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: 23 (1904)

Rubrik: Protokoll der 42. 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: 21.08.2025

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

Tagesordnung

für die

ordentliche Generalversammlung des Schweiz. Juristenvereins von 1904 in Chaux-de-Fonds.

Montag den 22. August:

1. Ansprache des Präsidenten.
2. Wahl der Stimmenzähler und der Sekretäre.
3. Nennung der neuen Mitglieder.
4. Bezeichnung der Rechnungsrevisoren.
5. Diskussionsthema: **Die Revision des schweizerischen Aktiengesellschaftsrechtes.** Referent: Dr. *Louis Rehfous,* Professor und Advokat, in Genf. Korreferent: Dr. *Oscar v. Waldkirch,* Mitglied des Direktoriums der Eidgenössischen Bank (A.-G.), in Zürich.
6. Verschiedene Mitteilungen und Kreditbegehren.

Dienstag den 23. August:

1. Vorlage der Jahresrechnung und Bericht der Revisoren.
2. Bericht des Preisgerichts über die eingelangte Konkurrenzarbeit.
3. Bericht der Kommission der schweizerischen Rechtsquellen.
4. Diskussionsthema: **Die Umgestaltung des schweizerischen Wechselrechtes im Hinblick auf ein einheitliches internationales Wechselrecht.** Referent: Dr. *Carl Wieland,* Professor, in Basel. Korreferenten: 1. Dr. *Eduard Béguelin,* Professor und Advokat, in Neuenburg; 2. Dr. *Giuseppe Berta,* Professor an der Handelsakademie in St. Gallen.
5. Wahl des Vereinspräsidenten und der übrigen Mitglieder des Vorstandes.
6. Bestimmung des Ortes der nächsten Generalversammlung.

Protokoll

der

42. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

abgehalten

am 22. und 23. August 1904 in La Chaux-de-Fonds.

Verhandlungen vom 22. August 1904

Beginn der Sitzung Vormittags 8 Uhr.

I.

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

Verehrte Kollegen!

Wenn wir alljährlich ausziehen an einen neuen Sammelort, um in freundschaftlichem Vereine Gedankenaustausch zu pflegen, so bietet es uns jeweilen ein besonderes Interesse, in dem Charakter der Bevölkerung, in deren Mitte wir uns begeben, etwas von der treibenden Kraft zu erkennen, die des Landes Geschichte hervorgebracht hat. So auch heute wieder, wo wir in Neuenburgs altberühmtem „grossen Dorfe," das durch den Eifer und Fleiss, die Rührigkeit und Sparsamkeit seiner Bewohner zur glänzenden Industriestadt sich ausgewachsen hat, uns vereinigen.

Wir würden unserem Berufe wenig Ehre machen, wollten wir an unseren Jahresversammlungen im gemeinen Sinne des Wortes „politisieren." Dagegen steht es uns wohl an und ist unser natürliches Berufsrecht, etwa in der Betrachtung der politischen Geschichte des Kantons, in dem wir tagen, einige Augenblicke zu verweilen oder an Erscheinungen seines gegenwärtigen öffentlichen Lebens, die für die Zukunft des Landes bedeutungsvoll sein können, nicht stillschweigend vorüberzugehen.

La Chaux-de-Fonds! Mit diesem Namen verknüpft sich ein politischer Gedanke — der Gedanke des neuenburgischen Republikanismus. Hier hatten, seit der grossen französischen Revolution und insbesondere von Beginn der Dreissiger Jahre des vorigen Jahrhunderts an, die Bestrebungen zur Republikanisierung des Kantons ihren Ausgangs- und Mittelpunkt; La Chaux-de-Fonds war „le boulevard de la République.“ Bekanntlich gibt es kein jus revolutionis. Und doch! Wer von uns möchte jene Aufstände, die zu dem Ziele geführt haben, dass Neuenburg ein wirkliches, unveräusserliches, republikanisches Glied der schweizerischen Eidgenossenschaft geworden ist, als ein rechtloses Vorgehen verdammen?

Wir sind heute in der Lage, die Staatsgeschichte Neuenburgs mit aller Ruhe des Gemütes betrachten zu können, und wir verdenken es dem deutschen Staatsrechtslehrer[1]) nicht, wenn er gegen den „rohen unhistorischen Nivellierungsgeist“ eifert, „welcher sich den Staat schablonenmässig konstruiert und sich ein Fürstentum Neuenburg im engen Bunde mit Republiken nicht denken kann.“ Bloss das Recht eines schüchternen Zweifels nehmen wir uns heraus, wenn der Gelehrte von seiner Studierstube aus in den Institutionen des helvetischen Bundesgliedes mit monarchischer Spitze nur „die Arbeit des Geistes der Nation seit Jahrhunderten,“ nichts willkürlich Erzeugtes sieht; und wenn er im Studium der Verfassung und der Staatsgeschichte des kleinen Fürstentums ein ähnliches Interesse befriedigt findet, wie in der Betrachtung der Einrichtungen des meerbeherrschenden, mächtigen britischen Königreiches, so möchten wir darüber mit ihm erst recht nicht streiten. Es fehlt uns heute freilich, da wir auch als Juristen Kinder unserer Zeit und Angehörige einer lebendigen Nation sind, der rechte Sinn für einen Richterspruch, durch welchen wie in dem 1707 zu Gunsten des Hauses Brandenburg entschiedenen grossen

---

[1]) Hermann J. F. Schulze; s. dessen Schrift: Die staatsrechtliche Stellung des Fürstentums Neuenburg in ihrer geschichtlichen Entwickelung und gegenwärtigen Bedeutung. — Jena 1854.

Prozesse ohne Befragung des Volkes — nach einer in civilprozessualer Form geführten Verhandlung, „wie Privatpersonen um eine gewöhnliche Erbschaft prozessieren," — die Souveränität des Landes einem unter mehreren (damals 15) Prätendenten zuerkannt wird.[1]) Aber unhistorisch und ungerecht wäre es, wenn wir dabei nicht an die Geschichte anderer Staaten, insbesondere auch der aristokratisch regierten Schweizerkantone, dächten und zugestehen wollten, dass sie vielfach durch privatrechtliches Geschäft ihr Gebiet erworben und ihre Souveränität begründet haben, dass überhaupt die Souveränität des Volkes doch erst im letzten Jahrhundert die Grundlage des schweizerischen Staatsrechts geworden ist.

Ferne liegt es uns daher, über die staatsrechtliche Entwickelung Neuenburgs ein abschätziges Urteil zu fällen, und auch über jene Angehörigen des Landes, die an der überlieferten Staatsform offen und treu festhielten, bis sie in formal unanfechtbarer Weise aufgelöst war, brechen wir keineswegs den Stab. Wir sind zu gute Juristen, um nicht zu wissen, dass in Fragen des Rechts, zumal des öffentlichen Rechts, die Meinungen der Menschen von jeher auseinander gegangen sind, und dass „die Meinungsverschiedenheit jeweilen so festgewurzelt ist, dass in gutem Glauben eine Partei der andern den schwersten Rechtsbruch und die Zerstörung alles Rechts vorwirft, während diese hinwieder überzeugt ist, für das wahre Recht gegen herkömmliches Unrecht zu streiten" (Bluntschli). Wir wissen aber auch, dass wenn alte Lebensformen mit neuem Lebensinhalt zusammenstossen, ein Bruch des formalen Rechts eintreten muss, soll das Volk, der Staat, nicht untergehen, und dass in solcher Lebenskrisis die gewaltsame Selbsthilfe, die Revolution, sich oft als der einzige — wenn auch immer gefährliche — Weg erweist, um aus einem krankhaften Zustande herauszukommen. Unter den Neueren hat meines Wissens keiner dies mit solcher Klarheit und Sicherheit ausgesprochen wie *Rudolf Stammler* in seiner Schätze tiefgründiger Wahrheit bergenden sozialphilosophischen Unter-

---

[1]) Schulze a. a. O. S. IX u. ff.; 113 u. ff.

suchung über „Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung.“ [1]) „Die Weltgeschichte,“ sagt er, „hat sich nach unserer Erfahrung allezeit in subjektiv bedingtem Drängen und Streben und in Zielverfolgungen verwirklicht, welche in ihrer tatsächlichen nackten Wirklichkeit in Kämpfen und Siegen von Personen, Parteien, Klassen, Völkern ohne Rest aufgehen..... Auch das durch Gewalt entstandene Recht ist Recht, noch ehe es im allgemeinen Volksbewusstsein sich festgesetzt hat..... Es ist eine zweifellose Tatsache, dass durch Revolution und ihr entsprechende Schritte Recht eingeführt wurde, welches von anderm Rechte sich nicht unterschied, obgleich es in Wirklichkeit an allgemeiner Billigung fehlte und eine Minderheit etwa am alten Rechte noch festhielt..... Es gibt für jeden Rechtssatz nur eine temporäre Heiligkeit.“

Diese Wandelbarkeit des menschlichen Rechtes muss oft zu tragischen Konflikten führen, so namentlich in den Zeiten, welche Henri Druey (in einem Briefe an die provisorische Regierung in Neuenburg vom 7. März 1848) mit den treffenden Worten charakterisiert hat: „A de pareilles époques la statue de la „Légalité“ est voilée.“ Ein tiefgehender verhängnisvoller Zwiespalt der Meinungen und Gefühle wird in solcher Zeit die Bevölkerung durchschneiden. Es besteht einer jener Konflikte, bei welchen, wie Stammler (a. a. O.) sagt, die praktische Durchführung des Rechts — in unserm Falle neuen Rechts — im Kampfe steht mit edler Gesinnung und gutem Willen, so mit der Satzung jenes nicht in Einklang zu bringen sind.

In welcher Richtlinie die Entwickelung des neuenburgischen Staatswesens naturgemäss vor sich gehen musste, wird heute keinem mehr zweifelhaft sein; es konnte nur in der Richtung des unbeschränkten politischen Selbstbestimmungsrechtes, der Souveränität, des Volkes, und in der vollständigen Eingliederung des Kantons in den republikanischen schweizerischen Bundesstaat, in seiner unauflöslichen Vereinigung mit dem

---

[1]) Stammler a. a. O. S. 461; 506 ff.; 521. (Leipzig 1896.)

natürlichen Vaterlande geschehen. Eine Verfassung mit monarchischer Spitze war damit schlechterdings unvereinbar. Keine Liebe zu historisch gegebenen Staatsformen, keine publizistische Liebhaberei kann darüber hinweghelfen. Es war nicht eine bloss politische Kundgebung, sondern ein auf dem festen Boden des Rechtes fussender Satz, wenn der neuenburgische Grosse Rat am 27. September 1856 an den Schweizerischen Bundesrat schrieb: „Nous repoussons et repousserons toujours, comme la Confédération le fera elle-même, toutes prétentions qui auraient pour but de rétablir un ordre de choses que le peuple a répudié en 1848, en vertu du droit qu'a tout peuple de choisir la forme de gouvernement qui convient le mieux à ses instincts et à son bonheur."

La Chaux-de-fonds ist aber noch etwas mehr als der Mittelpunkt, die Seele des neuenburgischen Republikanismus — es ist auch eine Stätte der Arbeit. Seit 1400, rings um ein Jagdhaus der Herren von Valangin, zu dem sich ein Jahrhundert später eine dem Patron der Jäger, Sankt Hubertus, geweihte Kapelle gesellte, ist nach und nach das einzigartige „grosse Dorf" entstanden, dessen Einwohnerzahl im Jahre 1656 ungefähr tausend betrug, heute den vierzigtausend sich nähert. Seit dem Ende des 17. Jahrhunderts hat sich in diesen Tälern die Uhrenindustrie eingebürgert, als deren Begründer der geniale Daniel Jean Richard aus La Sagne gilt. Im Jahre 1800 waren es 1384, im Jahre 1901 7518 Einwohner von La Chaux-de-fonds, die sich dieser Industrie widmeten; auf dem Platze Chaux-de-fonds allein vollzieht sich alljährlich im Uhrengeschäft ein Wertumsatz von mehr als 72 Millionen Franken; in anderen Berufsarten waren im Jahre 1800 nicht mehr als 904 Einwohner betätigt, 1901 aber 10,824.

Und doch, auch dieser arbeitsreiche und arbeitsfreudige Ort musste in letzter Zeit sein soziales Leben infolge von Zwistigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern in Betreff der Bedingungen der Arbeit beunruhigt sehen. In uns Juristen wird jeweilen bei der Betrachtung solcher Krankheitssymptome am sozialen Körper ein Gefühl innerer Beklemmung hervorgerufen. Manch einer von uns mag in den letzten Wochen im Stillen die

Frage sich gestellt haben: Wäre es nicht angemessener, als freiwillige Richter nach La Chaux-de-fonds zu gehen, zur Schlichtung von Hader und Streit, statt zu theoretischen Diskussionen und zu Lust und Freud?! Wenn wir in solcher Zeit und auf solchem Grund und Boden über Reform des Aktienrechts und des Wechselrechts diskutieren, gemahnen wir da nicht an Leute, die in aussichtsreicher, von grünem Laub umsponnener Veranda gemütlich plaudernd zukunftsfrohe Pläne schmieden, indes das Haus in seinem Grunde wankt und vielleicht im nächsten Augenblicke zusammenstürzt? — Wozu tragen wir den Namen Juristen, wenn wir nicht in schwerer Zeit das Recht finden und setzen können, dem sich Alle willig beugen? —

Das können wir nicht. Wohl finden wir das Recht, welches in den als rechtskräftig erklärten Satzungen der Staatsverfassung und der Gesetzbücher enthalten ist, und wir können es auch aussprechen. Aber zum Glauben an seine Heiligkeit vermögen wir die nicht zu zwingen, die diesen Glauben verloren oder niemals besessen haben, denen die gegenwärtige Rechtsordnung ein auf die Macht des Besitzes, auf den Egoismus des Individuums gegründetes System des Unrechts ist. Die Führer der sozialistischen Bewegung wollen an die Stelle des gegenwärtigen Staates einen andern setzen, an die Stelle des „individualistischen Machtstaates" den „volkstümlichen Arbeitsstaat" (ich gebrauche die von dem Wiener Professor *Anton Menger,* welcher der Bewegung freundlich gesinnt ist, gewählten Bezeichnungen.[1]) In dem volkstümlichen Arbeitsstaat sollen die Produktionsmittel der Allgemeinheit gehören, für jeden einzelnen die Arbeitspflicht bestehen und einem jeden die Lebensgenüsse nach Massgabe seiner Arbeitsleistung zu teil werden. Wie es bei allen Parteien vorkommt, scheiden sich auch die Anhänger dieser Partei je nach ihrem Temperament in Gruppen aus, in die Freunde der manière forte und die der manière douce, indem die einen ein entschieden revolutionäres Vorgehen gegenüber

---

[1]) Anton Menger. Neue Staatslehre. Jena 1903.

der bestehenden Rechtsordnung fordern, die andern einer mehr reformatorischen Tätigkeit zur mähligen Ueberleitung der gegenwärtigen Verhältnisse in den neuen Staat sich zuneigen. Jedoch so ziemlich allgemein verbreitet unter ihnen ist die Meinung, dass der Partei zur Durchführung ihrer Aktionen behufs ökonomischer Besserstellung der Genossen eine von militärischer Gewalt nicht verschiedene Herrschaft über alle Berufsgenossen zustehe, dass die Partei dem Einzelnen zu befehlen habe, ob, wann und zu welchen Bedingungen er arbeiten dürfe. In dieser Bewegungsfreiheit will die Partei durch keine Machtmittel des Staates gehemmt werden, obgleich doch offensichtlich ein solches Vorgehen gegen einen geltenden fundamentalen Rechtsgrundsatz verstösst, und sie protestiert gegen den Gebrauch von Machtmitteln des Staates auch dann, wenn diese, wie es sich gebührt, innerhalb der Grenzen des absolut Notwendigen angewendet werden, um der Rechtsordnung gemäss die Freiheit Aller, die Rechtsgleichheit, zu wahren. Es fehlt eben auf der einen Seite der Beteiligten der Respekt vor dem geltenden Rechte; ja, diese Respektlosigkeit steigert sich bei einigen bereits bis zur Verweigerung des militärischen Gehorsams gegenüber dem Staate. Da kann der Jurist, dem das Recht während seiner Geltung eine unverletzbare Norm ist, eine beide Teile befriedigende Formel nicht finden. Aber seine Pflicht ist es, mit objektivem Geiste zu erwägen, ob das nach Geltung ringende Neue nicht vielleicht doch dem Alten vorzuziehen sei, und wenn dies zu bejahen wäre, das Seinige beizutragen zu einer Reform ohne Gewalttat, mit schonender Rücksicht auf die vorhandenen rechtlich anerkannten Interessen, aber mit der entschiedenen Tendenz, in neue Bahnen einzulenken.

Der „volkstümliche Arbeitsstaat“ — ich vertraue mich der Führung Anton Mengers an — verfolgt den Zweck, die geistige und körperliche Arbeit der Staatsgenossen und die Verteilung der durch diese hervorgebrachten Güter im Interesse des gesamten Volkes zu „organisieren.“ Durch die neue Ordnung soll die individuelle politische und ökonomische Freiheit der Bürger eine wesentliche Steigerung erfahren.

