossen Rates, welch letztern er auch präsidiert hat.

An den schönen Sarner Festtagen des letzten Jahres hatten wir den Solothurner Fürsprech *Albert Büttiker,* aus Olten, noch in unseren Reihen gesehen. Am 27. Januar dieses Jahres wurde er aus dem irdischen Leben abberufen, noch nicht 50 Jahre alt. Er starb an den Folgen eines von böswilliger Hand herbeigeführten Unfalles. Als Politiker der konservativen Richtung folgend nahm Büttiker von Freund und Gegner die Anerkennung mit ins Grab, dass er ein grundehrlicher, braver Mann und vor allem ein seiner Vaterstadt Olten treu ergebener, wackerer Bürger gewesen sei.

Von den Juristentagen der Jahre 1886 (Schaffhausen) und 1890 (St. Gallen) her erinnern wir uns, wie *Hermann Freuler,* von Schaffhausen, in beredten Voten sich an der Diskussion beteiligte. Am 11. Juni 1903 hat der Tod diesen Mund für immer geschlossen. Freuler ist 62 Jahre alt geworden. Er war ein ungewöhnlich begabter Mensch, der sich in verschiedenen öffentlichen Stellungen hervorgetan hat, und er würde es, obgleich dem gewesenen Staatsanwalt, Stadtratspräsidenten, Grossratspräsidenten, Ständerat die äusseren Ehren nicht fehlten, noch weiter gebracht haben, wenn er sich den Rat des griechischen Weisen mehr zu Herzen genommen hätte: „Mass halten ist gut.“

Soll ich den am 12. Januar gestorbenen *Albert Bärlocher* aus St. Gallen mit Stillschweigen übergehen, wie mir ein formaler Standpunkt gestatten würde, da Bärlocher vor zwei Jahren — ein Siebziger — wegen Altersgebrechen den Austritt aus dem Juristenverein genommen hat? Ich kann es nicht. Der Verfasser eines Vorentwurfes zu einem eidgenössischen Betreibungsgesetze, der Redaktor des st. gallischen Strafgesetzbuches, der Referent an unserer Jahresversammlung in Basel von 1879 über das Thema der Zwangsliquidation der Eisenbahnen, der ausgezeichnete Kantonsgerichtspräsident von St. Gallen verdient es, dass auch wir seiner ehrend gedenken. Mit Recht hat die Universität Basel ihm die Würde eines Doctor juris honoris causa verliehen. Bärlocher war eine Zierde des Richterstandes; ein Mann, dessen Rechtsprechung, wie ein Korrespondent der „N. Zürcher Zeitung" sich ausdrückte, die Augenbinde nicht nötig hatte; er war von unbeugsamem Gerechtigkeitssinn. „Eine knorrige Eiche," gehörte er nicht zu den liebenswürdig leutseligen Naturen, aber zu denen, die Respekt einflössen. Ehre seinem Andenken!

In tragischer Weise erfolgte am 26. Juni der Tod *Erwin Tanners,* eines mit reichen Geistesanlagen gezierten aargauischen Rechtsanwaltes, der sich speziell im Gebiete der Gemeindeverwaltung als Stadtammann von Aarau während 15 Jahren hervorragende Verdienste erworben hatte. Er ist im Alter von 65 Jahren gestorben.

Viele von Ihnen werden sich der Walliser Pitteloud und Chappaz erinnern, die am Juristentag von 1896 auf Rigi-Kulm die Einladung nach Zermatt für das folgende Jahr an uns richteten. Vor einem Jahr zählte Pitteloud zu den Toten, heute ist auch Chappaz nicht mehr. Er starb am 5. Oktober 1902, 48 Jahre alt, als Mitglied des Staatsrates (Erziehungsdirektor) seines Heimatkantons und des Ständerates. Bis 1894 Advokat in Martigny, dann Professor an der Rechtsschule in Sitten, von 1897 an Staatsrat, steht *Achille Chappaz* auch bei uns in gutem Andenken, seitdem wir ihn 1896 und 1897, in letzterm Jahre als gediegenen Korreferenten über die Frage der Einsetzung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes, kennen gelernt haben.

In Freiburg ist am 18. Mai unser Mitglied *Léon Girod* im 61. Altersjahre gestorben. Während vielen Jahren procureur (agent d'affaires), wandte er sich in der letzten Zeit seines Lebens Bauunternehmungen zu, deren Erfolg indessen nicht immer der von ihm entwickelten Energie entsprochen hat.

Im Kanton Genf wurden uns drei Mitglieder durch den Tod genommen:

Louis Cramer, geb. 1830, allgemein betrauert, bis an sein Ende Mitglied des Kassationsgerichtes, ein durch die Genauigkeit und Klarheit, womit er die ihm anvertrauten Rechtssachen behandelte, ausgezeichneter Anwalt;

Theodor Weber, geb. 1831, früher avocat consultant, dann Direktor der Caisse Hypothécaire;

Florian Racine, geb. 1854, ein sehr gesuchter Anwalt, dem man grosse Gewissenhaftigkeit und Loyalität und, bei etwas rauher Aussenseite, einen wohlwollenden Charakter nachrühmt.

Hier in Lausanne wurden zwei Kollegen in der Blüte der Jahre dahingerafft, deren sich der Sprechende mit besonders tiefem Schmerzgefühl erinnert, da er mit ihnen zusammen gearbeitet und während einigen Jahren in regem persönlichem Verkehr gestanden hat: Henri Lansel und Adolphe Prélaz.

Dr. *Henri Lansel* gehörte einer alten Familie von Sent im Engadin an. Geboren 1868, verbrachte er seine Knaben- und Jünglingsjahre in Zürich, wo er das Gymnasium besuchte, kam dann zum Studium der Jurisprudenz an die Universitäten Genf und Lausanne, widmete sich nach Absolvierung derselben einige Jahre dem diplomatischen Dienste bei unseren Gesandtschaften in Paris und in London, war dann kurze Zeit Sekretär auf dem damals von Numa Droz geleiteten Schweiz. Departement der Auswärtigen Angelegenheiten in Bern und wurde 1896 Sekretär des Schweizerischen Bundesgerichts. In dieser Beamtung war Lansel ganz besonders vermöge seiner Vielsprachigkeit ein hervorragender und geschätzter Arbeiter: er sprach und schrieb mit gleicher Leichtigkeit, Eleganz und Genauigkeit die drei Nationalsprachen und beherrschte auch das Englische in vollkommener Weise. Lansel war ein begeisterter

Freund der schönen Künste und der Literatur, er hatte die Welt gesehen und sich mit den politischen Einrichtungen Frankreichs und Englands vertraut gemacht. Seine Kenntnisse und sein weltmännisches Wesen qualifizierten ihn vorzüglich zum Beruf des Journalisten, und so verliess er denn, einem innern Zuge folgend, auf 1. Januar 1899 die stille Welt des Palais de justice auf dem Montbenon, um in die Redaktion der Gazette de Lausanne einzutreten. Diesem Blatte gehörte er nun als hochgeschätzter Mitarbeiter bis an sein frühes, am 29. September 1902 erfolgtes, Lebensende an. — Unserm Verein hat Henri Lansel als französischer Sekretär der Generalversammlungen von 1897 (Zermatt) und 1898 (Chur) sehr gute Dienste geleistet. Mit Lansel war

Bundesgerichtssekretär Dr. *Adolphe Prélaz* in lebhafter Freundschaft verbunden. Prélaz sollte sein Grab nicht weit ab von dem seines Freundes und Kollegen finden. Er wurde am 15. November 1902 zur Ruhe bestattet. Geboren 1860 in Givrins (Waadt), ist dieser Mann einem Schatze in zerbrechlichem Gefässe verglichen worden. Infolge eines Unfalls, der ihm in den Knabenjahren zugestossen, war er zeitlebens körperlich schwach geblieben. Aber in dieser zarten, unscheinbaren Hülle wohnten ein starker Geist und ein edles Gemüt. Seine Rechtsstudien machte er in Lausanne und in Berlin, wo er sich die besondere Hochachtung eines Goldschmidt erwarb. In die Heimat zurückgekehrt, trat der junge Mann, nachdem er Dr. juris geworden, in das vielbeschäftigte Advokaturbureau unseres leider schon seit Jahren den schweizerischen Juristentagen fern gebliebenen, im Auslande weilenden Kollegen Louis Rambert ein und bald wurde er dessen Geschäftsteilhaber. Im Sommer 1895 erfolgte Prélaz' Ernennung zum französischen Bundesgerichtssekretär, womit sich ihm ein Feld der Tätigkeit eröffnete, das seinem stillen Wesen entschieden besser zusagte, als die Advokatur. Es war der unvergessliche Charles Soldan, der diese Wahl bewirkt hatte. Als Bundesgerichtssekretär hat Adolphe Prélaz geradezu Ausgezeichnetes geleistet. Zusehends, mit jeder Woche, wuchs die geistige Kraft und Klarheit dieses Mannes. Bundesrichter Georges Favey hat ihn am Grabe mit den

Worten charakterisiert: „Au cours de toute sa carrière, M. Prélaz se montra avant tout un travailleur acharné, d'une volonté extraordinairement trempée, zélé et avide d'érudition. Il rédigeait ses arrêts dans une langue alerte, châtiée, claire et concise, sans que ces qualités en vinssent à exclure la pénétration de la pensée juridique."

Ein Schatz ist mit Adolphe Prélaz begraben worden. Have, anima pia, candida!

Unsere gegenwärtige Versammlung ist die dritte, welche der Schweizerische Juristenverein in der Stadt hält, die im Jahre 1874 die Metropole der schweizerischen Justiz geworden ist. 1864, 1884 und 1903 sind die Daten der Lausanner Juristentage. Da geschieht es denn vermöge einer natürlichen Gedankenverbindung, dass unser Blick in die Vergangenheit zurückschweift und wir uns der Männer und der Verhältnisse erinnern, die ehedem, vor 19 und vor bald 40 Jahren waren, als der Verein ebenfalls in Lausanne getagt hat. Und vor allen anderen vergegenwärtigen wir uns die Züge derer, die als die Pioniere bezeichnet werden können, wenn von den Staatsmännern die Rede ist, welche ein seines Namens würdiges, mit ausgedehnten staatsrechtlichen und civilrechtlichen Kompetenzen ausgestattetes Schweizerisches Bundesgericht als die Krone der im Gebiete des Rechtslebens zu verwirklichenden Postulate erkannt und erstrebt haben, der Blumer, Rüttimann, Dubs, Walther Munzinger. Wir weihen ihren Manen den Tribut dankbaren, ehrerbietigen Gedenkens und freuen uns der Erfolge, die mit kräftiger Unterstützung durch den Schweizerischen Juristenverein ihren Bestrebungen zu teil geworden sind.

Von den durch die Organisationsgesetze von 1874 und 1893 begründeten Kompetenzerweiterungen des Bundesgerichts wurde keine mit so allseitiger freudiger Zustimmung begrüsst, wie die Schaffung eines mit dem Schutze der verfassungsmässigen Rechte der Bürger betrauten Staatsgerichtshofes. In keiner Richtung hat indes die bundesgerichtliche Praxis eine so scharfe doktrinelle Kritik erfahren wie gerade in dieser. Wir halten diese Kritik nicht für zutreffend.

Unsere verfassungsmässigen Individualrechte sind vielfach mit der Geschichte des Landes verknüpft, aus ihr erwachsen; sie sind nicht Produkte der rechtsphilosophischen Spekulation oder politischer Theorien; sie entsprechen nicht einem wissenschaftlichen System. Mit Recht hat Hilty am Juristentag von 1886 in Schaffhausen, als über den staatsrechtlichen Rekurs nach Bundesrecht, insbesondere über die Legitimation zum Rekurse und die Rechtsverweigerung (déni de justice), gesprochen wurde, daran erinnert, dass die sogen. garantierten Rechte nicht etwa erst aus der Helvetik stammen, sondern zum Teil schon in den ältesten Bünden sich finden, u. a. auch in den Landfrieden festgestellt wurden. Zur Beschwerdeführung wegen Rechtsverweigerung äusserte sich Hilty, diese Frage wäre ein würdiger Gegenstand für eine zukünftige Verhandlung des Vereins; dieselbe sei noch nicht recht klargestellt, die richtige Grenze hier noch zu finden. Seither hat die staatsrechtliche Studie von *Eugen Curti-Forrer* über das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze (St. Gallen) zur Klärung der Frage viel beigetragen. An jenem 1886er Juristentage schon war in den Referaten von Dr. *Schoch* (Schaffhausen) und *Alfred Carrard* (Lausanne) die bundesgerichtliche Praxis in den Rekurssachen betreffend die Verletzung der Rechtsgleichheit, speziell betreffend Rechtsverweigerung, angefochten, von Carrard prinzipiell angegriffen worden. Eine noch schärfere Kritik hat sie wenige Jahre darauf in der staatsrechtlichen Doktrin durch *Jellinek* erfahren (vergl. dessen Monographie: System der subjektiven öffentlichen Rechte; 1892). Wir wissen es unserm Kollegen *Silbernagel* (Basel) Dank, dass er[1]) Jellineks Vorwurf, die eidgenössischen Rekursbehörde trete mit ihrer Praxis an die Stelle des Gesetzgebers und fülle nach Willkür gesetzesleeren Raum aus, zurückgewiesen und insbesondere dem in Art. 4 der Bundesverfassung niedergelegten Grundprinzip unseres demokratischen Staatswesens seine Bedeutung gewahrt hat, eine Bedeutung, die in

[1]) Dr. Alfred Silbernagel: „Die Gleichheit vor dem Gesetz und die bundesrechtliche Praxis“ in Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. XXI. Band, S. 85 ff.

der Tat höher steht als die einer schönklingenden Phrase nach Art der Frankfurter Grundrechte von 1849.

Es ist etwas Schönes um die Konstruktionsfähigkeit, die Gedankenbaukunst des menschlichen Geistes. Aber viel Unheil ist damit auch schon angerichtet worden. Der von Ihering für das Privatrecht formulierte Begriff der rechtlichen Reflexwirkung, der Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, scheint mir auf staatsrechtlichem Gebiete nicht immer glücklich verwendet worden zu sein. Es geht nicht an, und wir sehen zu unserer grossen Genugtuung uns hierbei, sowie bei den übrigen von uns im Nachfolgenden hervorgehobenen Punkten in vollkommener Uebereinstimmung mit Dr. *Friedrich Tezner,* der Jellineks Buch in einer prächtigen Abhandlung besprochen hat (siehe Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart; XXI. Band, S. 107 ff.), es geht nicht an, Verfassungssätze wie die, welche die Rechtsgleichheit der Bürger proklamieren, das Verbot von Ausnahmegerichten statuieren, die Prinzipien der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens aussprechen, mit solchen, welche die Aufnahme gewisser Grundsätze in die Gesetzgebung verheissen, zusammenzuwerfen und sie insgesamt als Sätze des objektiven Rechts zu bezeichnen, die kein subjektives Recht in sich bergen, sondern für den Einzelnen nur formelles Reflexrecht hervorbringen. Denn die ersteren sind sofort praktisch anwendbar, weil sie entweder der Ausgestaltung durch ein Spezialgesetz nicht bedürfen, wie das Prinzip der Rechtsgleichheit — Silbernagel hat dies im dogmatisch-historischen Teil seiner Abhandlung überzeugend nachgewiesen — und wie das Verbot von Ausnahmegerichten, oder weil sie in der bestehenden Gesetzgebung bereits niedergelegt sind; der Bürger hat also auf deren Geltung einen unmittelbaren formellen Rechtsanspruch. In Ansehung der letzteren dagegen, die blosse Programmpunkte, Versprechungen für die Zukunft enthalten, kann der einzelne Bürger natürlich nicht die sofortige praktische Anwendung als sein individuelles Recht fordern, aber er kann, wie mit einer Popularklage, im Namen der Gesamtheit, zu der er gehört, die mit der Ausführung der Verfassungs-

grundsätze betrauten staatlichen Organe an ihre verfassungsmässige Pflicht mahnen; und wenn die Behörden den Willen hiezu nicht haben und in der Pflichtvergessenheit verharren sollten, dann wird es der Mehrheit der Bürger gestattet sein, auf legalem Wege sie abzuberufen, oder, wenn dies Mittel nicht gewährt ist, mit Gewalt — die unveräusserlichen und unzerbrechlichen ewigen Rechte vom Himmel herunterholend — sie wegzujagen. Das ist etwas mehr als „formelles Reflexrecht.“ Wir möchten daher lieber sagen, die beiden Kategorien von Verfassungsrechtssätzen begründen in verschiedenem Grade ausgereiftes objektives Recht; das eine ist zur Anwendung, zum Genusse, reif; das andere, nur im Keime vorhanden, muss erst noch organisch entwickelt und ausgestaltet werden, ehe es anwendbar ist und vom Einzelnen für sich beansprucht werden kann. So sind denn die Anforderungen des Bürgers an die Staatsgewalt nach Gestalt der objektiven Rechtsordnung verschieden. Für unsere Frage ist auch nicht bedeutungslos, dass die Schweiz ein demokratisches Staatswesen darstellt, in welchem der Bürger, das Volk, sich seine Verfassung selbst gibt.

Wenn Jellinek die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, welche aus dem in der Bundesverfassung enthaltenen Verbote der geistlichen Gerichtsbarkeit und aus Bestimmungen der Kantonsverfassungen über die Organisation der Kantonalbehörden allgemeine Rechte der Schweizerbürger ableitet, ein Unicum nennt, so mag es mit dem Unicum gleichviel wie sich verhalten, die gerügte Praxis geht von der gewiss richtigen Auffassung aus, dass in einem demokratischen Staate dem Bürger ein subjektives Recht darauf zustehe, nicht einer verfassungsgemäss verpönten Gerichtsbarkeit unterstellt, nicht von verfassungsgemäss unzuständigen oder von verfassungswidrig bestellten Behörden beurteilt zu werden. Denn der Bürger hat die bezüglichen Bestimmungen nicht etwa bloss aus Gründen der Gesetzgebungstechnik, der formalen Vollständigkeit, oder aus rein organisatorischen Gesichtspunkten, sondern hauptsächlich als seine persönlichen, individuellen Garantien in das Grundgesetz des Landes aufgenommen. Und

dass sie nicht überflüssig sind, davon kann man sich beim Durchlesen der bundesgerichtlichen Entscheidungen auch in neuester Zeit überzeugen (vergl. B. G. Entsch. Band XXVIII, I. Teil, 4. Lieferung, i. S. Manzocchi gegen das Kreisgericht Uri). Dagegen sind vom Bundesgericht wiederholt und mit Recht Rekurse wegen Nichtbeachtung von Bestimmungen ausschliesslich organisatorischer oder reglementarischer Natur, auch wenn sie in einer Verfassung sich finden, abgewiesen worden (vergl. Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht III. Band, 2. Auflage, S. 174 und die dort angeführten bundesgerichtl. Entscheidungen).

Nicht anders verhält es sich mit einer Verfassungsbestimmung, welche für gewisse staatliche Aktionen die Oeffentlichkeit vorschreibt. Auch hier sieht Jellinek blosse Reflexwirkung. Jawohl, für die Gesamtheit der Bürger reflektiert sich aus der fraglichen Vorschrift nur die Möglichkeit, einer behördlichen Verhandlung beizuwohnen, also unter Umständen ein Vergnügen; für denjenigen aber, dessen Sache in der Sitzung der Behörde verhandelt wird, würde die Ausschliessung der Oeffentlichkeit mehr als den Bruch objektiven Rechtes, sie würde die Verletzung einer verfassungsmässigen Garantie unbefangener, sachlicher Behandlung seiner Angelegenheit bedeuten, und es muss ihm persönlich daher ein Rechtsmittel zur Anfechtung einer solchen Verhandlung als einer verfassungwidrigen gegeben sein. Jellinek sieht übrigens die Unzulänglichkeit und Ungeeignetheit der Theorie von der Reflexwirkung zur Grenzregulierung zwischen subjektivem und objektivem öffentlichem Recht sehr wohl ein, indem er zugibt, dass diese Theorie auf dem Boden des positiven Staatsrechts nicht zu erklären imstande sei, ob eine Norm bloss dem Gemein- oder auch dem individuellen Interesse zu dienen vermöge, ob sie folgerichtig ein subjektives Recht begründe oder nur einen Bestandteil der öffentlichen Ordnung bilde, und dass es dialektisch — bei „ungezügeltem Flug formalistischen Denkens“ — gelingen müsste, das subjektive öffentliche Recht in seinem ganzen Umfang aus dem Kreis der rechtlich relevanten Begriffe zu verbannen. „Denn,“ sagt er treffend, „erklärt man alles subjektive öffentliche Recht für einen blossen Reflex,

dann vermag man die Frage nicht zu beantworten, warum dieser angebliche Reflex derart individualisiert sein kann, dass nur der konkret bestimmten Einzelperson Ansprüche zustehen. Individualisierter Anspruch ist demnach von blossem Reflex objektiven Rechtes scharf zu trennen.“ Und weiter: „Durch die Gewährung individueller Rechtsmittel wird öffentliches Recht in den Dienst des individuellen Rechtes gestellt und damit erfährt der Rechtskreis des Individuums selbst eine Bereicherung.“ Das ist die zutreffendste formalrechtliche Begründung unserer verfassungsmässigen Individualrechte, sowie des zu ihrem Schutze gewährten Rechtsmittels und — fügen wir bei — der einschlägigen Praxis des schweizerischen Staatsgerichtshofes. In dieser Individualisierung konnte unsere Verfassung so weit gehen, als die historische Entwicklung und der föderative Charakter des Staates, als politische oder soziale oder humanitäre Postulate es ihr zu gebieten schienen. Daher treffen wir in ihr Individualrechte begründende Bestimmungen an, die anderwärts, namentlich für Einheitsstaaten, in Spezialgesetzen, wie Prozessordnungen, Gewerbeordnungen u. dergl., stehen. Darum hat auch ein Verfassungssatz wie der von der Gleichheit der Schweizer vor dem Gesetze bei uns die Bedeutung eines von den Kantonen in Gesetzgebung und Staatsverwaltung zu befolgenden, die gesamte Rechtsordnung beherrschenden Prinzips gewonnen, dessen Missachtung nicht bloss die öffentliche Ordnung einbricht, sondern auch ein Individualrecht verletzt.

Freilich, die Frage nach der materiellrechtlichen Tragweite, nach der Ausdehnung oder Einschränkung der Gleichheit vor dem Gesetze ist viel schwieriger zu lösen als die nach der formalrechtlichen Begründung eines subjektiven Anspruchs auf Rechtsgleichheit. Und dass hierbei die Bundesbehörden in allen Fällen einwandfrei geurteilt haben, soll hier nicht behauptet werden. Aber mit vollem Recht vindiziert Silbernagel gegenüber Jellinek dem Staatsgerichtshofe die Macht, den Rechtssatz in der Praxis zur Entfaltung zu bringen, ihn auszubauen. Darin liegt keine verfassungswidrige Willkür, sondern die verfassungsmässige Aufgabe, die rechtschaffende

Tat des Richters. (*Speiser,* Präsidialrede am Juristentag 1884, in Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. III, 642; *Bülow,* Gesetz und Richteramt, 1885, S. 3 und 46.) An den Gesetzgeber zur Abhilfe in derartigen Fällen zu verweisen, ist gerade in der Schweiz ein schlechter Trost. Denn es handelt sich zumeist um die kantonale Gesetzgebung und Staatsverwaltung, in Bezug auf welche dem Bunde keine organische Einwirkung, kein Genehmigungsrecht zusteht; wenn die kantonalen Behörden auf diesem Gebiete gegen ein bundesverfassungsmässiges Prinzip verstossen und nicht freiwillig davon zurückkommen, so bleibt als Remedur nur die Aufhebung des verfassungswidrigen Beschlusses oder Zustandes durch die Bundesrekursbehörde.

Im grossen und ganzen, das darf wohl anerkannt werden, hat das Bundesgericht mit den Mitteln der juristischen Auslegungskunst den Begriff der verfassungsgemäss zu schützenden Rechtsgleichheit in einer Weise festgestellt, die den Vorwurf Jellineks, man suche in den betreffenden Judikaten vergebens nach einem allgemeinen Prinzip, ja nur nach widerspruchsloser Anwendung bestimmter Regeln, nicht verdient. Es kann dem Kritiker insbesondere nicht beigepflichtet werden, wenn er die beiden Urteile in Sachen des solothurnischen Anwaltes Jäggi, vom 2. April und vom 5. November 1880, „einander widersprechende“ nennt. Richtig ist soviel, dass der Rekurs im ersten Falle gutgeheissen, im zweiten dagegen abgewiesen wurde; aber die Begründung führt in beiden von demselben Ausgangspunkte mit logischer Geschlossenheit zu dem entsprechenden Schlusse. Ausgangspunkt ist der Begriff der Rechtsgleichheit als einer Gleichheit der Rechte bei Gleichheit derjenigen tatsächlichen Verhältnisse, welche nach anerkannten Grundsätzen der geltenden Rechts- und Staatsordnung für die Normierung gerade des bestimmten Rechtsgebiets, um das es sich handelt, von Erheblichkeit sein können.[1])

---

[1]) Die Androhung von Freiheitsstrafe statt Geldstrafe wegen der Tatsache des Konkurses der zu beurteilenden Person bei einem mit dem Konkurse in keiner Beziehung stehenden strafrechtlichen Tatbestand wurde für unzulässig, der Ausschluss von der Advokatur als Rechtsfolge des Konkurses dagegen

Die schärfste und entschiedensteAnfechtung hat die bundesgerichtliche Praxis betreffend den Artikel 4 der Bundesverfassung in ihrer Ausdehnung auf die sogen. materielle Rechtsverweigerung erfahren. Man will es noch zulassen, dass gegen formelle Rechtsverweigerung gestützt auf den genannten Verfassungsartikel beim Bundesgerichte Schutz gesucht werden kann. Um so kräftiger aber ist die Opposition gegen die bundesgerichtliche Kompetenz, den Begriff materieller Rechtsverweigerung aufzustellen und Beschwerden wegen einer solchen meritorisch zu behandeln. Damit, wird gesagt, begebe sich das Bundesgericht auf das Gebiet der materiellen Prüfung kantonalbehördlicher Erlasse, insonderheit kantonaler Gerichtsurteile, es verlasse den Boden einer festen, grundsätzlichen Theorie und setze an die Stelle wissenschaftlicher Genauigkeit Verschwommenheit und Dehnbarkeit. Ja noch mehr. Eine solchergestalt extensive Gerichtspraxis trete den im Jahre 1874 angenommenen verfassungsmässigon Grundlagen des Landes zu nahe und enthalte eine schwere Gefährdung der Rechte der Kantone. So wörtlich unser *Charles Soldan* in seiner bekannten Studie „Du déni de justice“ im Journal des Tribunaux von 1884.

Wie manches Mal hat unser verewigter Freund in dem Decennium seiner bundesrichterlichen Tätigkeit ohne irgend welches innere Widerstreben, ja sogar mit freudig erhobener Hand wegen Rechtsverweigerung für Aufhebung kantonal-

---

für zulässig erklärt. Auch Eugen Curti-Forrer (a. a. O.) billigt ausdrücklich die beiden Entscheidungen, und in sachlicher Uebereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Formulierung definiert er die des Verfassungsrechtsschutzes würdige Gleichheit vor dem Gesetze wie folgt: „Die Frage nach dem juristischen Inhalt der Rechtsgleichheit ist als Interpretationsfrage eine nationalstaatsrechtliche. Als Verfassungsartikel verbietet der Art. 4 der schweizerischen Bundesverfassung alle nicht durch die übrigen Verfassungsbestimmungen direkt oder durch deren sachgemässen Ausbau indirekt begründeten Verschiedenheiten in der legislatorischen, richterlichen und administrativen Behandlung der Rechtssubjekte.“ Ebenso stimmt, wie ich ihn verstehe, Silbernagel der bundesgerichtlichen Interpretation zu; der von Alfred Carrard (in seinem Referate von 1886) gegen sie erhobene Haupteinwand beruht offensichtlich auf einem sprachlichen Missverständnis.

behördlicher Verfügungen oder Urteile gestimmt, die, wie soll ich sagen? — nun, die vor Gott und der Welt sich nicht halten liessen!! Das ist die Macht der Tatsachen, die Macht des Absurden, das zu seiner eigenen Vernichtung das Gute und Rechte und Schöne herausfordert und namentlich im Gebiete des Rechts vernichtet werden muss. Doch bleiben wir juristisch nüchtern und fragen wir uns: Ist es denn auch wahr, dass das Bundesgericht sich mit seiner Praxis über die durch die Bundesverfassung seiner Kompetenz gestellte Schranke hinweggesetzt habe? —

Ich stehe keinen Augenblick an, diese Frage zu verneinen. Eugen Curti-Forrer hat schon 1888 in seiner mehrerwähnten Studie darauf die richtige Antwort gegeben, wenn er sagte: „Den Kantonen ist die Rechtsprechung nur innerhalb der verfassungsmässigen Schranken, also auch des Art. 4, verblieben; eine Verletzung des letztern ist auch durch willkürliche richterliche Behandlung möglich; daher muss dem Verletzten die Beschwerde ans Bundesgericht offen stehen, soll anders nicht, wie Soldan selbst zugibt, die Rechtsgleichheit ein leeres Wort sein..... Der Staat lässt jedem Bürger durch das Gericht als durch einen dritten Unparteiischen Recht sprechen. Ist dieser Dritte parteiisch, so hat der Benachteiligte überhaupt keinen Richter gefunden.“ Den nämlichen Gedanken führt das Bundesgericht in seinen Entscheidungen aus und wenn dabei nicht immer genau dieselbe Ausdrucksweise angewendet ist, so liegt darin keine Inkonsequenz und kein Widerspruch. Ob das Gericht nun von willkürlicher Gesetzesauslegung oder von bloss vorgeschobenen Motiven oder von offenbarem Verstoss gegen klares Gesetzesrecht spreche, immer ist sein Gedanke derselbe: der Richter hat sein Officium nicht erfüllt und sich einer Rechtsbeugung schuldig gemacht, die in der Wirkung einer Rechtsverweigerung gleichkommt. Denn, sagte das Gericht in einer Entscheidung vom Jahre 1890 (B. G. XVI, S. 717 ff.): „Wenn der Richter dem klar erkenntlichen Willen des Gesetzes seinen eigenen Willen substituiert, so wird der verfassungsmässig verheissene Rechtsschutz in Tat und Wahrheit nicht gewährt und es liegt eine Rechtsverweigerung im

weitern Sinne vor.“ Solche Fälle gehören bei uns glücklicherweise zu den seltenen Ausnahmen und es rechtfertigt sich deshalb, gegen sie den Art. 4 der Bundesverfassung, die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze, anzurufen; andernfalls wäre es richtig, Art. 5 der Bundesverfassung, die Garantie der verfassungsmässigen Rechte der Bürger, in Verbindung mit den die Rechtspflege behandelnden Bestimmungen der Kantonalverfassungen zur Grundlage der bundesgerichtlichen Kompetenz zu nehmen, wie denn auch der Bundesrat in den ersten Jahren nach 1848 sich gegenüber der Rechtsverweigerung regelmässig auf Art. 5 berufen hat.

Die Ausdehnung der bundesgerichtlichen Kompetenz auf die Fälle materieller Rechtsverweigerung darf daher als eine streng logische Folgerung aus dem eidgenössischen Verfassungsprinzip der Rechtsgleichheit der Bürger bezeichnet werden.

Allerdings ist der Ingerenz des Bundesgerichts infolge dieser Kompetenzzuscheidung kein kantonales Rechtsgebiet entzogen. Aber die bundesbehördliche Ueberprüfung des kantonalen Entscheides ist mit genügenden Kautelen zur Wahrung des kantonalen Rechtes umgeben; sie erfolgt nach Anhörung der angegriffenen Behörde, in gleicher Weise, wie die Anwendung fremden Rechtes durch einen zur Urteilsprechung berufenen Richter, unter Zuhilfenahme aller Mittel, die zu einer richtigen und gründlichen Kenntnis des kantonalen Rechts führen können. Und eine so verzweifelt schwierige Aufgabe ist dies denn doch in aller Regel nicht. Handelt es sich ja nicht darum, zu erkennen, ob von der kantonalen Behörde materiell richtig geurteilt worden sei, sondern nur darum, ob ihre Entscheidung mit dem Sinne des kantonalen Rechts schlechterdings verträglich sei, ob die kantonale Behörde ihres Officiums mit der Wahrhaftigkeit, mit dem Ernste und der Einsicht, die von ihr nach elementarsten Anforderungen verlangt werden können und müssen, gewaltet, ob sie überhaupt Recht gesprochen habe. Ich will nicht aufstellen, dass die Rekursinstanz hierbei die ihrer Prüfung gesetzten Grenzen nicht überschreiten könne; aber das steht für mich fest, dass ihre Aufgabe in den Beschwerdefällen betreffend Rechtsverweigerung

eine ungleich leichtere ist als in den Fällen, wo sie kantonale Erlasse allgemeiner Natur, Gesetze, Verordnungen, auf ihre Uebereinstimmung mit dem bundesverfassungsmässigen Prinzip der Rechtsgleichheit der Bürger zu prüfen hat.

Wir haben unsere staatliche Hausordnung den heimischen Bedürfnissen angepasst, im Anschluss an die historische Ueberlieferung, an die föderative Grundlage der Eidgenossenschaft; sie mag in manchem der doktrinellen Betrachtung Steine des Anstosses bieten; ihr systematischer Ausbau lässt vieles zu wünschen übrig. Wir wissen dies selbst auch und wollen daher von Zeit zu Zeit die verbessernde Hand an sie legen. Wir wollen namentlich — ich sage dies auch heute wieder — wir wollen nicht Halt machen vor den Erlassen und Verfügungen eidgenössischer Verwaltungsbehörden, wenn es sich darum handelt, die durch Verfassung und Gesetz begründeten Rechte der Bürger zu schützen. Aber hat auch der Weg, den wir bis jetzt gegangen sind, uns noch nicht zum letzten Ziele geführt, wir lassen ihn uns darum nicht schelten. Denn er war der beim Uebergang vom Staatenbund zum Bundesstaat für uns gegebene praktische Weg. Und schliesslich können wir uns auch mit den Vertretern der Wissenschaft auseinandersetzen. Wir haben es in der Schweiz für notwendig erachtet, den Rechtsanspruch des Bürgers auf gewisse Wohltaten, die ihm die objektive Rechtsordnung bietet, in so prägnanter Weise anzuerkennen und zu schützen, dass wir ihn zu einem subjektiven öffentlichen Rechte erhoben und mit besondern bundesstaatsrechtlichen Garantien umgeben haben. Wir haben so nach Jellineks Wort den Rechtskreis der Individuen bereichert. Mit *Laband* (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches (4. Aufl.) I, S. 140) sprechen wir dem Bürger das Recht zu, an allen Wohltaten des staatlichen Gemeinwesens teil zu nehmen. Zu diesen Wohltaten gehören aber nach unserer Auffassung an erster Stelle die dem Bürger verfassungsmässig zugesicherten Freiheiten und Einrichtungen. Da verschlägt es uns denn nichts, wenn Laband die Freiheits- und Grundrechte samt und sonders nicht als subjektive öffentliche Rechte anerkennen will, ihnen überhaupt den Charakter von

Rechten abspricht. Die Hauptsache ist, dass die objektive Rechtsordnung, wenn sie anders diesen Namen verdient, gehandhabt und ausgeführt werden und darum dem Bürger auf die durch sie bedingten Wohltaten ein Rechtsanspruch gegeben sein muss; ob dieser nun im Wege einer Verwaltungsbeschwerde oder Verwaltungsklage oder der Rechtsbeschwerde (unseres staatsrechtlichen Rekurses) geltend gemacht werde, darauf kommt es nicht an, wenn nur der Rechtsweg zum Ziele führt. In Hinsicht auf die fundamentalste Aufgabe des Staates, den Schutz des Rechtes, ist auch im deutschen Bundesstaate, durch Art. 77 der Reichsverfassung, das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Justizverweigerung gewährt. Wir haben also schliesslich das nämliche Ziel vor uns. Ein jeder sucht sich ihm zu nähern auf seinem Wege. In der fortschreitenden Verwirklichung, in der immer reicheren Entfaltung der Rechtsidee erblicken alle Kulturstaaten ihre Aufgabe, ihr höchstes Ziel. An dieser Aufgabe in erster Reihe mitarbeiten zu dürfen, ist das stolze Vorrecht des Juristen, und zu ihrer Lösung in unserm kleinen Staate sein redlich Teil beizutragen, das ist der Zweck des Schweizerischen Juristenvereins.

Ich erkläre unsere 41. Generalversammlung für eröffnet.

II.

Auf Vorschlag des Vorsitzenden werden als Stimmenzähler ernannt die Herren *Adrian von Arx*, Fürsprech und Notar in Olten, und *Louis Bonnard,* Advokat in Nyon.

III.

Für die Protokollführung werden als Sekretäre auf Vorschlag des Vorstandes gewählt die Herren *Hans Kaufmann,* Staatsschreiber in Solothurn, und *Raoul Houriet,* Sekretär des Schweizerischen Bundesgerichtes in Lausanne.

IV.

Der Präsident lässt durch den Sekretär des Vorstandes das Verzeichnis der neuen Mitglieder verlesen, welche vom

Vorstande im Laufe des Jahres in den Verein aufgenommen wurden. Es sind die Herren:

1. Dr. *Viktor Bärtsch,* Advokat, Buchs (St. Gallen).
2. Dr. *Hans Rudolf Burckhardt,* Rechtsanwalt, Basel.
3. *Edouard Coquoz,* avocat et notaire, Martigny-Ville.
4. *Emil Grünenfelder,* Advokat, Flums (St. Gallen).
5. *Paul Hafner,* Advokat, Adjunkt des Rechtsbureau der S. B. B., Bern.
6. Dr. *Ernst Hafter,* Privatdozent, Zürich.
7. Dr. *Bruno Hartmann,* Rechtspraktikant, St. Gallen.
8. *Raoul Houriet,* Secrétaire du Tribunal fédéral, Lausanne.
9. Dr. *Viktor Karrer,* Rechtsanwalt, Zürich.
10. *Jean Louis Martin,* avocat, Genève.
11. *Fritz Ott,* Rechtsanwalt, Zürich.
12. Dr. *Oskar Schindler,* Beamter der Versicherungsgesellschaft „Helvetia," St. Gallen.
13. Dr. *Max Schwabe,* Basel.
14. *Gallus Schwendener,* Advokat, Buchs, St. Gallen.
15. Dr. *Alfred Veit,* Rechtsanwalt, Liestal.
16. Dr. *Heinrich Zeller,* Rechtsanwalt, Zürich.

Es haben sich ferner als Mitglieder angemeldet und werden von der Versammlung als solche einstimmig in den Verein aufgenommen die Herren:

17. *Georges Addor,* chancelier d'Etat du canton de Vaud, Lausanne.
18. *Léon Blanchod,* avocat, juge d'instruction du canton de Vaud, Lausanne.
19. *Louis Henri Bornand,* juge informateur du Cercle de Lausanne et juge d'instruction fédéral, Lausanne.
20. *Edouard Bourgeois,* avocat, Lausanne.
21. *Marc Antoine Bretagne,* greffier du Tribunal, Aubonne (Vaud).
22. Dr. *Henri de Cérenville,* avocat, directeur de la société d'assurances „La Suisse", Lausanne.
23. *Alfred Cérésole,* juge cantonal, Lausanne.

24. *Edouard Chapuisat,* avocat, secrétaire-adjoint du conseil administratif, Genève.
25. *Henri Cherix,* avocat, Lausanne.
26. *Marc Folletête,* juge d'appel, Berne.
27. *Jules Glardon,* greffier du Tribunal Cantonal, Lausanne.
28. Dr. *Nicolas Herzen,* professeur de droit, Lausanne.
29. *Emile Jaton,* notaire, Lausanne.
30. *François Pache,* notaire, Lausanne.
31. *Jean Spiro,* avocat et professeur de droit, Lausanne.
32. *Alfred Scheurer,* Fürsprecher, Bern.
33. Dr. *Hugo Spillmann,* Fürsprech u. Notar, Solothurn.
34. *James Vallotton,* avocat, Lausanne.
35. Dr. *Eugène Vuilleumier,* avocat, Lausanne.

V.

Nach dem Vorschlag des Präsidenten werden als Rechnungsrevisoren ernannt die Herren *Ernest Correvon,* Advokat und Stadtratspräsident in Lausanne, und *Karl Forster,* Kreisdirektionspräsident der Schweizerischen Bundesbahnen in Basel.

VI.

Erstes Diskussionsthema:

Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht.

Gedruckt liegen vor das Referat des Herrn Dr. Carl Christoph Burckhardt, Professor in Basel, sowie heute den Anwesenden ausgeteilte Thesen des Korreferenten, Herrn Dr. S. de Félice, Professor und Advokat in Lausanne.

Prof. Dr. *Burckhardt* schickt seinem mündlichen Referat drei generelle Bemerkungen voraus. Einmal weist er darauf hin, dass die richtige Ausgestaltung des Schadensersatzrechtes eine äusserst komplizierte Frage ist, die sich weder mit einfachen Schlagwortformeln, noch auch mit noch so vielen kasuistischen Bestimmungen lösen lässt. Daraus folgt das Postulat, dass dem Gesetzgeber der Richter helfen muss, indem

in weitem Masse und vertrauensvoll auf sein Ermessen abgestellt wird, namentlich in der Frage, ob nicht ausnahmsweise Causalhaftung einzutreten habe. Nur so wird der konkreten Sachlage durch Individualisierung Rechnung getragen werden können. Drittens aber ist zu beachten, dass es sich um Revision bestehenden Rechtes handelt und dass wir gut tun, nicht revolutionär, sondern mehr konservativ zu verfahren, um Rechtssicherheit und Rechtsbewusstsein zu schonen.

Da, abgesehen von den dem Referenten eben erst zur Kenntnis gekommenen Thesen des Korreferenten, noch keine Gegenäusserungen zum Referat vorliegen, beschränkt sich der Referent darauf, seine gedruckten Ausführungen in Bezug auf einzelne Punkte, das Gebiet des Schadensbegriffes und der Haftungsgründe, in gedrängter Zusammenfassung wiederzugeben und zu ergänzen.

Den Schadensbegriff betreffend verweist der Referent auf die im O. R. vorhandenen scharf getrennten und künftig noch schärfer zu trennenden Gegensätze des Vermögensschadens und der Verletzung ideeller Güter, auf die Verschiedenartigkeit ihrer Behandlung, der Art ihrer Berücksichtigung und der Ausgleichsmittel. In letzterer Hinsicht wird betont, dass die Genugtuungsklage des Art. 55 auf Geld geht, aber nur als Mittel zu dem Zweck, eine Störung des Gleichgewichts, die der innere Friede des Klägers erfahren hat, auszugleichen. Nichts steht im Wege, in dieser Klage mehr den Feststellungs- als den Leistungscharakter hervorzuheben. Eine Konsequenz der Auffassung als Genugtuungsklage liegt darin, dass der Anspruch enger verknüpft ist mit der Person des Gläubigers als mit der des Schuldners, wie sich in den Einzelfolgerungen für Cession, Vererbung etc. zeigt. Die Bestimmung des Art. 55 O. R. darf aber nicht an der unrichtigen Stelle stehen gelassen werden, wo sie sich befindet und wo sie verkümmert; sie gehört vielmehr in einen weitern Zusammenhang und ist, wie dies in dem Entwurf zu einem schweizerischen Civilgesetzbuch (Art. 26) geschieht, in das Personenrecht einzustellen, da der Artikel nichts zu tun hat mit Vermögensschädigung. Aus dieser Verschiebung ergeben sich verschiedene Vorteile, die

Anwendbarkeit auch auf juristische Personen, die Ahndung der Verletzung immaterieller Güter auch im Contractsrecht.

Wenn der Laie nach Verschärfung der Haftungsgründe ruft, denkt er sich stets nur in die Stellung des Geschädigten, während dreierlei Interessen ins Auge zu fassen sind: die des Schädigers, die des Geschädigten und die der Gesamtheit. Wie es immer eine Fülle von Haftungsgründen gegeben hat, so wird sich auch in der Zukunft ein einziger nicht finden lassen.

Von denen, welche auf die blosse Verursachung, gleichviel ob Schuld oder Schuldlosigkeit vorliegt, abstellen, ist diese Causalhaftung nie gefordert worden für die contractlichen Verhältnisse schlechthin. Das ist seltsam und zeigt, dass jene Forderung nicht voll überlegt ist; müsste man nicht im Contractsrecht strengere Haftung fordern als aussercontractlich, da dort zu den gesetzlichen Pflichten noch gesteigerte freiwillig übernommene hinzukommen? Zur Zeit haftet der Schuldner im Contractsgebiet im allgemeinen nur für Verschulden; es gibt aber gewisse Fälle, wo eine Weiterentwicklung der Causalhaftung angemessen erscheint.

Für die Haftung im aussercontractlichen Verhältnis sind in unserem geltenden Recht drei Gruppen zu unterscheiden: einmal das Verschuldungsprinzip des Art. 50 O. R., sodann der Compromiss zwischen Verschuldungsprinzip und objektiver Haftung in Art. 61, 62 und 65, d. h. die Gruppe der Fälle von Causalhaftung mit einer Hintertür für den Haftbaren: dem Exceptionsbeweis, dass ihn kein Verschulden trifft, und drittens rein objektive Haftung für fehlerhafte Werke, Art. 67 und 68. — Gegenüber denjenigen, die allgemeine Causalhaftung fordern, wird betont und des Nähern ausgeführt, dass das Culpaprinzip nicht kurzer Hand verabschiedet werden darf; eine einfache Lösung des Problems, ein allgemeingültiges Prinzip, als unmöglich bezeichnend, untersucht der Referent, in welcher Weie die einzelnen bezüglichen Artikel des O. R. nach Massgabe ihrer Revisionsbedürftigkeit auszubauen sind im Sinne der Einführung abweichender oder neuer Haftungsprinzipien, indem er seine schriftlichen Ausführungen rasch rekapituliert.

M. le Dr. *S. de Félice,* professeur et avocat à Lausanne, que le Comité de la Société a prié de présenter le **co-rapport** sur le thème de discussion, fait d'abord observer que le co-rapport sur ce thème devait être présenté par un de nos collègues, M. le prof. Béguelin à Neuchâtel, lequel a été malheureusement contraint par des circonstances de santé de renoncer à la tâche qu'il avait assumée, et cela à une époque déjà assez avancée de l'année. Dès lors, pour celui qui est appelé à remplacer M. Béguelin, il ne saurait plus être question de traiter in-extenso la matière proposée. L'orateur se voit donc dans la nécessité de borner son examen à l'étude d'une grave hypothèse, très agitée à l'étranger par les théoriciens du droit, celle

Du principe de la responsabilité causale en matière d'actes illicites

envisagé de lege ferenda et au point de vue des applications dont il serait susceptible dans la revision du Code fédéral des obligations.

M. de Félice se renfermera dans ce programme, en formulant quelques thèses propres à concentrer sur des points déterminés le débat d'aujourd'hui.

Cela dit, M. le co-rapporteur entre en matière et fait l'exposé suivant:

I.

Le problème peut être défini comme suit: „Lorsqu'on pose, en termes de droit, la question de la responsabilité civile, il s'agit essentiellement de savoir en quels cas et à quelles conditions une personne devra réparer (en nature ou en argent, — en tout ou en partie) le dommage subi par une autre, soit dans sa personne, soit dans les biens qui composent son patrimoine.“ [1])

La solution ne soulève pas de difficulté quand le dommage a sa cause ou dans un fait du lésé, ou dans une circonstance entièrement indépendante du fait d'autrui et du fait

[1]) Geny, Revue trimestrielle de droit français 1902, p. 816, 817).

des choses appartenant à autrui. Le dommage est alors pour le lésé, casum sentit dominus. La question se complique lorsqu'une tierce personne, par son fait ou par le fait des choses qui lui appartiennent, a causé ou concouru à causer le dommage. Suffira-t-il de ce lien de causalité entre la tierce personne „envisagée personnellement et patrimonialement" et le dommage subi, pour engager sa responsabilité?

Tout d'abord, il faut éliminer les cas où le dommage est commis en vertu d'un droit (damnum injuria datum, lex Aquilia; quiconque lèse sans droit..... — widerrechtlich, — 50 C. O.; wer..... widerrechtlich verletzt, § 823 B. G. B.). Pour qu'il puisse y avoir lieu à réparation, à tout le moins faut-il qu'une limite juridique ait été franchie. Il importerait peu que la législation positive déclarât illicite tel ou tel fait rentrant dans l'exercice d'un droit, lorsque ce fait est commis dans le seul but de nuire (projet de c. civ., 644, 2; B. G. B. § 226). C'est par une faute de langage qu'on parle en pareil cas d'usage abusif d'un droit. De même qu'il n'y a pas de droit contre le droit, „un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit" (Planiol, II, n° 871). Il faut entendre que la limite du droit n'est pas absolue et immuable, mais dépendante d'un élément subjectif, que le même fait peut être en deçà ou en delà de cette limite suivant qu'il a exclusivement pour but de nuire, ou pas.

A cette condition, qui paraîtrait hors de question si elle n'avait été contestée, la théorie traditionnelle de la responsabilité hors contrat en ajoute une autre. Pour qu'il y ait lieu à réparation, il faut, en principe, — et sauf exceptions particulières que ni la législation romaine, ni les législations modernes, n'ont négligé de créer pour répondre aux nécessités complexes de la vie sociale,[1]) — qu'une faute soit établie à la charge de l'auteur du dommage, une faute, c'est-à-dire une défaillance d'énergie ou d'intelligence, un manquement, intentionnel ou pas, à l'obligation de sagesse ou de prudence

---

[1]) Voyez, en ce qui touche le droit commun, le rapport de M. le professeur Burckhardt, et M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung.

qui s'impose à tout homme pour éviter de léser le droit d'un autre homme. En dehors des cas de faute, il n'y a que des dommages fortuits, qui, d'après le principe connu, restent à la charge de celui qui les souffre.

C'est sur ce troisième élément de la responsabilité extra-contractuelle, — la faute, — que porte la contestation. L'idée de ceux qui en nient la légitimité n'est pas nouvelle. Il semble (? M. Rümelin) que dans le droit germanique, l'ancien droit français et anglais antérieur à la réception, il y avait lieu à réparation indépendamment de toute faute; il est certain qu'il en était ainsi dans le très ancien droit romain. La théorie de la faute, construite par les prudents de l'époque classique, a été une innovation et presque une révolution, si l'on songe au temps relativement court dans lequel elle s'est introduite et généralisée à Rome. Durant toute l'époque moderne, on trouverait, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence, des cas curieux de survivance de l'idée primitive, contre laquelle il semble que la prescription n'ait jamais été absolument acquise. C'est ainsi qu'un arrêt rendu en 1682 en Angleterre par le juge Redmond pose en principe que „dans tous les actes privés le droit ne doit pas tant regarder l'intention de celui qui agit, que la perte ou le dommage soufferts par la victime,“[1]) ce qui est justement l'un des arguments de la nouvelle école. Mais l'opposition des deux doctrines n'est devenue sensible que depuis peu d'années. Le prodigieux développement de l'industrie et des voies ferrées dans la seconde moitié du dernier siècle a provoqué, d'une part et d'abord, dans la jurisprudence des interprétations qui rompent le cadre de la doctrine ancienne, tant la notion de faute y est élargie;[2]) d'autre part, la promulgation de lois spéciales instituant des

---

[1]) Fromageot, De la faute, p. 27; ibid. note 1, et p. 24, n. 5, mention d'autres arrêts et d'auteurs allemands, anglais et français des trois derniers siècles.

[2]) L'exemple habituellement cité est celui de l'arrêt rendu en 1861 par la Cour suprême de Bavière dans lequel on lit que „l'exploitation d'une voie ferrée au moyen de locomotives comporte en soi, nécessairement et indissolublement, une faute.“

responsabilités indépendantes de la faute de l'entreprise. La doctrine devait être amenée tout naturellement à rechercher si l'extension de la responsabilité voulue par les arrêts, et instituée par la loi dans certains cas spéciaux, ne se légitimait pas dans une mesure beaucoup plus étendue, voire même d'une façon absolue. La publication des ouvrages de deux jurisconsultes autrichiens, Mataja et Steinbach, parus à peu près simultanément, en 1888, a marqué le point de départ de travaux nombreux sur la question, en Allemagne, dans les pays scandinaves, en Autriche, en Italie, et surtout en France, où la promulgation de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail a mis à la mode les idées de la responsabilité objective, en les appliquant dans un domaine spécial.