Die ökonomische Gleichheit freilich werde nach wie vor ein Ideal bleiben, das nur in entfernter Annäherung verwirklicht werden kann; denn auch im „volkstümlichen Arbeitsstaate" werden sich immer Gegensätze finden, welche eine wirtschaftliche Gleichstellung aller Staatsbürger unmöglich machen; namentlich werde der Gegensatz zwischen „Verwaltenden und Verwalteten" im „volkstümlichen Arbeitsstaat" in noch schärferer Form hervortreten, als in der heutigen Gesellschaftsordnung, und die Organe des neuen Staates werden eine grosse Selbstbeherrschung bewähren müssen, damit nicht „diese Staatsform ihre grossen wirtschaftlichen Befugnisse ebenso zur Fesselung des Individuums missbrauche, wie der heutige individualistische Machtstaat seine politische Uebermacht." Ueberhaupt setze die vollständige Durchführung des Programms der sozialen Bewegung, wozu voraussichtlich Jahrhunderte notwendig sein werden, eine rechtliche und sittliche Wiedergeburt der Menschheit voraus.

Also: Befreiung des Individuums von den es bedrückenden politischen und ökonomischen Fesseln bei rechtlicher und sittlicher Wiedergeburt des ganzen Volkes, das wäre das erstrebte Ziel.

Wir haben kein anderes Ziel. Eine Gemeinschaft freier Individuen, in der sich jeder eines menschenwürdigen Daseins freut, ist auch unser Ideal. Wohl wissen wir, dass viele in ökonomischer Abhängigkeit leben. Ein solches Verhältnis raubt dem Individuum die Freiheit der Entschliessung und Bewegung in höherem oder geringerem Grade. Es wird aber niemals eine Gesellschaftsordnung geben, in der nicht der eine vom andern mehr oder weniger abhängt, solange die Fähigkeiten der Menschen und ihr Geschick, sich das Leben und die Mitmenschen dienstbar zu machen, verschieden bleiben. Ebenso wird jederzeit Ungleichheit in den Besitzesverhältnissen zu Tage treten. Das ist keine notwendige Folge der gegenwärtigen Rechtsordnung, sondern eine aus der Verschiedenartigkeit der menschlichen Natur hervorgehende Erscheinung. Dagegen ist zuzugeben, dass auch in heutiger Zeit grelle Ungleichheiten vorkommen, die als Auswüchse den sozialen Körper ver-

unstalten und daher weggeschnitten werden sollten. Der Besitz ist nicht an sich etwas achtenswertes; er wird es nur durch rechtliche Legitimation nach Ursprung und Bestimmung. Und so haben wir denn auch vor dem Privateigentum nur insoweit einen eigentlichen Respekt, als es durch ethische Momente (Erwerb durch Arbeit oder vermöge der Familienzusammengehörigkeit; Verwendung in der Arbeit und zur Unterhaltung der Familie oder für Zwecke der Pietät, Wohltätigkeit und Gemeinnützigkeit) innerlich gerechtfertigt erscheint, — ein deutlicher Fingerzeig, welchen Weg das Recht, wenn es das Privateigentum schützt, zu gehen hat. Der Beschlagnahme des Privateigentums zu Gunsten der Allgemeinheit, die wir Besteuerung zu nennen pflegen, ist dieser Gesichtspunkt durchaus nicht fremd. Er lag auch dem vom Redaktor eines schweizerischen Civilgesetzbuches vorgeschlagenen Erbrecht des Gemeinwesens, für das wir leider noch nicht reif zu sein scheinen, zu Grunde. Füllen wir unsere Rechtsinstitute mit sittlichem Gehalt, sonst sind sie verdienterweise dem Untergang geweiht. Nicht den subjektiven Wünschen und Begierden Einzelner hat die Rechtsordnung zu dienen, sondern der Wohlfahrt des ganzen Volkes. Aber wer so nach einer gerechteren Besitzverteilung strebt, soll sich davor hüten, den Teufel mit Beelzebub auszutreiben. Wollen wir erreichen, dass jeder einzelne sich selbst angehören kann, so dürfen wir nicht damit beginnen, dass wir ihm die Freiheit zu arbeiten nehmen. Solange die Rechtsordnung ein individuelles Freiheitsrecht anerkennt, darf es nicht angetastet werden, auch dann nicht, wenn dies als Kampfmittel zur Erreichung von Parteizwecken diensam erscheinen mag. Wir sind nun aber keineswegs gewillt, die höchsten politischen Errungenschaften, die wertvollsten Früchte unserer verfassungsrechtlichen Entwickelung solchen Ansprüchen preiszugeben. Auf beiden Seiten werden wir mit der gleichen Strenge auch die genaue Einhaltung der mit der Dienstmiete verbundenen gesetzlichen und vertragsmässigen Pflichten fordern.

Dass die äusseren Lebensverhältnisse einen grossen Einfluss auf die Bildung des Individuums ausüben, ist unbestreitbar. Immerhin scheinen die Führer der sozialistischen Be-

wegung, in Verkennung der Natur des Menschen, von der materiellen Besserstellung des Einzelnen sich zuviel für dessen geistige und sittliche Befreiung und Veredelung zu versprechen. Das Individuum wird nicht dadurch emancipiert, dass man ihm die Befriedigung seiner subjektiven Bedürfnisse und Begierden möglichst leicht macht. Der alte Satz „Per aspera ad astra“ wird ewig eine Wahrheit bleiben. Die Höhe der Freiheit muss wie jede andere erklommen werden. Nicht die von der Allgemeinheit verhätschelten, auf Schritt und Tritt bewachten und beschützten Individuen sind die Freien, sondern die, so durch die harte Schule des Lebens gegangen sind. Und auch nur in diesen erwächst der Sinn, welcher den Einzelnen zur Hingebung an die Allgemeinheit fähig macht, in ihm den schlechten Egoismus, das bloss subjektive Interesse zurückdrängt und ihn für das berechtigte Ziel des andern aufkommen lässt — Einer für Alle und Alle für Einen. Durch sich selbst geworden und in sich gefestigt sind die Individuen, die sich achten und lieben und für einander Opfer bringen.

Wir können unsere gegenwärtige Rechtsordnung in mancher Richtung verbessern im Sinne der Befreiung des Einzelnen von ökonomischen Fesseln und der Fürsorge für die Besitzlosen und Hilfsbedürftigen. In der Inanspruchnahme der ökonomischen Kräfte der Besitzenden für die Zwecke der Allgemeinheit darf füglich noch weiter gegangen werden; insbesondere wären empfindliche Zuschlagstaxen gegen arbeitsfähige Faulenzer höchst empfehlenswert; das Gezücht der Pflastertreter und Spielbankclienten auf diesem Wege zu dezimieren, schiene mir eine würdige Aufgabe der Rechtsordnung. Die Rechtsformen, im materiellen Civilrecht wie im Prozessverfahren, sollen vereinfacht, allgemein verständlich gemacht und so gestaltet werden, dass das Publikum in deren Gebrauch sich leicht zurechtfindet und nicht etwa unverschuldet noch zu Schaden kommt; die Rechtsinstitute sollen möglichst vielen zugänglich sein, so z. B. die Mittel und Wege der Kreditbeschaffung. Ohne auf Schlagworte wie „individualistischer Machtstaat“ und „volkstümlicher Arbeitsstaat“ viel zu geben, kann man mit manchem, was Menger anregt, sich einverstanden

erklären. Vorab mit einer gesetzlich statuierten allgemeinen Arbeitspflicht. „Was du ererbt von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu besitzen.“ Ja, mir würde nicht einmal vor einer Ablösung des „Grossbesitzes“ zu Gunsten der Allgemeinheit grauen, wenn sie sich auf einen Grossbesitz beschränkte, der nicht dem allgemeinen Nutzen dient. Aber ein wahres Grauen befällt mich vor einem Staate, in dem es nur noch Verwaltende und Verwaltete geben würde, die Einzelnen in Arbeitskategorien eingereiht und die Arbeitsleistungen durch amtliche Taxatoren (Preisrichter) gewertet und belohnt werden sollten. Einmal wäre die Verwaltung eines solchen Staates eine Aufgabe, zu deren richtiger Lösung es eines Heeres von Beamten mit übermenschlichem Scharfblick und Gerechtigkeitssinn bedürfte. Und dann frage ich: Wo bliebe da die individuelle Initiative und Unternehmungslust, die Freiheit des Individuums? Wo der durch die freie Konkurrenz erzeugte Ansporn zur Tätigkeit? Einem staatlichen Rekrutierungs- und Taxationssystem dieser Art wäre m. E. die schrankenloseste Konkurrenz der Produktion und der so vielgeschmähte Büreaukratismus des heutigen Staates weitaus vorzuziehen.

Mit Rudolf Stammler (a. a. O. S. 575 ff.) sage ich: Die Freiheit ersteht, gedeiht und wächst nur im Schosse einer Gemeinschaft, die aus frei wollenden, d. h. von bloss subjektiv begründeten Begehren freien Menschen besteht, einer Gemeinschaft, in welcher unter äusseren Regeln menschlichen Zusammenlebens der eine die objektiv begründeten Zwecke des andern achtet, weil er sie als die seinigen betrachtet, und beide aus freiem Willen gemeinsam den Kampf des Lebens bestehen, indem der eine sein Verhalten gegenüber dem andern so gestaltet, dass jedem seine Selbständigkeit bleibt. „So steigt die Idee einer Gemeinschaft freiwollender Menschen helfend und lindernd zum Getümmel der widerstreitenden Interessen.“ (*Rudolf Stammler* in seinem Buche „Die Lehre von dem richtigen Rechte.“ Berlin 1902, S. 331 ff.)

Liebe deinen Nächsten wie dich selbst! Bald werden zweitausend Jahre verflossen sein, seit der grösste und edelste Menschenfreund, den die Erde je getragen hat und tragen

wird, dieses Gebot verkündet und darin das ganze Gesetz eingeschlossen hat. Religion und Moral sind mit dem Rechte nicht zu vermengen; denn dieses stellt für das Verhalten der Menschen zwingende Vorschriften auf, jene aber enthalten nicht zwangsweise durchführbare Gebote. Aber festzustellen ist doch, dass bis in unsere Tage Ausgangs- und Zielpunkt einer auf die Freiheit des Individuums gerichteten Rechtsordnung jenes christliche Gebot geblieben ist. Suum cuique! So lautet das in die Rechtssprache übersetzte Gebot der Nächstenliebe, der Gleichsetzung des andern mit dem eigenen Ich.

In der ernstschönen Hauptstadt des Kantons Neuenburg finden sich im Treppenhaus des Kunstmuseums drei in ihrer Art einzige Wandgemälde, die *Paul Robert*, ein ruhmreicher Sohn von La Chaux-de-fonds, erdacht und geschaffen hat, um dem Beschauer das geistige, ländliche und industrielle Leben seines Heimatkantons vor Augen zu führen. In dem dritten spielt sich in einer weiten Halle das industrielle Arbeitsleben der Neuenburger Berge ab: das emsige Schaffen im Kampfe um das Dasein, mit den dornigen Problemen der Konkurrenz und der Lohnverhältnisse. Durch die breiten Fenster der Halle erblickt man das „grosse Dorf“ mit seinen Kirchtürmen und seinen hohen Häusern, den Wohnstätten eines arbeitsamen Volkes. Ein Sonnenstrahl beleuchtet eine Gruppe von Arbeitern, die ruhig und ernst die Interessen ihrer Gewerkschaft beraten, der eine wie im Nachsinnen über das soziale Rätsel verloren. Und diese irdische Szenerie überschweben in lichten Himmelshöhen zwei grosse Gestalten, die eine der Vollstrecker des göttlichen Zornes, mit der Posaune des Gerichts, die andere der Engel der Gerechtigkeit, das Schwert aus der Scheide gezogen und neben sich die Wage der Ewigkeit. Die Schale der göttlichen Milde sinkt, die andere Schale steigt; ein Kind flüstert dem Engel des Gerichts ins Ohr, dass ein Verdammungsurteil nicht gesprochen wird. „Le problème social résolu par la justice divine,“ so deutet in geistvoller Ausführung Philipp Godet den Gedanken des Künstlers; er geht dahin, dass es dem Menschen nicht zur Schuld angerechnet

werden könne, wenn ihm die einer höhern, überirdischen Instanz vorbehaltene Lösung des sozialen Problems nicht gelingen will.

„Die soziale Frage kann nicht gelöst werden!“ hat Rudolf Stammler ausgerufen; „denn das hiesse eine Verwirklichung des sozialen Ideales erschaffen.“ Statt dieser unlösbaren Aufgabe setzt er als Postulat die Idealisierung des empirisch erwachsenden Wollens und Strebens.

Der Künstler und der Jurist sind im Denken und im Schauen auf einem Punkte zusammengetroffen.

Und wir gesellen uns zu ihnen. Guten Willens und furchtlos fahren wir fort, uns strebend zu bemühen, den schweizerischen Rechtsbau zu verbessern und zu erweitern, und wir hoffen, dass man von uns werde sagen können, wir hätten nicht bloss gewusst, dass der Zweck des Rechts und des Staates das Wohl des ganzen Volkes sei, sondern auch darnach gehandelt. In diesem Sinne freuen wir uns der Tatsache, dass mit Botschaft vom 28. Mai 1904 der Bundesrat der Bundesversammlung einen Gesetzesentwurf vorgelegt hat, der das **Schweizerische Civilgesetzbuch** enthält.

* * *

Auch das letzte Jahr hat uns wieder schmerzolle Verluste gebracht. Manch' einer ist aus unseren Reihen geschieden.

Ich nenne den kraftvollen, ehrenfesten Basler *Wilhelm Lichtenhahn*, der während einem halben Jahrhundert des Amtes eines Notars in mustergültiger Weise waltete; den trefflichen, in der Blüte der Jahre von tückischer Krankheit dahingerafften basellandschaftlichen Obergerichtspräsidenten *Erwin Tanner*.

Die edlen Tessiner *Filippo* und *Rodolfo Bonzanigo*, Vater und Sohn, sind, der erste am 20. Januar im Alter von 64 Jahren, der andere am 3. März, 37 Jahre alt, dem Lande entrissen worden. Zu ihren Ehren will ich hier wiederholen, was Dr. Stefano Gabuzzi in seiner Zeitschrift „Repertorio di Giurisprudenza Patria“ über sie geschrieben hat: „Advokat Filippo Bonzanigo, ein einsichtsvoller Mann von edlem Charakter, der

in der Verwaltung hoher Staatsämter durch massvolle Haltung und sicheres, ruhiges Urteil eine Zierde der Republik gewesen war, hinterliess den Sohn Rodolfo auf dem Schmerzenslager, seit langem schon von grausamer Krankheit bedroht. Das Land sah in Rodolfo einen der feinsten Köpfe (una mente elettissima) und eine aussergewöhnliche Arbeitskraft scheiden. Er begann seine Studien in Zürich und vollendete sie in Pisa, wo er mit einer glänzend geschriebenen Dissertation über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder die Würde eines Doktors der Rechte sich erwarb. Ein Jahr darauf bearbeitete er die von unserm Vereine ausgeschriebene Preisaufgabe über die Actio Pauliana im schweizerischen Bundesrechte. Seine Arbeit wurde preisgekrönt. Ein in Civil- wie in Strafrechtssachen vielgesuchter Anwalt entfremdete er sich doch nicht der Wissenschaft, und ganz besonders wandte er den Vorarbeiten zu einem schweizerischen Strafgesetze und Civilgesetze seine Aufmerksamkeit zu. Im Repertorio von 1901 veröffentlichte er eine Studie über das Erbrecht nach dem schweizerischen Vorentwurf, welche beweist, wie wertvoll seine Kraft für die Einführung der eidgenössischen Gesetzgebung im Kanton Tessin gewesen wäre."

Im Wallis haben wir den geschätzten Einleitungsrichter *Fabien Moos* (Hérens) und den energischen, charaktervollen Regierungsstatthalter und Nationalrat *Alfred Perrig* (Brig), in Genf den 1871 durch die Commune aus Paris vertriebenen temperamentvollen Advokaten *Léon Guinand,* in der Waadt den liebenswürdigen, nach menschlicher Voraussicht als reichbegabter Sohn eines der hervorragendsten und ältesten Mitglieder des waadtländischen Barreau einer glänzenden Zukunft sichern Dr. *Charles Berdez* verloren. Berdez hat vor drei Jahren am Juristentage in Zug als Korreferent über die Revision der eidgenössischen Haftpflichtgesetzgebung von gründlicher Sachkenntnis Zeugnis abgelegt. Im Gebiete des Versicherungsrechts zumal stand ihm ein reiches Wissen zu Gebote. Der Hingang eines dreiunddreissigjährigen, mit den Eigenschaften von Charles Berdez gezierten Mannes bereitet tiefen Schmerz. Dem würdigen Vater entbieten wir die Versicherung herzlicher Mittrauer.

Ebenfalls in Lausanne ist letzten Winter nach beinahe dreissigjähriger Wirksamkeit am obersten Gerichtshofe der Schweiz der Solothurner *Joseph Bläsi* zur Erde bestattet worden. Ihm war es vergönnt, seinen praktischen, klaren Verstand während mehr als 40 Jahren in kantonaler und eidgenössischer richterlicher Tätigkeit zur Geltung zu bringen. Er war ein durch und durch gerecht denkender Richter. Auch in künstlerischer Richtung war Bläsi begabt. Seinen offenen, jovialen Sinn hat er sich bis ans Lebensende bewahrt.

Im Kanton Bern haben wir den Tod von Notar *Rudolf Dällenbach* zu verzeichnen, des Amtsschaffners und Gemeindekassiers in Burgdorf, der nach einem arbeitsreichen Leben zu früh für das Gemeinwesen dahingehen musste.