Il ne saurait être question d'analyser ici même sommairement, tous ces travaux. Ils ne sont pas conçus dans le même esprit, et n'aboutissent pas aux mêmes conclusions. Il faut distinguer entre ceux qui professent d'une façon absolue le principe de la causalité, et ceux qui, sans aller jusqu'à supprimer le système traditionnel, prétendent ramener à un principe commun, qui ne serait pas subordonné, mais co-ordonné à celui de la faute, les cas de responsabilité causale ou objective déjà consacrés par le droit positif, et étendre l'application du principe à tous les cas analogues qu'il doit logiquement régir.

Le principe de la causalité est déjà indiqué, mais d'une façon enveloppée et confuse, dans la première édition des „Normen" de Binding parue en 1872; il est précisé et développé dans la deuxième édition de cet ouvrage (1890; t. I, p. 433—479), que l'on peut prendre comme base de discussion. Binding estime que la théorie classique des dommages-intérêts, avec l'exigence de faute qu'elle comporte, est une théorie criminaliste, condamnée par la tendance moderne qui est de distinguer toujours plus nettement le droit civil du droit pénal. Les faits générateurs de l'obligation de réparer ne sauraient être de nature délictuelle. Celui qui touche au patrimoine d'autrui s'engage vis-à-vis du titulaire de ce patrimoine par une sorte de quasi-contrat, aussi bien lorsque son action est

commise dans un but licite (gestion d'affaires), que lorsqu'elle revêt un caractère illicite (obligation délictuelle).

„Deux personnes, au choix, sont là pour supporter le dommage. Qu'est-ce qui est le plus juste, d'en attribuer la charge à celui qui l'a causé, ou à celui qui le souffre? La question ne devrait pas être douteuse un instant. Le mal que l'homme a fait, avec ou sans sa faute, il doit le réparer. S'il a eu le malheur, dans un trouble d'esprit, de détruire des choses qui ne lui appartiennent pas, il est cependant l'auteur du dommage, il a lésé le droit d'autrui et la victime est encore beaucoup plus innocente que lui. Le principe actif doit supporter les conséquences de ses actes, non la victime. On ne saurait découvrir dans le droit une raison pour laisser définitivement celle-ci dans ce rôle. On ne saurait pas même laisser à sa charge pour une part le mal éprouvé . . . . . C'est seulement quand le lésé a concouru à causer le dommage qu'il y aurait lieu à équitable répartition . . . . . Si la personne active doit supporter les conséquences de l'empiétement commis par elle personnellement et immédiatement, cette obligation subsiste lorsque la dite personne a accru l'intensité de son action en recourant à l'aide de tierces personnes ou de forces naturelles[1] . . . . ."

En France, où l'idée nouvelle a été suivie ou examinée par d'assez nombreux auteurs, et notamment dans plusieurs thèses de doctorat très sérieuses,[2]) le professeur Saleilles raisonne d'une façon semblable[3]):

„Sous un régime de liberté, il n'y a de responsabilité que là où il y a imputabilité: la faute seule peut restreindre la liberté de l'individu. En dehors de la faute, les risques sont pour celui qui heurte la liberté. Et l'on ne s'aperçoit pas, en raisonnant ainsi, que forcément, il faut encore en arriver à une répartition des risques: seulement, on les fait supporter à celui qui subit l'initiative de l'autre, alors que la justice

---

[1]) Normen, 2me édition I, p. 421.

[2]) Parez, Huchard, Pisier, Blondet, Michot, Ripert, Teisseire.

[3]) *Théorie générale de l'obligation*, 2me édition, p. 376, note 1.

exige que les risques suivent l'acte. Le principe de responsabilité subjective aboutit ainsi à un renversement des facteurs, en matière de justice individuelle: limiter la responsabilité au domaine de la faute individuelle, c'est infliger une perte à celui qui est purement passif, alors que la justice exige que chacun porte la responsabilité de ses actes."

De même, M. Teisseire[1]) entreprend de justifier par une analyse détaillée la formule ci-après: „Tout dommage doit être réparti entre l'auteur et la victime dans la mesure où chacun d'eux l'a causé par son fait," — ce qui reste vrai si l'on envisage les hypothèses de fait non personnel: „Notre théorie, à travers le fait des choses, retrouve le fait personnel . . . . .; on est responsable du fait des choses comme on est responsable de son propre fait." D'une façon plus précise, lorsqu'une chose aura causé un dommage, „on devra s'en prendre à celui qui l'a aménagée ou appropriée," sauf le cas où une force étrangère serait intervenue, qui aurait causé „directement le dommage," ou se serait „servie de l'activité incriminée comme d'un instrument." On analysera très exactement la causalité du préjudice pour en attribuer la charge: si la victime a concouru au dommage, on lui fera supporter tout ou partie de celui-ci. Le fait des préposés et domestiques est encore, par rapport à autrui, le fait du maître, à raison de l'état de subordination où ils sont vis-à-vis de lui.

II.

On ne saurait méconnaître l'intérêt de cette théorie nouvelle de la responsabilité, intérêt qui tient à diverses causes dans le fond identiques. Envisagée abstraitement, elle ne paraît pas au premier abord heurter trop directement le sens juridique, en ce qu'elle vise l'attribution normale des risques fortuits, conservant d'ailleurs à la faute son pouvoir de

---

[1]) Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Cf. la critique de la thèse de M. Teisseire dans l'article de M. Gény, *Revue trimestrielle de droit français*. 1902, p. 822 et suivantes. M. Gény dit qu'il faut reconnaître dans cette thèse „un essai fort sérieux de perfectionnement et de complément du système développé principalement par M. Saleilles."

modifier cette attribution, moins à titre de faute, qu'à titre de cause véritable du dommage; étant donné un dommage indépendant de toute faute, on peut en effet soutenir plausiblement qu'il n'y a pas, à tous le moins, de motif absolu pour en laisser la charge à celui qui le souffre plutôt qu'à celui qui le cause, de même qu'en matière contractuelle, il n'y a pas de considération absolue qui justifie l'attribution au vendeur plutôt qu'à l'acheteur des risques résultant de défauts cachés et ignorés (comp. les lois qui excluent la garantie de plein droit en matière de vices redhibitoires du bétail). D'autre part, la théorie de la causalité semble résoudre d'une façon satisfaisante pour l'esprit, et d'après une idée unique, des cas assez nombreux de responsabilité où la théorie de la faute est manifestement en défaut. Surtout elle présente, comme tout système construit sur une base simple (on dirait aujourd'hui „simpliste"), un aspect de rigueur logique qui séduit.

Mais l'aspect logique d'un système n'est pas, en matière de législation, une garantie de son excellence. Il faut avant tout qu'il satisfasse aux exigences de la vie. S'il n'y satisfait pas, ou n'y satisfait que dans quelques-unes de ses parties, c'est que l'hypothèse sur laquelle il est construit est insuffisante. La question qu'on est en droit de poser est celle de savoir ce que vaudrait, dans l'application, le système de la responsabilité causale ou objective, et quelles modifications il introduirait dans les rapports de la vie sociale. Ces modifications ne sauraient être insignifiantes. Chacun de nos mouvements dépend des lois qui régissent la responsabilité extracontractuelle. Ihering a remarqué, à bon droit, que l'institution du principe de la faute, par les prudents de l'époque classique, avait consacré, dans le domaine du droit, une révolution pareille aux découvertes de Copernic dans le domaine de l'astronomie; le retour au principe ancien n'aurait pas une portée moindre.

Le fait historique que ce dernier principe aurait été celui du droit germanique, ne suffit pas à nous éclairer. Sans reprendre absolument à son compte le dédain des auteurs du premier projet allemand qui déclarent dans les Motifs que

les conceptions juridiques propres aux époques de culture inférieure ne peuvent faire règle pour nous, nous sommes en tout cas trop mal renseignés pour nous former une opinion précise sur les bons et les mauvais côtés de l'application du système, à supposer qu'il ait consacré dans tout le domaine extra-contractuel l'idée de causalité pure (ce qui est contesté). M. Rümelin observe, avec une nuance de malignité, qu'il n'est pas étonnant qu'une époque aux yeux de laquelle les animaux commettaient des délits et pouvaient subir la peine capitale ait admis la responsabilité causale dans une mesure assez large. Cette boutade remet les choses au point. On pourrait ajouter que le principe germanique ne régissait sans doute, tout comme le texte primitif de la loi Aquilia, que les cas de dommage où le rapport de causalité tombait sous les sens. (Dernburg.) L'argument historique doit donc être écarté préjudiciellement, parce que, à le supposer légitime, il ne peut être invoqué que toutes circonstances de mentalité et de civilisation égales. Il doit être écarté au second lieu, parce que, à supposer cette égalité établie en fait, l'existence d'une certaine institution ne prouve rien par elle-même en faveur de son mérite intrinsèque. Une idée peut prévaloir durant des siècles, et être fort mauvaise.

Les raisons de rejeter le système de la causalité pure dans un code moderne, sont, comme il convient, d'ordre essentiellement pratique: elles se résument en ceci que, si nous entendons le principe, nous n'en discernons ni toutes les applications, ni les limitations possibles, ni les effets sociaux assez clairement, et que son adoption constituerait, suivant une formule usée, mais ici d'une saisissante vérité, un saut dans l'inconnu.

Qu'est ce que ce rapport de causalité qui permettrait à lui seul de rejeter sur une autre personne le dommage qu'on souffre? Où irait-on, suivant l'énergique expression de Dernburg, si la réparation devait ainsi s'étendre au dommage le plus éloigné, et si l'action la plus innocente pouvait, par un de ces enchaînements de circonstances qui déjouent toutes les prévisions, donner lieu à réparation d'un préjudice incalculable? On ne se tire de la difficulté ni en répondant qu'il ne peut

être question que d'un lien de causalité adéquate, puisque ce n'est là qu'un mot, ni en soutenant, comme on l'a fait, que les mêmes complications existent actuellement sous l'empire du système de la faute. Il saute aux yeux, en effet, qu'actuellement la détermination de la causalité, quelque délicate qu'elle puisse être dans tel ou tel cas donné, est habituellement simplifiée par la nécessité de rechercher en même temps s'il existe une faute quelconque. S'il n'y a pas de faute, l'action du lésé tombe, et la difficulté avec elle; si une faute initiale est constatée, le danger d'admettre trop aisément un lien de causalité subsiste, mais est singulièrement réduit, la question de faute dépendant dans une large mesure de la possibilité de prévoir l'éventualité du dommage, et la faute s'atténuant jusqu'à disparaître à mesure que l'évènement dommageable est plus lointain.

Des solutions inadmissibles paraissent la conséquence nécessaire du principe. Atteint d'une maladie contagieuse, le typhus ou la petite vérole, sans en être encore averti par aucun symptôme, je communique cette maladie à d'autres personnes. Le rapport de causalité est évident. Suis-je responsable? Mon immeuble prend feu dans des circonstances purement fortuites et le quartier brûle. Suis-je responsable? Je glisse en hiver sur le verglas de la rue et renverse un passant. Suis-je responsable? Si ces cas peuvent ou doivent être exclus par une limitation quelconque du principe, la théorie ne m'en rend pas compte.

On doit donc dire qu'à l'heure actuelle, la théorie de la responsabilité causale n'est pas faite. D'où cette conclusion qu'elle n'est pas susceptible d'être formulée et promulguée en normes de droit positif.

Il ne peut être question de développer ici, incidemment, les conditions que doit réunir une doctrine nouvelle pour devenir la loi vivante. Il suffira de rappeler qu'elle doit porter en elle-même la preuve de sa précellence, et tout d'abord, à cet effet, manifester pleinement aux yeux tout son contenu. Si cette dernière exigence n'est pas remplie, le terme de comparaison avec le droit existant fait défaut. Sans doute, dans

le détail d'une codification, il n'est pas toujours possible de demander autant, et ceux qui votent la loi, ceux mêmes qui la discutent, dans des commissions auxquelles le temps est forcément limité, doivent trop souvent sur nombre de points s'en rapporter à la garantie offerte par la valeur d'un projet mûrement délibéré. C'est un mal nécessaire. S'il en était autrement, tout député, et dans un pays de suffrage universel, tout citoyen devrait être jurisconsulte; et tout jurisconsulte devrait demander dix ans de réflexion et d'études préparatoires avant d'oser formuler un avis sur la loi fondamentale qui doit régir l'ensemble des rapports du droit privé. Mais s'il en est ainsi pour les détails, et même pour la réception de règles plus importantes, presque toujours expérimentées et vérifiées quelque part, il en est autrement quand il s'agit d'innovations qui dominent tout, et qu'aucun peuple civilisé n'a jamais connues. La critique reprend ici tous ses droits. Elle a le droit de savoir ce qu'on lui offre. Et l'on peut affirmer qu'en ce qui touche la responsabilité causale, ce n'est ni dans les quelques pages de Binding, ni dans les notes ou les brochures de Saleilles, ni dans d'autres ouvrages plus développés sur la matière qu'elle le trouvera.

Si l'on allègue pour le principe de la simple causalité que les sociologues le présentent comme „la règle sociale par excellence, fondée sur l'idée de solidarité dans laquelle s'incarne aujourd'hui l'idée même de justice“ (Saleilles), cet argument sera précisément de nature à nous inquiéter. On a tellement abusé de cette idée de solidarité, mettant indifféremment sous son couvert le bon et le mauvais, le vrai et le faux, le juste et l'injuste, que partout où elle est invoquée, on éprouve instinctivement le besoin de voir clair. Le souci des „deshérités“ — mais qui ne distingue pas entre les deshérités intéressants et les autres — louable dans son principe, revêt aujourd'hui par son exagération un caractère presque morbide. Bénéficiant de la sensibilité des uns et de la peur des autres, le „deshérité“ prend peu à peu dans la société moderne une place priviligiée; détenant pour une bonne part la souveraineté, jouissant de toutes les exemptions, la solidarité à laquelle il

prétend n'est en réalité qu'une faveur sans réciprocité. La question serait de savoir précisément si et dans quelle mesure l'institution de la responsabilité causale est susceptible de rompre une fois de plus à son profit l'équilibre des devoirs sociaux. Actuellement, sous le régime de la faute, la responsabilité apparaît déjà comme illusoire, lorsque l'auteur du dommage n'a pas le moyen de le réparer; et comme le sentiment de l'irresponsabilité tend naturellement à rendre imprudent ou négligent, l'inégalité des positions en est rendue plus sensible. Convient-il d'aggraver cette inégalité? Théoriquement, et en soi, une extension de responsabilité par l'attribution du dommage fortuit à celui qui l'occasionne sans pouvoir peut-être, moyennant de justes limitations, se concilier, comme on l'a remarqué plus haut, avec le sens de la justice ou du moins ne le pas heurter trop directement; mais pratiquement, la responsabilité n'étant effective qu'à raison de la solvabilité de la personne responsable, les choses se présentent autrement. Et c'est la réalité des choses que doit envisager le législateur.

On a observé, dans le même ordre d'idées, qu'en attachant de lourdes responsabilités aux actions les plus insignifiantes, on court le risque de décourager et de paralyser les initiatives. Socialement, le fait est à considérer. Tout l'effort de la législation moderne, civile, administrative et surtout fiscale, tend à accentuer la distinction entre ceux qui supportent les charges sociales, et ceux qui en sont affranchis. Et comme les premiers sont aussi ceux qui agissent, ceux qui entreprennent et ceux qui risquent, chaque obligation qu'on ajoute à celles qu'ils supportent, est de nature à faire réfléchir les plus hésitants et les moins heureux d'entre eux. Et chaque allègement et chaque profit qu'on assure aux autres est pour l'élément actif une sollicitation d'abandonner la partie, et de se laisser atteindre par la limite au deçà de laquelle on ne risque plus rien et l'on n'a plus rien à risquer, mais tout à recevoir.

A la vérité, l'idée qu'on peut se former des conséquences pratiques d'un système de la responsabilité causale appliqué aux cas dénommés fortuits est en bonne partie conjecturale. La vie est si complexe, l'enchevêtrement des faits sociaux si

difficile à démêler, que les prévisions peuvent être très profondément modifiées par l'expérience. Mais ce qui est acquis, c'est que dans l'état actuel de la doctrine, le principe n'est pas suffisamment étudié et développé pour être appliqué sous la forme d'une loi positive.

Si nous rejetons de lege ferenda la théorie absolue de la causalité, il faut reconnaître à ceux qui l'ont soutenue le grand mérite d'avoir mis en pleine évidence certaines insuffisances de la théorie classique, en ce qui concerne notamment la notion de faute, et accusé mieux qu'on ne l'avait fait jusqu'ici les traits communs aux diverses hypothèses de responsabilité causale ou objective consacrées par le droit positif, ou susceptibles de l'être un jour.

Il est possible, touchant le premier point, que nous soyons demeurés trop asservis à une tradition qui donne de la faute une définition étroite, la considérant avant tout comme un phénomène essentiellement psychologique et moral. On est un peu surpris, pour ne citer qu'un détail, de voir les jurisconsultes allemands les plus éminents de la fin du dernier siècle, Unger, Windscheid, Dernburg, Regelsberger, insister toujours sur cette idée que la faute est une défaillance de la volonté, non de l'intelligence (Verschuldung ist Willensfehler), quand visiblement — et dans le système même qui prend pour terme de comparaison le type moyen de l'homme diligent, le père de famille classique — c'est une faute, pour l'individu de facultés très médiocres, de n'avoir pas vu ce que cet homme plus éclairé aurait su voir, et ce qu'un homme moins éclairé ne pouvait pas voir. — „La faute, observe Gény, n'est pas autre chose qu'une erreur de conduite, une défaillance d'attitude, qui, normalement, s'apprécie d'après le type abstrait de l'homme droit et sûr de ses actes . . . . . Mais peut-être avait-on eu le tort d'apprécier trop souvent cette erreur ou cette défaillance d'un point de vue moral, d'après le type de l'honnête homme, dans l'acception la plus exacte du mot. En réalité, le point de vue social devait seul suggérer ce type abstrait servant à caractériser la faute . . . . .“ Une doctrine se dessine ainsi, qui tend à objectiver la faute dans

une mesure plus forte, en précisant les „obligations préexistantes“ dont elle est la violation (Planiol II. p. 261), si même l'on ne veut pas aller jusqu'à dire qu'elle réside déjà „dans l'anomalie de l'exercice du droit ou de l'usage de la liberté“ (Gény, Revue trimestrielle, p. 837, 839).

En second lieu, l'attention a été attirée par les excès mêmes de la théorie causale sur les cas où une extension de responsabilité de droit commun se justifie. Si les systématisations tentées par Merkel (Kollision rechtmässiger Interessen) et surtout par Unger — qui d'ailleurs se place nettement à un point de vue relatif dans sa belle étude, Handeln auf eigene Gefahr — n'ont pas abouti d'une façon concluante à ramener les responsabilités exceptionnelles du droit positif à un seul principe, elles ont marqué, mieux qu'on ne l'avait fait, la légitimité de ces dérogations indispensables; en en accusant la nécessité et les effets caractéristiques, elles leur ont donné droit de cité dans la doctrine. D'autres tentatives entreprises dans le même esprit ont élargi les premières conclusions obtenues. On a vu que les considérations qui justifiaient l'institution de responsabilités objectives étaient multiples, et devaient être pesées de lege ferenda sans parti pris, dans chaque cas spécial. (Comp. un essai d'énumération de ces considérations d'ordres divers — risques spéciaux, incitation de la personne responsable à d'extrêmes précautions, difficultés de preuve etc. dans G. Rumelin, Culpahaftung und Causalhaftung, Archiv für civilistische Praxis 1888, p. 285 et s.) Ainsi, grâce à de bonnes analyses se complétant les unes les autres, la vague explication de l'équité a fait place à des raisons plus sérieuses et proprement scientifiques; et dans le domaine du relatif, où l'on se meut une fois le principe de la causalité pure écarté, le terrain a été utilement déblayé pour le législateur.

III.

L'excellent rapport de M. le professeur Burckhardt, de vues à la fois si larges et si modérées, ne saurait faire de notre part l'objet d'un examen détaillé, même dans celles de

ses conclusions qui se rapportent directement à la question d'une extension de la responsabilité causale. Le temps nous ferait défaut, et aussi la patience d'un auditoire sollicité par trop d'objets importants. Nous nous bornerons à quelques observations:

1. Dans l'état actuel de notre droit, la réglementation des responsabilités extra-contractuelles peut être considérée comme insuffisante dans deux ordres de cas particuliers.

a) Responsabilité du fait d'autrui. L'institution de la responsabilité causale pure dans l'hypothèse prévue à l'art. 61 C. O. („celui auquel incombe juridiquement la surveillance d'une personne de sa maison") ne se justifierait pas, à tout le moins, lors qu'il s'agit du cas, de beaucoup le plus fréquent, où la responsabilité des père, mère, chef d'institut etc., est en jeu. De toutes les considérations susceptibles d'être invoquées à l'appui de la responsabilité objective absolue (G. Rumelin) une seule serait ici pertinente, celle de la prévention. On peut dire que pour inciter les parents aux efforts les plus grands en vue de prévenir par une sage éducation les actes dommageables auxquels leurs enfants sont enclins, il convient de les rendre responsables de ces actes sans exonération possible. Cette raison a de la force; il est certain que la preuve libératoire de la surveillance suffisante aboutira dans des cas où une direction morale plus ferme, dont le défaut n'est pas apparent, aurait conduit l'enfant à plus de prudence. Mais d'une part, sur le terrain du droit actuel, le pouvoir d'appréciation du juge peut restreindre notablement cet inconvénient; d'autre part, il faut compter avec les nécessités de la vie et avec l'utilité sociale, qui exige que l'enfant jouisse d'une liberté suffisante et ne soit pas entravé par une surveillance trop anxieuse dans les jeux et exercices de son âge indispensables au développement physique. Une certaine compensation des risques s'impose ainsi pour le bien de la race, dans la mesure où ces risques ne rentrent pas dans ceux que l'inversion de la preuve met actuellement à la charge des parents. Le fait d'être père ne peut être considéré dans la règle comme aussi arbitraire que celui d'être propriétaire d'un

chien ou d'une automobile; il constitue à certains égards un office public qu'on subit, et procure en retour de la considération; même dans les pays où le souci de la dépopulation est inconnu, il est d'une bonne législation de ne pas aggraver au delà de ce qui est humain les charges et risques qui y sont attachés.

La question se pose différemment relativement aux „maîtres et patrons" (62 C. O.). On sait que le droit français et le droit anglo-américain imposent à ceux-ci la responsabilité absolue des actes illicites de leurs employés et ouvriers commis dans l'accomplissement des fonctions auxquelles il les occupent. La même règle était consacrée par les premiers projets de C. O., et n'a été atténuée dans le sens de l'inversion de la preuve que pour ménager une transaction avec les principes du droit commun d'après lesquels le lésé doit prouver la faute du maître. Les arguments qu'on peut invoquer pour et contre la responsabilité objective ont été cent fois allégués; on en trouve le tableau assez complet dans les rapports et discussions des XVIIme et XVIIIme réunions de la société des juristes allemands. Le système de la responsabilité du droit commun n'est, à la vérité, plus en cause aujourd'hui, mais seulement celui de la responsabilité sans exonération possible, et celui de la responsabilité avec inversion de la preuve tel qu'il est suivi dans le C. O. et dans le B. G. B. Il ne saurait être question d'assujettir, suivant les cas, la responsabilité du maître à l'un ou l'autre système: une distinction ne serait possible qu'au prix de complications intolérables dans la pratique (voir dans ce sens les observations du rapport); à tout le moins n'a-t-on pas proposé jusqu'à ce jour une formule qui résolve la difficulté. Force est donc de choisir. Sans méconnaître les raisons qui militent pour le maintien de la règle légale actuelle, la première solution aurait nos préférences; moins encore parce que celui qui recourt à l'activité d'employés doit en supporter les risques, comme il en a les profits, que parce que la responsabilité absolue est le seul moyen énergique de contraindre le maître à donner tout son soin au choix et à la surveillance. Les pénétrantes observations de

Exner sur l'insuffisance de l'inversion de la preuve en matière de transport, à raison de la nécessité où se trouve le tiers lésé de discuter avec le transporteur des motifs d'exonération qu'il ne peut contrôler, trouvent ici leur application. G. Rümelin les a reprises et développées dans un passage de son article déjà cité de l'Archiv für civilistische Praxis, qui est un modèle de fine analyse psychologique: la conduite du maître exempte de toute faute caractérisée, est encore loin, dans bien des circonstances, de la conduite que se fût imposée un chef d'industrie véritablement conscient de ses devoirs; l'élément moral de son action sur le préposé, l'influence personnelle, sont des facteurs, dans le choix et la direction, qui échappent, au delà d'un certain degré d'insuffisance, à tout contrôle du juge. D'autre part, les excès de la jurisprudence française, qui a trop souvent rendu le maître responsable d'une faute commise par le préposé à l'occasion de ses fonctions, ne prouvent rien contre le principe, parce qu'ils n'en sont qu'une fausse application. Nous verrions donc sans trop de crainte, et malgré certains inconvénients reconnus inévitables, inscrire dans le code nouveau une règle qui supprimerait ou atténuerait la faculté de disculpation du maître prévue à l'art. 62 C. O.

b) Responsabilité du fait de risques extraordinaires. La raison qui milite le plus ordinairement en faveur de l'institution de responsabilités indépendantes de toute faute, réside dans les risques spéciaux inhérents à certaines entreprises ou à certaines installations. Tel est notamment le principe de la fameuse loi impériale du 7 juin 1871 (Reichshaftpflichtgesetz), et la jurisprudence, qui l'a dégagé nettement dès le début dans ses interprétations, ne s'y est pas trompée.[1]) Une législation spéciale s'est formée un peu partout sur cette base aujourd'hui indiscutée. Cette législation est-elle chez nous suffisante? Le rapport ne le pense pas, et voudrait introduire dans le code une disposition permettant au juge d'admettre, pour

[1]) „Die Zurückführung des Gesetzesinhaltes auf jene Gefährdungshaftung, die nun zum wichtigsten Auslegungsprinzip wurde, ist das Werk der Praxis.“ Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. § 130, n. 11).

des motifs d'équité sujets à sa libre appréciation, une obligation d'indemnité purement objective à raison des dommages causés par des ouvrages, exploitations, faits du maître, mesures prises et actes divers auxquels sont attachés des risques extraordinaires (art. 68 *a*). Cette formule n'est sans doute, dans l'idée de son auteur, pas définitive, et pourrait être simplifiée, notamment en ce qui touche l'énumération des causes de dommage qu'elle renferme. Mais l'idée dont elle s'inspire est saine et constitue une concession raisonnable à la théorie de la causalité. Les cadres de la législation spéciale sont trop étroits; il faut permettre à la jurisprudence de s'en affranchir dans une mesure déterminée, en lui laissant le soin de définir le risque extraordinaire, — graduellement, par une saine appréciation de chacun de ces cas particuliers dont le nombre et la variété semblent défier la prudence du législateur, — comme elle a défini déjà, d'une façon en général satisfaisante, „l'exploitation" („beim Betrieb") de la loi sur les chemins de fer, la double imposition, le for des actions personnelles, le déni de justice, et tant d'autres notions qu'il eut été impossible ou dangereux d'enserrer dès le début dans les termes rigides d'un texte de loi précis et complet. „L'équité" ne signifie pas autre chose ici que le droit espéré et attendu, le droit dont la formule est encore à découvrir. On objectera que l'aptitude de juges laïques de nos tribunaux ne sera pas toujours proportionnée à une tâche aussi haute; que si beaucoup de ces juges, — „qui ont reçu la mission d'appliquer les lois sans avoir eu l'obligation de les étudier au préalable," suivant la sentence un peu dure de V. Rossel, et surtout qui n'ont pas une pratique quotidienne suffisante, — ne connaissent pas toujours le droit d'aujourd'hui, à plus forte raison leur est-il impossible de construire le droit de demain. Mais on oublie qu'au dessus de juridictions dont la composition peut, dans certains cas, notamment dans les instances inférieures, n'être pas irréprochable, nous possédons le contrôle du Tribunal fédéral; ce contrôle s'est révélé suffisant pour l'application de dispositions délicates des lois actuelles; et si l'on estime qu'il ne s'étend pas assez loin, par l'effet de l'élévation

du taux minimum de la compétence, le remède est simple et dépend d'une revision de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire (institution d'un recours en cassation, etc.).