Im Kanton St. Gallen sind *Karl Josef Ignaz von Sartory* und *Gustav Eigenmann* gestorben, ersterer während 30 Jahren Vermittler in der Gemeinde Tablat, ein braver, auch in der Gemeindeverwaltung vielfach tätiger Beamter, letzterer ein scharfsinniger Kopf, zuletzt Konkursbeamter, bei einem Uebermass von Arbeit schwerer Krankheit im besten Mannesalter erliegend.

Stets bei uns freudig willkommen geheissen, wenn er auch nur selten zu den Tagungen des Juristenvereins sich einfinden konnte, war Minister Dr. *Arnold Roth,* den der Tod in der Nacht vom 7. auf 8. April d. J. in Berlin ereilt hat. Unbestritten der erste Mann von Appenzell A.-Rh., war er — wie die „N. Z. Z.“ ihn treffend charakterisierte — fein gebildet, von vornehmer Gesinnung, ein geschworener Feind der Pose und jeder Art Renommisterei, von gewinnendem Umgang, aber schlicht, still, brav und tapfer, und absolut uneigennützig. Seinen grossen Verdiensten als Vertreter unseres Landes im Deutschen Reiche während mehr als 25 Jahren ist allgemein die wärmste Anerkennung gespendet worden.

Vor wenigen Wochen haben sie in Schwyz einen Mann hinausgetragen, der seit einigen Jahren schon in die beschauliche Stille des Privatlebens sich zurückgezogen hatte, nachdem er Jahrzehnte lang vermöge seiner glänzenden Beredt-

samkeit und der Liebenswürdigkeit seiner Umgangsformen einer der volkstümlichsten Staatsmänner seines Heimatkantons gewesen war. *Fridolin Holdener* ist 75 Jahre alt zur ewigen Ruhe eingegangen. Als vieljähriger Kantonsgerichtspräsident hat er dem Staate anerkannt gute Dienste geleistet.

Auf Zürichs Totentafel stehen mehrere Namen geschrieben, deren Träger zu den unsrigen zählten. Der sehr beschäftigte, tüchtige Rechtsagent *Johann Gottlieb Arnold,* der vielseitig gebildete und belesene Alt-Oberrichter Dr. *Konrad Stockar-Escher,* ein vorurteilsfreier, ruhiger, dem öffentlichen Leben nur zu sehr abgeneigter Mann, weilen nicht mehr unter den Lebenden. In Lugano, wo er im Frühjahr Heilung von einem tückischen Herzleiden suchte, ist Bezirksgerichtspräsident *Heinrich Nägeli* geschieden, ein Mann aus dem Volke, der sich vom Audienzsekretär zur höchsten Stellung des bezirksrichterlichen Amtes emporgearbeitet hat, ein Vorbild unentwegten Strebens und pflichttreuer Arbeitsamkeit. Wir sahen den schlichten Mann, dem Treue und Wahrhaftigkeit aus den freundlichen Augen blickten, vor einem Jahre noch mit Vergnügen in unserer Mitte. Und noch einen aus Zürich, der letztes Jahr in Lausanne unter uns war, werden wir nie mehr sehen; ich spreche von ihm zuletzt, da sein Verlust uns am nächsten geht und wir alle an ihm am meisten verloren haben: Professor *Albert Schneider,* der Redaktor der Uebergangsbestimmungen zum Schweiz. Obligationenrecht und des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, der Kommentator der Bundesgesetze über die persönliche Handlungsfähigkeit und das Obligationenrecht und des Zürcher privatrechtlichen Gesetzes, lebt nicht mehr.

Albert Schneider gehörte zu den ältesten und verdientesten Mitgliedern des Schweizerischen Juristenvereins. Was er gewesen ist, als Mensch und Bürger, als Richter, Rechtsgelehrter und Rechtslehrer, als Vorsitzender der Synode der zürcherischen Landeskirche, das wurde an seiner Leichenfeier am Sonntag den 24. April in der Kirche von Neumünster vollkommen zutreffend und erschöpfend gesagt. Ich habe dem nichts beizufügen, und es würde auch die Zeit mangeln, hier seinen Lebensgang im

einzelnen zu zeichnen. Denn Albert Schneider gehörte mit seinem Wirken nicht nur der Universität Zürich, nicht nur dem Kanton, sondern dem ganzen Lande, der Eidgenossenschaft an. Es wird, wie Professor Hitzig sagte, kaum einen Teil unseres öffentlichen Lebens geben, wo durch seinen Tod nicht eine Lücke entstanden ist. Und überall, allüberall, wo er lebte und wirkte, war er einer und derselbe, „ein Mann bei dem sich zweierlei zu seltener Harmonie vereinigte, Ernst und Festigkeit mit Güte und Wohlwollen.“ Ob er auf dem Katheder der Universität die Pandektenlehre vortrug oder auf dem Präsidialsessel des Kantonsratssaales die Verhandlungen der Abgeordneten des Zürcher Volkes leitete, ob er als Justizoberst das eidgenössische Militärkassationsgericht präsidierte oder in kantonalen oder eidgenössischen Gesetzgebungskommissionen sein wohlerwogenes, gewichtiges Wort sprach, immer hatte man denselben Mann vor sich: den durchgebildeten, gewissenhaften, ernsten Arbeiter und den wohlwollenden, milden, zur Ausgleichung von Gegensätzen stets geneigten Menschenfreund.

Es war unserm Albert Schneider nicht beschieden, den Tag zu erleben, an welchem das Werk, für das er sein redlich Teil mitgearbeitet hat, das Werk eines einheitlichen schweizerischen Civilrechtes, vollendet sein wird. Er hat vorher, im 68. Altersjahre, diese irdische Welt des Ringens und Strebens, Sehnens und Duldens verlassen müssen. Uns bleibt die Trauer um den nicht zu ersetzenden Freund und Kollegen. Aber er, ist er seines Geschickes wegen so sehr zu betrauern? Der grosse Moltke sagte einmal: Beklagen wir doch keinen, der gestorben ist! Und wirklich, sie haben ja unendlich viel vor uns voraus, die Hingegangenen; sie werden die Wahrheit erkennen, die allein frei macht, und das richtige Recht wird für sie kein Problem mehr sein. Denn sie schauen, was wir erdenken möchten. Ein Gefühl der Beschämung über irdische Unzulänglichkeit will uns oft beschleichen im Gedanken an die verewigten Kollegen; wir sehnen uns nach Reinerem, Besserem; höher hinauf möchten wir steigen, zur Erkenntnis eines untrüglich

richtigen Rechts. Mit dem grossen attischen Tragiker fühlen und bekennen wir:

Nicht sterblich erzeuget
Von Menschenwitz und Gewalttat,
Nur von dem Himmel
Stammet sie rein,
Des Rechtes ewige Satzung.

Ich erkläre den 42. Schweizerischen Juristentag für eröffnet.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten werden zu Stimmenzählern ernannt die Herren Dr. *Ludwig Siegmund,* Grundbuchverwalter und Handelsregisterführer in Basel, und Dr. *Edmond Berthoud,* Advokat und Notar in Neuenburg.

Als Sekretäre werden gemäss Vorschlag des Vorstandes bezeichnet die Herren Dr. *Ernst Brand,* Obergerichtsschreiber in Bern, und Dr. *Max Reutter,* Advokat und Notar in Neuenburg.

III.

Der Präsident verliest die Namen der vom Vorstand im Jahre 1903/4 aufgenommenen Mitglieder. Es sind die Herren:

1. Dr. *Gottlieb Bachmann,* Rechtsanwalt, Zürich.
2. Dr. *David Farbstein,* Rechtsanwalt, Zürich.
3. *Fritz Wenger,* Rechtsanwalt, Zürich.
4. *Bernhard Heuer,* Gerichtspräsident, Burgdorf.
5. Dr. *Karl Paul Wiedemann,* Privatdozent, Bern.
6. Dr. *Ernst Probst,* Schweiz. Legationssekretär, Washington.
7. *Arnold Ott,* Fürsprech, Luzern.
8. Dr. *Max Veith,* Basel.
9. Dr. *Prosper Wolf,* Basel.
10. *Hans Rohr-Reiner,* Oberrichter, Aarau.
11. Dr. *Fritz Ostertag,* Bundesrichter, Lausanne.
12. *Maurice Bonvin,* licencié en droit, Sierre.
13. Dr. *Edmond Berthoud,* avocat et notaire, Neuchâtel.
14. Dr. *Léon Robert,* juge cantonal, Neuchâtel.
15. Dr. *Maurice Jacottet,* avocat, Neuchâtel.
16. Dr. *Auguste Gonset,* avocat, La Chaux-de-fonds.

17. Dr. *Louis Bourquin,* avocat, Neuchâtel.
18. Dr. *Georges Haldimann,* avocat, Locle.
19. *Charles Colomb,* avocat, La Chaux-de-fonds.
20. *Auguste Jeanneret,* avocat et notaire, La Chaux-de-fonds.
21. *Arthur Bersot,* notaire, La Chaux-de-fonds.
22. *Jules Beljean,* notaire, La Chaux-de-fonds.
23. *Albert Rosselet,* président de tribunal et notaire, Môtiers.
24. *Fritz Aug. Delachaux,* avocat et notaire, La Chaux-de-fonds.
25. *Abram Soguel,* président de tribunal et notaire, Cernier.
26. Dr. *Tell Perrin,* Cortaillod près Neuchâtel.

IV.

Als Rechnungsrevisoren werden vom Präsidenten vorgeschlagen und von der Versammlung gewählt die Herren *Eugen Ziegler,* Advokat in Schaffhausen, und *Henri Lehmann,* Advokat und Notar in La Chaux-de-fonds.

V.

Diskussionsthema: **Die Revision des schweizerischen Aktiengesellschaftsrechtes. (La revision des règles du droit suisse relatives à la Société anonyme.)**

Le rapporteur, M. le professeur *Louis Rehfous* (Genève), résume son rapport comme suit.

Le droit suisse en matière de sociétés anonymes doit-il être revisé?

Il faut reconnaître que les sociétés anonymes se sont beaucoup développées dans notre pays sous le régime actuel; l'on est venu de l'étranger constituer en Suisse des sociétés de ce genre afin de bénéficier des dispositions de notre droit. D'autre part, ces dispositions ont rarement suscité des difficultés au sujet desquelles nos tribunaux aient eu à se prononcer.

Il n'en est pas moins vrai que bien des questions d'une portée pratique réelle demeurent obscures et si les tribunaux n'ont pas eu à les résoudre, cela ne vient pas de ce que l'on ne se soit pas trouvé en présence de difficultés, mais de ce que les intéressés ont préféré éviter les procès. Notre loi

pourrait, en outre, consacrer des institutions nouvelles (parts de fondateurs, collectivité d'obligataires) comme plusieurs pays voisins l'on fait ces dernières années.

Il est donc naturel de se demander si notre législation en cette matière ne doit pas être revue.

Cette revision aurait en premier lieu à trancher les controverses existantes. Combien faut-il de membres pour la constitution d'une société anonyme? Le capital d'une Société peut-il être constitué entièrement au moyen d'apports en nature? Quelle procédure faut-il suivre lorsque l'administration refuse de convoquer l'assemblée générale alors que des actionnaires en ont régulièrement fait la demande? Des actions au porteur peuvent-elles être transformées en actions nominatives? De même, la création d'actions privilégiées est-elle licite dans l'état actuel de notre droit? Enfin, n'y aurait-il pas lieu de fixer plus exactement la responsabilité des administrateurs et de régler la manière en laquelle les actionnaires peuvent attaquer des décisions de l'assemblée générale?

Il serait désirable par contre de conserver la liberté à la société anonyme et de ne pas la soumettre à un contrôle de l'Etat; ce contrôle ne saurait être exercé d'une façon efficace et ne pourrait qu'inspirer au public une fausse sécurité.

En conséquence, et en vue surtout de restreindre et faciliter la discussion, les deux rapporteurs soumettent à l'assemblée le projet de résolution suivant:

„La Société suisse des Juristes est d'avis qu'il y a lieu de reviser les règles relatives aux sociétés anonymes, particulièrement en vue de fixer législativement le sens des dispositions qui font l'objet de controverses, mais en maintenant le principe de liberté sur lequel repose la législation actuelle."

In deutscher Fassung:

„Der Schweizerische Juristenverein beschliesst: Eine Revision der gegenwärtigen Bestimmungen des Aktienrechts ist wünschenswert, insbesondere um die bis anhin aufgetauchten Kontroversen auf gesetzlichem Wege zu entscheiden; im übrigen soll das der bisherigen Gesetzgebung zu Grunde

liegende Prinzip des freien Selbstbestimmungsrechts der Aktiengesellschaft gewahrt bleiben."

Der Korreferent, Hr. Dr. *Oskar v. Waldkirch,* Mitglied des Direktorium der Eidgen. Bank A. G. in Zürich, führt im Anschlusse an sein gedrucktes Korreferat folgendes aus:

Das Thema, über das wir heute hier zu verhandeln berufen sind, bietet der Behandlung in einem Referate, das der Diskussion zu Grunde gelegt werden soll, gewisse Schwierigkeiten, die in seiner eigenartigen Natur begründet sind.

Vor allem mangelt es an grösseren prinzipiellen Gesichtspunkten, die zur Diskussion gestellt werden könnten. Nachdem in den meisten Kulturstaaten die staatliche Vormundschaft über die Aktiengesellschaften dem Normativ-System gewichen ist, kann heute wohl im Ernste die Frage nicht mehr aufgeworfen werden, ob nicht dem staatlichen Konzessionssystem der Vorzug gebühre gegenüber dem Normativsystem. Man ist darüber einig, dass die staatliche Konzessionierung und Aufsicht nur gegenüber der wirtschaftlichen Natur einer Unternehmung in Frage kommen kann, nicht aber schon gegenüber der Rechtsform als solcher; so unterliegen die Eisenbahnunternehmungen, die Notenbanken, die Versicherungsbetriebe einer mehr oder weniger weitgehenden Kontrolle des Staates, aber ganz unabhängig davon, ob diese Unternehmungen in der Form von Aktiengesellschaften auftreten oder nicht. Was demnach bei der Frage der Revision des Aktiengesellschafts-Rechtes über die Stellung des Staates zur Aktiengesellschaft Anlass zur Diskussion geben kann, ist nur der Meinungsaustausch über das Mehr oder Weniger, mit dem die staatliche Gesetzgebung in das freie Selbstbestimmungsrecht der Gesellschaft eingreifen soll.

Auch von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus können grundlegende Aenderungen im System des bisher geltenden Aktienrechtes nicht in Frage kommen. Unsere wirtschaftlichen Verhältnisse haben in den ungefähr 20 Jahren seit dem Inkrafttreten des O. R. nicht derart geändert, dass die Rechtsnatur der Aktiengesellschaft in ihren Essentialien irgendwie eine prinzipielle Modifikation nötig oder wünschbar erscheinen liesse. An diesem

Orte soll auch die Frage nur aufgeworfen, aber nicht erörtert werden, ob die Aktiengesellschft des O. R. neben der Genossenschaft auch geeignet sei, allen wirtschaftlichen Bedürfnissen, die in der Form der beschränkten Haftung ihre Befriedigung suchen, Rechnung zu tragen. Bekanntlich existiert in unserem Nachbarstaat, im deutschen Reiche, seit ca. 10 Jahren eine Nebenform der Aktiengesellschaft, die Gesellschaft m. b. H. Diejenigen Unternehmungen, die dort als für diese Gesellschaftsform besonders geeignet bezeichnet wurden, sind bisher bei uns in der Form von Aktiengesellschaften betrieben worden. Dass sich diese hiefür bei uns als ungeeignet erwiesen hätte, darüber mangeln mir die nötigen Anhaltspunkte; es scheint dies aber doch nicht der Fall gewesen zu sein, da in der Regel die Aktiengesellschaft den verwandten Gesellschaftsformen wie Genossenschaft oder Verein vorgezogen wird. Freilich, wenn die Aktiengesellschaft in Zukunft weniger freiheitlich gestaltet, mit mehr Formalitäten und Zwangsvorschriften umgeben werden sollte, so dürfte dann das Bedürfnis nach Einführung einer neuen ähnlichen Gesellschaftsform, die frei von den erwähnten beengenden Vorschriften wäre, sich stärker geltend machen.

Gegenüber dem erwähnten Mangel an grossen leitenden Gesichtspunkten tritt eine Mannigfaltigkeit an Detailfragen auf, von denen eine bedeutende Anzahl allein schon jede einen Diskussionsvormittag ausfüllen könnte, wenn die betr. Fragen nur halbwegs erschöpfend erörtert werden wollen. Die Behandlung des Themas musste daher sich darauf beschränken, diejenigen Punkte namhaft zu machen, an denen eine eventuelle Revision der bestehenden Gesetzgebung einsetzen könnte, und der Herr Referent hat es sich in sehr verdienstvoller Weise angelegen sein lassen, diese Detailfragen in möglichster Vollständigkeit aufzuführen. Mit der überwiegenden Mehrzahl seiner Sätze gehe ich einig und ich sah mich deshalb veranlasst, das gedruckte Korreferat auf einige Materien zu beschränken, die mir besonders wichtig erschienen und wo ich z. T. von den Ansichten des Herrn Referenten abweiche.

Auch an diesem Orte erlaube ich mir in erster Linie auf das gedruckte Korreferat zu verweisen und heute nur noch

einige wenige Fragen nachzuholen, auf die ich mit Rücksicht auf den beschränkten Umfang der gedruckten Berichterstattung dort nicht eingetreten bin.