Si une disposition dans l'esprit de l'art. 68 *a* du rapport devait être accueillie, il nous paraîtrait préférable, au point de vue de la clarté de la notion, de substituer l'expression de risques anormaux, à celle de risques extraordinaires.

2. Le rapport propose l'extension des règles de l'art. 67 C. O. sur „l'ouvrage" à toutes les choses inanimées construites ou employées au moyen de l'activité humaine. Ces règles seraient ici applicables par manifeste identité de motifs, et la jurisprudence fédérale aurait déjà marqué clairement la voie dans cette direction. Nous ne pouvons partager ce point de vue. Historiquement, la responsabilité de l'art. 67 s'explique par la nécessité de protéger énergiquement les voisins contre les risques de chute d'un édifice et d'assurer la sécurité de la rue. Le voisin ou le passant n'ont dans aucune mesure le moyen de se défendre par eux-mêmes du danger qui les menace; si l'événement dommageable se produit, ils y sont, sauf exceptions rares dans la pratique et aisées à établir, complètement étrangers. On a pu élargir considérablement la notion de l'édifice en y ajoutant celle de l'ouvrage, on ne cesse pas d'avoir en vue des choses soustraites plus ou moins complètement par leur nature à l'action de celui qui en est victime. Autre est la situation si l'on étend la règle à toutes les choses mobilières. Dans le dommage attribué au vice de construction ou au défaut d'entretien d'un meuble meublant, d'un outil ou d'un instrument quelconque, la question se pose presque nécessairement de savoir si l'intervention du lésé n'est pas la cause véritable de l'accident, parce que cet accident ne se fut pas produit sans intervention. Nous entrons en contact à chaque instant avec la chose d'autrui, et nous sommes réputés savoir que ces choses, — tout comme celles qui nous appartiennent —, sont sujettes à des vices propres dont nous devons nous garder. Le propriétaire d'une vieille chaise sur laquelle je m'asseois sans son consentement n'est pas réputé me garantir que cette chaise est incassable; c'est

moi qui suis réputé m'y asseoir, suivant la formule de Unger, à mes risques et périls. Les règles du droit commun me protègent suffisamment, si quelque faute est imputable à quelqu'un. Aucune législation n'a tenté dans ce domaine l'expérience juridique à laquelle nous convie le rapport, et nous considérons cette expérience comme dangereuse. Il suffit d'examiner les cas pratiques à l'occasion desquels la jurisprudence française a, durant le dernier quart de siècle, tenté de construire une responsabilité objective à raison des choses inanimées, pour se rendre compte qu'elle cherchait avant tout à suppléer à l'insuffisance des lois civiles sur la responsabilité des fabricants, et que la base légale qu'elle croyait trouver dans l'art. 1384 § 1 Code Napoléon fait en réalité défaut.[1])

Si dans telle ou telle hypothèse déterminée, où l'art. 67 C. O. serait inapplicable, une responsabilité indépendante de toute faute pouvait cependant paraître désirable à raison des risques extraordinaires attachés à l'usage d'une chose mobilière, l'art. 68 *a* susvisé offrirait précisément le remède.

La difficulté, au point de vue d'une revision de l'art. 67 C. O. propre à restreindre les controverses que ce texte a soulevées, consiste dans une juste délimitation des cas auxquels le principe de la responsabilité objective doit s'étendre. La notion de l'immeuble au sens technique est trop étroite: et du moment qu'on sort de cette notion, l'incertitude commence. Un échafaudage, une barraque en bois faite pour être déplacée, une perche plantée dans le sol, voire même un tas de pierres (pour reprendre l'exemple cité par le Tribunal fédéral) ne sont pas immeubles; cependant, il faut reconnaître que l'assimilation à l'édifice, au point de vue spécial qui nous occupe, est justifiée. S'il fallait choisir une formule, nous donnerions la préférence à celle du B. G. B. § 838 („ein mit einem Grundstück verbundenes Werk") en la précisant un peu pour éviter toute équivoque, et nous parlerions d'ouvrages „unis à un immeuble d'une façon durable ou temporaire."

3. En ce qui touche les animaux, ou du moins certains animaux, tels que les chiens, une responsabilité causale se

[1]) Teisseire, p. 80 s.; Planiol, II, nos 916, 927 s.

justifierait certainement dans une large mesure. Mais d'une part, l'art. 65 C. O. actuel donne dans la pratique des résultats assez satisfaisants, parce que l'excuse est en fait admise beaucoup moins aisément par le juge que pour les enfants etc.; d'autre part, nous sommes frappés par les considérations de politique législative du rapport, en sorte que nous inclinons, moins par conviction juridique que par utilité, à la solution du statu quo.

4. Le domaine du tort moral est celui dans lequel une responsabilité causale se conçoit le moins. On ne voit pas que les auteurs favorables au principe aient cherché à s'expliquer quelque part sur la possibilité de son application en pareil cas. Toute base de discussion fait ici défaut, et il ne nous reste qu'à adhérer aux conclusions du rapport dans leur ensemble. Loin de restreindre la portée de l'art. 55 C. O., dont le principe est encore contesté assez sérieusement par une partie de la doctrine en Allemagne, et même en Suisse, nous pensons qu'il a, dans la pratique, honorablement prouvé sa légitimité, et qu'en ce qui touche notamment les atteintes à l'honneur, les tribunaux ne l'appliquent qu'avec trop de ménagement. C'est un bien mauvais raisonnement que de contester en soi la valeur morale d'une réparation pécuniaire, lorsque des publications dans les journaux sont insuffisante, et que tout autre mode de satisfaction pour le lésé est exclu par l'inévitable insuffisance des lois pénales. Les arguments tirés d'une prétendue confusion des domaines civil et pénal, fussent-ils même théoriquement fondés, ce qui n'est pas démontré, ne peuvent prévaloir sur la nécessité d'une efficace protection du droit.

On peut se demander, en ce qui touche la rédaction, si la formule du projet, art. 26, „wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugt angegriffen wird . . . . .“ est préférable à celle plus générale de l'art. 55 C. O. „ist Jemand . . . . . in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt worden . . . . .“ Peut-être la nuance nous échappe-t-elle, mais il semble que la première version, „angegriffen,“ soit trop spéciale, l'atteinte à la situation personnelle qui donne ouverture au droit d'ac-

tion ne résultant pas nécessairement d'un acte d'agression. En tout cas, si cette rédaction devient définitive, nous ne croyons guère possible d'adopter à l'art. 54 C. O. celle proposée par le rapport avec renvoi à l'art. 26; mieux vaudrait conserver tel quel au 54 le texte actuel du C. O., qui a d'ailleurs l'avantage de mettre à part une catégorie de torts moraux particulière, la seule peut-être dont la réparation pécuniaire soit contestable.

5. Excédant un peu, en terminant, le cadre qui nous a été tracé, nous formulerons, sur les propositions du rapport concernant la responsabilité contractuelle, deux observations qui touchent à des questions d'une importance particulière.

La première est relative à l'art. 115 al. 1. Elle a pour objet de souligner l'utilité, signalée par le rapport, d'une modification du texte actuel. Ce n'est pas assez de dire que le débiteur répond de la faute commise par ceux des membres de sa famille qui sont placés sous son autorité, par ses employés et par ses ouvriers: il faut poser en principe qu'il répond de la faute des personnes qu'il emploie pour exécuter ses obligations comme de la sienne propre. Telle est à peu près la formule du B. G. B. § 278. Le principe est d'ailleurs susceptible d'exceptions, de limitations et de distinctions, que le rapport a examinées de près, résumées dans un texte un peu compliqué, et sur le mérite desquelles on peut différer d'avis; ce qui importe, c'est que le cercle des personnes dont le débiteur répond ne soit pas indûment restreint comme il l'est par l'art. 115 C. O. actuel.

Une autre observation vise l'action en dommages-intérêts fondée sur les art. 122 à 125 C. O. Celui qui s'est départi du contrat pour cause de demeure, ou qui en a refusé l'exécution parce que l'obligation est devenue sans utilité pour lui par suite de la demeure de son débiteur, peut exiger des dommages-intérêts à la condition de justifier que l'autre partie était en faute (art. 124 et 125). Cette inversion du fardeau de la preuve dans le cas où le débiteur, renonçant à exiger *et* l'exécution, *et* des dommages-intérêts, se borne à demander des dommages-intérêts, est proprement inintelligible.

Elle va contre la nature des choses, en ce qu'elle impose au créancier und tâche impossible. Aussi la jurisprudence décide-t-elle couramment que la preuve de la faute est suffisamment établie, 1° lorsque le débiteur a déclaré expressément qu'il n'exécuterait pas le contrat (Rec. off. XIX, p. 932) parce que le refus injustifié d'exécuter implique une faute (XXII, p. 515; p. 1203); 2° lorsque, sciemment, le débiteur n'a pas exécuté (XXIII, p. 391); 3° lorsque le débiteur s'est placé lui-même dans l'impossibilité d'exécuter (XX, p. 1078); 4° lorsqu'en fait, le débiteur n'a pas exécuté, et que rien n'établit que la cause de la demeure consiste dans un fait dont il ne soit pas responsable (XXV, 2, p. 400); 5° lorsqu'en fait, tout simplement, le débiteur n'a pas exécuté: „soit qu'il eut contracté un engagement au-dessus de ses forces, soit qu'il ait négligé de prendre les mesures nécessaires pour le remplir, cette inexécution constitue une faute de sa part, et le rend passible de dommages-intérêts envers son vendeur" (XXV, 2, p. 66—67). Ces deux derniers arrêts nous conduisent à la forme définitive et parfaite du raisonnement: le créancier doit prouver la faute du débiteur qui est en demeure; mais cette faute est présumée du moment que le débiteur est en demeure; il suffit donc au créancier qui s'est départi de prouver que le débiteur était en demeure, sauf à celui-ci de s'exonérer en justifiant de l'impossibilité d'exécuter (145 C. O.) ou du cas fortuit (110 C. O.). Puisqu'il en est ainsi, mieux vaut pour le législateur le déclarer tout uniment.[1])

---

[1]) Dans le projet de 1877, pas plus que dans les précédents, la preuve de la faute n'était imposée au créancier: Art. 149. „Lorsque, à l'occasion d'un contrat, le débiteur est en demeure pour l'exécution d'une obligation, le créancier peut, sans préjudice au droit à des dommages-intérêts, demander au juge de fixer pour l'exécution un terme comminatoire passé lequel il ne sera plus lié; ce terme expiré, le créancier est libre de se retirer du contrat." — Art. 150. „Lorsque le débiteur est en demeure et que l'obligation est devenue inutile au créancier, celui-ci peut, sans préjudice au droit à des dommages-intérêts, se refuser à accepter l'exécution par le débiteur et à remplir l'engagement qu'il a pris envers celui-ci; s'il l'a déjà rempli, il a droit à restitution."

CONCLUSIONS:

A. *Responsabilité délictuelle.*

I.

L'art. 50 C. O. doit être maintenu au projet de code civil dans sa teneur actuelle.

Notamment, il ne saurait être question de supprimer les mots „sans droit," ni les mots „soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence."

L'institution d'un système de responsabilité fondé sur la seule causalité ne se recommande pas dans l'état actuel du droit.

II.

Les concessions au principe de la causalité qui se justifient actuellement consistent

a) éventuellement dans la suppression ou la restriction de la faculté de disculpation du maître inscrite à l'art. 62 C. O.;

b) dans l'adoption d'une disposition générale prévoyant les cas de risques anormaux (*aussergewöhnliche Gefährdung*, art. 68 *a* du rapport — rédaction réservée).

III.

Par contre, le principe de l'art. 67 C. O. ne saurait être étendu à toutes les choses inanimées.

Il y aurait plutôt lieu d'en limiter l'application par la mention qu'il s'agit d'ouvrages „unis à un immeuble d'une façon durable ou temporaire."

La modification de l'art. 68 prévue par le rapport demeure justifiée.

IV.

Art. 55 C. O. Adhésion aux conclusions du rapport.

Par suite, maintien de l'art. 54 C. O. dans sa rédaction actuelle.

B. *Responsabilité contractuelle.*

V.

Art. 115. Adhésion aux modifications proposées par le rapport, dans les limites ci-dessus indiquées, et rédaction réservée.

VI.

Art. 124 et 125. Remplacer les mots „s'il justifie que l'autre partie (le débiteur) est en faute," par ceux: „à moins que l'autre partie (le débiteur) ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable."

Der Präsident eröffnet die allgemeine Diskussion.

Hr. Professor *Alexander Reichel,* Abteilungschef für Gesetzgebung und Rechtspflege im Eidg. Justizdepartement, will den Anlass benutzen, um sich gegen eine Theorie, die heute als die herrschende erscheint und die auch im neuen Schweiz. Civilgesetzbuch Geltung erlangen wird, zu verwahren. Der Referent ist davon ausgegangen, dass es zwei Arten des Schadens gebe, die man erst in der neuern Zeit richtig erkannt habe: ökonomischer und nichtökonomischer Schaden; dies führe dazu, auch im Schadenersatzrecht zwei Richtungen zu unterscheiden, einmal Schadenersatz aus O. R. Art. 50 ff. und sodann die vom Civilgesetzentwurf vorgesehene „Genugtuung;" die letztere sei aber eigentlich gar nicht Schadenersatz, sondern rühre aus der Verletzung der Persönlichkeitsrechte her. Der Redner macht auf die eigentümliche Erscheinung aufmerksam, dass gewisse Gedanken, die am Anfang der Entwicklung des Rechtes liegen, von Zeit zu Zeit wieder zum Vorschein kommen, da, wo man sie nicht erwarten sollte. So war das Mosaische Recht beherrscht vom Grundsatz „Auge um Auge," von dem Gedanken der Talion. In der heute auftretenden Genugtuungstheorie ist nichts anderes zu erkennen als der Rachegedanke. Wenn der Referent erklärt, es handle sich um eine Feststellungsklage, die einen psychologischen Ausgleich bezweckt, dieser aber darin bestehen soll, dass der Täter an seinem Geldbeutel geschädigt wird, so widerstrebt dies dem Gefühl des Redners; denn die Ehre des Menschen soll nicht zur Milchkuh werden. Ganz anders liegt die Sache, wenn ein wirklicher Schaden nachgewiesen wird. In der Praxis hat man sich zu sehr daran gehalten, dass in Art. 55 die Worte stehen: „auch ohne Nachweis eines

Vermögensschadens.“ Zu der Polemik des Referenten, der das „kann“ in Art. 55 als materiellen Rechtssatz und nicht als Beweisregel auffasst, im Gegensatz zum Bundesgericht, bemerkt Prof. Reichel, dass es sich um einen andern prinzipiellen Gegensatz handle, der auf der Schwierigkeit beruht, im konkreten Falle den an sich auf der Hand liegenden Schaden in einzelnen Posten zu belegen; das freie Ermessen bedeutet sowohl einen Gegensatz zur Substanziierungstheorie als eine Beweisregel; aber ein Schaden muss vorliegen. Im Civilrecht wird mit der Genugtuung nichts anderes als die nackte Befriedigung des Rachegefühls bezweckt. Wie Geld in vielen Fällen nicht imstande ist, den zugefügten Schaden zu ersetzen, so ist es auch in vielen Fällen kein Wertmesser. Wo ein Schaden an ideellen Gütern entstanden ist, soll der Schaden ersetzt werden, aber die Person soll für Befriedigung ihrer Rache kein Geld beziehen.

In Bezug auf den Gegensatz zwischen Schuldhaftung und Erfolgshaftung erinnert Prof. Reichel daran, dass wir das Prinzip der Erfolgshaftung besitzen einerseits im O. R. auf Grund von ganz besondern Tatbeständen und anderseits in unserer Spezialgesetzgebung betreffend Eisenbahnhaftpflicht, Fabrikhaftpflicht, Ausdehnung der Haftpflicht, Schwach- und Starkstromleitungen, und dass nun der Versuch gemacht werde, die besondere Haftbarkeit auch auf die Automobile auszudehnen. Da wir uns somit nicht auf dem Boden des gemeinen Rechts, sondern auf dem der Spezialgesetzgebung bewegen, erklärt sich der Redner gegen den Vorschlag des Referenten, einen neuen Art. 68 a in das Gesetz aufzunehmen, welcher lauter allgemeine Tatbestände aufführt, wozu ausserdem noch das „kann“ des richterlichen Ermessens käme. Der Richter wird so zum Gesetzgeber im einzelnen Fall gemacht; es muss aber als bedenklich erscheinen, ein neues Prinzip rein aus dem Ermessen des Richters heraus entstehen zu lassen. Prof. Reichel schliesst dahin, es solle das Causalhaftungsprinzip, soweit es nicht schon im O. R. enthalten ist, nicht in das gemeine Recht aufgenommen werden, sondern der Spezialgesetzgebung überlassen bleiben, die nicht bloss auf juristischen Grundlagen beruht.

Hr. Dr. *Jakob Heuberger,* Obergerichtspräsident in Aarau, erachtet es als untunlich und verwahrt sich dagegen, dass die vielen einzelnen Punkte des Themas behandelt und Thesen beziehungsweise Gesetzesvorschläge der beiden Referate als solche zur Abstimmung gebracht werden. Ueber die Tragweite derselben vermag sich die Versammlung heute nicht vollkommene Rechenschaft zu geben. Es kann der Zweck der Diskussion nur sein, Hauptgrundsätze zu erörtern. Dr. Heuberger verweist darauf, dass unsere Gesetzgebung in Bezug auf die Verantwortlichkeit von dem Grundsatze ausgeht, dass ein Causalzusammenhang bestehen muss zwischen der Schädigung und dem Willen des Schädigers, während allerdings im Einzelnen das O. R. hievon Ausnahmen macht. Die Verantwortlichkeit im Civilrecht muss ausgedehnter behandelt werden als diejenige im Strafrecht, indem es z. B. möglich ist, dass jemand nicht bestraft wird für eine Tötung, jedoch haftbar erklärt wird für den dadurch bewirkten Schaden. Im Civil- und im Strafrecht aber muss abgestellt werden auf den Grundsatz des Verschuldens und es sind Ausnahmen nur da zu bestimmen, wo sie gerechtfertigt sind. Vom Causalitätsprinzip schlechthin vermag sich der Redner nichts zu versprechen.

Hr. Dr. *Hermann Ferdinand Hitzig,* Professor in Zürich: Wollte man heute die Causalhaftung einführen, so müsste zunächst nachweisbar sein, dass die einzelnen Anwendungsfälle unter ein einheitliches Prinzip gebracht werden können, und im weitern wäre nachzuweisen, dass diese Fälle und das Culpaprinzip des Art. 50 O.R. unter ein höheres Haftungsprinzip eingereiht werden können. Bei solchen Versuchen wird aber die geschichtliche Bedingtheit der Fälle übersehen und nicht beachtet, dass das Causalitätsproblem erst mit den grossen Gefahren der modernen Technik aufgetaucht ist. In den bezüglichen Fällen kommen zur Causalität eine ganze Reihe von haftungbegründenden Momenten hinzu, wie ausserordentliche Gefährdung, Prävention, Sorgfaltsansporn, Beweisnotstand, grössere Tragfähigkeit, so dass Prof. Hitzig mit Prof. Reichel es als richtiger erachtet, alle diese Fälle der Spezial-

gesetzgebung zu überlassen. Gegenüber dem Correferenten gibt der Redner zu, dass auch in Frankreich die Causalhaftung anfängt, durchzudringen, wobei aber zu beachten ist, dass die französischen Juristen versuchen, die Causalhaftung in die Culpatheorie einzuspannen; so spreche Lévy, um das neue Haftungsprinzip zu konstruieren, von einer „obligation générale de ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales"; sie kommen eben von der Idee der „faute" (culpa) nicht los.

Hr. *Eugen Ziegler,* Advokat in Schaffhausen, erklärt sich damit einverstanden, dass eine Abstimmung über die Thesen nicht vorgenommen werde, schlägt jedoch vor, das Protokoll, wie dies bei frühern Versammlungen geschehen, dem eidgenössischen Justizdepartement zu übermitteln. Unter Bezugnahme darauf, dass der Referent das Referat erwähnt, welches der Redner am Juristentag zu Neuenburg im Jahre 1888 über die „Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten" — nicht über die Haftpflicht der Beamten — gehalten hat, spricht Ziegler den Wunsch aus, es möchte die damals auf sein Referat und das Correferat des Herrn Advokaten Eugène Borel gefasste Schlussnahme nicht ohne weiteres aufgegeben und die Sache so auf einen anderen Boden gestellt werden. (Verhandlungen 1888, p. 82, 153, 158. 169.) Wer durch einen Beamten, speziell einen Verwaltungsbeamten, Unrecht erlitten hat, soll dieses Unrecht repariert sehen. Wir sollten in dieser Hinsicht in unsern republikanischen Verhältnissen nicht schlechter gestellt sein bei Geltendmachung einer Schadensersatzforderung als z. B. in Deutschland. Redner tritt nach wie vor für die Haftbarkeit der Beamten ein. Ohne einen formellen Antrag stellen zu wollen, führt er aus, dass wenn heute in dieser Frage eine Resolution gefasst werden sollte, es nach seiner Ansicht die folgende wäre:

„Art. 64 O. R. ist einer Revision zu unterziehen, dahingehend:

1. dass öffentliche Beamte oder Angestellte im allgemeinen auch für den Schaden, welchen sie in Ausübung ihrer amt-

lichen Verrichtungen verursachen, den Bestimmungen des 2. Kapitels des I. Titels des O. R. unterstellt werden;

2. dass abweichende Bestimmungen der Bundes- oder Kantonalgesetzgebung nur insofern zulässig sind, als die Klage gegen den Beamten selbst einem Vorprüfungsverfahren unterworfen wird, und je nach dem Ergebnis desselben die Klage gegen den Beamten ausgeschlossen und an dessen Stelle vom Staate oder der Gemeinde die Haftpflicht zu übernehmen ist."

Wenn Art. 50 und andere Artikel des O. R. Aenderungen unterworfen werden sollen, so möge neuerdings geprüft werden, ob nicht eine allgemeine Regelung der Frage angezeigt wäre, wodurch den Kantonen der weitgehende Einfluss entzogen wird, vermöge dessen in einzelnen Kantonen die Beamten haften, in andern nicht. Dass den Kantonen dagegen ein gewisses Vorprüfungsrecht verbleiben soll, rechtfertigt sich aus der Erwägung, dass Staat oder Gemeinde durch die Erklärung, den Beamten decken zu wollen, diesem eine Garantie schaffen gegenüber Leuten, die ihn mit leichtfertigen Klagen überziehen könnten.

In der allgemeinen Diskussion wird das Wort nicht weiter verlangt.

Der Referent, Professor *Carl Christoph Burckhardt,* erklärt, dass, wenn er der Versammlung einen in den Hauptbestimmungen redigierten Gesetzesvorschlag vorgelegt habe, er von der Erwägung ausgegangen sei, dass einzig plastisch formulierte Anträge Aussicht haben, Wurzeln zu schlagen, dass aber — in Uebereinstimmung mit Dr. Heuberger — seine Meinung nicht dahinging, es solle eine Resolution angenommen werden.

In Bezug auf Art. 55 O. R. steht der Referent mit seinem persönlichen Empfinden auf dem Boden von Professor Reichel; es ist aber zu bedenken, dass das Empfinden weiter Volkskreise ein anderes sein kann. Es handelt sich dabei nicht um das alte mosaische „Aug' um Aug';" die Klage aus Art. 55 ist keine Racheklage, sie ist etwas anderes als die römische actio injuriarum. Der Kläger erhält den Urteilsspruch, dass ihm Unrecht geschehen; das Geld dient zur äusseren Feststellung, ist blosses Mittel, welches dem Gegner unter Um-

ständen gar keine Wunde schlägt, da ja die Klage auf einen minimen Betrag gestellt werden kann.

Sollte in Art. 55 das Bundesgericht etwas anderes als einen materiellen Rechtssatz gefunden haben, so kann auf Art. 51 hingewiesen werden, der inhaltlich nichts anderes sagt, als dass der Richter nach seinem „Ermessen" nicht notwendig den vollen Schaden zuzusprechen brauche. Der Richter soll nicht nur über die Existenz des Schadens erkennen, sondern auch über die Höhe des Schadens, dessen Ersatz zu erfolgen hat. Wenn dem Art. 55 vorgeworfen wird, er verwechsle kriminelle und civilistische Gesichtspunkte, so ist zu erwidern, dass das Recht ein einheitliches Gebiet darstellt, und dass nichts hindern soll, im Civilrecht strafrechtliche Gesichtspunkte zur Anwendung zu bringen, wo wir es zur Erhaltung der Rechtsordnung nötig finden; eine reine Scheidung zwischen Civil- und Strafrecht lässt sich im Leben nicht durchführen.