In der Frage, wie weit der Staat mit seiner Gesetzgebung in das freie Selbstbestimmungsrecht der Aktiengesellschaft eingreifen solle, lassen sich heute in Doktrin und Gesetzgebung zwei Strömungen erkennen. Die eine postuliert zum Schutze der Aktionäre und der Gläubiger eine möglichst weitgehende Intervention der Gesetzgebung; es soll wo möglich jede Lebensfunktion des aktienrechtlichen Organismus vom Staate reglementiert werden, wobei ausgiebig mit Verboten und Geboten gearbeitet wird, an deren Nichtbeobachtung mehr oder minder strenge Strafdrohungen geknüpft sind; man wäre versucht manchmal von einem Aktienpolizeirecht zu sprechen. Auch die Forderung fortdauernder staatlicher Kontrolle, wenn nicht aller Aktiengesellschaften, so wenigstens gewisser Kategorien, die bisanhin der goldenen Freiheit sich erfreuen durften, wird von denjenigen, die nicht nur an die Allmacht des Staates, sondern auch an das Alles-Können der staatlichen Organe glauben, ab und zu aufgestellt.

Diesen Bestrebungen gegenüber mehren sich aber auch die Stimmen, welche die Rolle der Gesetzgebung darauf beschränken wollen, nur die allernotwendigsten zwingenden Vorschriften aufzustellen und im übrigen das freie Selbstbestimmungsrecht der Gesellschaften durch dispositives Recht zu ergänzen. Dieser Standpunkt ist in jüngster Zeit besonders von verschiedenen internationalen Vereinigungen betont worden.

Dies ist auch der prinzipielle Ausgangspunkt des Herrn Referenten, den ich vollständig teile. Und zwar nicht aus theoretischen Erwägungen, sondern auf Grund praktischer Erfahrungen und Beobachtungen.

Weitaus die Mehrzahl der zwingenden Gesetzesbestimmungen, die in dem heute geltenden Aktienrechte enthalten sind, haben Präventiv-Charakter; sie sollen der Wiederholung vorgekommener flagranter Missbräuche vorbeugen. Es sind dies meistens Verbotgesetze. Andere wiederum, in Form von Geboten, wollen auf möglichst zweckmässiges Funktionieren

des ganzen Organismus der Aktiengesellschaften hinarbeiten. Endlich treffen wir auf Vorschriften, die sich als Niederschlag aus den Resultaten der Doktrin und Rechtsprechung zu Gesetzesparagraphen herauskristallisiert haben.

Mit Vorliebe werden jeweilen die Präventiv-Massregeln in den Vordergrund der Diskussion gestellt. Wenn dabei zur Begründung von Vorschlägen nach dieser Richtung auf die guten Erfahrungen, die andere Länder mit solchen Gesetzesvorschriften gemacht haben, hingewiesen wird, so wird dabei leicht übersehen, dass der Kausalzusammenhang zwischen Präventivvorschrift und Nichteintreten der angeblich zu verhindernden Missbräuche in den einzelnen Fällen jeweilen nachgewiesen werden sollte; das geschieht aber nicht, sondern man begnügt sich, diesen Kausalzusammenhang als selbstverständlich vorhanden anzunehmen.

Und doch liegen oft ganz andere Ursachen diesen Erscheinungen zu Grunde.

Die Missbräuche im Aktienwesen treten erfahrungsgemäss mit den grossen Konjunkturen und den darauf folgenden Krisen in der Gesamtwirtschaft zu Tage. Aber gerade wie letztere bald Börsen-, bald Kredit-, bald Produktions-Krisen etc. sind, so wiederholen sich auch in denselben Wirtschaftsgebieten nicht dieselben Missbräuche im Aktienwesen, und zwar tritt hier noch als ein weiterer Faktor von Einfluss auf die successive bald rascher, bald langsamer fortschreitende wirtschaftliche Erziehung und Erfahrung des Volkes. Niemand wird wohl leugnen wollen, dass wir als Gesamtheit heute in der Lage sind, alle Neuerscheinungen auf dem Gebiete des Unternehmertums und des Aktienwesens mit anders kritischem Blick zu beurteilen als dies zu Anfang der 1870er Jahre, den berüchtigten Gründerjahren, der Fall war.

Diese fortschreitende Erziehung und Erfahrung der Gesamtheit bringt es mit sich, dass für gewisse Uebelstände, die in früheren Perioden dem Aktienwesen anhafteten, heute der erforderliche Nährboden überhaupt mangelt. So unterliegt es z. B. für mich keinem Zweifel, dass die berüchtigten Agiotage-Gründungen und Agiotage-Emissionen, die anfangs der 70er

Jahre vorkamen und später in Deutschland der unbedingten Haftung des ersten Aktienzeichners für den vollen Betrag der Aktie und dem Verbot der Kapitalerhöhung vor erfolgter Vollzahlung des alten Aktienkapitals gerufen haben, heute sowohl in Deutschland, wie bei uns, in grösserem Masstabe nicht mehr möglich wären, weil weder das Publikum noch die Börse von solchen Manövern sich fangen liessen. Wir haben auch in der Schweiz bisanhin trotz dem Mangel der erwähnten Vorschriften keine Uebelstände nach dieser Richtung empfunden.

Auf der andern Seite lässt sich wiederum konstatieren, dass Bestimmungen, durch welche man spekulative Auswüchse verhindern wollte, bei der nächsten grossen Spekulationsperiode einfach unwirksam geblieben sind. So hat die hohe Fixierung des Nominalbetrages der Inhaber-Aktie im deutschen Reich so wenig wie das börsengesetzliche Verbot des Terminhandels die geradezu ausschweifende Spekulation in Eisen- und Kohlenwerten Ende der 90er Jahre zu verhindern vermocht; das letztere hat im Gegenteil noch zur Verschärfung der nach jeder Uebertreibung naturgemäss eintretenden Reaktion beigetragen.

Auch die Gebotsvorschriften haben, sobald sie sich allzusehr in Details einlassen, nur sehr relativen Wert und wirken oft hemmend, ohne durchweg ihren Zweck erreichen zu können. Die Schablone taugt nicht für die Aktiengesellschaften in ihrer Gesamtheit; will man eine solche, so muss nach wirtschaftlichen Kategorien legiferiert werden, und dann kommen wir auf das Gebiet der Spezialgesetzgebung, die eben ausserhalb einer Revision des Aktiengesellschaftsrechts stehen muss.

Dies gilt ganz besonders für spezielle Vorschriften der Gesetzgebung in Bezug auf Verwaltung und Kontrolle. Was die mit diesen Aemtern betrauten Personen im einzelnen zu tun haben, kann ihnen nicht von Gesetzeswegen vorgeschriehen werden (z. B. die Kontrolle). Hier braucht es vor allem „men not measures“, wie der Engländer sich ausdrückt.

An einem Beispiel möchte ich mir ferner erlauben zu illustrieren, wie auch bei der Umprägung von in der Doktrin und Rechtsprechung gefundenen Rechtssätzen in den ehernen Buch-

staben des Gesetzes der Gesetzgeber möglichst vorsichtig vorgehen soll.

In der Literatur und Praxis hat sich die überwiegende Mehrheit der Meinungen gegen die Zulässigkeit einer Unterpari-Emission ausgesprochen; aus der sogenannten Garantiefunktion des Grundkapitals wird die Folgerung gezogen, dass die Volleinzahlung des Nominalwertes gewährleistet bleiben müsse und daher eine Emission unter pari nicht stattfinden dürfe. Das deutsche H. G. B. hat, dieser Ansicht folgend, die Unterpari-Emission als gesetzlich unzulässig erklärt, ohne Unterschied, ob es sich um die Gründung einer Aktiengesellschaft oder um die Kapitalerhöhung einer schon bestehenden Aktiengesellschaft handelt. Und doch können oft praktische Gründe für eine Unterpari-Emission bei Kapitalerhöhungen sprechen.

So hat z. B. kürzlich die Arth-Rigi-Bahngesellschaft, um ihre Prioritätsaktien zurückzahlen zu können, ihr Stammaktienkapital erhöht und dabei einen Emissionskurs fixiert, der eine Unterpari-Emission darstellt, wie sie wohl noch selten versucht worden ist. Gleichzeitig wurde damit eine Herabsetzung des bestehenden Stammaktienkapitals verbunden und zwar in der Art, dass das durch die Unterpari-Emission der neuen Stammaktien entstehende Disagio gedeckt werden konnte durch die Abschreibung am alten Stammaktienkapital. Nach Durchführung der Operation wird demnach die Bilanz dieselben Ziffern aufweisen wie vorher und die Prioritätsaktien haben aus dem Erlös der neuen Stammaktien zurückbezahlt werden können.[1]) Eine Benachteiligung der Gläubiger kann bei dieser Operation nirgends gefunden werden, die ratio legis des Verbots der Unterpari-Emission cessiert hier also vollständig.

Auf einzelne Punkte eingehend erwähne ich vorerst einige, wo ich von den Ansichten des Herrn Referenten abweiche.

---

[1]) Am Nominalbetrag der alten 8400 Stammaktien sind je Fr. 100 abgeschrieben worden = Fr. 840,000. Dagegen ist bei der Emission von 4800 neuen Stammaktien ein Disagio von je Fr. 175 entstanden, ebenfalls = Fr. 840,000. Die beiden Posten kompensieren sich und ebenso die Rückzahlung von Fr. 600,000 Prioritätsaktien mit Fr. 600,000 Erlös der neuen Stammaktien (4800 Aktien zum Emissionskurse von je 125 Fr.).

Er wünscht u. a. bei der Revision des Aktienrechts auch eine Regelung der parts de fondateur und der Rechte von Obligationsinhabern.

Ich bin der Ansicht, dass die Entwicklung der parts de fondateur vom Gesetzgeber nicht begünstigt werden sollte. Sie repräsentieren Rechte auf die Zukunft, über deren gegenwärtigen Wert ein sicheres Urteil sich zu bilden sehr schwierig ist; die Bewertung solcher Anteile bleibt daher oft der spekulativen Phantasie überlassen und führt in der Folge zu Missbräuchen beim Handel und zu schweren Enttäuschungen für die späteren Erwerber. Auch kann ihre Existenz infolge oft nicht vorherzusehender Gewinnchancen für die betreffende Gesellschaft selbst in der Folge sehr lästig werden. Jedenfalls würde es sich empfehlen, zuerst die Resultate anderer Gesetzgebungen (in Frankreich ist für dieses wesentlich französische Gebilde der Erlass eines besondern Gesetzes geplant) abzuwarten.

Eine gesetzliche Regelung der Rechte der Obligationeninhaber und die Zusammenschliessung der letzteren zu sog. Mehrheitsverbänden würde sehr zu begrüssen sein; allein auch die Regelung dieser Frage gehört nicht in das Aktienrecht, um so weniger, als neuerdings grössere Obligationenanleihen auch von andern Gesellschaftsformen, wie z. B. Kollektivgesellschaften, emittiert worden sind.

Das vom Referenten befürwortete Verbot der Belehnung eigener Aktien dürfte für unsere schweizerischen Verhältnisse zu weitgehend sein. Es sprechen dagegen speziell börsentechnische Gründe; an unsern an Umfang so kleinen Börsen ist für gut verwaltete Banken die Lombardierung resp. Reportierung der eigenen Aktien eines der sichersten Geschäfte, da sie ja kein anderes Papier so genau kennen, wie die eigene Aktie.

Zur **Liquidation** der Aktiengesellschaft möchte ich noch einige Bemerkungen mir gestatten.

Im gedruckten Referat habe ich des Näheren ausgeführt, dass es unzweckmässig ist, den Fall der Herabsetzung des Aktienkapitals zum Zwecke der Ausgleichung von Verlusten der Liquidation gleichzustellen und ohne Weiteres die gesetz-

lichen Bestimmungen über die Liquidation darauf anzuwenden. Der Hauptgrund liegt darin, dass die Gesellschaft in solchen Fällen gar nicht liquidieren will, sondern ihr Unternehmen fortführt; es rechtfertigt sich daher eine Erleichterung der Operation von Gesetzes wegen.

Auf der andern Seite scheinen mir die bestehenden Vorschriften nicht für alle Fälle von Liquidationen ausreichend oder zutreffend zu sein.

1. Die Bestimmungen des Art. 667 O. R. sind nämlich nur dann ganz zutreffend und genügend, wenn durch das Eintreten des Liquidationsstadiums in der ökonomischen Situation der Aktiengesellschaft keine Veränderungen sich ergeben, wenn sich die Aktiven leicht realisieren lassen und aus deren Erlös die Gläubiger bezahlt oder sichergestellt werden können.

Diese Fälle dürften aber die Minderzahl bilden. Viel häufiger werden Liquidationen von Aktiengesellschaften beschlossen, weil sie nicht richtig wirtschaften oder weil sich ihr Zweck als undurchführbar erweist. In der Regel werden solche Aktiengesellschaften im Moment des Liquidationsbeschlusses eine etwas prekäre finanzielle Situation haben, ohne dass die Voraussetzungen schon vorzuliegen brauchen, unter denen die Verwaltung die Eröffnung des Konkurses beantragen muss oder die Gläubiger die sofortige Konkurseröffnung verlangen können. Wenn nun in einem solchen Falle in Folge der Liquidationseröffnung der Betrieb des von der Aktiengesellschaft bisher betriebenen Unternehmens stockt oder ganz eingestellt wird, so wird dadurch allein schon eine bedeutende Wertverminderung der hauptsächlichsten Aktiven eintreten. Man denke nur an ein Fabrikunternehmen oder ein Hotel, dessen Betrieb eingestellt wird, weil die erforderlichen Betriebsmittel fehlen und die Aktionäre die Liquidation der weiteren Aufbringung von Geldmitteln vorziehen.

Da nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch die Liquidation der Aktiengesellschaft an der Natur der Forderungen nichts geändert wird, so können diejenigen Gläubiger, die nicht sofort fällige Forderungen besitzen, insbesondere Anlehensgläubiger, gegen die in Liquidation befindliche Gesell-

schaft nichts unternehmen; sie haben keinen andern Anspruch, als den, dass der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich hinterlegt oder sichergestellt werde. Damit aber die Liquidatoren dies tun können, müssen sie die Aktiven vorerst versilbern, und dieser Verkauf wird sich viel schwieriger und zu ungünstigeren Bedingungen bewerkstelligen lassen, wenn das betreffende Unternehmen stille steht, als wenn es in vollem Betriebe veräussert werden kann.

Haben die Anlehensgläubiger ein Pfandrecht, so könnten sie eventuell nach kantonalem Recht vom Standpunkt der Deterioration des Pfandobjekts zu einer Intervention berechtigt sein. Ist aber ein Pfandrecht nicht bestellt, so müssen sie ruhig zusehen und abwarten, ob die Durchführung der Liquidation es erlaubt, dass ihre Forderungen sichergestellt oder zurückbezahlt werden. Da sind ja im Falle des Konkurses diese Gläubiger besser daran; der Konkursverwalter kann und muss die im Interesse der Gläubiger notwendigen Massnahmen vorkehren, also u. a. den Betrieb aufrecht erhalten bis das Unternehmen verkauft ist. Der Liquidator der Aktiengesellschaft ist nicht in derselben Lage; er hat nur das Interesse der Aktionäre wahrzunehmen.

Es scheint mir hier eine Lücke im Gesetze zu sein, auf die ich aufmerksam machen wollte; die Gläubiger sollten in der Lage sein, wenn sie dies als in ihrem Interesse liegend ansehen, den Betrieb eines Unternehmens bis zum Verkauf aufrecht zu erhalten. Sie müssten also von Gesetzes wegen ermächtigt sein, sich insoweit in die Liquidation einzumischen, und die eventuell für das Unternehmen hieraus entstehenden weiteren Verpflichtungen wären gleich zu behandeln, wie die Masseschulden im Konkurse.

2. In einem andern Falle hinwiederum dürften die Bestimmungen des Art. 667 entbehrlich sein, nämlich da, wo das Vermögen der Aktiengesellschaft als Ganzes an gewisse Personen des öffentlichen Rechts übergehen soll, wie an den Bund, Kanton oder Gemeinde.

Anlässlich der Verstaatlichung der schweizerischen Hauptbahnen wäre eine gesetzliche Bestimmung erwünscht gewesen,

die erlaubt hätte, die Beobachtung des Art. 667 auszuschliessen und den direkten Uebergang der Anleihensschulden der Eisenbahngesellschaften auf den Bund zu bewerkstelligen ohne Zustimmung der Gläubiger. Es lässt sich dies de lege ferenda ohne Weiteres rechtfertigen durch die Erwägung, dass in der Schuldübernahme durch die genannten Personen in den zur Zeit bei uns bestehenden Verhältnissen die vom Gesetz in Art. 667 verlangte Bestellung einer angemessenen Sicherheit gefunden werden kann.

Das deutsche Handelsgesetzbuch enthält denn auch in § 304 eine Bestimmung, die erlaubt, die Liquidation einer Aktiengesellschaft auszuschliessen, wenn das Vermögen der Gesellschaft von dem Reiche, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverband übernommen wird; es erfolgt dann der Uebergang des Vermögens einschliesslich der Schulden uno actu.