Die Forderung der Causalhaftung ist ein Naturrechtspostulat und wird naturrechtlich motiviert; eine wirklich sachliche Begründung lässt sich dafür nicht finden, sondern, wie Professor Hitzig zutreffend sagt, nur Begründungen, die schliesslich auf andere und mehrere Haftungsprinzipien führen.

Der Referent spricht sich schliesslich dagegen aus, alles der Spezialgesetzgebung zu überweisen, was im Schadensersatzrecht neu geschaffen werden soll. Mit Spezialgesetzen von Fall zu Fall helfen zu wollen ist bedenklich; man zersplittert sich, verliert den Blick fürs Ganze und die Zusammenhänge, der Horizont wird zu eng, indem jeweilen nur das gerade vorliegende einzelne Bedürfnis ins Auge gefasst wird. Spezialgesetze sind oft nur Uebergangsstadien, wo neue Prinzipien, zunächst auf beschränktem Gebiete, zum Durchbruch kommen. Ihre Vermehrung ist auch im Interesse der Rechtssicherheit nicht erwünscht. Da wir ein populäres Recht haben wollen, muss es übersichtlich und leicht auffindbar sein. Wie aber diese neuen Prinzipien formulieren? Wir sehen heute noch nicht, welche Entwicklung Technik und Leben nehmen werden, und wir können auch der Würdigung des Einzelfalles nicht durch

starre Sätze gerecht werden. Soll sich unser Schadensersatzrecht zeitgemäss weiterentwickeln und soll im Einzelfall den merita causae, die wir nachweisen, aber zur Zeit schwerlich in einem Gesetze condensieren können, Rechnung getragen werden, so müssen wir den Gerichtsspruch als Faktor der Rechtsschaffung anerkennen. Der Referent hat nach seinen Erfahrungen die Zuversicht, dass unsere Laienrichter das Vertrauen, welches ihnen in seinem Vorschlag (Art. 68a) und anderswo geschenkt wird, rechtfertigen werden und dass aus der Mitte des Volksgerichts, wie in jener Zeit, wo es den Genossen das Recht fand, auch heute richtiges Recht erwachsen kann.

Der Präsident erklärt die Diskussion als geschlossen und stellt, da von keiner Seite beantragt wird, über die formulierten Vorschläge des Referenten oder die Thesen des Korreferenten, Resolutionen zu fassen, die Zustimmung der Versammlung fest, von einer Abstimmung Umgang zu nehmen, mit dem Bemerken, dass das Protokoll der heutigen Versammlung wie üblich dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zur Würdigung und Verwertung zugestellt werden soll.

VII.

Bericht der Kommission der Schweizerischen Rechtsquellen.

Namens der Kommission, deren zwei weitere Mitglieder, die Professoren Andreas Heusler (Basel) und Eugen Huber (Bern) nicht in Lausanne anwesend sind, bringt Bundesrichter Dr. Georges Favey den nachfolgenden, von Professor *Heusler* verfassten und eingesandten Bericht zur Verlesung:

„In dem abgelaufenen Vereinsjahre ist es uns möglich gewesen, den schon auf der vorjährigen Versammlung angekündigten ersten Band der Offnungen von St. Gallen, und zwar der sogenannten alten Landschaft, der Oeffentlichkeit zu übergeben, dank der Tätigkeit und Hingabe des Herausgebers Professor Dr. Max Gmür in Bern. Die Arbeit des Herausgebers solcher Quellen ist heutzutage eine wesentlich schwierigere

und kompliziertere als zu der Zeit, da Jakob Grimm zuerst den Griff in den Staub der Archive zur Hervorholung dieser Schätze wagte. Damals konnte schon viel geleistet scheinen mit dem Abdrucke der Offnungen, selbst auf Grund wenig kritischer Abschriften. Aber die Folgezeit hat gezeigt, dass die erhoffte wissenschaftliche Verwertung des Materials nicht eingetreten ist. Dieses Material war eben immer noch zu unvollständig, namentlich in Bezug auf die Organisation der herrschaftsrechtlichen Grundlagen der Gemeinden zu unergiebig, um die Gestaltung eines lebensvollen Bildes dieser bäuerlichen Gemeinwesen und damit die intensive Nutzbarmachung jener Quellen für die Rechtsgeschichte zu ermöglichen. Die Offnungen müssen ergänzt werden durch weitere in den Archiven und Dorfladen liegenden Aktenstücke, die oft erst das volle Verständnis jener eröffnen und einen Begriff von der Rechtsentwicklung jener Bauersamen geben. Wir glauben sagen zu dürfen, dass dieser erste Band von Offnungen allen billigen Anforderungen in dieser Hinsicht entspricht und ein gelungener Versuch ist, aus der Masse des in Betracht kommenden Stoffes das Wichtigste herauszugreifen und so auch wieder eine der Nutzbarmachung hinderlich werdende Anhäufung eines übermässigen Stoffes zu vermeiden. Wir danken auch an dieser Stelle dem Bearbeiter für seine mühevolle Arbeit aufs herzlichste.

„Auch in Deutschland geschieht viel für eine Neubearbeitung der Weistümer in dem angedeuteten Sinne, und die gelehrten Kreise unseres Nachbarlandes verfolgen mit Interesse und mit grossen Erwartungen die von uns an die Hand genommene Tätigkeit. In der Ueberzeugung, dass es eine Ehrenpflicht der Schweiz und für den Schweizerischen Juristenverein eine ehrenvolle Aufgabe ist, der deutschen Rechtsgeschichte diesen unvergleichlich schönen Quellenschatz heimatlicher Naturwüchsigkeit in würdiger Gestalt zugänglich zu machen, hat Ihre Kommission auf eine Fortsetzung ihrer Bemühungen in dieser Richtung ein Hauptaugenmerk gerichtet. Herr Professor Gmür wird auch weiter das Gebiet des Kantons St. Gallen bearbeiten. Für Thurgau arbeitet gegenwärtig Herr Professor Dr. Joh. Meyer in Frauenfeld an der Sammlung des Offnungenmaterials. Leider

ist es bisher nicht gelungen, für den Kanton Zürich, wo doch ein so herrliches und verlockendes Material zu Gebote steht, einen Bearbeiter zu finden.

„Für Unterwalden endlich nehmen die Arbeiten des Herrn Dr. Robert Durrer einen Fortgang, der uns hoffen lässt, in absehbarer Zeit den Druck an die Hand nehmen zu können.

„Bis aus St. Gallen, Thurgau und Unterwalden etwas Druckfertiges in dieser Beziehung vorliegen wird, haben wir, um keine Unterbrechung in den Publikationen eintreten zu lassen, auf den Kanton Aargau zurückgegriffen und können heute mitteilen, dass ein vierter Band der Aargauer Stadtrechte aus der Bearbeitung des Herrn Dr. Emil Welti in den Druck geht und der dritte Band von Herrn Dr. Walter Merz für den Druck vorbereitet wird.

„Daneben möchten wir aber das Gebiet der französischen Schweiz nicht aus dem Auge verlieren.“

VIII.

Demandes de crédits.

Mr. le Dr. *Georges Favey,* juge fédéral, présente, en sa qualité de trésorier, les demandes de crédits ci-après:

1° une somme de frs. 1500. — pour un nouveau Concours à instituer pour l'année 1904—1905;

2° une somme indéterminée, destinée à subventionner la publication des „Annales de jurisprudence,“ par Sigismond de Blonay; le trésorier explique qu'il ne s'agit ici que de continuer le subside que la Société alloue à l'éditeur de cette œuvre si utile et si intéressante, et que ce subside, versé à raison de frs. 15. — par feuille d'impression, s'élève en moyenne à la somme de frs. 200 par an;

3° la somme nécessaire pour faire droit à la demande présentée par Mr. le professeur Dr. Zürcher, à Zurich, pour l'„Idiotikon“ (Wörterbuch der schweizerdeutschen Sprache), et tendant à obtenir de la Société des juristes la remise gratuite de tout ce qui a paru déjà et de tout ce qui paraîtra encore de la publication qu'elle a entreprise des „Sources du

droit suisse"; la dépense qui en résultera pour nous, s'élèvera à environ frs. 160 pour les 4 volumes ayant paru déjà et à frs. 40 ou 50 pour chaque volume qui suivra.

Voici en quels termes la demande de Mr. le prof. *Zürcher* est motivée:

„Die hervorragenden Dienste, welche die Wortforschung des Idiotikons der Rechtsgeschichte und der Quellenforschung erwiesen hat, sind wohl bekannt ..... Es ist daher gewissermassen eine Pflicht der Dankbarkeit, die wir erfüllen, wenn wir unsrerseits das Idiotikon unterstützen. Diese Unterstützung ist zudem eine notwendige und wird bei den ausserordentlich beschränkten Mitteln der Redaktion sehr anerkennend aufgenommen werden."

4° une somme de frs. 1000. — à verser cette année-ci, comme toutes les précédentes au Fonds pour la publication des „Sources du droit suisse."

Ces diverses demandes de crédits sont admises sans discussion à l'unanimité des membres présents.

IX.

Der Präsident bringt dem Vereine zur Kenntnis, dass der Vorstand beim Deutschen Juristentag die Anregung zu gegenseitigem Austausch der Publikationen gemacht, und dass der Geh. Justizrat Prof. Dr. Heinrich Brunner in Berlin, dermaliger Präsident des Deutschen Juristentages, geantwortet hat, er begrüsse persönlich die Anregung mit lebhafter Freude, teile jedoch mit, dass der Deutsche Juristentag erst bei dem zu Pfingsten des nächsten Jahres stattfindenden Zusammentreten seiner ständigen Deputation formell über die Anregung Beschluss zu fassen in der Lage sein werde.

Der Präsident konstatiert das Einverständnis der Versammlung mit dem Vorgehen des Vorstandes und fügt bei, dass letzterer bereits dieses Jahr mit der Zusendung der schweizerischen Publikationen an den Deutschen Juristentag beginnen werde.

Schluss der Sitzung mittags 12¼ Uhr.

Verhandlungen vom 22. September 1903.

Beginn der Sitzung vormittags 8 Uhr.

I.

Rapport des vérificateurs des comptes.

M. *Ernest Correvon,* en son nom et en celui du co-vérificateur M. *Karl Forster,* déclare avoir trouvé parfaitement en ordre aussi bien la comptabilité générale de la Société que celle du Fonds spécial pour la publication des „Sources du droit suisse"; il propose en conséquence l'adoption des comptes et demande à la Société de donner décharge au Comité de sa gestion en adressant en particulier au trésorier les justes remercîments auxquels il a droit pour sa bonne administration des finances de la Société. Il fait remarquer qu'au 30 juin 1903 la fortune sociale s'élève à la somme de fr. 19,229. 61, en augmentation de fr. 1610. 83 sur celle qui existait à la fin de l'exercice précédent; le Fonds spécial susrappelé ascende à la somme de fr. 21,052. 40, et s'est accru pendant le dernier exercice de fr. 1213. 05. — Dans les dépenses du compte général figure une somme de fr. 500. — que le Comité a mise l'an dernier à la disposition des autorités d'Obwald en faveur de ceux des habitants de ce canton qui ont été éprouvés par les inondations dont cette région a souffert quelques semaines avant la fête si brillamment réussie de la Société suisse des juristes à Sarnen; le Comité a fourni à ce sujet à la commission de vérification des comptes un rapport spécial dont M. Correvon donne lecture, et dans lequel le Comité reconnaît bien qu'il ne rentrait point dans sa compétence d'affecter à une semblable destination les fonds de la Société; mais, dit le Comité, celui-ci n'a pris cette décision, à l'unanimité de ses membres d'ailleurs, que sous réserve de faire ratifier la chose par l'assemblée générale. — M. Correvon propose à l'assemblée d'accorder au Comité la ratification demandée.

Le Comité donne encore connaissance de la lettre que lui a adressée le Conseil d'Etat d'Obwald en date du 22 octobre 1902 remerciant très vivement la Société de ce qu'elle ait

ainsi contribué à la souscription ouverte en faveur des inondés de ce canton.

Puis, les diverses propositions émises par la Commission de vérification des Comptes sont adoptées à l'unanimité des sociétaires présents.

II.

Statutenrevision. — Revision des Statuts.

Wird hier weggelassen unter Verweis auf das vierte Heft der Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, wo dieses Traktandum ausführlich mitgeteilt ist. Hier geben wir bloss die revidierten Statuten.

Statuten

des

Schweizerischen Juristenvereins.

(Nach dem Beschlusse der Generalversammlung vom 22. September 1903.)

Art. 1.

Der Schweizerische Juristenverein bezweckt:

a. die Rechtswissenschaft in der Schweiz zu pflegen, insbesondere die Kenntnis des eidgenössischen Rechts und der kantonalen Rechte im Vaterlande zu verbreiten;

b. freundschaftliche Beziehungen unter den schweizerischen Juristen zu begründen und zu erhalten.

Art. 2.

Der Verein hat seinen Sitz in Lausanne.

Er wird sich, um das Recht der Persönlichkeit zu erwerben, in das Handelsregister eintragen lassen.

Der Präsident vertritt den Verein nach Aussen und führt für ihn die rechtsverbindliche Unterschrift.

Art. 3.

Mitglieder des Vereins können die wissenschaftlich gebildeten Personen werden, welche sich mit Rechtswissenschaft, Rechtspflege oder Gesetzgebung beschäftigen.

Die Aufnahme erfolgt, auf schriftliche Anmeldung, durch den Vorstand, sofern von keinem Mitgliede des Vorstandes Widerspruch gegen sie erhoben wird. Andernfalls entscheidet auf Begehren des Abgewiesenen über die Aufnahme die Generalversammlung des Vereins.

Die Generalversammlung kann Ehrenmitglieder ernennen.

Den Mitgliedern und Ehrenmitgliedern wird ein vom Vereinspräsidenten und vom Sekretär des Vorstandes unterzeichnetes Diplom, das ihre Mitgliedschaft beurkundet, zugestellt.

Art. 4.

Jedes Mitglied — die Ehrenmitglieder ausgenommen — hat einen jährlichen Beitrag von Fr. 5 oder einen einmaligen Beitrag von Fr. 100 zu entrichten.

Die Jahresrechnung umfasst den Zeitraum vom 1. Juli bis 30. Juni.

Art. 5.

Der Austritt geschieht durch schriftliche Anzeige an den Vorstand.

Der Austritt wird als erklärt betrachtet, wenn ein Mitglied die ihm unter Postnachnahme des Betrages angebotene Quittung für den Jahresbeitrag einzulösen sich weigert.

Die Ausschliessung eines Mitgliedes erfolgt durch Beschluss der Generalversammlung, wenn es sich der Mitgliedschaft unwürdig erweist.

Art. 6.

Alljährlich findet eine ordentliche Generalversammlung statt.

Ausserordentliche Generalversammlungen finden statt, wenn der Vorstand zur Erledigung dringlicher Geschäfte sie einzuberufen für nötig erachtet oder wenn ein Zehntel der Mitglieder durch schriftliches Begehren mit Anführung des Zweckes die Einberufung verlangt.

Art. 7.

Die Generalversammlung verhandelt unter dem Vorsitz des Vereinspräsidenten oder, wenn dieser ersetzt werden muss, des Vizepräsidenten.

Sie fasst ihre Beschlüsse und trifft die ihr zustehenden Wahlen, in offener oder geheimer Abstimmung, mit absoluter Stimmenmehrheit.

Ist bei Wahlen ein zweiter Wahlgang erforderlich, so gelten in diesem diejenigen als gewählt, welche die meisten Stimmen erhalten haben.

Der Vorsitzende übt das Stimmrecht bei den Wahlen aus, im übrigen nur durch Abgabe des Stichentscheides bei gleichgeteilter Stimmenzahl.

Der Generalversammlung kommen folgende Befugnisse und Obliegenheiten zu:

a. Bezeichnung der Stimmenzähler und Sekretäre;

b. Ernennung der Rechnungsrevisoren;

c. Wahl des Vereinspräsidenten und der übrigen Mitglieder des Vorstandes;

d. Wahl besonderer Kommissionen für Geschäfte, die nicht dem Vorstand übertragen werden können;

e. Entscheidung über Eintrittsbegehren, die der Vorstand abgewiesen hat (Art. 3, Absatz 2), und über Ausschliessung von Mitgliedern (Art. 5, Absatz 3);

f. Ernennung von Ehrenmitgliedern;

g. Abnahme der Berichterstattungen des Vorstandes und besonderer Kommissionen über die Vereinsangelegenheiten; Bewilligung der zur Erfüllung der Vereinszwecke erforderlichen Kredite; Abnahme der Jahresrechnung auf Bericht und Antrag der Rechnungsrevisoren; Beratung und Beschlussfassung über alle weiteren Geschäfte, die nicht in die Zuständigkeit des Vorstandes gehören, insbesondere über Abänderung der Statuten;

h. Anhörung wissenschaftlicher Vorträge und Diskussion über die ihr vom Vorstande oder von einzelnen Mitgliedern vorgelegten juristischen Fragen;

i. Festsetzung des Ortes der ordentlichen Generalversammlung, wobei unter den Kantonen abgewechselt werden soll.

Initiativanträge einzelner Mitglieder, die in einer Generalversammlung zur Behandlung gelangen sollen, müssen mindestens zwei Wochen vor deren Beginn dem Vorstande schriftlich eingereicht werden.

Art. 8.

Der Vorstand besteht aus dem Vereinspräsidenten, der zugleich Präsident des Vorstandes ist, und sechs weiteren Mitgliedern; er wird von der ordentlichen Generalversammlung in geheimer Abstimmung auf eine dreijährige Amtsdauer gewählt.

Bei der Wahl ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die Mitglieder des Vorstandes verschiedenen Landesteilen angehören und dass in seiner Besetzung von Zeit zu Zeit ein Wechsel eintrete.

Art. 9.

Der Vorstand ist bei Anwesenheit von vier Mitgliedern beschlussfähig; er fasst seine Beschlüsse und vollzieht seine Wahlen mit absoluter Stimmenmehrheit; bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden.

Der Vorstand hat im Einzelnen folgende Befugnisse und Obliegenheiten:

a. Wahl seines Vizepräsidenten, Quästors und Sekretärs; die Funktionen des Vizepräsidenten und des Quästors oder des Quästors und des Sekretärs können in einer Hand vereinigt werden;

b. Aufnahme neuer Mitglieder;

c. Ernennung des Preisgerichts zur Beurteilung der Bearbeitungen von Preisaufgaben;

d. Besorgung aller laufenden Geschäfte, insbesondere der Kassengeschäfte; Anordnung und Vorbereitung der Generalversammlungen und ihrer Verhandlungsgegenstände und Ausführung ihrer Beschlüsse;

e. Verwahrung aller Akten und Schriftstücke des Vereins;

f. Anordnung und Ueberwachung der vom Vereine ausgehenden Publikationen.

Der Vorstand hat insbesondere die Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten juristischen Inhaltes zu unterstützen, sei es durch Ausschreibung von Preisaufgaben über wichtige Rechtsfragen, sei es durch finanzielle Beitragsleistungen an die Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen oder an anderweitige Erscheinungen der schweizerischen Rechtsliteratur.

Die Mitglieder des Vorstandes haben für die in der Zeit zwischen den Generalversammlungen stattfindenden Sitzungen Anspruch auf Ersatz der Barauslagen.

Statuts

de la

Société Suisse des Juristes.

(Selon décision de l'assemblée générale du 22 septembre 1903.)

Art. 1er.

La Société suisse des juristes a pour but:

a. De faire progresser en Suisse la science du droit, et en particulier d'y développer la connaissance du droit fédéral suisse et des législations cantonales.

b. D'établir et maintenir entre les juristes suisses des relations amicales.

Art. 2.

La société a son siège à Lausanne.

Elle sera inscrite au registre du commerce pour obtenir la personnalité civile.

Le président de la société représente celle-ci envers les tiers et l'engage par sa signature.

Art. 3.

Peuvent devenir membres de la société tous ceux qui, possédant une culture scientifique, s'occupent de l'étude ou de la pratique du droit.

Celui qui désire faire partie de la société doit en adresser la demande écrite au comité et est admis si aucun membre

de celui-ci ne s'y oppose. En cas d'opposition, le candidat non admis par le comité peut recourir à l'assemblée générale qui décide souverainement.

L'assemblée générale peut nommer des membres honoraires.

Les membres de la société et les membres honoraires reçoivent un diplôme constatant leur qualité et signé du président et du secrétaire du comité.

Art. 4.

Tout sociétaire — à l'exception des membres honoraires — doit payer une cotisation annuelle de frs. 5 ou faire un versement unique de frs. 100.

L'année comptable comprend la période du 1er juillet au 30 juin.

Art. 5.

Le sociétaire qui veut se retirer de la Société doit adresser sa démission par écrit au comité.

Est considéré comme démissionnaire le sociétaire qui refuse le remboursement de sa cotisation annuelle.

L'assemblée générale peut prononcer l'exclusion d'un sociétaire qui se serait rendu indigne de faire partie de la société.

Art. 6.

L'assemblée générale ordinaire de la société se réunit chaque année.

Une assemblée générale extraordinaire sera convoquée lorsque le comité le jugera nécessaire pour régler des affaires urgentes ou lorsque le dixième des sociétaires en adressera au comité la demande écrite avec indication du but de la réunion.

Art. 7.

L'assemblée générale est présidée par le président de la société ou, à son défaut, par le vice-président.

Elle prend ses décisions et procède aux élections qui sont de sa compétence au scrutin secret ou à mains levées et à la majorité absolue des voix.

Si, dans une élection, il doit être procédé à un second tour de scrutin, sont réputés élus les candidats qui ont obtenu le plus de voix.

Le président prend part aux élections, mais dans les votations il ne vote que pour départager les voix en cas d'égalité des suffrages.

Les attributions et obligations de l'assemblée générale sont les suivantes:

a. la désignation des scrutateurs et des secrétaires;

b. la nomination des vérificateurs des comptes;

c. l'élection du président de la Société et des autres membres du comité;

d. l'élection des commissions spéciales pour les affaires dont le comité ne peut être chargé;

e. les décisions relatives à l'admission de sociétaires non admis par le comité (art. 3, alinéa 2) et à l'exclusion de sociétaires (art. 5, alinéa 3);

f. la nomination des membres honoraires;

g. l'approbation des rapports du comité et des commissions spéciales sur les affaires de la société; l'allocation au comité des crédits nécessaires à la réalisation du but de la société; l'approbation des comptes annuels sur le rapport et les propositions des vérificateurs des comptes; la discussion et la votation sur toutes les questions qui ne sont pas de la compétence du comité, en particulier sur les modifications aux statuts;

h. la discussion, après rapports, des questions juridiques qui lui sont soumises par le comité ou par des sociétaires;

i. la désignation du lieu de réunion de l'assemblée générale ordinaire, qui devra être choisi successivement dans divers cantons de la Suisse.

Les propositions à soumettre à l'assemblée générale émanant de l'initiative d'un ou de plusieurs sociétaires devront être remises par écrit au comité, au moins quinze jours avant la dite assemblée.

Art. 8.

Le comité se compose du président de la société qui est en même temps président du comité, et de six autres membres. Il est élu par l'assemblée générale ordinaire au scrutin secret pour trois ans.

Dans ces élections, l'assemblée générale fera en sorte que les différentes parties du pays soient représentées et que le personnel du comité se renouvelle de temps en temps.

Art. 9.

Le comité délibère et vote valablement dès que quatre de ses membres sont présents. Il procède aux votations et élections à la majorité absolue des voix; en cas d'égalité de suffrages, le président départage.

Le comité a les attributions et obligations suivantes:

a. l'élection d'un vice-président, d'un trésorier et d'un secrétaire; les fonctions de vice-précident et de trésorier ou celles de trésorier et de secrétaire peuvent être remplies par le même membre;

b. l'admission de nouveaux membres;

c. la nomination du jury pour les concours ouverts par la société;

d. le règlement des affaires courantes, en particulier des questions financières; la convocation et la préparation des assemblées générales, la fixation de leurs ordres du jour et l'exécution de leurs décisions;

e. la conservation des archives de la société;

f. la direction et la surveillance des publications entreprises par la société.

Le comité doit en particulier faciliter la publication de travaux juridiques, soit en ouvrant des concours sur des questions juridiques importantes, soit en subventionnant des recueils de sources du droit suisse ou d'autres publications juridiques intéressant la Suisse.

Les membres du comité sont indemnisés de leurs dépenses pour les réunions du comité qui ont lieu entre les assemblées générales.

III.

Zweites Diskussionsthema:

Inwieweit ist die Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar?

Der Referent, Professor Dr. *Max Gmür* (Bern), ergänzt sein gedrucktes Referat, unter Stellungnahme zu den Ausführungen des Correferenten, durch nachfolgendes mündliches Referat:

Es sei mir gestattet, die Ausführungen meines gedruckten Referates in den Hauptpunkten hier kurz zu rekapitulieren und zu ergänzen, indem ich gleichzeitig auf die von meiner Auffassung abweichenden Meinungsäusserungen des Herrn Correferenten eintrete und die Fragen hervorhebe, welche nach meiner Ansicht einer Diskussion besonders bedürftig erscheinen. — Das heutige Thema hat mit dem gestern behandelten den Boden, auf dem er steht, teilweise gemeinsam; es liegt aber insofern ungünstiger, als es die Möglichkeit ausschliesst, auf einem einzigen, in sich abgeschlossenen Stücke unserer Gesetzgebung zu basieren. Vielmehr handelt es sich darum, aus den beiden Hauptgebieten unseres Rechtes, Civil- und Strafrecht, einzelne wichtige Punkte herauszugreifen und in Vergleich zu setzen. Dabei fallen nicht etwa Institute in Betracht, die zwar äusserlich getrennt, aber innerlich verbunden sind, sondern einzelne Hauptbegriffe, wie sie sich in vielen Partien unserer Gesetze zerstreut vorfinden und zum grossen Teil in keinem Zusammenhang untereinander stehen, so dass sie absolut separat behandelt werden müssen. Wohl erscheinen diese Begriffe terminologisch meist festgeprägt und jedem Juristen geläufig, aber ihrem Inhalt nach sind sie trotz ihrer ständigen und wichtigen Funktion im Rechtsleben nicht festumrissene, gleichsam mathematisch anwendbare Grössen. Die Gesetze vermeiden gewöhnlich sie zu definieren und rufen der Wissenschaft; diese aber, auch innerhalb des Rahmens eines einzelnen Zweiges, ist nicht immer zu einem abschliessenden Resultat gelangt. Je mehr man sich mit der Materie beschäftigt, desto mehr gelangt man in die

Lage eines Bergwanderers, der über die Region, wo noch Pfade sind, hinauskommt, in jene Höhen, wo zwar die Umschau weiter ist, der Fuss aber auf brüchigem und unsicherm Gestein steht. So ist es denn auch begreiflich, wenn der Praktiker, den das heutige Thema vielleicht etwas scholastisch anmutet, sich mit Vorstellungen, die das Gewand des Konkreten noch nicht ganz abgestreift haben, begnügt und darauf verzichtet, die Begriffe in abstrakter Reinheit zu erblicken.