Wenn auch unsere Hauptbahnen, als vorzüglichstes Objekt solcher Transaktionen, heute zum grössten Teil nicht mehr existieren, so dürfte sich die Aufnahme einer derartigen Bestimmung dennoch wohl rechtfertigen mit Rücksicht auf die noch bestehenden Nebenbahnen und Tramwayunternehmungen, ferner wegen der Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke, deren Konzessionen in der Regel die Uebernahme des Unternehmens durch die genannten Personen des öffentlichen Rechts vorsehen.

3. Es können Fälle eintreten, in denen eine Aktiengesellschaft einen schon gefassten Liquidationsbeschluss wieder rückgängig zu machen Veranlassung hat. Nach dem heutigen Rechtsstande ist es zweifelhaft, ob eine Auflösung nachträglich rückgängig gemacht werden kann; die Frage scheint eher verneint werden zu müssen.

Bei einer Revision des Aktiengesellschaftsrechts sollten auch die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft im **Konkurse** näher untersucht werden.

Nach dem O. R. Art. 664 gehört nämlich der Konkurs zu den gesetzlichen Auflösungsgründen der Aktiengesellschaft.

Wie steht es nun mit dem Widerruf des Konkurses, der nach dem Konkursgesetz zulässig ist, bei Aktiengesellschaften?

Für eine aufgelöste Aktiengesellschaft hat die genannte Massregel nur einen Wert, wenn nachträglich die Auflösung wieder rückgängig gemacht werden kann. Dass dies einfach durch blosse Publikation des Widerrufes des Konkurses und einen entsprechenden Eintrag im Handelsregister geschehen könne, wie es schon praktiziert worden ist, scheint denn doch nicht anzugehen und ist ein viel zu formloses Verfahren. Es müsste jedenfalls ein hierauf zielender Generalversammlungsbeschluss gefasst werden, wie dies u. a. auch das neue deutsche H. G. B. in § 307 zulässt.

Auch die jetzt noch streitige Frage, ob die Aktiengesellschaft in jeder Beziehung der Rechtswohltat des Nachlassvertrages teilhaftig werden könne, sollte vom Gesetze gelöst werden.

Dass einer Aktiengesellschaft ein Moratorium gewährt werden kann, ist wohl unbestritten; weniger zweifellos ist, ob sie im Wege des Zwangsnachlasses von ihren Gläubigern auch einen Verzicht auf einen Teil ihrer Forderungen erzwingen kann.

Prima facie spricht hiegegen die Erwägung, dass die Aktiengesellschaft nicht wie die physische Person Anspruch hat auf Aufrechterhaltung ihrer wirtschaftlichen und persönlichen Existenz; die höchst persönlichen Gründe, aus denen das Gesetz der physischen Person die Rechtswohltat des Nachlassvertrages gewährt, entfallen gegenüber der Aktiengesellschaft.

Dagegen kann es im Interesse der Gläubiger liegen, dass ein Zwangsnachlass zu Stande komme und durch denselben die Aktiengesellschaft und das von ihr betriebene Unternehmen aufrecht erhalten bleibe oder auf vorteilhaftere Art liquidiert werde. Dieser Grund scheint wichtig genug, um gegenüber Aktiengesellschaften den Nachlassvertrag ohne irgendwelche Einschränkung zuzulassen.

Mit Hilfe eines Zwangsvergleichs würde sich auch die Sanierung von notleidenden Aktienunternehmungen leichter ermöglichen lassen, in der Art, dass die Gläubiger, insbesondere Anleihensgläubiger, auf einen Teil ihrer Kapitalforderung verzichten und dagegen für den ausfallenden Betrag ein Aequi-

valent in Prioritäts- oder Stammaktien der zu reorganisierenden Gesellschaft erhalten.

Der Präsident verdankt im Namen des Vereins den beiden Referenten ihre verdienstvollen Arbeiten.

Darauf verliest er einen Brief des Herrn Dr. *R. Temme,* Advokat in Basel, in welchem dieser sein Nichterscheinen am Juristentag entschuldigt und sich zum Diskussionsgegenstand folgendermassen äussert:

„Ich hatte die bestimmte Absicht, den Verhandlungen des Juristenvereins über ein Thema, das einem wesentlichen Teile meiner praktischen Tätigkeit nahe liegt, beizuwohnen, in der Erwartung, daraus manche interessante und belehrende Anregung und Aufklärung zu schöpfen. Eine Revisionsbedürftigkeit des schweizerischen Aktienrechtes scheint mir, abgesehen von anderen Detailpunkten, besonders hinsichtlich der Frage vorzuliegen, ob und wie den Missbräuchen im Aktienwesen zu begegnen sei. Wenn auch Unredlichkeit und Leichtfertigkeit bei der Gründung wie bei der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft nicht ganz zu verhüten sind, so können sie doch durch vernünftige gesetzliche Bestimmungen wenigstens erschwert werden. Die gedruckten Referate enthalten in dieser Hinsicht durch die Postulate weitgehender Publizität der bei der qualifizierten Gründung in Betracht kommenden Daten und Verträge, sowie genauerer und schärferer Fassung der Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Gründer und Geschäftsleiter, auch in strafrechtlicher Hinsicht, richtige Fingerzeige. Sehr beachtenswert scheint mir ferner der in den jüngst in der Neuen Zürcher-Zeitung erschienenen Artikeln gemachte Vorschlag, die Kontrollstelle zu einem ständigen, bezahlten, von der Verwaltung ganz unabhängigen Organe auszugestalten. Die Revisionen der Bilanz, welche alljährlich von den durch die Generalversammlung gewählten Revisoren stattfinden, können auch beim besten Willen nicht so gründlich und in die Details sich erstreckend vorgenommen werden, als es zur Verhütung und Aufdeckung von Unregelmässigkeiten wünschbar wäre. Ständige Revisoren, die sich

nur mit den Funktionen der Kontrolle zu befassen und diese periodisch mit dem erforderlichen Zeitaufwand auszuüben hätten, würden in dieser Richtung bedeutend grössere Garantien bieten."

Nach Eröffnung der allgemeinen Diskussion melden sich zum Wort:

Herr Dr. *Ludwig Siegmund,* Grundbuchverwalter und Handelsregisterführer in Basel:

Gestatten Sie mir, anschliessend an die aus der Praxis geschöpften, uns soeben mitgeteilten Beobachtungen des Hrn. Dr. R. Temme einige Worte zu der heute zur Diskussion stehenden Frage. Ich spreche dabei weder vom theoretischen Standpunkt des Rechtsprofessors aus, noch vom praktischen des Bankdirektors oder des Anwaltes, sondern gestützt auf meine langjährige Erfahrung als Handelsregisterführer einer Stadt mit zahlreichen und sehr bedeutenden Aktiengesellschaften, mit denen allen ich mich im Laufe der Jahre mehrfach zu beschäftigen hatte.

Prinzipiell stehe ich auf dem Boden der Referenten, dass eine umfassende Revision des Aktiengesellschaftsrechtes zwar wünschenswert, aber zurzeit nicht opportun sei, weil sie zu weit ausgreifen müsste und wir gegenwärtig sonst auf dem Gebiete der Gesetzgebung genügend beschäftigt sind. Ueberdies befindet sich das Aktienrecht zurzeit noch zu stark im Flusse, als dass wir dasselbe mit einer Neukodifikation auf längere Zeit fixieren möchten. Auch läge die Gefahr nahe, dass wir zu sehr in deutsches Fahrwasser gerieten; wir sind mit unserm System, das der Weiterentwicklung des Institutes mehr Freiheit lässt, als das deutsche, ordentlich gefahren und würden daher bei einem Tausche nicht gewinnen. Allerdings ist nicht zu bestreiten, dass auch bei uns im Aktienwesen Missbräuche vorgekommen sind, denen gesteuert werden sollte; aber wir dürfen doch auch konstatieren, dass im ganzen Missbräuche gerade nicht häufig aufgetreten sind. Eine eigentümliche Anwendung hat die Aktiengesellschaft in Genf gefunden, indem dort sehr oft für den Bau eines grösseren Hauses eine besondere Aktiengesellschaft gegründet wird, die im wesentlichen

nur aus dem Baumeister und einigen Angehörigen oder Interessenten besteht und den Zweck hat, die auf den Liegenschaften ruhenden hohen Steuern zu umgehen oder zu vermindern. Es ist dies wohl eine eigentümliche Anwendung der Aktiengesellschaft, aber jedenfalls kein Missbrauch im Aktienwesen selbst. Auch in Basel besitzen wir ein derartiges Beispiel, bei welchem anlässlich des Verkaufes der Liegenschaft einfach die Aktien dem neuen Erwerber übergeben wurden, womit sich natürlich das Eigentum von selbst übertrug ohne Eintrag im Grundbuch und ohne Bezahlung der Handänderungssteuer. Aber in Basel ist dieser eine Fall bisher der einzige geblieben, freilich sind auch die Steuerverhältnisse weniger ungünstig, als in Genf. Ganz zu vermeiden sind selbstverständlich die Missbräuche nie, am allerwenigsten mit einem allzustrengen und formalistischen Gesetze; denn wo sich, wie im Aktienwesen Kaufmann und Jurist die Hände reichen, kann auch das beste Gesetz umgangen oder missbraucht werden.

Ohne zu sehr in Details einzutreten, greife ich einige wenige Fragen heraus, die schon häufig zu Diskussion und Meinungsverschiedenheiten Veranlassung gegeben haben und teilweise durch Einführung neuer gesetzlicher Bestimmungen, teilweise und wohl grössern Teils auch schon durch Präzisierung und Interpretierung der bestehenden Gesetzesvorschriften endgültig gelöst werden könnten.

1. Mindestzahl der Mitglieder der Aktiengesellschaft. Nach meiner Ansicht sollte sie wenigstens für die Gründung auf vier festgesetzt werden; denn ein Mitglied braucht man für die Verwaltung und wenigstens drei für die Generalversammlung, da bei einer geringern Zahl keine Majoritätsbeschlüsse gefasst werden können, während doch auf diesen recht eigentlich die ganze Aktiengesellschaft beruht.

2. Kann eine Aktiengesellschaft bloss durch Apportanten gegründet werden? Es handelt sich hier nicht um eine Revisions-, sondern um eine blosse Auslegungsfrage. Meines Erachtens geht der Wille des Art. 619 O. R. deutlich dahin, dass wenigstens $^1/_4$ der Aktionäre aus Nichtapportanten be-

stehen soll, und es muss daher eine reine Apportantengründung nach dem bestehenden Gesetz als unzulässig betrachtet werden. Dass dadurch hie und da bei sogenannten Familiengründungen, wo man neuen Kapitals nur in geringem Masse oder vielleicht gar nicht bedarf, Unannehmlichkeiten sich ergeben können, will ich nicht bestreiten; aber diese Fälle sind erstens sehr selten, so dass sie für das Ganze kaum in Betracht fallen, und zweitens lässt sich bei denselben immer mit Leichtigkeit ein Ausweg finden, während durch die allgemeine Zulassung reiner Apportantengründungen dem Schwindel und Betrug von Gesetzeswegen Tür und Tor geöffnet würden.

3. Ueber die Frage, ob die zur Konstituierung der Aktiengesellschaft erforderliche Einzahlung von 20 % des Aktienkapitals (vergl. Art. 618 und 622 Ziff. 2 O. R.) in bar geleistet werden müsse oder nicht, will ich mich hier nicht verbreiten. Doch hat sie schon oft zu Diskussionen Anlass gegeben, besonders bei der weitern Frage, ob diese Bestimmung auch für spätere Kapitalerhöhungen gelte. Man hat sich in Basel stets für die strengere, Bareinzahlung fordernde, Ansicht entschieden und damit meines Erachtens recht getan.

4. Differenzen haben sich auch mehrfach erhoben über die Frage der Einberufung von Generalversammlungen auf Verlangen der Aktionäre und wider den Willen der Verwaltung. Immerhin bemerke ich, dass auch diese Fragen wohl auf dem Wege der Interpretation entschieden werden können und keiner Gesetzesrevision rufen.

5. Dagegen scheint mir die Frage der Haftbarkeit der Organe der Aktiengesellschaft einer neuen gesetzlichen Regelung zu bedürfen, und zwar im Sinne einer Verschärfung dieser Haftbarkeit durch Einführung von Strafbestimmungen. Um auch hier vorderhand eine Revision des Aktienrechtes zu vermeiden, dürfte es sich empfehlen, die bezüglichen Bestimmungen ins eidgenössische Strafgesetzbuch aufzunehmen. Nach dem Stande der Vorarbeiten wäre dies zweifellos noch möglich, und würde wohl kaum auf Widerspruch oder sonstige Schwierigkeiten stossen.

M. *Albert Gampert,* notaire à Genève, constate que les deux rapporteurs ont dû reconnaître les bons effets de la loi qui régit actuellement la société anonyme dans notre pays; c'est un bel hommage rendu à ceux qui ont rédigé le Code fédéral il y a près de 25 ans. L'esprit libéral de cette loi a permis le développement d'une série d'institutions qui n'avaient nullement été prévues par ses rédacteurs. Il serait regrettable d'entraver aujourd'hui ce développement par des mesures restrictives, en voulant immobiliser les sociétés anonymes dans des formes rigoureuses.

Répondant à un précédent orateur, M. Gampert contèste qu'il y ait eu des abus dans la constitution de sociétés anonymes à Genève. Si des entrepreneurs de bâtisses ont jugé bon de créer une société anonyme distincte pour la construction de chaque immeuble, afin d'échapper partiellement aux effets d'une loi fiscale trop rigoureuse, ils n'en ont pas moins respecté les dispositions du Code fédéral.

M. Gampert n'irait pas aussi loin que le rapporteur sur divers points. Il lui paraîtrait exagéré de rendre les fondateurs de la société responsables de la solvabilité des souscripteurs d'actions. Par contre, ce serait une bonne mesure que de supprimer la disposition interdisant à un actionnaire de réunir plus d'un cinquième des voix à l'assemblée générale. Les rapporteurs ont tous deux insisté sur la nécessité d'introduire des dispositions permettant à une société de se constituer alors même que le capital est composé entièrement au moyen d'apports en nature; c'est en effet une nécessité pratique, qui ne trouve pas de solution dans la loi actuelle. Mais il faudrait aller plus loin encore et examiner à nouveau quelles garanties peuvent être prises lorsqu'une partie du capital est formée d'apports. La diposition actuelle de la loi en vertu de laquelle les apports doivent être acceptés par des actionnaires représentant le $^1/_4$ du capital et le $^1/_4$ du nombre total des actionnaires, est tout à fait illusoire. Les fondateurs de la société s'arrangent toujours pour avoir l'unanimité des actionnaires. L'orateur n'a jamais vu à une assemblée d'actionnaires discuter des apports, et c'est naturel; les souscripteurs d'actions

n'ont souscrit qu'après avoir pris connaissance des statuts dans lesquels les apports sont relatés; ils les ont déjà acceptés par le fait de la souscription aux actions et ils ne songent plus à les discuter. Le danger n'est donc pas tant pour les souscripteurs d'actions que pour ceux qui ultérieurement achètent les actions sans être prévenus qu'il y a à la base de la société des apports majorés. La mesure qui semble la plus efficace est la publicité. On ne peut guère publier in extenso la consistance des apports, mais on pourrait, au moins, mentionner dans l'inscription au registre du commerce et dans la publication, le fait qu'une partie du capital est formée d'apports. Cela attirerait l'attention de ceux qui consulteront le registre du commerce et les conduira à examiner de plus près la valeur des actions. En tous cas ce n'est pas dans des formalités rigoureuses toujours faciles à éluder qu'on trouvera des garanties contre des majorations d'apports, c'est dans des mesures de publicité permettant à chacun de se rendre compte par lui-même de la valeur des titres qu'il acquiert.

En résumé, l'orateur se rallierait aux conclusions des rapporteurs pour autant que la revision se bornerait à donner une solution aux cas douteux et à compléter la loi sur quelques points.

Herr Dr. *August Welti,* Redaktor an der „N. Z. Z.", in Bern:

Das heutige Diskussionsthema führt mich auf zwei Grundfragen: erstens ob eine Revision des Aktienrechtes gegenwärtig als notwendig erscheine, und zweitens, wenn ja, in welcher Richtung sich eine Reform zu bewegen habe.

Mit Bezug auf die erste Frage stehe ich, im Gegensatze zu den Referenten und den beiden Vorrednern, auf dem Standpunkte, dass eine Revision des Aktienrechtes jetzt, d. h. bei Gelegenheit der Anpassung des Obligationenrechtes an den Civilgesetzbuchentwurf, vorgenommen werden sollte. Der Meinung, dass eine Revision füglich noch aufgeschoben werden könne, weil in den letzten Jahren bei uns wenige erhebliche Missbräuche vorgekommen seien, vermag ich aus wesentlich

zwei Gründen nicht beizustimmen: einmal weil es noch nicht einmal fünfzehn Jahre her sind, dass auch in der Schweiz bedenkliche Erscheinungen im Aktienwesen zu Tage traten, und sodann, weil ich überhaupt dafür halte, dass eine Gesetzesrevision am zweckmässigsten in ruhigen Zeiten durchgeführt wird, wo die Revisionsgrundsätze sine ira et studio geprüft und abgewogen werden können. Wartet man zu lange zu, so läuft man Gefahr, dass eines Tages eine Katastrophe hereinbricht, die bei rechtzeitiger Vornahme der Revision hätte verhindert oder doch in ihren Folgen gemildert werden können. Dann aber wird die mit Recht verpönte Gelegenheitsgesetzgebung in Funktion treten.

Mit Bezug auf die zweite Grundfrage, in welcher Richtung eine allfällige Revision durchzuführen sei, vertrete ich die Auffassung, dass in einer grundsätzlichen Reform vor allem aus die Kontrolle der Aktiengesellschaften verschärft und die Rechte der einzelnen Aktionäre besser geschützt werden sollten. Was zunächst die Revision der Kontrollstelle anlangt, so lehne ich zwar mit den Referenten eine staatliche Kontrolle rundweg ab. Dagegen halte ich dafür, dass die innere Kontrolle verbessert werden sollte. Gegenwärtig ist sie nur eine rein formelle; sie sollte aber zu einer materiellen erhoben werden, was u. a. bedingen würde, dass die Kontrolleure häufiger zusammentreten und mit mehr Kompetenzen ausgestattet werden. So sollten sie z. B. nicht bloss das Recht, sondern die gesetzliche Pflicht haben, von den Büchern der Gesellschaft Einsicht zu nehmen, die Kasse zu verifizieren u. s. w. Ich möchte hier darauf hinweisen, dass in der allerjüngsten Zeit die parlamentarische Kontrolle des eidgenössischen Staatshaushaltes eine ähnliche erfolgreiche Wandlung durchgemacht hat. Es darf wohl unbedenklich angenommen werden, dass, was hinsichtlich der Kontrolle der staatlichen Verwaltung erreichbar war, auch bei den privaten Gesellschaften erreicht werden könnte.

Bezüglich der Rechte der Aktionäre halte ich namentlich dafür, dass die Frage der Sonderrechte und der Minderheitsrechte einer neuen gesetzlichen Regelung bedarf. Trotzdem

das O. R. nun seit mehr als 20 Jahren in Kraft steht, sind wir bis zur Stunde zu einer Einigung über den Begriff der sogenannten wohlerworbenen Rechte (Art. 627 O. R.) nicht gelangt. Nach meiner Ansicht sollte dieser Begriff fallen gelassen und statt dessen, ähnlich wie im D. H. G. B., die einzelnen Sonderrechte und Minderheitsrechte im Gesetz aufgeführt werden. Im Gegensatze zu den beiden Referenten möchte ich dagegen an der Vorschrift festhalten, dass an der Generalversammlung ein Aktionär nicht mehr als den fünften Teil der sämtlichen vertretenen Stimmrechte in sich vereinigen darf. Allerdings erscheint es auch angezeigt, gegen die Umgehung dieser Vorschrift schützende Massnahmen zu treffen. An bezüglichen Vorschlägen verschiedener Art fehlt es bekanntlich nicht.

Einen weiteren revisionsbedürftigen Punkt erblicke ich in der Organisation der Aktiengesellschaft; insbesondere sollte die Stellung der Direktion und deren Verantwortlichkeit abgeklärt werden. Mit den Referenten gehe ich darin einig, dass der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft eine grössere Publizität gegeben werden sollte. Es wäre dies für die Aktionäre und die Gläubiger ein gleich wirksamer Schutz.

Herr Dr. *K. A. Brodtbeck,* Advokat in Basel:

Ich stehe mit der Mehrzahl der Vorredner auf dem Boden, dass eine durchgreifende Reform des Aktienrechtes zur Zeit nicht notwendig ist und von den interessierten Kreisen auch gar nicht verlangt wird. Immerhin darf nicht übersehen werden, dass bei uns schon Missbräuche vorgekommen sind, denen für die Zukunft unbedingt gesteuert werden sollte. Das könnte, wie Herr Dr. Siegmund bereits angedeutet hat, am wirksamsten durch Einführung von Strafbestimmungen gegen die Gründer und Organe von Aktiengesellschaften in einem eidg. Strafgesetzbuch geschehen. Hierauf ist meines Erachtens das Schwergewicht zu legen; denn eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der genannten Personen ist ein weitaus sichereres Schutzmittel gegen Missbräuche und gegen Schädigung der Aktionäre, als eine Verschärfung der civilrechtlichen Haftbar-

keitsbestimmungen. Wie wentg dle klarsten civilrechtlichen Ordnungsvorschriften Missbräuche verhindern, beweist z. B. die Umgehung der Vorschriften von O. R. 656 über Aufstellung der Bilanz. Um die Anmeldung der Unterbilanz zu vermeiden, werden non-valeurs in die Aktiven vollwertig eingestellt, und wird nur durch einen kleinen Posten „Verlustreserve" die Minderwertigkeit derselben angedeutet u. dergl. mehr.

Herr Dr. *Rud. von Schulthess,* Rechtskonsulent des Schweiz. Kreditvereins in Zürich:

Die zur Zeit in Kraft stehenden Bestimmungen über die Kontrolle der Aktiengesellschaft genügen nicht; darüber kann nach den in der Praxis gewonnenen Erfahrungen kaum mehr ein Zweifel obwalten. Herr Dr. Welti möchte die Kontrolle durch Schaffung eines ständigen Rechnungshofes zu einer intensiveren und wirksameren gestalten. Allein dieser Weg scheint mir nicht der richtige zu sein. Ich halte vielmehr dafür, es sei eine Revision in dem Sinne wünschenswert und anzustreben, dass die Verantwortlichkeit sowohl des Verwaltungsrates als auch der Kontrollstelle gesteigert wird. Das könnte beispielsweise dadurch geschehen, dass der Verwaltungsrat für die Richtigkeit und Durchsichtigkeit der Bilanz und deren Uebereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften verantwortlich erklärt, und dass der Kontrollstelle nicht bloss das Recht zur Prüfung der Bücher und Belege gegeben, sondern die Pflicht dazu auferlegt würde.

Abgesehen von der Frage der Verschärfung der Kontrolle erheischen meines Erachtens die sämtlichen heute diskutierten Fragen zur Zeit keine Gesetzesrevision.

Hr. Dr. *J. Winkler,* a. Bundesrichter in Bern:

Die Anhörung der Referate und der Diskussion hat mich in dem Eindruck bestärkt, den ich von Anfang an hatte, dass sich das heutige Diskussionsthema nicht zur Fassung einer Resolution eignet. Es stehen nicht einzelne grundlegende Fragen juristischer Natur im Vordergrund, sondern eine Reihe von Detailfragen mehr praktischen Inhalts. Wo es sich um Fragen der erstern Art, um Grundprinzipien handelte, bin ich

immer dafür eingetreten, dass der schweizerische Juristenverein seiner Auffassung in einer Resolution Ausdruck verleihe. Bei Fragen der letztern Art jedoch sieht man besser davon ab und überlässt deren Entscheidung den gesetzgebenden Behörden. Die Referate und die heute gefallenen Voten wären deswegen keineswegs verloren, sondern sie würden bei einer Gesetzesrevision als wertvolle Kundgebungen ihre volle Berücksichtigung finden. Ich setze dabei voraus, dass, wie in früheren Jahren, so auch diesmal das Protokoll über die Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins dem Eidgen. Justizdepartement eingesandt werde.

Was speziell die von den Referenten vorgelegte Resolution anlangt, so erscheint sie mir in ihren beiden Teilen als überflüssig, denn: bei der Revision eines Gesetzes wird der Gesetzgeber selbstverständlich stets auch darauf Bedacht nehmen, die unter der Herrschaft des zu revidierenden Gesetzes entstandenen Kontroversen durch ausdrückliche Gesetzesvorschriften zu entscheiden, und es braucht ihm das daher nicht noch besonders anempfohlen zu werden. Das Selbstbestimmungsrecht der Aktiengesellschaft sodann ist meines Wissens prinzipiell nicht angefochten worden, und es liegt darum kaum eine Veranlassung vor, dessen Beibehaltung ausdrücklich zu einem Postulat zu erheben.

Alle diese Erwägungen führen mich zu dem Antrag, es sei heute keine Resolution zu fassen. Sollte dieser Antrag nicht belieben, so möchte ich die Resolution der Referenten dahin amendieren, dass nach dem Wort „entscheiden“ noch beigefügt wird: „und Lücken der Gesetzgebung auszufüllen.“ Es würde bei dieser Fassung an die gesetzgebenden Behörden der Wunsch gerichtet, sie möchten bei einer Revision des Aktienrechtes ihr Augenmerk ausser auf die Entscheidung der Kontroversen auch auf die Ausfüllung der im Laufe der Zeit fühlbar gewordenen Lücken richten.

Hr. Dr. *August Welti,* Bern: Ich halte dafür, dass der schweizerische Juristenverein doch darüber eine Resolution fassen sollte, ob er eine Revision des Aktienrechtes für notwendig erachtet oder nicht. Ich stelle den Antrag, es sei

ohne Hervorhebung einzelner Revisionspunkte eine allgemeine Resolution zu fassen, dahingehend, dass das schweizerische Aktienrecht revisionsbedürftig sei.

Der Präsident: Da sich niemand mehr zum Worte meldet, so ist die Diskussion geschlossen, und wir schreiten zur Abstimmung. Ich lasse zunächst eventuell darüber abstimmen, ob die von den Referenten beantragte Resolution durch den von Hrn. a. Bundesrichter Dr. J. Winkler vorgeschlagenen Zusatz zu ergänzen sei; sodann wiederum eventuell darüber, ob der Resolution der Referenten oder derjenigen des Hrn. Dr. August Welti der Vorzug zu geben sei; und schliesslich — in der Hauptabstimmung — darüber, ob überhaupt eine Resolution gefasst werden soll oder nicht.

Resultat der Abstimmung:

Erste Eventualabstimmung: Für den Zusatz des Herrn Dr. Winkler . . . . . 29 Stimmen
Dagegen . . . . . 11 „

Zweite Eventualabstimmung: Für die durch das Amendement Winkler ergänzte Resolution der Referenten . . . . 38 Stimmen
Für die allgemeine Resolution nach Antrag des Hrn. Dr. Welti . . . . 21 „

Hauptabstimmung: Für Fassung einer Resolution . . . . . 31 „
Dagegen . . . . . 32 „

Der Präsident: Meine Herren! Sie haben beschlossen, keine Resolution zu fassen. Ich nehme aber an, Sie seien damit einverstanden, dass, wie früher, so auch dieses Jahr dem Eidgen. Justizdepartement unser Verhandlungsprotokoll eingesandt werde.

Sie sind damit einverstanden.

VI.

Der Präsident gibt der Versammlung davon Kenntnis, dass der Vorstand als neue Mitglieder aufgenommen hat die Herren:

27. *Ernest Léon Martin,* notaire, Genève.
28. *Georges Werner,* avocat, Genève.
29. *Alexandre Martin,* avocat, Genève.

VII.

Demandes de crédit.

M. *Georges Favey,* en sa qualité de trésorier de la société, demande à l'assemblée de voter les deux crédits suivants:

1° L'un en vue des prix de concours; il demeurerait fixé à fr. 1500 comme les années précédentes.

2° L'autre en faveur des Annales de Jurisprudence de M. de Blonay; il s'agit d'une subvention de fr. 15. — par feuille d'impression, ce qui représente un total de 200 à 230 francs.

Ces deux crédits sont adoptés à l'unanimité.

Schluss der Sitzung: 11 Uhr 40.

Verhandlungen vom 23. August 1904.

Beginn der Sitzung vormittags 8 Uhr.

I.

Bericht der Rechnungsrevisoren.

Herr Advokat *Eugen Ziegler* erstattet namens der Rechnungsrevisoren Bericht über die Jahresrechnung und den Stand des Vereinsvermögens. Das Vereinsvermögen wird aus dem allgemeinen Vermögen und dem Spezialfonds für die Veröffentlichung schweizerischer Rechtsquellen gebildet.

I. Allgemeines Vermögen.

Einnahmen.

Die Einnahmen während der Zeit vom 1. Juli 1903 bis 30. Juni 1904, herrührend aus Eintrittsgeldern, Mitgliederbeiträgen und Zinsen, betragen insgesamt	Fr. 5,541.95

Ausgaben.

Die Ausgaben, inbegriffen die Beiträge an den Spezialfonds für die Herausgabe von Rechtsquellen und an Herrn S. de Blonay für die Herausgabe des X. Bandes der „Annales de Jurisprudence", sowie die Druckkosten für Referate, Statuten etc., belaufen sich im ganzen auf	„ 4,600.15
Es ergibt sich somit ein Einnahmenüberschuss von	Fr. 941.80

Bilanz.

Das Vereinsvermögen beträgt auf 30. Juni 1904	Fr. 20,171.41
Auf den gleichen Zeitpunkt des Jahres 1903 betrug es	„ 19,229.61
Vermehrung somit wie oben	Fr. 941.80

II. Spezialfonds für die Veröffentlichung schweizerischer Rechtsquellen.

Einnahmen.

Die Einnahmen, bestehend aus den Beiträgen der Eidgenossenschaft und des Vereins, sowie den Zinsen, betragen	Fr. 4,844.85

Ausgaben.

Die Ausgaben betragen, da die Druckkosten im Berichtsjahre sehr gering waren, bloss . .	„ 509.70
Es ergibt sich somit ein Einnahmenüberschuss von	Fr. 4,334.65

Bilanz.

Das Vermögen beträgt auf 30. Juni 1904 . .	Fr. 25,387.05
Auf den nämlichen Zeitpunkt des Jahres 1903 betrug es	„ 21,052.40
Vermehrung somit wie oben	Fr. 4,334.65

Die Rechnungsrevisoren haben die Rechnung geprüft, insbesondere die Belege mit dem Kassenbuch verglichen und alles in guter Ordnung gefunden. Sie beantragen, es sei die Rechnung des Kassiers unter bester Verdankung zu genehmigen.

Diesem Antrag wird einmütig zugestimmt.

II.

Bericht des Preisgerichtes.

Das Thema der Preisaufgabe lautete: „Das Verwaltungsstrafrecht nach der Schweizerischen Bundesgesetzgebung.“ Es langte nur eine in deutscher Sprache verfasste Arbeit ein. Im Namen des Preisgerichtes, das aus den Herren Professoren *Eugène Borel* (Neuenburg), *Max Huber* (Zürich) und *Philipp Thormann* (Bern) zusammengesetzt war, erstattet Hr. Prof. Thormann folgenden Bericht:

„Die Arbeit trägt das Motto: „Gesunde Freiheitsrechte ertragen viel Polizei.“ Sie behandelt den Stoff in drei Teilen, von denen die beiden ersten das materielle Recht (allgemeiner und besonderer Teil) darstellen und der dritte das Verfahren enthält.

„Als ein Mangel ist zu bezeichnen, dass der Begriff des „Verwaltungsstrafrechtes“ nicht genügend fixiert worden ist. Der Verfasser hat vielmehr ohne weiteres seine Betrachtung auf das gesamte Gebiet des schweiz. Polizeistrafrechtes ausgedehnt und es vermieden, den Begriff induktiv aus dem positiven Bundesrecht herauszubilden. Die dafür eingeschaltete historische Erörterung des Begriffes scheint ziemlich wertlos.

„Auch über das Wesen der „Polizeistrafe“ ist sich der Verfasser nicht klar.

„Zu bedauern ist ferner, dass das Verhältnis des Verwaltungsstrafrechtes zu den allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht von 1853 nicht eingehender behandelt worden ist.

„Die eigentlich staatsrechtlichen Partien der Arbeit, wie die Frage der Kompetenz des Bundes zum Erlass von Polizeistrafgesetzen, sind im ganzen richtig erfasst, allein es fehlt an einer Vertiefung des Problems. Die Darstellung des positiven Bundesrechtes im zweiten Teil ist fast ganz kompilatorisch und besitzt keinen wissenschaftlichen Wert. Es fehlt an einer ausreichenden Würdigung der legislatorischen Motive und namentlich der Verwaltungs- und Gerichtspraxis. Die positivrechtliche Darstellung steht völlig isoliert neben dem theoretischen Teil.

„Eine Prämierung der Arbeit, welche eine Drucklegung derselben zur Folge haben würde, kann daher seitens des Preisgerichts nicht beantragt werden.

„Die Schwierigkeit der Aufgabe, welche ein noch wenig bearbeitetes Grenzgebiet des Staats- und des Strafrechtes betrifft, der sich aus der Arbeit kundgebende Fleiss des Verfassers und die Uebersichtlichkeit der Anordnung hatten dem Preisgericht den Gedanken nahe gelegt, die Erteilung eines Aufmunterungspreises zu beantragen. Dasselbe nimmt jedoch davon Umgang, um nicht nach dieser Richtung hin ein Präjudicium zu schaffen.“

Der Präsident verdankt den Mitgliedern des Preisgerichts ihre Begutachtung. Gemäss dem von ihnen gestellten Antrag wird kein Preis zuerkannt. Der Verfasser der Arbeit kann dieselbe innerhalb der Frist eines Monats zurückerheben. Geschieht dies nicht, so wird sie dem Vereinsarchiv einverleibt und das Couvert, welches den Namen des Verfassers enthält, vernichtet werden.

Die Versammlung ist mit diesem Vorgehen einverstanden.

III.

Bericht der Kommission für schweizerische Rechtsquellen.