Sind die Schwierigkeiten der Betrachtung schon innerhalb desselben Gebietes grosse, so wachsen sie noch unverhältnismässig, wenn das Verhältnis der Begriffe des Strafrechts zu denen des Civilrechts geprüft werden soll. Diese Aufgabe würde eigentlich von dem, der an sie geht, eine souveräne Beherrschung beider Rechtszweige voraussetzen, eine Fähigkeit, wie sie nur wenigen zu eigen ist. Dennoch darf ich hoffen, dass die Kriminalisten es keineswegs als unberechtigte Anmassung aufgefasst haben, wenn ich hie und da den Strafgesetzentwurf in meinem Referat der Kritik unterzog. Sind sie es doch gerade, welche in Deutschland damit vorangingen, die beiden Rechtsgebiete gegenseitig zu beleuchten, und aus ihren Reihen heraus ist auch bei uns das Bestreben wach gerufen worden, die beidseitigen Anforderungen festzustellen. Es kann wohl nicht bezweifelt werden, dass dieser Wunsch in einer Zeit, wo sowohl ein Civilrechts- wie ein Strafrechtsentwurf zur Erledigung vor uns liegen, seine volle Berechtigung hat. Wenn er früher nie rege geworden ist, darf man dies dem Umstand zuschreiben, dass bis in die neuere Zeit wohl civilrechtliche, aber nie strafrechtliche Arbeiten grössern Stils auf eidgenössischem Boden geschaffen worden sind. In den Bundesgesetzen über das geistige und gewerbliche Eigentum scheint man die strafrechtlichen und privatrechtlichen Grundbegriffe ohne weiteres als gleichwertig aufgefasst zu haben. Wenn dagegen in einem Rechtsfall auf dem Boden des Obligationenrechtes der Richter einen vorwiegend strafrechtlichen Begriff zu verwenden oder auf ein Strafurteil Bezug zu nehmen hatte, so konnte er naturgemäss das kantonale Strafrecht nicht be-

rücksichtigen, sondern stellte auf die in der Wissenschaft vorherrschende Begriffsbestimmung ab. Die Unsicherheit der letztern und der Mangel eines ebenbürtigen Strafgesetzes veranlassten es, dass man sich in der Rechtsprechung meist damit begnügte, zu konstatieren, dass gleichterminierte Begriffe des Civil- und des Strafrechts inhaltlich übereinstimmen können, nicht müssen; des weitern zu untersuchen, wie sie sich eventuell unterscheiden und ob der Unterschied ein notwendiger sei, lag meist keine Veranlassung vor, und so sehen wir denn auch, wie in unserer Praxis die Frage der Uebereinstimmung der Begriffe in Civil- und Strafrecht meist nur gestreift wird, obschon wir relativ viele Richter haben, die Civil- und Strafrecht nebeneinander anzuwenden in den Fall kommen.

Der Grund, weshalb diese Frage eine nähere Prüfung erheischt, liegt darin, dass Civilrecht und Strafrecht vielfach dieselbe Terminologie verwenden, so dass es auf der Hand liegt, denselben Begriff überall gleich aufzufassen. Sind aber die Rechtsbegriffe, die in beiden Gebieten die gleiche technische Bezeichnung haben, auch inhaltlich übereinstimmend? Hierüber hat sich der Gesetzgeber genau Rechenschaft abzulegen. Wo er die Frage mit nein beantworten muss, wird er darauf halten, eine abweichende Terminologie oder Definition zu wählen, um Verwechslungen und Missverständnissen vorzubeugen. Kann er aber die Frage bejahen, so wird er um so eher auf übereinstimmende Terminologie oder sogar auf gleichlautende Definition dringen. In beiden Fällen aber, auch wenn das Definieren gänzlich unterlassen wird, muss er selbstverständlich für sich eine feste Vorstellung von dem Inhalt der von ihm aufgenommenen Begriffe besitzen. Der Bemerkung des Correferenten, dass es sich nur darum handeln könne, die bereits vorhandenen Begriffe zu prüfen, nicht dagegen darum, behufs Vereinheitlichung der juristischen Prinzipien neue gemeinsame Begriffe künstlich zu schaffen, stimme ich vollkommen bei. Dagegen darf nicht übersehen werden, dass auch die vorhandenen Rechtsbegriffe oft keineswegs absolut

feststehende sind, sondern in Wissenschaft und Praxis verschiedenartig aufgefasst werden; der Gesetzgeber muss also wählen, welche Auffassung er zu der seinigen machen will, und bei dieser Wahl wird mitbestimmend wirken, ob er ein Bedürfnis, Civilrecht und Strafrecht einander möglichst zu nähern, annimmt oder nicht.

Einem solchen Bedürfnis nachzugehen, hat das II. Kapitel des gedruckten Referates sich zur Aufgabe gemacht. Vorher aber schien es, wenn auch nicht notwendig, so doch wünschenswert, im I. Kapitel das allgemeine Verhältnis zwischen Strafrecht und Civilrecht kurz zu beleuchten.

Dabei konnte konstatiert werden, dass eine allgemein anerkannte Rechtslehre, aus deren Rüstzeug die beiden Rechtszweige gemeinsame Begriffe entnehmen könnten, nur in den Anfängen existiert, dass ferner Civilrecht und Strafrecht prinzipiell völlig unabhängig nebeneinander stehen und der sekundäre Charakter des letztern es keineswegs zum Vasallen des erstern macht. Aber diese theoretische Unabhängigkeit ist doch keineswegs gleichbedeutend mit Indifferenz des einen Gebietes gegen das andere. Sie ziehen einander an; das beweist schon die gemeinsame Verwendung vieler und die gegenseitige Entlehnung einzelner technischer Ausdrücke. Und sie treffen sich auf demselben Boden; insbesondere ist ihnen gemeinschaftlich der Schutz privater Interessen gegen schuldhafte und rechtswidrige Verletzung, das Gebiet der sogen. unerlaubten Handlungen. Innerhalb dieses gemeinsamen Feldes stehen sie oft Schulter an Schulter im Kampf gegen das Unrecht. Derselbe Richter ruft sie zu Hilfe und an denselben Tatbestand wird ihre Tätigkeit angeknüpft. Dass der Begriff des Delikts im Civilrecht wie im Strafrecht prinzipiell derselbe ist, darf besonders hervorgehoben werden; denn daraus scheint sich auch zu ergeben, dass die allgemeinen Tatbestandsmerkmale natürlicherweise übereinstimmen. Unbedingt und notwendig verschieden sind nur die Folgen, welche beidseitig aufgestellt werden, aber auch sie, insbesondere ihre beiden Hauptarten, Strafe und Schadensersatz, unterscheiden sich keineswegs derart von

einander, dass man nicht mit Grund von ihrer Verwandtschaft sprechen könnte; ich erinnere hier nur an die Wechselbeziehungen, die zwischen dem strafrechtlichen Schutz der Ehre und demjenigen nach Art. 55 O. R. bestehen; ich verweise ferner auf Art. 39 St. G. E., der vorsieht, dass der Ertrag der Busse dem Geschädigten als Schadensersatz zuerkannt werden kann. Allerdings ist es richtig, dass man bis vor kurzem es in Wissenschaft und Gesetzgebung liebte, Civilrecht und Strafrecht als zwei Rechtszweige zu behandeln, die einander sozusagen nichts angehen und vollständig ihre eigenen Wege zu wandeln haben. Allein es wäre verfehlt, hieraus zu weit gehende Schlüsse für die Zukunft ziehen zu wollen. Nicht nur bestand in früheren Zeiten eine innige Verbindung beider Teile, man darf auch darauf hinweisen, dass in neuester Zeit in der Wissenschaft die Tendenz immer stärker hervortritt, den gemeinsamen Grundlagen nachzugehen; und ferner mehren sich die Stimmen, welche von der Gesetzgebung gegenseitige Berücksichtigung und Unterstützung fordern. Nicht um zwei souveräne, von einander entfernte Königreiche handelt es sich — so möchte man sagen —, sondern um zwei Glieder eines Bundesstaates; inwieweit derselbe einheitliches Recht einführen oder aber die Landes- bezw. Reservatrechte belassen will, hängt lediglich ab von praktischen Gesichtspunkten, einmal von der Möglichkeit und sodann von der Ausführbarkeit der Unifikation.

Wenden wir uns nunmehr unserm II. Kapitel, der Frage der Wünschbarkeit übereinstimmender Begriffe zu. Ich habe diesen Abschnitt in meinem gedruckten Referate relativ kurz behandelt, und zwar nicht nur, weil ich nach den bis anhin laut gewordenen Aeusserungen aus gesetzgeberischen Kreisen der Ansicht sein konnte, er werde zu keinen grossen Meinungsdifferenzen Anlass geben, sondern auch weil ich nicht an verschiedenen Orten zweimal dasselbe sagen wollte und ausdrücklich darauf hinwies, dass die Ausführungen des II. Kapitels durch diejenigen des III. ergänzt werden müssen. In der Tat wäre es verfehlt und würde es zu einem allzu doktrinären Resultat führen, wollte man

die Wünschbarkeit der Uebereinstimmung bloss von allgemeinen Gesichtspunkten aus ins Auge fassen, ohne gleichzeitig auch der Funktion der Begriffe im einzelnen nachzugehen. Erst bei der Einzelbetrachtung gewinnt man ein klares Bild, ob und wie weit sich die Termini unterscheiden und ob der Unterschied ein bloss willkürlicher, unbedeutender, oder aber ein wichtiger und anscheinend unumgänglicher ist; je nach dem erhaltenen Resultat wird sich auch die Wünschbarkeit der Uebereinstimmung gleichsam aufdrängen oder aber zurücktreten, ja sogar ausgeschlossen erscheinen.

Der Correferent hat nun diesem Teil der Aufgabe seine Hauptaufmerksamkeit zugewendet, indem er das Problem in interessanter Weise von einer neuen Seite her beleuchtet. Es sei mir gestattet, auf seine Ausführungen näher einzugehen.

In erster Linie wendet sich der Correferent gegen die Aufnahme von Definitionen in das Gesetz, indem er solche für gefährlich ansieht. Diese Abneigung kann ich nicht ganz teilen; nicht nur möchte ich hervorheben, dass eine wichtige Definition nur den Hauptinhalt des Begriffes fixiert und immer noch genug Raum für weitere juristische Feinarbeit übrig lässt, sondern vor allem ist mit den Motiven zum Civilgesetzentwurf darauf hinzuweisen, dass gegenüber kontroversen Lehrmeinungen eine Definition für die Praxis in häufigen Fällen Bedürfnis sein kann. Insbesondere ist dies zu sagen in Bezug auf die Grundbegriffe; wie soll sich z. B. ein Richter mittlerer Qualität in Bezug auf den Begriff der Zurechnungsfähigkeit oder des Vorsatzes zurechtfinden; die Doktrin, weit entfernt ihm eine feste Stütze zu bieten, macht ihn mit ihren Kontroversen nur noch verwirrter. So darf es im Interesse einer sichern Rechtssprechung begrüsst werden, wenn im St. G. E. so wichtige Begriffe wie Vorsatz, Fahrlässigkeit, Zurechnungsfähigkeit definiert worden sind.

Im übrigen steht die Frage, ob Definitionen vorteilhaft seien oder nicht, in gar keinem engern Zusammenhang mit unserm Problem; die Begriffe können auch bloss implicite definiert sein oder sich nur in den Vorstellungen der

Gesetzgeber decken. So scheinen denn auch die vom Correferenten angebrachten Gründe mehr gegen die Codifikation als solche zu sprechen, als gegen die Harmonie unter beiden Codifikationen. Es ist nun ja unstreitbar, dass jede Codifizierung die freie Rechtsentwicklung etwas hemmt, aber dennoch nimmt sie weder der Wissenschaft noch der Rechtsprechung so ganz den Atem, wie befürchtet wird; das beste und nächstliegende Beispiel ist der Code Napoléon und die französische Gerichtspraxis, auf Grund welcher man meist viel weiter ging, als z. B. in deutschen Staaten ohne Codifikation. Ueberdies darf man vermuten, dass auch bei absoluter Freiheit der Doktrin die Auffassung der Grundbegriffe keiner starken Aenderung ausgesetzt sein würde; die Begriffsbestimmungen und die bezüglichen Kontroversen rühren meist aus alter Zeit her; gelegentlichen Neuerungen, Erweiterungen und Ergänzungen steht der Weg offen; der Inhalt der Hauptbegriffe wird durch sie regelmässig nicht tangiert und wenn behauptet wird, dass jede Aenderung, jeder Fortschritt in der Jurisprudenz mit der Aenderung des juristischen Begriffs verbunden sei, so kann diese Behauptung nicht als richtig anerkannt werden.

Aber selbst wenn die Begriffe in jedem Gebiet sehr stark im Fluss begriffen sein würden, möchte es schwer halten, nachzuweisen, dass die zwischen beiden Codifikationen einmal hergestellte Harmonie die Rechtsentwicklung ernstlich störe. Sollte sich die Notwendigkeit zu differenzieren einstellen, so ist der Gerichtsgebrauch mächtiger als das Gesetz. Im allgemeinen aber lässt sich eine parallele Entwicklung wohl denken und wenn dabei klaffende Gegensätze, wie sie z. B. in Deutschland bezüglich der Auffassung der elektrischen Kraft zwischen Civilrecht und Strafrecht entstanden, vermieden werden, so wird man dies nur angenehm empfinden. Es mag auch nicht zu gewagt sein, die Vermutung auszusprechen, dass in Zukunft die Lage unserer Doktrin eine wesentlich andere sein werde, als bis anhin. Bis heute ist sie stark von der ausländischen, insbesondere der deutschen Wissenschaft befruchtet worden; das Vorhandensein der Codifikation bei

uns und drüben wird uns zwingen, mehr eigene Wege zu wandeln. Ob dabei speziell für rechtsphilosophische Arbeit viel Zeit übrig bleibt, ist fraglich; jedenfalls wird man unwillkürlich mehr als bisher zur gegenseitigen Berücksichtigung der eigenen Gesetzgebungsarbeiten hingedrängt.

Der Correferent hat für seine Ansicht, dass die Unabhängigkeit des Civilrechts vom Strafrecht hinsichtlich der Begriffe und umgekehrt die Bedingung ihrer Entwicklung und absolut nötig sei, einige konkrete Beispiele angeführt, die eine nähere Betrachtung in Bezug auf ihre Schlüssigkeit erfordern.

Was einmal den Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis rücksichtlich des Art. 206 O. R. anbetrifft, so muss bemerkt werden, dass der Begriff „gestohlene Sache" als Beispiel nicht gerade sehr geeignet erscheint, da dieser Terminus nicht zu den eigentlichen Grundbegriffen gehört und ein zusammengesetzter ist, zusammengesetzt aus einem mehr strafrechtlichen und einem mehr civilrechtlichen Teil. Im übrigen zeigt die nähere Betrachtung, dass der Civilrichter nicht etwa deshalb den Ausdruck „gestohlen" nicht im strafrechtlichen Sinn verwenden kann, weil der strafrechtliche Begriff an und für sich civilistisch ungeeignet wäre; vielmehr liegt hier der Fehler im Civilgesetz, welches eine weitere Exemplifikation oder den bessern Ausdruck „unfreiwillig abhanden gekommene Sachen" zur Hand gehabt hätte und statt dessen nun die Praxis nötigt, das als „stehlen" zu bezeichnen, was man auch im gewöhnlichen Leben nicht so nennt. Was weiter den Fall anbelangt, wo das Bundesgericht den Begriff der fahrlässigen Gehilfenschaft aufstellte, so geschah dies keineswegs, weil es einen besondern civilistischen Begriff der Gehilfenschaft schaffen, sondern indem es von dem allgemein juristischen Begriff der Gehilfenschaft ausgehen wollte (B. G. E., Bd XXV S. 824). Endlich, um auf ein drittes Beispiel des Korreferates einzugehen, ist besonders typisch und lehrreich die Art und Weise, wie sich das Bundesgericht in Bd XXV S. 29 über den Begriff der Notwehr ausgesprochen hat, indem es sich frägt, was darunter verstanden werden solle, der Notwehrbegriff des jeweiligen kantonalen Strafrechts, derjenige des Bundesstrafrechts oder ein allgemein in

der Wissenschaft anerkannter Begriff. Und welcher wird nun gewählt? Nach der Anschauung des Correferenten hätte der Civilrichter hier seine von keiner Harmonie unter den Codifikationen gestörte Ellbogenfreiheit freudig benutzen sollen, um einen eigenen civilistischen Begriff der Notwehr zurechtzuzimmern. Was tut er statt dessen? Er wählt den strafrechtlichen Begriff, und zwar, wie expressis verbis citiert wird, denjenigen von § 53 des deutschen Strafgesetzbuchs. Wenn in Zukunft statt dessen auf das schweizerische Strafgesetz verwiesen würde, wäre nun doch das Unglück nicht so gross; vielmehr spricht gerade dieser Fall für sich selber und für das Gegenteil dessen, was er hätte beweisen sollen.

Es ist denn auch bemerkenswert, dass das Bundesgericht, der berufenste Hüter der Entwicklung unserer Rechtsprechung, in den in unsere Materie einschlagenden Arbeiten keineswegs jemals der Tendenz Ausdruck gegeben hat, die dem Civil- und Strafrecht gemeinsamen Begriffe verschiedenartig und ohne gegenseitige Berücksichtigung auszugestalten. Allerdings ist immer die Unabhängigkeit des Civilrichters von den Begriffsbestimmungen des positiven Strafrechts proklamiert worden, aber, wie schon berührt, dies nur in der Absicht, die Einheitlichkeit des Civilrechtes gegenüber den verschiedenartigen Auffassungen der kantonalen Strafgesetze zu wahren. Und stetsfort war man bestrebt, die allgemein wissenschaftliche Begriffsbestimmung aufzufinden, d. h. einen Begriff, welcher für Civilrecht und Strafrecht gemeinsame Geltung haben sollte.

Ich bin daher im Falle, so sehr ich auch die Einwände des Correferates als wertvoll für die Aufhellung der Frage anerkennen muss, doch meine erste These voll und ganz aufrecht zu halten. Wenn auch mit der Durchführung der Uebereinstimmung — sofern sie gelingt — gewisse unangenehme Kehrseiten verbunden sein mögen, so scheinen doch für die Wünschbarkeit Momente zu sprechen, welche schwerer wiegen, als die Bedenken. Ich will hier schweigen von dem immer mehr sich geltend machenden Streben, über den Spezialgebieten eine verbindende allgemeine Rechtslehre

zu erhalten; ich will nur kurz darauf hinweisen, dass das gleichzeitige Vorhandensein eines Civilgesetz- und eines Strafgesetzentwurfes gleichsam moralisch nötigt, die Rechtsbegriffe so viel als möglich in Harmonie zusetzen; ich möchte auch die einzelnen Fälle, in denen unsere Gesetzgebung bereits auf dem Boden der Uebereinstimmung steht, nicht wiederholen. Dagegen weise ich insbesondere auf die Praxis und ihre Anforderungen hin. Wenn schon der Bundesrichter das Bedürfnis fühlt, allgemeine Grundbegriffe aufzufinden, obschon er Macht und Fähigkeit besitzt, sie strafrechtlich oder civilrechtlich zu nüancieren, in welche Lage bringt dann das Gesetz, welches die Frage der Uebereinstimmung offen lässt, den Richter unterer Instanzen! Denke man insbesondere an den Laienrichter, dessen Niveau das Gesetzbuch doch nicht überhöhen kann und dem es nicht allzu harte Nüsse zu knacken geben soll. Man muss zufrieden sein, wenn er mit dem Inhalt der wichtigsten Begriffe eines Gebietes einigermassen vertraut ist; es wird ihm schon schwer in den Kopf gehen und ihn oft zu Verwechslungen veranlassen, sofern derselbe Begriff im einen Gesetze so, im andern anders definiert wird; vollends aber verliert er den Halt, wenn das Gesetz die Frage offen lässt und er lediglich auf die Wissenschaft angewiesen ist, die er nicht beherrschen kann. Uebrigens glaube ich, selbst wenn man bei fähigen Studenten über die Unterschiede zwischen civil- und strafrechtlichen Begriffen nachfragen wollte, dürfte das Resultat hie und da sehr mager sein. Die Herstellung der Konkordanz der Begriffe würde eine wesentliche Vereinfachung der juristischen Technik und eine vermehrte Sicherheit in der Rechtssprechung bringen und ist daher vom Standpunkt der Ethik und der Gesetzgebungspolitik aus wünschenswert.

Vielleicht kann hier noch nebenbei gefragt werden, inwieweit sich die Wünschbarkeit erstrecken solle. Ich verweise diesbezüglich auf die Ausführungen im Schlusskapitel des Referates und bemerke nur, dass, soweit juristisch relevante Begriffe in Betracht kommen, kein Grund vorliegt, bei einer Kategorie Halt zu machen, dass aber die Uebereinstimmung

um so wünschenswerter erscheint, je mehr ein Begriff in beiden Gebieten Verwendung findet und je allgemeiner er ist. —

Kann nun aber die Uebereinstimmung in den Civil- und Strafgesetzen durchgeführt werden, vollständig oder doch wenigstens in erheblichem Umfang?

Bei diesem zweiten Hauptpunkt unseres Themas lassen Sie mich noch kurz verweilen. Wie wir gesehen haben, geben hier allgemein theoretische Erwägungen keine Auskunft; weder ist das eine Gebiet von dem andern abhängig, noch zwingt die Logik, eine grössere Zahl von Begriffen als gemeinsame aufzufassen. Nur die Einzelbetrachtung, nur die Vergleichung der sprachlich gemeinschaftlichen Begriffe bei ihrer Funktion in Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis kann hier Antwort erteilen. Und zwar ist dies eine Aufgabe, die, wenn sie gänzlich gelöst werden soll, weit über die Rahmen des Referates hinausgeht. Wenn ich es dennoch versucht habe, das mir am wichtigsten scheinende einer kurzen Beleuchtung zu unterziehen, so bin ich mir wohl bewusst, dass manche Hauptpunkte vielleicht übersehen oder unrichtig angefasst worden sind und die Diskussion reichlich Gelegenheit haben wird, Ergänzungen anzubringen; würde ja schon ein einzelner Begriff für sich allein reichlich Stoff zu einem Diskussionsthema abgeben können. Ich möchte auch Ihre Geduld nicht in dem Masse in Anspruch nehmen, dass ich die einzelnen Begriffe nacheinander Revue passieren lasse. Es sei mir nur erlaubt, das gesamte Resultat meiner Beobachtungen zu resumieren:

Meiner Ansicht nach kann man die in Betracht gezogenen Begriffe in drei Gruppen unterscheiden, die erste diejenigen umfassend, bei welchen die Uebereinstimmung in Gesetzgebung oder Wissenschaft bereits vorhanden ist, die zweite solche aufweisend, bei welchen kleinere, aber mehr äusserliche und nicht den Kern berührende Differenzen bestehen, und endlich die dritte Gruppe mit denjenigen Begriffen, die erhebliche Verschiedenheiten aufweisen, bezüglich deren es sich frägt, ob sie aufgehoben werden können oder nicht.

Was die erste Gruppe anbetrifft, bei der heute schon die Uebereinstimmung völlig vorhanden zu sein scheint, so rechne ich zu dieser einmal die Widerrechtlichkeit, weiter den Vorsatz, wenigstens soweit es sich um die Begriffsbestimmung desselben im St. G. E. und den Begriff der Absicht im O. R. handelt; im fernern gehören hieher Irrtum und Causalzusammenhang, bei welch letzterm die Uebereinstimmung sogar logisch geboten erscheint; endlich kann hieher gerechnet werden der Begriff des Schadens und die meisten Termini, welche rechtlich geschützte Interessen oder private Rechte und ihre Träger bezeichnen.

Zu der zweiten Gruppe sind zu zählen insbesondere die Gründe des Ausschlusses der Widerrechtlickheit, wie Notwehr, Notstand, Nötigung, Selbsthilfe und Einwilligung des Verletzten; der gegenwärtige Stand unserer Gesetzgebung lässt hier kleinere Verschiedenheiten zu Tage treten, welche jedoch nicht wesentlicher Natur sind und vom wissenschaftlichen Standpunkt aus nicht als notwendig angesehen werden müssen. Beim Notstand wird es sich empfehlen, civilistisch zwischen rechtmässigen und bloss straflosen Notstandshandlungen zu unterscheiden. Zu dieser Gruppe gehört ferner der Begriff des Verletzten, des Täters und der Teilnehmer.

Hinsichtlich der Teilnahme ist allerdings nach St. G. E. 105 bei der Verfolgung von Pressinjurien eine bedeutende Ausnahme zu konstatieren, welche schon in das Gebiet der dritten Gruppe fällt, indem sich hier Civilrecht und Strafrecht wesentlich unterscheiden. Ich will jedoch diesen Punkt, die exceptionelle Behandlung des Pressdelinquenten, nicht näher berühren, da er schon oft erörtert worden ist und zweifelsohne dank des grossen Interesses, den die Zeitungsmänner an ihm haben, auch zukünftig sich grosser Beliebtheit erfreuen wird. Bei der dritten Gruppe kann man auch den Betrugsbegriff anführen; doch ist die hier bestehende Differenz leicht zu lösen, indem das Civilrecht für den sogen. Civildolus sich passendere Ausdrücke sucht, als es bisher hatte. Endlich sei noch auf zwei wichtige Begriffe hin-

gewiesen, bei denen Meinungsäusserungen, ob die Uebereinstimmung als möglich angesehen werden kann oder nicht, mir sehr erwünscht scheinen, nämlich die Fahrlässigkeit und die Zurechnungsfähigkeit.