Namens der Kommission für schweizerische Rechtsquellen erstattet Hr. Prof. Dr. *Eugen Huber* in Bern folgenden Bericht:

Die Kommission verweist mit Bezug auf den Stand der Vorarbeiten für die Herausgabe weiterer schweizerischer Rechtsquellen im allgemeinen auf den letztjährigen Bericht. Diese Vorarbeiten haben im Berichtsjahre an manchen Orten erfreuliche Fortschritte gemacht. So können wir z. B. mitteilen, dass der von Hrn. Dr. Emil Welti bearbeitete III. Band der aargauischen Rechtsquellen, diejenigen der Städte Klingnau und Kaiserstuhl umfassend, voraussichtlich im Dezember nächsthin zur Ausgabe gelangen wird. Im fernern hat Hr. Prof. Dr. Max Gmür die Vorarbeiten für die Publikation der Quellen des Toggenburg, die den II. Band der st. gallischen Rechtsquellen bilden werden, soweit gefördert, dass der Druck wahrscheinlich im Februar 1905 beginnen kann. Ziemlich weit gediehen sind auch die Arbeiten des Hrn. Oberrichter Dr. Walter Merz für die Herausgabe eines IV. Bandes aargauischer Rechtsquellen. Für Bern sind Vorarbeiten insofern getroffen, als sich Hr. Dr. Emil Welti nach der Publikation der aargauischen Rechtsquellen der Herausgabe eines neuen Bandes bernischer Quellen widmen wird. Vorarbeiten existieren auch bereits für Zug. Endlich schweben gegenwärtig Unterhandlungen, um für Waadt einen geeigneten Bearbeiter zu finden.

Es wäre sehr zu begrüssen, wenn durchschnittlich alle Jahre ein Band von Rechtsquellen herausgegeben werden könnte. Um dieses Ziel zu erreichen, sollten in den einzelnen Kantonen noch weitere kundige Mitarbeiter gefunden werden. Die Kommission richtet daher an alle diejenigen, welche die erforderliche Musse zu rechtshistorischen Studien und Forschungen besitzen, einen warmen Appell, sie möchten ihre Kenntnisse und ihre Arbeitskraft in den Dienst unseres Unternehmens stellen. Gerade jetzt wäre der richtige Zeitpunkt zu Rechtsquellensammlungen da; wird er nicht wahrge-

nommen, so gehen viele für die Kenntnis und das Verständnis unseres einheimischen Rechtes wichtige und wertvolle Quellen für immer verloren.

Im fernern wäre es sehr wünschenswert, dass die bereits publizierten Bände einen stärkeren Absatz finden würden als bisher. Die Kommission wendet sich darum mit der Bitte an die Mitglieder des Vereins, unser Unternehmen auch dadurch zu fördern, dass sie die Quellensammlungen möglichst vollständig anschaffen. Sie würden auf diese Weise ein überaus umfassendes und instruktives Material für die schweizerische Rechtskunde erhalten.

Die Kommission stellt den Antrag, es möchte, wie bisher, so auch für das nächste Jahr dem Fonds für die Publikation schweizerischer Rechtsquellen eine Summe von Fr. 1000.— aus der Vereinskasse zugewiesen werden.

Diesem Begehren wird einstimmig ohne Diskussion entsprochen.

Der Präsident verdankt der Kommission ihre verdienstliche Arbeit und spricht die Hoffnung aus, das Unternehmen möge einen guten Fortgang nehmen und von den Mitgliedern des Vereins nach Kräften unterstützt werden.

IV.

Der Präsident teilt mit, dass vom Vorstand neu in den Verein aufgenommen worden sind die Herren:

30. Dr. *Albert Furter,* Fürsprech und Notar, Lenzburg.
31. *Franz Wolhauser,* Advokat, Freiburg.

V.

Diskussionsthema: **Die Umgestaltung des schweizerischen Wechselrechtes im Hinblick auf ein einheitliches internationales Wechselrecht. (La réforme de notre droit de change, eu égard à une législation internationale sur la matière.)**

Im Einverständnis mit dem Referenten erhalten zunächst die beiden Korreferenten das Wort.

Der Präsident ersucht Hrn. Dr. *Giuseppe Berta,* Professor an der Handelsakademie in St. Gallen, dessen Korreferat in italienischer Sprache abgefasst ist, an erster Stelle zu referieren.

Herr Professor *Berta*:

On. Signori Presidente e Colleghi,

Data la grande importanza della materia sulla quale vertirà la discussione odierna, l'egregio nostro presidente ha creduto opportuno di portare il numero solito dei relatori da due a tre, affinchè le tre grandi correnti di diritto che corrispondono alle tre nazionalità componenti il nostro Stato federativo avessero modo di affermarsi, e fossero in pari tempo rappresentate le tre lingue nazionali.

Avete già udito il relatore di lingua tedesca, quello di lingua francese seguirà fra poco . . . . . ed ora aguzzate l'orecchio per seguire una relazione redatta nella lingua del sì.

L'on. *Wieland* ha formulato la questione nei termini seguenti:

„*Revisione del diritto cambiario svizzero in vista d'una legislazione internazionale uniforme.*"

Egli non crede opportuno di modificare sensibilmente il titolo 29 del C. F. O., perchè da una parte non è sentito il bisogno di profonde riforme nel campo del diritto cambiario, ed in secondo luogo perchè i tentativi isolati di radicali innovazioni nella nostra legislazione interna potrebbero ostacolare quel grandioso movimento che tende a riunire sotto le norme di una legislazione cambiaria mondiale i diversi popoli civilizzati. L'on. relatore limita perciò il suo esame ad alcune poche tesi. Ed io lo seguirò passo passo nella sua dissertazione densa di dottrina e ricca di senso pratico, dividendo la mia esposizione in 3 parti:

1ª Parte: *Della provvista.*
2ª „ *Del protesto.*
3ª „ *Questioni diverse e conclusioni.*

Alla prima parte è riservato uno sviluppo abbastanza ampio, perchè io non condivido le opinioni dell' on. relatore

sulla questione in essa esposta, mentre le altre due parti saranno trattate brevemente, visto che fra mè ed il Sig. *Wieland* non esistono qui differenze sostanziali.

Prima però di entrare nel cuore dell'argomento debbo accennare ad una circostanza importante. Riconoscendo la verità delle parole pronunciate da un delegato al Congresso di diritto internazionale di Bruxelles nel 1888 che: „*la lettre de change est l'instrument des hommes pratiques et non des jurisconsultes*“, io ho ritenuto necessario di consultare banchieri, commercianti e Camere di commercio sull'argomento che ci occupa. Con apposita circolare invitai il ceto commerciale a pronunciarsi sulle tesi del Sig. *Wieland* e su altri punti di questione da me stesso formulati. Parve dapprima che nel mondo degli affari regnasse una certa indifferenza. *La Bankvereinigung* di S. Gallo, in cui tenni una conferenza illustrando le proposte *Wieland,* ruppe il ghiaccio. Il risultato della discussione avvenuta in seno alla *Bankvereinigung*, che fu pubblicato nella *Neue Zürcher Zeitung* del 6 Luglio p° p°, spinse anche la Camera di Commercio di Zurigo ed il *Verband zürcherischer Kreditinstitute* a manifestare la loro opinione. Posseggo un breve resoconto delle deliberazioni del *Verband zürcherischer Kreditinstitute,* nonchè un rapporto della *Camera di commercio* di Zurigo con uno speciale annesso sul tema della provvista. Nel corso della mia relazione accennerò alle soluzioni ivi contenute, anche quando le mie opinioni personali siano divergenti.

Parte I.

Della Provvista.

Quali sono i rapporti giuridici del possessore della cambiale sui fondi costituiti in provvista al trattario? Vi ha egli un diritto, o no? Questa quistione ha una grandissima importanza principalmente nel caso in cui il traente cada in fallimento, senza che il trattario abbia accettato e pagato la cambiale. Infatti — data questa eventualità — se si riconosce al possessore della cambiale un diritto acquisito alla provvista, egli verrà soddisfatto con quella, sfuggendo alla legge del

dividendo; mentre, in caso contrario, egli non avrà nessun'altra garanzia tranne quella fornita dall'attivo del fallimento, nel quale concorrerà con tutti gli altri creditori del fallito traente.

Cominciamo col constatare che legislazione, dottrina e giurisprudenza sono nei vari Stati ben lontane dall'accordarsi su questo punto. In Germania e negli altri paesi dove sono in vigore i principî della legislazione cambiaria germanica, specie in Isvizzera, Italia, Inghilterra, nel Portugallo, nella Rumenia e nella Russia predòmina la tendenza di rifiutare al possessore qualsiasi diritto sui fondi costituiti in provvista, anche nel fallimento del traente. La legge belga invece, la giurisprudenza francese ed il diritto vigente in Iscozia accordano al possessore della cambiale un diritto di prosecuzione della provvista, od almeno un privilegio sulla stessa in confronto dei creditori del traente caduto in fallimento. [1])

Qual'è la ragione di queste due soluzioni fra loro opposte e contradditorie? Andando al fondo delle cose, troveremo ch'esse sono la conseguenza di due opposti sistemi cambiarî, ai quali s'informano le legislazioni dei diversi paesi.

L'uno di questi sistemi è comunemente conosciuto sotto il nome di sistema *franco-belga,* mentre all'altro è applicata la qualifica di *germanico-italiano.*

I seguaci del sistema franco-belga partono dal concetto: che la cambiale non è qualche cosa per sè stante, ma deve invece considerarsi come un contratto che presuppone sempre un altro contratto fra traente e trattario, sia desso un contratto di vendita di merci, ovvero un contratto d'apertura di credito ecc. Una tratta non si può concepire senza una causa anteriore a cui essa deve la sua esistenza. Questa causa è appunto ciò che in diritto francese e belga si chiama *la provvista*, e che deve servire di pegno per il pagamento della cambiale. [2])

---

[1]) Vedi Kohn in Kohlers Encyklopädie Bd I, p. 1051 und 1038—1039. Wieland p. 16, e Vidari, La Cambiale, p. 165.

[2]) Bulletin de la Société de législation comparée Vol. 29 (1899—1900), p. 800, VIII. — Actes du Congrès international de droit commercial de Bruxelles (1888), p. 466 e segg.

La provvista è quindi un correlativo, anzi un ente inscindibilmente connesso colla cambiale rilasciata dal traente, e lo scopo della cambiale è di liquidare l'operazione passata fra traente e trattario mediante la consegna della cambiale al prenditore che poi potrà girarla ad altri.

Stando così le cose, si capisce perchè il diritto francese faccia obbligo al traente di fornire al trattario la provvista e stabilisca che provvista vi è, ogni qualvolta il trattario sia — all'epoca dell'esigibilità della cambiale — debitore verso il traente di una somma almeno uguale all'importo della cambiale.[3]) Parimenti comprensibile è la conseguenza a cui giungono la giurisprudenza e la dottrina: che cioè l'emissione della tratta contiene a favore del prenditore e dei successivi giratarî una cessione del credito del traente verso il trattario, o — come è detto poco giuridicamente in alcune opere e sentenze — che il possessore acquista insieme colla cambiale anche *la proprietà* di ciò che è il fondamento della stessa, cioè la somma che ne rappresenta il valore.[4]) In ogni modo la provvista costituisce un valore che è uscito dal patrimonio del traente per passare in quello del portatore della cambiale, ed è affetto unicamente al pagamento di questa. Da ciò consegue che — cadendo il traente in fallimento prima che la cambiale sia accettata — il possessore può avocare a sè la provvista in forza di un diritto acquisito, ed opporsi a che la stessa venga versata all' attivo della massa.

Il sistema *germanico-italiano* poggia sopra una base assolutamente differente. La legge cambiaria germanica, la quale lo incorpora, vede, in opposizione al sistema franco-belga, nel titolo cambiario non soltanto un mezzo d'esecuzione d'un contratto preesistente, di un *contract de change*, ma il vero ed unico portatore dell'obbligazione cambiaria, la quale è indipendente dalla causa giuridica materiale che ne determina la formazione o l'estinzione.

---

[3]) Code de commerce, Art. 115 e segg.

[4]) Actes du Congrès, p. 467 e 469.

Un'obbligazione formale del traente verso il prenditore, ecco l'obbligazione essenziale che nasce dalla cambiale. Emettendo la cambiale, il trattario assume di fronte al prenditore ed ai successivi giratarî l'obbligo di farla accettare e di farla pagare. La causa di questa obbligazione risiede nel controvalore rimesso dal prenditore al traente, oppure nell'obbligo che il primo s'assume di rimettere posteriormente al secondo un controvalore qualunque. Si tratta pertanto di un contratto conchiuso fra il traente ed il prenditore; e la cambiale non è altro che il titolo dell'obbligazione del traente di far pagare la cambiale in base ad una causa che non è espressa e che non ha bisogno d'essere espressa, essendo per i principî del diritto comune un' obbligazione perfettamente valida anche senza l'indicazione della *causa debendi.*

Da questi principî, su cui s'impernia il sistema *germanico-italiano*, nasce la conseguenza che i rapporti fra traente e trattario non hanno alcun stretto legame coll'esistenza ed efficacia della cambiale, e che la legge cambiaria non deve per ciò occuparsi della provvista. „Questa" — dice il Vidari [5]) — „può ben servire ad assicurar meglio l'accettazione ed il pagamento della cambiale, ed a guarentire quindi il traente dalla azione di regresso del possessore o di alcun girante che abbia pagato il possessore: ma, appunto per ciò, essa non riguarda che i rapporti personali del traente e del trattario."

Dunque il possessore rimane affatto estraneo alla provvista. A questi poco importa di sapere come il traente adempirà la sua obbligazione. Invece di pagare egli stesso, egli ha promesso di far pagare da altri; poco monta, in qual modo egli farà pagare. È questo un punto da liquidarsi fra traente e trattario; esso non riguarda in alcun modo l'operazione che si svolgerà coi successivi portatori della cambiale.

Ecco perchè la legge cambiaria germanica e le sue imitatrici non contengono nessuna disposizione sulla provvista. Ecco altresì perchè negli Stati in cui vige tale sistema, compresa la Svizzera, la giurisprudenza e la dottrina sono una-

---

[5]) Vidari, op. cit., p. 165.

nime nel negare che l'emissione e la girata della cambiale producano *ipso jure* a favore del portatore una cessione del credito del traente verso il trattario od una vendita dei fondi costituiti in provvista. Il prenditore della cambiale ed i successivi giratarì acquistano solo il diritto di domandare l'accettazione ed il pagamento della cambiale garantiti dal traente, e di regredire contro di lui e gli altri condebitori, ove il trattario non accetti o non paghi. Bisogna quindi distinguere due casi: o il trattario accetta, o non accetta.

1º Se accetta, egli si obbliga in via cambiaria a pagare alla scadenza la somma per la quale ha accettato (Art. 742 C. F. O.) — ed il possessore della cambiale ha quindi un'azione diretta contro di lui per ottenerne il pagamento. Ma si badi bene che il possessore non agisce quì come cessionario del credito civile del traente verso il trattario derivante dall' affare che diede origine all'emissione della cambiale, ma fa valere un credito personale, indipendente, per sè stante e fondato sulla obbligazione formale assunta dal trattario coll' accettazione.

2º Se invece il trattario non accetta la cambiale, egli non entra nel vincolo cambiario, non assume nessuna obbligazione cambiaria di fronte al beneficiario della cambiale, e non può quindi essere da questi azionato per il pagamento della medesima, tanto meno poi per la restituzione della fatta provvista. L'unico diritto spettante al portatore della cambiale in questo caso è di levar protesto domandando cauzione ai coobbligati in via di regresso, e più tardi, ove la cambiale non venga spontaneamente pagata dal trattario, di regredire contro quelli per il pagamento.

Posta così, la questione della provvista acquista un'alta importanza, perchè appare collegata ad un ordine più elevato di idee, cioè al sistema stesso che deve servir di base alla legislazione cambiaria. È una lotta di principî, una lotta di scuola che stà dietro al concetto apparentemente neutrale della provvista. Questa lotta scoppiò vivissima al Congresso internazionale di Anversa, e per poco non lo fece naufragare. Dalle deliberazioni del Congresso non uscì vittorioso nè l'uno nè l'altro degli accennati sistemi, ed il Congresso si chiuse

con un meschino espediente, votando cioè delle disposizioni alternative, per l'una o per l'altra delle quali ciascun Stato potrebbe optare a seconda del sistema adottato dalla sua legislazione interna.[6])

Che questo conflitto d'idee non sia ancor tolto, ma sussista tuttora in tutta la sua asprezza lo prova un articolo pubblicato dall'illustre prof. *Thaller* dell'Università di Parigi nel *Bulletin de la Société de législation comparée* (fascicolo Ottobre-Novembre-Dicembre 1900, Vol. 29, pag. 785 e segg.). In questo articolo l'Autore dice chiaramente che fra il sistema francese ed il sistema tedesco esiste una opposizione irreducibile, che lo spirito francese non può piegarsi alla costruzione giuridica degli effetti di commercio che ci danno i Tedeschi, e che la dottrina germanica sulla cambiale non potrà mai mettere radice in Francia. Aggiunge che è la provvista la quale svela l'antagonismo esistente fra la concezione germanica e quella francese della cambiale, che sulla provvista si concentra la lotta, e conclude colle parole. — „Nous ne demandons pas aux Allemands de se déjuger sur la conception de la lettre de change qui leur est chère. Mais, aussi longtemps qu'il ne consentiront pas à faire état de la provision dans les délibérations relatives à l'adoption d'une lettre de change uniforme, nous avons bien peur que cela ne nous condamne au *statu quo*. Le commerce français tient d'une manière très ferme à ce que la lettre de change ait une opération loyale et réelle à sa base dans les rapports du tireur et du tiré, et que, le tireur tombant en faillite avant que le porteur n'ait eu le temps d'obtenir l'acceptation, cette opération serve de gage à son remboursement. Par là le porteur d'une traite à une seule signature peut échapper au dividende. Il échappera également à la perte provenant de faillites, si l'effet a drainé virtuellement, dans sa circulation, les garanties dont se trouvaient pourvues les créances successivement associées par lui.“

---

[6]) Vedi Norsa, Relazione sul progetto di legge uniforme in materia cambiaria al Congresso di Anversa (Torino, 1887) p. 49 segg. e Wieland, p. 14 e segg.