Was die erstere anbelangt, so wird vom Strafrecht erfordert sowohl Mangel an Vorsicht, wie auch Mangel an Voraussicht, oder, wie St. G. E. Art. 18 sich ausdrückt, Mangel an der Aufmerksamkeit, zu der man nach den Umständen und nach den persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist. Ob diese Begriffsbestimmung, welche stark auf die subjektive Seite abstellt, für das Civilrecht passt, wenigstens für die Deliktsobligationen, ist bekanntlich sehr kontrovers. Der Fall ist nicht selten, dass ein Jäger wegen fahrlässiger Tötung civilistisch haftbar erklärt wird, weil er unvorsichtig geschossen habe, dagegen spricht man ihn strafrechtlich frei, weil er den Erfolg nicht als möglich habe voraussehen können; wenn auch diese Lösung, wenigstens soweit ein normaler Täter in Betracht kommt, gezwungen erscheint, so wird doch wahrscheinlich die Mehrheit der Civilisten die Definition des Strafrechts mit ihrer starken Berücksichtigung des subjektiven Momentes nicht acceptieren wollen. Andere wieder, wie Endemann, drücken sich entgegenkommend aus oder stehen ganz auf dem Boden des strafrechtlichen Begriffs, so Zitelman, Mataja, Georg Schmid; auch mein Kollege Walter Burckhardt, dessen trefflichen Ausführungen in seinem letztjährigen Referat ich vielfach folgen konnte, scheint auf dieser Seite zu sein.

Und nun noch die Zurechnungsfähigkeit. Dass die privatrechtliche Deliktsfähigkeit mit der strafrechtlichen Hand in Hand gehen kann, wenn man eine civilrechtliche Schadensersatzpflicht der Unzurechnungsfähigen in genügendem Umfang vorsieht, wird neuerdings immer mehr anerkannt. So hat sich denn auch in der neuesten Phase unserer Gesetzgebungsarbeit eine bedeutsame Klärung und Annäherung in dieser Richtung vollzogen, indem das Strafrecht in Anlehnung an das Civilrecht eine Formel gewählt hat, in der in erster Linie auf die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, abgestellt wird, wobei allerdings der Civilgesetzentwurf etwas enger ist,

indem er die Aufhebung der Möglichkeit, vernunftgemäss zu handeln, aus speziell angeführten Gründen fordert. Wenn auch der Unterschied bei bloss flüchtiger Vergleichung der beiden Entwürfe nur gering zu sein scheint, so ist doch nicht zu übersehen, dass selbst kleine theoretische Differenzen hier von grosser Tragweite sein können. Es ist daher sehr zu begrüssen, wenn die HH. Kriminalisten die Frage prüfen und sich darüber aussprechen, ob nicht eine gänzliche Uebereinstimmung möglich sei. Dass das Strafrecht ein bestimmtes Deliktsfähigkeitsalter aufstellt, ist nicht von prinzipieller Bedeutung, ebenso bleibt der vom Strafgesetzentwurf verwendete Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit innerhalb der gemeinsamen Grenzen, wenngleich ich aus verschiedenartigen Gründen den Wegfall dieser Zwischenstufe als Gewinn betrachten würde. —

Damit will ich schliessen. Wenn ich in meiner zweiten These gesagt habe, dass die Uebereinstimmung in der Hauptsache überall durchführbar sei, so geschah dies wesentlich zum Zweck, meine persönliche Ueberzeugung über diesen Teil des Themas zu formulieren; nicht dagegen, dass ich die Frage für vollständig und bis in alle Einzelheiten abgeklärt und en bloc spruchreif zur Abstimmung erachte; erst wenn auch der revidierte Entwurf des O. R. vorliegt, wird man sie für einmal endgültig zu erledigen im Stande sein. Immerhin habe ich nicht ohne Absicht zuletzt auf den Begriff der Zurechnungsfähigkeit hingewiesen. Es ist uns allen bekannt, zu wie vielen Erörterungen diese Materie schon Anlass gegeben hat, und noch vor einem Jahr glaubte man, dass gerade in diesem Punkt eine Uebereinstimmung zwischen Civil- und Strafrecht am wenigsten erzielt werden könne, und nun diese erfreuliche und bedeutsame Annäherung, welche auf die Möglichkeit gänzlicher Vereinigung schliessen lässt. Nicht überall darf man so überraschende Resultate hoffen, aber das Beispiel muntert doch auf, und es ist als sicher anzunehmen, dass sich unsere Gesetzgeber die Mühe nicht verdriessen lassen werden, in gegenseitiger Fühlung nach der praktischen Durchführung der Uebereinstimmung zu suchen, sofern ihnen ein bezüglicher Wunsch von massgebender Seite ausgedrückt wird.

M. *Eugène Cordey*, avocat à Lausanne, fait un exposé résumé de son co-rapport; ces thèses sont les suivantes:

1° „*L'établissement de notions concordants entre le droit civil et le droit pénal n'est pas désirable.*

2° *Il n'est possible qu'aux dépens du développement naturel des deux droits.*"

Der Präsident eröffnet die allgemeine Diskussion.

M. le Dr. *Paul Moriaud,* Professeur à Genève, se déclare d'accord avec les conclusions du Prof. Gmür contre celles de M. Cordey. La thèse de ce dernier paraît sans doute séduisante au premier abord; M. Cordey nous a montré l'orientation différente du droit pénal et du droit civil et prétend qu'il n'est pas utile de réunir sous la même expression et le même terme des notions qui, par leur nature, sont destinées à s'écarter toujours davantage l'une de l'autre. Mais l'état de la science aujourd'hui permet de résoudre bien d'autres problèmes aussi difficiles que celui-là. Nous n'avons, nous juristes, qu'à prendre les choses comme elles sont, mais en formant des notions qui puissent s'adapter à la réalité de demain. Les exemples cités par M. Cordey ne sont pas probants; en particulier celui relatif aux choses volées ne démontre pas autre chose que la pauvreté actuelle de notre langue, à laquelle l'on peut remédier. — La concordance n'aura point pour effet de multiplier dans nos codes les définitions; sur ce point, M. Cordey a même raison: omnis définitio periculosa est; et l'orateur ne verrait même aucun inconvénient à ce que l'on supprimât au besoin toute définition dans nos codes.

Hr. Dr. *Jakob Heuberger* (Aarau) führt aus, dass jeder in der Praxis stehende Jurist täglich in die Lage kommt, Begriffe anzuwenden, die sich sowohl im Civil- als im Strafrecht finden. Beide Rechtsgebiete haben die gleiche Aufgabe; aber das Strafrecht geht weiter. Im wesentlichen sind die Begriffe — Redner erwähnt die Zurechnungsfähigkeit, den Dolus — die gleichen im Civil- und im Strafrecht. Im Civilrecht werden allerdings die Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Menschen strenger gestellt als im Strafrecht. Wo sich die beiden Gesetzgebungen berühren, sollen sie in Har-

monie stehen. Wir haben im Juristenverein auf Vereinfachung der Gesetzgebung hinzuwirken. Dr. Heuberger stimmt deshalb lebhaft dem vom Referenten vertretenen Prinzip möglichster Uebereinstimmung der Begriffe zu und möchte, dass die Versammlung sich ebenfalls dazu bekenne.

M. *Eugène Cordey* répond aux observations du Prof. Moriaud; il n'a pas dit qu'en fait et dans les codes le résultat de la concordance se traduirait par la multiplication des définitions; il a simplement expliqué que l'opération de la concordance conduit à définir, au moins d'une manière implicite, puisque ce n'est qu'après la définition d'une notion dans l'un et dans l'autre droit, civil et pénal, que l'on peut se rendre compte si cette notion est la même, concordante, dans les deux droits.

M. *Max Reutter,* avocat (Neuchâtel), partage la manière de voir de M. Cordey. Il est dans l'intérêt du droit d'avoir deux vocabulaires différents s'adaptant l'un au droit civil, l'autre au droit pénal, car celui-ci et celui-là ont des buts différents; le droit pénal recherche des coupables, le droit civil des débiteurs; c'est ainsi que l'on a eu tort de parler de complices dans notre droit civil puisque, à proprement parler, celui-ci tend à rechercher, non des complices, mais des co-débiteurs.

M. le Prof. Dr. *Walter Burckhardt* (Lausanne) pense au contraire que la loi civile et la loi pénale forment un tout, qu'elles sont liées par des visées et par un but et un plan communs. Il serait incohérent, par exemple, que la loi civile autorisât ce que réprime la loi pénale, ou, inversément, qu'un individu condamné pénalement fût renvoyé indemne par le juge civil. Le droit pénal et le droit civil doivent avoir déjà comme notions communes celles appartenant au domaine général du Droit dont dépendent le droit civil et le droit pénal comme les branches d'un même arbre; au nombre de ces notions communes, il faut en particulier ranger celles de loi, de légalité, etc. Quant aux notions spéciales, ou bien l'on aura pour désigner une même chose une même expression, et il faudra se servir du même terme dans l'un et dans l'autre droit; ou bien il s'agira de choses différentes, et il faudra les désigner par des termes différents; c'est une question de terminologie. *De lege*

lata, pour les choses volées par exemple, il y a lieu de rechercher l'intention du législateur sans s'arrêter aux termes mêmes dont il s'est servi; *de lege ferenda*, il faut se demander quelles sont les notions communes aux deux droits; c'est une affaire de „politique législative"; ainsi, pour la notion de faute, doit-elle être la même en droit civil et en droit pénal? — La question de la concordance n'est pas une question générale à trancher par un principe uniforme; mais elle doit être examinée spécialement dans chaque cas.

M. *Gustave Correvon,* juge cantonal (Lausanne), estime qu'il est heureux que l'élaboration de nos codes civil et pénal se fasse dans le même temps et par les mêmes hommes, ceux-ci s'inspirant du même esprit; nous aurons ainsi une œuvre présentant un certain caractère d'unité. Mais il n'est pas nécessaire d'aller plus loin; l'on ne saurait en particulier admettre la thèse du Prof. Gmür, celle-ci serait dangereuse; l'on doit plutôt se déclarer d'accord avec les conclusions de E. Cordey; ainsi, la notion de responsabilité est différente, suivant qu'elle se pose dans le domaine pénal ou sur le terrain du droit civil. Peut-être, sur quelques points, sera-t-il possible de trouver de mêmes termes; mais il ne convient pas de trop s'aventurer. — En tout cas, il est inutile de procéder aujourd'hui à une votation sur les thèses du rapporteur et du co-rapporteur; tout au plus pourrions-nous exprimer le désir que, dans la mesure du possible, le législateur se servît des mêmes expressions pour désigner les mêmes notions.

Herr Professor *Alexander Reichel* (Bern) wendet sich gegen die Auffassung des Referenten und des Dr. Heuberger, indem er mit dem Korreferenten es ablehnt, eine Uebereinstimmung der Begriffe als wünschbar zu erklären. Er hält die Praxis des Bundesgerichts für richtig, die dem Kaiser gibt, was des Kaisers ist, und auf dem Standpunkt steht, das Strafurteil sei als solches — „es ist ein Mord begangen worden" — anzuerkennen, sich aber vorbehält, die civilrechtlichen Folgen daraus abzuleiten; denn diese ergeben sich nicht ohne weiteres aus dem Strafurteil. Die Frage der Präjudizialität der Urteile hat eigentlich mit der Uebereinstimmung der

Begriffe nichts zu tun. Professor Reichel betont, dass die Uebereinstimmung der Begriffe unter Umständen für die Rechtsentwicklung von nachteiliger Wirkung sein kann, wie das Urteil des Deutschen Reichsgerichtes beweist, welches, weil es an dem strafrechtlichen Begriff und der „körperlichen Sache" hängen geblieben ist, erklärte, einen Diebstahl an Elektrizität gebe es nicht.

Die beiden Rechtsgebiete sollen streng getrennt gehalten werden; jedes Recht hat von den Begriffen auszugehen, die seiner eigenen Natur entsprechen. Das Strafrecht geht vielmehr auf die Beurteilung einzelner Handlungen, als das Civilrecht, indem letzteres sich vorwiegend mit Zuständen zu beschäftigen hat. Die Voraussetzungen für einen Entscheid des Strafrichters sind besondere; so ist für letztern die Rechtsanalogie, welche für das Civilrecht ein Erfordernis bildet, ausgeschlossen; die civilrechtliche Fahrlässigkeit gilt nicht für den Strafrichter und umgekehrt.

Hr. Dr. *Ernst Hafter,* Privatdozent in Zürich, will im Gegensatz zu den beiden Referenten, die vom Standpunkt des Civilisten ausgehen, mehr denjenigen des Kriminalisten beleuchten. Die Frage ist vor etwas über zehn Jahren bei Vorbereitung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Deutschland erörtert worden. Die Diskussion darüber, ob eine Revision des Strafgesetzbuches nötig sei, um eine Konkordanz der Begriffe herzustellen, war aber, wie der Redner ausführt, nicht sehr fruchtbar. — Liszt stellte in seinen „Grenzgebieten zwischen Privatrecht und Strafrecht" darauf ab, dass letzteres in erster Linie soziale Funktionen auszuüben hat und zwar in höherem Grade als das Civilrecht, ferner, dass das Strafrecht dieser Aufgabe nur genügen kann, wenn ihm das Civilrecht zu Hilfe kommt; auch letzteres habe soziale Funktionen zu erfüllen. Was gerade in dieser Beziehung der Schweizerische Civilrechtsentwurf Neues schafft, ist sehr zu begrüssen.

Ein Zusammenhang zwischen Civilrecht und Strafrecht besteht. Es lässt sich die Ansicht vertreten, dass alle Begriffe des allgemeinen Teiles eines C. G. B. und eines St. G. B. in letzter Linie nicht juristische, sondern philosophische Begriffe

sind. Die Jurisprudenz hat sie übernommen, und zwar das Strafrecht zum Teil anders als das Civilrecht, wobei einzelne, wie z. B. Vorsatz, Fahrlässigkeit, Zurechnungsfähigkeit, in jenem eine feinere Ausbildung erfahren haben. Dr. Hafter wirft die Frage auf, ob es nicht möglich sein sollte, was an Begriffen unter Anlehnung an die philosophische Doktrin durch das Civilrecht und das Strafrecht ausgebildet worden ist, von dem einen Gebiet mit Auswahl in das andere hinüberzunehmen. Eine eigentliche Auswahl derjenigen Begriffe, bei welchen allein eine Uebereinstimmung nötig ist, war sowohl in den Referaten als in der Diskussion zu vermissen. Sind einmal diese Begriffe herausgeholt, so wird zu untersuchen sein, in welchem Gebiete, im Straf- oder Civilrecht, die einzelnen höher entwickelt sind.

Da das Wort nicht weiter verlangt wird, schliesst der Präsident die allgemeine Diskussion.

Hr. Dr. *Heuberger* erklärt auf die Anfrage des Präsidenten, ob er einen positiven Antrag auf Annahme einer Resolution einbringe, dass, soweit eine Berührung der beiden Rechtsgebiete stattfindet und soweit eine Uebereinstimmung der Begriffe möglich ist, seines Erachtens die letztere erstrebt werden sollte, und dass er von dieser Erwägung geleitet den Antrag stelle, dies durch eine Resolution auszusprechen.

Der Präsident bemerkt, dass eine Resolution nur den ersten Punkt, die Wünschbarkeit der Uebereinstimmung, umfassen könnte, da die Versammlung weiteres zu beschliessen kaum in der Lage sei.

Hr. Prof. Dr. *Gmür* erachtet es nicht als notwendig, eine Resolution zu fassen; er wünscht bloss, dass Referate und Diskussion dem eidgenössischen Justizdepartement zur Kenntnis gebracht werden. Eventuell hat Referent gegen eine Erklärung im Sinne seiner ersten These nichts einzuwenden, wogegen seiner Ansicht nach eine Abstimmung über die zweite These allerdings schwierig sein dürfte.

In der Abstimmung wird mit grosser Mehrheit beschlossen, keine Resolution zu fassen.

IV.

M. le Dr. *M. Kebedgy,* professeur à l'Université de Berne, présente les communications ci-dessous:

Les conventions de La Haye du juin 1902 (Mariage, Divorce, Tutelle).

Monsieur le Président et Messieurs,

En acceptant de vous faire une communication sur les conventions de La Haye du 12 juin 1902, je ne me suis pas dissimulé le double écueil auquel j'allais peut-être me heurter. Ces conventions, en effet, sont issues des conférences officielles qui, depuis 1893, poursuivent la codification de plusieurs matières de droit international privé, pour la plupart des Etats de l'Europe continentale. Or, un autre résultat de ces conférences est la convention — bien connue de tous les praticiens — du 14 novembre 1896, concernant la réglementation de certaines questions de procédure internationale. Cette convention a été en Suisse l'objet de certaines critiques, en raison notamment des difficultés pour l'exécution des jugements condamnant aux frais. Dès lors, n'y avait-il pas de ce chef un préjugé nuisible à la réputation de l'œuvre patiemment poursuivie à La Haye? D'autre part, la valeur intrinsèque même des trois conventions, dont je vais avoir l'honneur de vous parler, était de nature à faire naître une appréhension plus grave encore. Ces conventions, en effet, les deux premières surtout, sont le résultat de discussions et de négociations laborieuses; elles constituent une œuvre de transaction et, à ce titre, elles pourront être facilement critiquées.

Néanmoins, Messieurs, je n'ai point pensé que ces considérations dussent nous arrêter, et voici pourquoi. D'abord, sans méconnaître le bien fondé de certaines critiques, il ne faut pas oublier qu'une convention internationale forme un tout, qui, s'il peut présenter certains inconvénients, offre d'autre

part des avantages certains. Tel est le cas pour la convention de 1896, dont les autres dispositions (concernant l'assistance judiciaire, l'abolition de la contrainte par corps, les communications d'actes et les commissions regatoires) peuvent être souvent d'une grande utilité pour les ressortissants suisses. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que la convention de 1896 est perfectible et que sa revision figure justement à l'ordre du jour de la prochaine conférence de La Haye; il appartient dès lors aux gouvernements des pays intéressés de donner à leurs délégués des instructions en conséquence, pour que les inconvénients signalés soient atténués ou supprimés. Quant aux conventions de 1902, si on peut les critiquer, soit au point de vue scientifique, soit au point de vue d'un pays déterminé, soit au point de vue de ceux dont les symétries théoriques s'en trouveraient dérangées, il importe de ne pas perdre de vue que leurs négociateurs se sont placé à un *point de vue pratique;* ils ont pensé que, comme il est impossible d'atteindre du premier coup des solutions idéales, force est bien de commencer par une œuvre de transaction — qui s'inspire d'ailleurs dans une très-large mesure de l'état de choses actuellement existant dans les législations et la jurisprudence des divers pays représentés — sauf à améliorer par la suite le jalon ainsi posé, en tenant compte des données de l'expérience. Or, nous croyons que si l'on se place au point de vue de l'intérêt général des Etats représentés, ces conventions leur seront très-utiles, parce qu'il en résultera, dans les relations de leurs ressortissants, sinon de suite la réalisation d'un idéal, au moins un progrès dès maintenant sérieux, qui sera pour l'avenir le point de départ d'améliorations nouvelles.

C'est ce qui va ressortir d'un examen rapide des dispositions de ces conventions[1])

---

[1]) Ces conventions sont actuellement signées, mais non encore ratifiées, sauf par les Pays-Bas. Nous avons cependant des raisons de croire que la ratification de plusieurs des Etats signataires est imminente et qu'elle entraînera celle de la plupart des autres, dans un avenir prochain.

1. Convention pour régler les conflits de lois en matière de mariage.

Il s'agit des conflits relatifs aux *conditions de validité,* les *effets* du mariage ayant été réservés. [1])

Article 1. Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

La règle établie est donc que, sur le territoire des Etats contractants, le mariage des étrangers sera régi, lors de sa formation, soit par la loi étrangère commune aux deux époux, soit (dans le cas où ceux-ci seraient de nationalités différentes) par les deux lois étrangères en présence, chacun des époux étant soumis à sa propre loi nationale (ce qui est rationnel, puisque la femme conserve sa nationalité jusqu'au moment du mariage).

Cette règle, constamment adoptée depuis la première conférence de La Haye (1893), a continué à gagner du terrain depuis. Elle signifie que même dans les pays, où actuellement on admet la *lex domicilii* pour régir le statut personnel (tels que les pays scandinaves), ce sera désormais la loi nationale qui devra être suivie pour régler le conflit en matière de mariage.

Quant au tempérament apporté à la règle (à moins que...), en voici le sens. Il est possible que la loi nationale contienne une disposition de droit internationale privé, admettant la validité du mariage contracté à l'étranger conformément à la *lex domicilii* ou à la loi du lieu de célébration (Ex. art. 54-3° de la Constitution fédérale suisse et art. 25-3° de la Loi fédérale du 24 décembre 1874). On a donc entendu dire que, dans ce cas, le mariage *pourra* se former valablement d'après la loi locale. Il va sans dire qu'il n'y a point là d'obligation imposée à peine de nullité; si les époux n'ont pas fait usage de la faculté qui leur est accordée, il n'est pas vraisemblable

---

[1]) Au lieu d'un exposé systématique, nous croyons ici préférable — dans l'intérêt de ceux qui voudraient consulter facilement ces conventions — d'en publier le texte, en plaçant à la suite de chaque article les principales observations qu'il comporte.

que sur le territoire des Etats contractants il se trouverait des juges pour annuler un mariage qui serait conforme à la loi nationale. En réalité donc, la portée de la restriction est minime; elle constitue une très-légère restriction à la célèbre théorie du renvoi (Rückverweisung) et contribue à augmenter les chances de validité du mariage. En Suisse, on pourra dès lors conserver intact l'art. 54 de la Constitution.

On a remarqué que la règle de l'art. 1 est plus complète que l'art. 31-4° de la loi suisse de 1874, qui ne considère que la loi du futur *époux* étranger. D'autre part, l'art. 1 de la convention rendra caduque (dans les rapports des Etats contractants) la disposition de l'art. 31-5° de la loi de 1874 (qui permet au gouvernement cantonal de dispenser de présenter une déclaration des autorités étrangères compétentes, constatant que le mariage sera reconnu).

Les art. 2 et 3 apportent des exceptions au principe.

Article 2. La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant:

1° les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a une prohibition absolue;

2° la prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison duquel le mariage de l'un d'eux a été dissous;

3° la prohibition absolue de se marier, édictée contre des personnes condamnées pour avoir de concert attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles.

Le mariage célébré contrairement à une des prohibitions mentionnées ci-dessus ne sera pas frappé de nullité, pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée par l'article 1er.

Sous la réserve de l'application du premier alinéa de l'article 6 de la présente Convention, aucun Etat contractant ne s'oblige à faire célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré.

L'application du principe de la loi nationale se trouve ainsi limitée par les exigences de l'*ordre public*. Mais, afin d'éviter une trop grande incertitude, on s'est efforcé de préciser les cas que l'on a entendu comprendre ici sous ce terme. Ce n'était pas facile; aussi n'y est-on parvenu qu'après plusieurs tentatives. Les trois empêchements indiqués par l'art. 2 sont ainsi opposables aux étrangers, même s'ils ne sont pas prévus par leur loi nationale.

Mais quelle en sera la sanction? Quid du mariage contracté malgré l'un de ces empêchements, mais conforme à la loi nationale? Dans la doute, on aurait admis la nullité, tout au moins au regard de la *lex loci*. Néanmoins, c'est la solution contraire qui a prévalu et le mariage ne sera pas moins considéré comme valable *partout*. C'est qu'on a remarqué que le pays d'origine (dont la loi aura été observée) ne pourrait pas l'annuler, et qu'il n'y a aucune raison pour reconnaître le droit d'annulation aux pays tiers (puisque le mariage aurait été valable pour eux, s'il avait été célébré ailleurs). Faisant un pas de plus, on a demandé au pays de la célébration lui-même de ne considérer que comme prohibitifs les empêchements énumérés (en supposant, bien entendu, que la loi nationale ait été observée).

Il nous reste à expliquer le dernier alinéa de l'art. 2. On y pense aux pays où le divorce n'autorise pas la conclusion d'une nouvelle union (Espagne, Autriche), ou dans lesquels le mariage est absolument interdit soit à un ecclésiastique engagé dans les ordres supérieurs soit entre chrétiens et non-chrétiens (Autriche, Hongrie). Afin de concilier ici pour le mieux les diverses considérations en présence, on transigea. On reconnaît à l'Etat intéressé le droit de se refuser à la célébration du mariage, même à l'égard des étrangers. Mais ceux-ci doivent pouvoir alors s'adresser, pour faire célébrer leur mariage, à un représentant de leur pays.

Quelle est la sanction de cette seconde catégorie d'empêchements? Ces empêchements étant en somme moins graves que les précédents, il eût été naturel et logique d'écarter ici aussi la nullité. Néanmoins, sur les instances de la délégation

autrichienne, on admit la possibilité d'annuler le mariage, mais seulement dans le pays dont la loi a été violée.

De la sorte, il y a deux sortes d'exceptions qui sont apportées à la règle de l'art. 1. Il y a d'une part des empêchements absolus, mais non-dirimants. D'autre part, des empêchements qui n'écartent pas entièrement la loi nationale, mais qui sont relativement dirimants. Il y a là certes un système assez compliqué, auquel on a dû s'arrêter pour tenir compte d'exigences diverses et de l'attitude prise par certains Etats, à l'assentiment desquels on tenait. On peut du reste espérer que ces disparates disparaîtront avec le temps et que le système transactionnel adopté ne sera ainsi que transitoire.

Article 3. La loi du lieu de la célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de la loi indiquée par l'article 1er, lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux.

Les autres Etats ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances.

Ici la loi nationale prohibe le mariage. L'application rigoureuse de la règle aurait pu heurter dans un autre pays un principe de droit public, par exemple celui de la liberté de conscience. Telle, par exemple, la loi qui interdit le mariage entre chrétiens et israëlites. Depuis 1894 on insista de divers côtés sur ce point (notamment les délégations suisse et belge). Des obstacles constitutionnels pouvant ainsi s'opposer au respect absolu de la loi nationale, on a reconnu aux Etats dans lesquels règne le principe de la liberté de conscience, le droit de méconnaître les empêchements incompatibles avec cette partie essentielle de leur droit public. Ainsi, par exemple, un prêtre catholique romain pourrait épouser en Suisse une Autrichienne, chrétienne ou juive. On respecte d'ailleurs la loi nationale dans toute la mesure du possible, puisqu'on lui permet de ne pas reconnaître ce mariage comme valable sur son territoire. Il est cependant fâcheux qu'on ne se soit pas arrêté là et qu'on ait reconnu la même faculté aux Etats tiers, qui n'y sont pas intéressés,

ce qui aggrave la situation en prolongeant l'incertitude sur le sort de ce mariage.

Article 4. Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée par l'article 1er.

Cette justification se fera, soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat dont ressortissent les contractants, soit par tout autre mode de preuve, pourvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissent la justification comme suffisante.

Article 5. Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu.

Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée.

Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées; mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux.

Le premier alinéa de cet article consacre, pour le mariage, la règle *Locus regit actum,* reconnue dans la plupart des Etats. Deux tempéraments y sont toutefois apportés. Point de difficulté sur celui concernant les publications prescrites par la loi nationale (alinéa 3).

Quant au tempérament considérable de l'alinéa 2 de l'art. 5, il est le résultat d'une transaction avec les quelques pays dont la loi exige une célébration religieuse du mariage. Accepté dès 1893, il a été maintenu en 1900 après un double assaut, en sens contraire. D'une part, en effet, les délégués de certains pays (Belgique, France, Suède) demandèrent la suppression de cette disposition, en observant qu'il ne convenait pas que les autres Etats reconnussent expressément la nullité de mariages régulièrement célébrés sur leur territoire. Cette pro-

position a été cependant écartée, parce que la majorité n'a pas voulu revenir sur la transaction consentie dès l'origine.

Cependant, la Russie s'avisa cette fois de réclamer plus qu'on ne lui avait accordé en 1893. Elle exigea que tous les pays fussent tenus de considérer comme nul, sur leur propre territoire, le mariage conclu sans célébration religieuse, lors qu'un seul des époux serait d'origine russe. C'eut été là une exception grave à la règle *Locus regit actum,* et la Russie, au lieu de se borner à exprimer un désir, fit de l'acceptation de sa proposition une condition *sine qua non* de l'adoption par elle de la convention sur le mariage. Une intéressante discussion eut alors lieu sur ce point, après laquelle la disposition en question a été adoptée par 13 Etats contre un (la Russie).

L'alinéa 2 de l'art. 5 implique que le mariage devra être considéré comme valable quant à la forme partout, sauf dans le pays d'origine dont la loi se trouvera avoir été méconnue. Les pays tiers n'ont point ici la faculté de déclarer le mariage nul, lors même que leur législation exigerait également la célébration religieuse. Ainsi, par exemple, la Grèce venant à adhérer par la suite à la convention, si la question de la validité du mariage civil d'un de ses ressortissants en Suisse, venait à se poser par la suite devant les tribunaux espagnols. On a limité ainsi le plus possible la restriction apportée à la règle *locus regit actum.*

Article 6. Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré et si cet Etat ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois.

La réserve du second alinéa de l'article 5 est applicable aux mariages diplomatiques et consulaires.

La convention se montre ainsi plus favorable qu'on ne l'avait été jusqu'ici aux mariages qualifiés de diplomatiques ou con-

sulaires. Elle attribue compétence en cette matière aux représentants d'un pays étranger, même pour le mariage d'un de ses ressortissants avec une personne de nationalité étrangère, pourvu que celle-ci ne soit pas un national du pays de la célébration. Ainsi se trouveront réglées des questions comme celles des mariages de l'ambassade britannique de Paris, où les autorités françaises ne voulaient pas reconnaître le mariage entre Anglais et autres étrangers.

Remarquez cependant que, comme on ne pouvait pas espérer obtenir le consentement de tous les Etats contractants pour la reconnaissance de cette compétence des agents étrangers, il a été convenu que cette règle existera seulement là où l'*Etat* permettra, expressément ou tacitement, la célébration de tels mariages. Mais cette permission devra être accordée si la loi locale édicte des empêchements d'ordre religieux. Un tel mariage doit, du moins, pouvoir être célébré devant l'agent étranger.

Il en résulte que, comme en Suisse il n'y a point de tels empêchements, la Suisse pourra, si elle y tient, continuer de refuser aux représentants d'Etats étrangers le droit de célébrer des mariages sur son territoire.

Article 7. Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée.

Deux personnes, dont la législation admet le mariage religieux, se marient devant un prêtre, dans un pays où l'état civil est sécularisé (par exemple deux Espagnols, ou un Russe et une Espagnole en Suisse). Point de doute dans le pays de la célébration, où le mariage est nul, sans compter la pénalité dont le ministre du culte qui l'aura béni pourra se rendre passible. Il n'est pas probable cependant que ce mariage sera considéré comme nul dans le pays d'origine. Pourquoi les pays tiers n'en admettraient-ils également la validité? C'est une situation inverse de celle prévue dans l'art. 5—3° et, en même temps, la contre-partie de l'art. 5—2°. Nous voyons par là combien injuste était l'objection de la délégation russe

alléguant que la conférence de La Haye sacrifiait le mariage religieux au mariage civil. Les deux premiers alinéas de l'art. 5 et l'art. 7 montrent au contraire les divers avantages dont pourra jouir le mariage religieux.

Il faut ajouter maintenant que l'art. 7 a une portée plus large. Il s'appliquerait également pour permettre de reconnaître la validité du mariage célébré par un agent diplomatique ou consulaire dans un pays qui s'y oppose (par exemple au mariage de deux Français en Suisse). Il y a argument *a fortiori* de ce que nous venons de dire pour le mariage religieux, les futurs ayant dû tout naturellement considérer comme compétent le représentant officiel de leur pays.

Article 8. La présente Convention ne s'applique qu'aux mariages célébrés sur le territoire des Etats contractants entre personnes dont une au moins est ressortissante d'un de ces Etats.

Aucun Etat ne s'oblige, par la présente Convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant.

La portée de la convention se trouve ainsi limitée à trois points de vue:

1. La convention ne concerne que les mariages célébrés sur le territoire (européen art. 9) des Etats contractants.

2. Pour son application il faudra mais il suffira que l'une des parties soit ressortissante d'un des Etats contractants. Ainsi, la loi suisse continuera à régir le mariage célébré sur son territoire entre Anglais et Américains. Mais si nous supposons en Suisse le mariage d'un Anglais avec une Allemande ou une Française, l'Allemagne ou la France seraient autorisées à réclamer l'application de la convention même du chef du futur étranger, afin d'assurer la validité du mariage de leurs ressortissants. D'ailleurs, l'application au même mariage de systèmes différents, aurait pu entraîner des complications inextricables.

3. Ne seront nécessairement appliquées, en vertu de la convention, que les lois des Etats contractants. Si donc nous supposons un de leurs ressortissants domicilié dans un pays non-contractant et si la législation nationale assigne compétence à la loi du domicile, les Etats contractants ne seraient

pas obligés d'appliquer cette dernière. Ainsi, par exemple, si un Danois domicilié en Angleterre voulait épouser en France une Suissesse. Le principe du renvoi ne serait plus reconnu ici; il est probable qu'on appliquerait ici au futur la loi danoise.

Article 9. La présente Convention, qui ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants, sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.

Il sera dressé de ce dépôt un procès-verbal, dont une copie certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à tous les Etats contractants.

Article 10. Les Etats non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.

L'Etat qui désire adhérer notifiera, au plus tard le 31 décembre 1904, son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra des copies, certifiées conformes, par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 11. La présente Convention entrera en vigueur le 60me jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Article 12. La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats contractants.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats.

Les dispositions des quatre articles qui précèdent, concernant le dépôt des ratifications, les adhésions ultérieures, la date de l'entrée en vigueur et la durée de la convention, rappellent les dispositions analogues qui se retrouvent dans plusieurs traités constitutifs d'Unions internationales. Elles sont reproduites dans les deux autres conventions de 1902.

On voit par ce qui précède qu'en définitive cette convention présente plus d'avantages que d'inconvénients. Elle assurera notamment (sauf quelques cas peu nombreux) la reconnaissance, sur tout le territoire européen des Etats contractants, de tout mariage célébré conformément à ses principes.[1])

II. Convention pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps.

Article 1. Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre.

Il en est de même de la séparation de corps.

Il a fallu ici tenir compte des lois qui prohibent le divorce au lieu où il est demandé. On a estimé que cette prohibition — là où elle existe — est d'ordre public absolu.

Quant à la séparation de corps, on avait d'abord (1894) admis une règle un peu arbitraire consistant à l'autoriser lorsqu'elle serait seule admise dans le pays de la demande, alors que la loi nationale ne connaîtrait que le divorce. On avait pensé trouver ainsi une solution acceptable à une situation pénible. Mais on a dû revenir sur cette règle, attendu que les pays où l'on n'admet que le divorce, la séparation de

---

[1]) La convention n'a pas statué sur les actions en nullité de mariage ni sur la compétence judiciaire à cet égard. On a pensé que la sanction de la loi applicable doit être puisée dans cette loi même, et que, quant à la compétence, il ne serait pas possible à la conférence d'aborder actuellement une matière aussi complexe. Nous nous bornons à constater, tout en reconnaissant qu'on aurait pu comprendre une autre manière de procéder.

corps n'en est point un diminutif, mais autre chose que le divorce.

Que feront alors des époux étrangers qui, ne pouvant que divorcer d'après leur loi nationale, se trouveraient dans un pays où la séparation de corps est seule admise? Ils auront le droit de recourir à leur juridiction nationale; il est vrai que, en fait, cela ne sera pas toujours aisé. Au besoin l'art. 6 pourra permettre d'atténuer le mal.

Article 2. Le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, le divorce est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes.

Il en est de même de la séparation de corps.

Pour la détermination des causes du divorce ou de la séparation de corps, il semble qu'on aurait pu s'en tenir à la loi locale considérée comme d'ordre public. C'est ce qui avait été proposé par l'Institut de droit international et par la délégation suisse, d'autant plus qu'il n'est pas toujours facile de s'entendre sur les détails et les modalités à cet égard. Cependant, ici aussi on a pris en considération la loi nationale; seulement, grâce à une heureuse modification apportée au texte, il suffit que le divorce ou la séparation soient possible dans un cas donné d'après les deux lois, quoique pour des causes différentes. Une satisfaction partielle a été ainsi accordée sur ce point à la délégation suisse.

Article 3. Nonobstant les dispositions des articles 1er et 2, la loi nationale sera seule observée si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet.

Le cas prévu est fort improbable. Cependant on en a tenu compte en raison notamment de la jurisprudence des tribunaux italiens, qui admettent le divorce entre époux allemands.

Article 4. La loi nationale indiquée par les articles précédents ne peut être invoquée pour donner à un fait qui s'est passé alors que les époux ou l'un d'eux étaient d'une autre nationalité, le caractère d'une cause de divorce ou de séparation de corps.

Supposons deux époux Français devenant Suisses. Pendant qu'ils étaient Français, il s'était produit un fait qui ne pouvait

donner lieu au divorce d'après la loi française, mais qui constitue une cause de divorce d'après la loi suisse (art. 46 et 47 de la loi de 1874). La nouvelle loi nationale ne peut donner aux faits, rétroactivement, un caractère et une force qu'ils n'avaient pas. Cette règle écarte certaines fraudes possibles. La solution admise est conforme au principe que les changements de nationalité n'ont pas d'effet rétroactif.

Article 5. La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée:

1° devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux;

2° devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, la juridiction compétente est celle du domicile du défendeur. Dans le cas d'abandon et dans le cas d'un changement de domicile opéré après que la cause de divorce ou de séparation est intervenue, la demande peut aussi être formée devant la juridiction compétente du dernier domicile commun. — Toutefois, la juridiction nationale est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps. La juridiction étrangère reste compétente pour un mariage qui ne peut donner lieu à une demande en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction nationale compétente.

Dans la réglémentation de la juridiction compétente on a dû constater que certains Etats dénient, de manière plus ou moins absolue, aux autorités étrangères de statuer à l'égard de leurs nationaux et tiennent essentiellement à conserver leur propre juridiction. Pour obtenir leur adhésion on a dû leur concéder la règle de la juridiction nationale, et c'est ainsi que la juridiction du domicile s'est trouvée reléguée au second plan.

Le mot de juridiction est d'ailleurs employé ici dans un sens large et comprend aussi bien les juridictions civiles que les juridictions ecclésiastiques ou administratives.

Le premier alinéa de l'art. 5 signifie: 1° Que la juridiction nationale est toujours compétente, et 2° que la législation nationale peut la déclarer seule compétente, en excluant la

juridiction du domicile. C'est à ce second sens que se réfère une phrase du second alinéa (Toutefois, ...).

Quant à la portée maintenant de la réserve de la juridiction nationale, elle variera suivant les lois. C'est ainsi par exemple que les législations allemande et belge réservent aux *tribunaux* les procès en divorce et excluent, en conséquence, la juridiction administrative pour leurs ressortissants, même quand ils sont à l'étranger; la législation hongroise réserve exclusivement à la juridiction hongroise les actions concernant le mariage, la séparation ou le divorce des Hongrois.

Telle est la part prépondérante faite à la juridiction nationale des époux.

Quant à la juridiction du domicile (art. 5 2°), elle peut aussi être régulièrement saisie, mais seulement si elle n'est pas exclue par la législation nationale.

Toutefois, même exclue, elle serait encore compétente dans le cas prévu par l'art. 5 dans sa disposition finale. Il s'agit d'un mariage contraire à la loi nationale des époux qui exige la célébration religieuse. Nous avons vu (art. 5 2° de la convention sur le mariage) que le pays d'origine peut ne pas reconnaître ce mariage comme valable. Si la législation nationale d'autre part exclut la juridiction étrangère en matière de divorce (comme le fait, par exemple, la législation russe), l'application de la loi nationale aurait eu pour conséquence de rendre ce mariage particulièrement solide, puisqu'on n'aurait pu en demander la dissolution nulle part. C'est ce résultat déraisonnable qu'on a voulu éviter.

On eut pu peut-être ajouter un autre correctif en vu du cas où les époux, obligés de s'en tenir légalement à leur juridiction nationale, se trouveraient en fait empêchés d'y recourir (parce que par exemple leur loi nationale n'a pas eu soin d'instituer pour ses nationaux à l'étranger une juridiction compétente). Il ne reste alors que la juridiction du domicile. Cependant, dans le silence de la convention la pratique hésitera.

Quoiqu'il en soit, les inconvénients que pourrait avoir l'exclusion de la juridiction du domicile pourront être tempérés par l'art. 6, ainsi conçu:

Article 6. Dans le cas où des époux ne sont pas autorisés à former une demande en divorce ou en séparation de corps dans le pays où ils sont domiciliés, ils peuvent néanmois l'un et l'autre s'adresser à la juridiction compétente de ce pays pour solliciter les mesures provisoires que prévoit sa législation en vue de la cessation de la vie en commun. Ces mesures seront maintenues si, dans le délai d'un an, elles sont confirmées par la juridiction nationale; elles ne dureront pas plus longtemps que ne le permet la loi du domicile.

La sanction des règles qui précèdent se trouvent dans l'

Article 7. Le divorce et la séparation de corps, prononcés par un tribunal compétent aux termes de l'article 5, seront reconnus partout, sous la condition que les clauses de la présente Convention aient été observées et que, dans le cas où la décision aurait été rendue par défaut, le défendeur ait été cité conformément aux dispositions spéciales exigées par sa loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers.

Seront reconnues également partout le divorce et la séparation de corps prononcés par une juridiction administrative, si la loi de chacun des époux reconnaît ce divorce et cette séparation.

De la sorte, tout doute disparaîtra dans les rapports des Etats contractants. La mise en vigueur de la convention sera particulièrement importante pour la Suisse en présence de l'interprétation exorbitante donnée à l'art. 56 de la loi de 1874, qui aboutit souvent à de véritables dénis de justice. Cet article n'aura plus d'objet dans les rapports des Etats contractants, en tant qu'il a trait à l'action en divorce.

Remarquons, en terminant, que la compétence (subsidiaire) de la juridiction du domicile devra être organisée par la législation interne. L'art. 5 ne crée pas matériellement des règles sur la compétence; il les rend seulement possibles. Il faudra donc édicter en Suisse des règles conformes à la convention.

Article 8. Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale.

Cette disposition vise le cas, vivement débattu dans la doctrine et diversement jugé par les tribunaux, où l'un des

époux seul aura changé de nationalité au cours du mariage. La règle admise concerne même la détermination du tribunal compétent pour prononcer le divorce ou la séparation; sans cela, deux juridictions différentes auraient pu également statuer et rendre des décisions contradictoires.

Cet article 8 déjouera dorénavant des combinaisons telle que celle de la célèbre affaire de la princesse de Bauffremont ou de l'époux qui, ne pouvant obtenir la dissolution de son mariage en Europe, se rend seul en Amérique, s'y fait naturaliser et divorcer et peut après contracter librement un second mariage, dont plusieurs pays européens sont actuellement obligés de reconnaître la validité.

Article 9. La présente Convention ne s'applique qu'aux demandes en divorce ou en séparation de corps formées dans l'un des Etats contractants, si l'un des plaideurs au moins est le ressortissant d'un de ces Etats.

Aucun Etat ne s'oblige, par la présente Convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant.

Cet article détermine ainsi la portée de la convention d'une manière analogue à celle de l'art. 8 de la convention sur le mariage.

Article 10. La présente Convention, qui ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants, sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.

Il sera dressé de ce dépôt un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à tous les Etats contractants.

Article 11. Les Etats non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.

L'Etat qui désire adhérer notifiera, au plus tard le 31 décembre 1904, son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra des copies, certifiées conformes, par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 12. La présente Convention entrera en vigueur le 60me jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Article 13. La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats contractants.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats.

Cette seconde convention aura pour effet d'assurer la reconnaissance internationale des jugements de divorce sur tout le territoire régi par elle et de faciliter le règlement de juridictions.

III. Convention pour régler les conflits de lois et de juridictions relativement à la tutelle des mineurs.

Il s'agissait ici d'une question qui est, avant tout, de statut personnel; mais il y avait aussi à tenir compte de l'idée de la protection des incapables étrangers par tout Etat. Les dispositions arrêtées en considération de ces données peuvent en définitive se résumer ainsi:

Un mineur, ayant son domicile ou sa résidence habituelle dans un pays étranger, il convient tout d'abord que sa tutelle soit instituée, organisée et exercée conformément à sa loi nationale. Si la loi nationale n'intervient pas, la loi locale y suppléera, réserve faite du droit pour la loi nationale de reprendre, le cas échéant, son rôle.

Ces idées avaient précédemment inspiré l'Institut de droit international. Elles ont aussi guidé les conférences de La Haye, au sein desquelles l'Institut était représenté par plusieurs de ses membres.

Article 1. La tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale.

Article 2. Si la loi nationale n'organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui-ci aurait sa résidence habituelle à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire autorisé par la loi de l'Etat dont le mineur ressortit pourra y pourvoir, conformément à cette loi, si l'Etat de la résidence habituelle du mineur ne s'y oppose pas.

Article 3. Toutefois, la tutelle du mineur ayant sa résidence habituelle à l'étranger s'établit et s'exerce conformément à la loi du lieu, si elle n'est pas ou si elle ne peut pas être constituée conformément aux dispositions de l'article 1er ou de l'article 2.

Article 4. L'existence de la tutelle établie conformément à la disposition de l'article 3 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle par application de l'article 1er ou de l'article 2.

Il sera, le plus tôt possible, donné information de ce fait au Gouvernement de l'Etat où la tutelle a d'abord été organisée. Ce Gouvernement en informera, soit l'autorité qui aurait institué la tutelle, soit, si une telle autorité n'existe pas, le tuteur lui-même.

La législation de l'Etat où l'ancienne tutelle était organisée décide à quel moment cette tutelle cesse dans le cas prévu par le présent article.

Article 5. Dans tous les cas, la tutelle s'ouvre et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur.

Article 6. L'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation.

Cette règle peut recevoir exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Article 7. En attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger seront prises par les autorités locales.

Article 8. Les autorités d'un Etat sur le territoire duquel se trouvera un mineur étranger dont il importera d'établir la tutelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'Etat dont le mineur ressortit.

Les autorités ainsi informées feront connaître le plus tôt possible aux autorités qui auront donné l'avis si la tutelle a été ou si elle sera établie.

Article 9. La présente Convention ne s'applique qu'à la tutelle des mineurs ressortissants d'un des Etats contractants, qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces Etats.

Toutefois, les articles 7 et 8 de la présente Convention s'appliquent à tous les mineurs ressortissants des Etats contractants.

Article 10. La présente Convention, qui ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants, sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.

Il sera dressé de ce dépôt un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à tous les Etats contractants.

Article 11. Les Etats non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.

L'Etat qui désire adhérer notifiera, au plus tard le 31 décembre 1904, son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra des copies, certifiées conformes, par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 12. La présente Convention entrera en vigueur le 60me jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Article 13. La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats contractants.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats.

La règle de l'art. 1 a en vue non seulement le fond du droit, mais aussi les *juridictions* qui auront compétence pour organiser la tutelle, ainsi que les *formes* dans lesquelles ces juridictions devront procéder.

Il y aurait eu cependant à rechercher si une certaine part d'influence ne devrait être laissée aussi dans certains cas à la loi du tuteur. Ainsi, notamment, en cas de divergence avec la loi du mineur, sur les causes de *dispense* de la tutelle.

L'intérêt du tuteur prenant ici une importance prépondérante, on aurait pu écarter la loi du mineur. Il est regrettable que la convention ne se soit pas formellement expliquée sur ce point; des difficultés d'interprétation sont à craindre en présence du texte de l'art. 1.

Notons, d'autre part, que la convention n'a pas prévu le cas de double nationalité. Si donc nous supposons un mineur à la fois par exemple Suisse et Français, les autorités du domicile en France ou en Suisse ne sont pas liées par les termes de la convention.

Cette convention contient en somme, comme on le voit, peu de changements au droit actuellement en vigueur en Suisse (art. 33 de la loi fédérale du 25 juin 1891). Le règlement conventionnel remplacera le règlement autonome.

Telles sont brièvement les quelques observations que nous avions à présenter sur les trois conventions du 12 juin 1902. Il semble que, pour tous ceux qui reconnaissent la nécessité d'une entente internationale sur les questions qu'elles réglémentent et qui ne voudraient pas se laisser influencer par une

intransigeance théorique, la ratification définitive et la mise en vigueur de ces conventions est désirable. Nous ne pouvons oublier qu'une convention conclue entre Etats dont les législations sont sur certains points très-différentes ou même opposées, qui ont dû dès lors se résigner à des concessions mutuelles, ne saurait être comparée à une loi faite pour un pays unique, d'après ses traditions, ses mœurs, sa religion et son génie propre. Une telle convention peut présenter des disparates; mais, si la somme des avantages qu'elle présente pour chaque pays contractant dépasse les quelques sacrifices qu'il a dû y consentir, son but se trouve atteint. Un premier et important jalon se trouve ainsi posé et les imperfections signalées pourront être corrigées par la suite.

Nous croyons que, en Suisse, nous pouvons apprécier mieux qu'ailleurs l'œuvre de conciliation tentée par les conférences de La Haye, Il est clair que, la plupart des Etats de l'Europe continentale acceptant ces conventions, il va y avoir un règlement uniforme des conflits de lois dans des parties importantes du droit international privé; ce qui mettra fin aux regrettables divergences de solutions que l'on a actuellement souvent l'occasion de constater. La mise en vigueur de ces conventions donnera aux tribunaux des différents pays une base certaine et obligatoire pour le règlement des questions qu'elles visent. La portée d'ailleurs de ces conventions sera beaucoup plus considérable que celle de la convention du 14 novembre 1896, qui ne concerne que des questions relativement secondaires de la procédure.

Il est vrai que ces conventions consacrent la norme de la loi nationale, qui pourrait se heurter en Suisse à certaines préventions. Mais, il importe de remarquer que le principe de la loi nationale règne aujourd'hui dans presque tous les Etats de l'Europe continentale.[1]) La règle de la loi du domicile perd de plus en plus du terrain; elle commence à fléchir

---

[1]) L'art. 10 3° de la loi fédérale suisse sur la capacité civile (22 juin 1881) est une anomalie, qui a été sévèrement jugée, et qu'il serait, croyons-nous, regrettable de voir définitivement admise dans le Code civil.

même dans les pays scandinaves, un de ses derniers refuges. Remarquons, d'autre part, qu'il y a sur le territoire des Etats contractants un nombre de Suisses assez considérable. Or, si la Suisse s'engage à traiter sur son territoire les étrangers conformément à leur loi nationale, elle obtient en même temps la garantie qu'un grand nombre de ses ressortissants serait traité à l'étranger conformément au droit suisse, ce qui est une compensation très acceptable.

La présentation de ce travail est accueillie par les applaudissements unanimes de l'assemblée. Le président se fait l'interprète des sentiments de l'assemblée en témoignant sa vive reconnaissance à M. le Prof. Kebedgy pour les très intéressantes communications de ce dernier.

V.

Als neue Mitglieder werden in den Verein aufgenommen die Herren:

36. *Edouard Moret,* notaire, Lausanne,
37. *Lucien Rochat*, notaire, Lausanne.

VI.

Der Präsident macht folgende Mitteilungen:

1. Hr. Dr. Hafter, Privatdozent in Zürich, hat eine Einladung an die den 9./10. Oktober 1903 in Zürich stattfindende Jahresversammlung der Schweizerischen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung übermittelt. Der Präsident verdankt die Einladung und gibt dem Wunsche Ausdruck, dass die Mitglieder des Juristenvereins derselben zahlreich Folge leisten werden.

2. Die Eingabe des Malers Pio Petrini in Lausanne, in der sich dieser gegen die Justizbehörden des Kantons Genf beschwert und vom Juristenverein Abhilfe verlangt, wird wegen Inkompetenz ad acta gelegt.

VII.

Der Präsident erinnert daran, dass anlässlich der letztjährigen Versammlung in Sarnen die Bewerbung Altdorfs um den Juristentag von 1904 in Aussicht gestellt wurde. Da aber eine Bestätigung dieser Bewerbung nicht eingetroffen ist und der Kanton Uri an die diesjährige Versammlung keinen Vertreter entsandt hat, beantragt der Präsident, dem Vorstand den Auftrag zu erteilen, weitere Unterhandlungen zu pflegen, und den Vorstand zu ermächtigen, je nach dem Resultat derselben den Versammlungsort zu bestimmen.

Die Versammlung erklärt sich damit einverstanden.

Der Präsident verdankt schliesslich nochmals den Referenten und Korreferenten ihre trefflichen Arbeiten und dankt der Versammlung für die von ihr bewiesene Ausdauer.

Schluss der Sitzung 1 Uhr.

Lausanne, den 22. September 1903.

Im Namen der Generalversammlung,

Der Präsident:

Dr. **Leo Weber.**

Die Sekretäre:

Hans Kaufmann. **Raoul Houriet.**