Alle argomentazioni ed affermazioni del *Thaller* risponde il *Sacerdoti* nella Rivista di diritto commerciale (Vol. XX, Fascicolo 2, 1902, p. 170 e segg.) sostenendo i principî della scuola germanico-italiana. Per il giurista italiano non è possibile un compromesso. Il sistema astratto cambiario o deve essere accettato integralmente od integralmente rigettato. Una combinazione dello stesso con elementi assolutamente refrattarî a venire con esso assimilati non può ammettersi. Ed elementi refrattarî in questo senso sarebbero quelli che, secondo il *Thaller,* formano invece la base del diritto di cambio, cioè la necessità dell' esistenza di un credito del traente verso il trattario, almeno per la scadenza del titolo, ed il trasporto di questo credito al possessore in forza della tacita volontà delle parti risultante dal titolo stesso. Chi accetta la teoria dell' obbligazione astratta cambiaria — continua il *Sacerdoti* — deve adattarsi a quanto necessariamente ne deriva, che l'effetto contrattuale per il possessore del titolo come tale debba poggiare unicamente sulla cambiale e che fuori di essa possa esservi azione soltanto in base d'un titolo indipendente.

Per parte mia consento pienamente nelle idee espresse dal giurista italiano. Discutendo quindi la questione della revisione del nostro diritto cambiario svizzero, bisogna porre in primo luogo il quesito: Vogliamo noi mantenere alla nostra legislazione in materia cambiaria il sistema germanico-italiano sul quale essa è attualmente assisa? — Io credo che la maggioranza darà una risposta affermativa a questa domanda. Chi vorrebbe infatti ritornare all'antiquato sistema della rimessa del denaro, della causale determinata ed espressa e della distanza del luogo, di cui sono ancora imbevute la legislazione e la giurisprudenza francese? I rapporti derivanti dalla cambiale, dopo aver evoluzionato per opera della pratica commerciale, si cristallizzarono — per così dire — negli articoli della legislazione germanica, la quale fece il giro trionfale del mondo, convincendo della superiorità del sistema da essa adottato, senza contare la Svizzera, il centro della Europa e la Scandinavia, anche popoli che prima parevano piuttosto refrattarî all' influenza germanica, p. es. gl' Ita-

liani.[7]) Anche il diritto inglese-americano s'avvicina in molti punti più al sistema tedesco che a quello francese.[8]) Ora questa accoglienza favorevole ed universale fatta ai principî del diritto germanico è la miglior prova che essi sono in grado di soddisfare alle varie esigenze del commercio. Ed io credo che noi dobbiamo rimanere fedeli a queste massime, mantenendo le basi su cui poggia la nostra attuale legislazione cambiaria.

Ma l'accettazione di questa tesi pregiudiziale importa — per le considerazioni suesposte — anche l'accettazione dell' altra: essere illogico ed in *contraddizione coi principî cardinali del nostro sistema cambiario l'accordare al possessore della cambiale un diritto alla provvista fondato su rapporti che scaturiscano dalla cambiale stessa.*

Soggiungerò che anche un'intesa internazionale sarà più facile sulle basi del sistema tedesco che su quelle della scuola francese. L'asserzione del *Thaller* che esclude la possibilità di un ravvicinamento della Francia alle idee germaniche, qualora non si riconosca al possessore il diritto alla provvista, è certamente esagerata. Ne sia prova il fatto che taluni giuristi francesi si sono negli ultimi anni convertiti alle opinioni tedesche, e che molti rappresentanti del Belgio, i quali al Congresso di Anversa propugnavano a spada tratta il sistema francese della provvista, l'abbandonarono poi al successivo Congresso di Bruxelles. Degna di considerazione è anche la circostanza che il Codice di commercio italiano del 1865, ora abrogato, pure informandosi al vecchio concetto della cambiale, aveva, a differenza del Codice francese, escluso il diritto del possessore alla provvista.

Del resto *Lyon-Caën e Renault,* pronunciandosi fra il sistema francese ed il germanico sulla provvista, riconoscono che il primo è censurabile dal punto di vista della teoria e non impedisce gli inconvenienti di cambiali mal garantite e non derivanti da operazioni serie. Ravvisano la scarsa effi-

---

[7]) Vedi Thaller, op. cit., p. 788 in fine. — Kohn in Kohlers Encyklopädie Bd I, p. 1039.

[8]) Grünhut, Lehrbuch des W.-R., p. 28.

cacia del trasporto della provvista al beneficiario della cambiale in ciò che quest' ultimo non può esercitare il suo diritto che alla scadenza, per cui nell' intervallo può dessa benissimo ritornare al traente da parte del trattario (Vedi *Sacerdoti* op. cit., pag. 177, Nota 6).

Senonchè la questione della provvista, bandita dal campo ristretto del diritto cambiario, risorge nel campo più vasto del diritto civile.

Il quesito si pone ora nei seguenti termini: Puossi ammettere un diritto esclusivo del possessore della cambiale alla provvista in base a considerazioni d'ordine puramente civile? Per rispondere adeguatamente a questa domanda bisogna vedere quali rapporti di diritto civile possono accompagnare l'operazione cambiaria.

Spogliando la cambiale dalle formalità che le sono proprie, essa si riduce ad un assegno, in cui l'assegnante è il traente, l'assegnato il trattario e l'assegnatario il prenditore della cambiale. Ora, diversi sono gli scopi per cui vien emessa una cambiale. Il più delle volte il traente vorrà colla cambiale estinguere un suo debito verso il prenditore, ma è altresí possibile ch'egli intenda aprire a quest'ultimo un credito, od usargli un tratto di favore, p. es. fargli una donazione. E per compiere questa operazione il traente ricorre al credito di una terza persona, del trattario, incaricandolo di pagare al prenditore la somma portata dalla cambiale. In commercio il traente è di solito creditore del trattario per merce somministratagli e non ancora pagata, e la cambiale serve quindi come mezzo spiccio di pagamento. Il traente, invece di domandare al trattario il rimborso del suo credito per poi rimettere la somma incassata al prenditore, incarica il trattario di pagare direttamente al prenditore cogli stessi effetti come se pagasse a lui stesso (traente). Può però darsi il caso che il trattario non sia debitore del traente e non intenda neppure aprirgli un credito o fargli un atto di favore. In queste circostanze è chiaro che il trattario non accetterà il mandato di pagamento contenuto nella cambiale se non a patto che il traente gli fornisca i mezzi per effettuarlo. Il traente ha ogni interesse

a ciò fare, essendo egli soggetto in via di regresso all'esercizio dell'azione cambiaria, ove la cambiale non venga accettata e pagata. Egli rimetterà quindi al trattario i fondi necessari per garantire il pagamento della cambiale, in danaro, in titoli, in merce od altrimenti. In ogni modo — sia che il traente abbia un credito verso il trattario, sia che abbia rimesso a quest'ultimo i fondi necessari per pagar la cambiale — si dice che esiste provvista. La provvista non è adunque altro se non il mezzo per effettuare il mandato di pagamento conferito dal traente al trattario. La sua sorte dipenderà quindi dall'esecuzione od inesecuzione di questo mandato. Dobbiamo distinguere due eventualità:

1ª *eventualità.* Se il trattario, eseguendo l'ordine datogli dal traente, paga la cambiale, la provvista deve rimanere a suo beneficio come compenso per l'effettuato pagamento. Ciò significa in pratica che il traente non può più ritirare il danaro, le merci, i titoli costituiti in provvista,[9]) rispettivamente ch'egli non può più far valere il suo credito verso il trattario, essendo lo stesso estinto in forza dell' avvenuto pagamento della cambiale al beneficiario fino a concorrenza della somma pagata. La stessa soluzione s'impone anche per il caso della semplice accettazione della cambiale da parte del trattario. Infatti, siccome il trattario accettando la cambiale assume l'obbligo di pagarne l'ammontare (art. 742 C. F. O.), è equo che la provvista resti a suo beneficio in garanzia dell' obbligazione da lui assunta nell' interesse del traente, suo mandante.

2ª *eventualità.* Essa si verifica quando il trattario non accetta e non paga. In questo caso la provvista deve restare a disposizione del traente o della massa (se il traente è in fallimento), essendo venuto meno lo scopo a cui essa era destinata per la non seguita esecuzione del mandato. Il traente, respettivamente la massa, potrà quindi ritirare le merci, valori ecc

---

[9]) Tutt' al più spetterà al traente verso il trattario un' azione in restituzione per indebito arricchimento, qualora il valore dei fondi costituiti in provvista superi l'importo della somma pagata.

che non servono più allo scopo, o far valere il suo credito verso il trattario, non essendosi verificata la condizione per l'estinzione di esso.

Dalle cose dette risulta che la provvista non crea rapporti di diritto civile se non fra traente e trattario e non ha nulla a che fare col prenditore della cambiale (e successivi giratarî). Siccome non è il prenditore che costituisce la provvista, non si capisce per quali considerazioni di natura civile gli si voglia dare un diritto alla stessa. Per il prenditore la provvista può anche non esistere, e se esiste, è come se non esistesse, perchè non influisce punto sulla sua posizione giuridica. Infatti, se il trattario paga la cambiale, anche senza aver ricevuto dal traente la provvista, il debito di quest'ultimo verso il prenditore resta estinto, come se l'avesse pagato egli stesso (traente). Se invece il trattario non paga, quantunque abbia ricevuto la provvista, il prenditore potrà regredire contro il traente o contro la massa, se il traente è in fallimento. Certamente questo diritto di regresso, di natura cambiaria, può venir ridotto e perfino escluso in forza dello speciale rapporto di diritto civile (vendita, mutuo, conto corrente ecc.) che ha condotto alla negoziazione della cambiale fra traente e prenditore (Vedi Art. 811 C. F. O.). Ma anche questo rapporto materiale non ha niente a che fare colla provvista. Quest' ultima ritornerà, se la cambiale non fu pagata, al traente, perchè il trattario non l'ha impiegata per lo scopo cui era destinata e, ritenendola, egli si arricchirebbe ingiustamente a danno del traente (vedi sopra, 2ª eventualità).

Da ciò consegue: *che il possessore della cambiale può vantare dei diritti sulla provvista soltanto nel caso che il traente se ne sia spogliato a di lui vantaggio mediante speciale convenzione.* Ciò si verifica quando il possessore della cambiale a miglior sua garanzia si abbia fatto cedere regolarmente il credito civile del traente verso il trattario (secondo gli art. 183 e segg. C. F. O.) oppure si sia fatto trasferire la proprietà sui fondi costituiti in provvista (secondo gli art. 199 e segg. C. F. O.), oppure abbia acquistato sugli stessi un diritto di pegno (se-

condo gli art. 210 e segg. C. F. O.). Nei primi due casi la provvista è uscita regolarmente dal patrimonio del traente per passare in quello del possessore. Questi potrà quindi nel fallimento del traente far valere — ad esclusione degli altri creditori — il credito civile cedutogli dal traente, oppure rivendicare a titolo di proprietà i fondi costituenti la provvista. Nel terzo caso il possessore godrà nel fallimento il privilegio accordato dalla legge ai creditori pignoratizi.

All' infuori di questi casi si misconoscerebbe la natura della provvista, dando al possessore della cambiale un diritto di prelazione od un privilegio sulla stessa.

Eppure la maggioranza dei banchieri e commercianti in Svizzera è favorevole ad accordare al possessore della cambiale il diritto alla provvista che noi gli contestiamo. Esprimendo il suo parere sulla seconda tesi presentato dall' on. Signor *Wieland,* l'associazione zurigana degli istituti di credito *(Verband zürcherischer Kreditinstitute)* così si esprime: „— *Wir sind mit der Tendenz dieser These einverstanden, sprechen uns aber gegen ein Privileg aus; wir wünschen nicht die Wiedereinführung der Privilegien. — Die Heilung bestehender Missstände und den richtigen Schutz des Wechselinhabers sehen wir in der Berücksichtigung der nachfolgenden Sätze, die die allgemeine Verkehrsanschauung wiedergeben.*

a) Der Wechselinhaber, welcher den Wechsel entgeltlich erworben hat, hat auch den dem Wechsel zu Grunde liegenden civilrechtlichen Anspruch des Ausstellers gegenüber dem Bezogenen unwiderruflich erworben, oder

b) Die Begebung des Wechsels schliesst den Uebergang der Forderungsrechte des Ausstellers auf den Bezogenen in sich. —"

Nello stesso senso suona la risposta della Camera di commercio di Zurigo: „— *Für die Sicherheit im Wechselverkehr ist es speziell vom kaufmännischen Standpunkte aus dringend wünschenswert, festzustellen, dass durch die Wechselübergabe auch die Forderungsrechte auf die Deckung vom Aussteller auf den Wechselnehmer übergehen in allen Fällen, wo die Wechselübergabe eine Schuld des Ausstellers zu tilgen oder ein Guthaben zu schaffen hat; der Aussteller und demgemäss auch*

dessen Konkursmasse sollen in diesen Fällen den Wechsel nicht widerrufen können." — Una proposta dello stesso genere è stata fatta anche in seno alla *Bankvereinigung* di S. Gallo, quantunque quì i diversi membri non abbiano potuto giungere ad un accordo completo.

Come vedete, i proponenti credono di assicurare al commercio cambiario sicurezza e solidità, rimettendo in onore anche fra noi il concetto che della cambiale si forma la scuola francese, e secondo il quale colla consegna della cambiale passa di pieno diritto dal traente al prenditore anche il credito di questo alla provvista. Con ciò si rimette sul tappeto la quistione di principio. Lasciando ad altri più competenti di me di discutere le basi stesse del sistema cambiario, io mi limito a richiamare alla vostra attenzione le considerazioni che ebbi già l'onore di presentarvi e che portano a proclamare la superiorità del sistema germanico su quello francese. Quì ripeterò solo che — secondo me — il concetto da cui partono le accennate proposte, è giuridicamente erroneo e misconosce il carattere che al giorno d'oggi riveste la cambiale come istituto formale di credito. Chi sconta una cambiale munita della sua firma presso una banca o la rimette a scopo di pagamento al suo creditore non pensa a cedere a quest' ultimo il suo credito di natura civile verso il trattario, ma vuole assumere egli stesso una formale garanzia per l'accettazione ed il pagamento della cambiale nel caso che il trattario non accetti o non paghi. In ciò consente tacitamente il prenditore ricevendo la cambiale. Se questa non fosse l'intenzione delle parti, esse non si servirebbero dello istituto della cambiale per compiere la loro operazione, ma ricorrerebbero al mezzo della ordinaria cessione o ad un analogo istituto.

I banchieri e la Camera di commercio di Zurigo — pur andando d'accordo col Sig. Prof. *Wieland* nel proporre che la provvista debba essere affetta al pagamento della cambiale e servire perciò unicamente a soddisfare il possessore della stessa — combattono la soluzione da lui propugnata. Non c'è bisogno — dicono essi — di creare un privilegio a favore

del possessore della cambiale. Basta interpretare rettamente le disposizioni di diritto civile esistenti, o tutt' al più rivederle in modo da assicurar loro una retta interpretazione. Questo concetto è sviluppato largamente in uno speciale rapporto dovuto alla penna del Sig. Prof. Dr. *Bachmann* e statomi gentilmente rimesso dalla Camera di commercio di Zurigo che dichiara di pienamente approvarlo.[10])

Permettetemi di spendere due parole in proposito, esponendo le ragioni per le quali non mi sembrano accettabili le idee esposte in quel rapporto.

Il ragionamento del Sig. *Bachmann* è il seguente: Il negozio giuridico che stà alla base della tratta è di regola generale un assegno; allo stesso sono quindi applicabili sussidiariamente le disposizioni degli art. 406—414 del C. F. O. sull' assegno. Ora, se l'assegno è rilasciato a solo scopo d'incasso, l'assegnante (traente) può sempre revocarlo ed escludere così l'assegnatario da ogni partecipazione alla provvista; ciò che è giusto perchè l'assegnatario non agisce quì nel proprio interesse. Di regola però l'assegno (tratta) è rilasciato ad estinzione di un debito dell' assegnante (traente) verso l'assegnatario (prenditore) od altrimenti nell' interesse di quest' ultimo. Ciò si verifica anche nello sconto delle cambiali, qualora il prenditore, p. es. la banca, coll' operazione di sconto debba acquistare un credito a copertura del prezzo accreditato all' assegnante come contro-valore della tratta (assegno). Ora in questo caso la revoca dell' assegno (tratta) è esclusa già per il disposto dell' art. 412, 1. C. F. O. Vero è bene che questo articolo non parla che di revoca dell' assegno in confronto dell' assegnatario. Ma bisogna ammettere (soggiunge *Bachmann*) che, quando l'assegno è irrevocabile di fronte all' assegnatario, lo è ugualmente di fronte all' assegnato. Ciò è richiesto dalla natura stessa dell' assegno, *il quale forma un tutto inscindibile, comprendente un ordine di pagamento all' assegnato con contemporanea cessione del credito all' assegnatario,*

---

[10]) Questo rapporto è stato ora pubblicato nella Schweizerische Juristen-Zeitung (Redattori Dr. Eugenio e Arturo Curti), No. 3, p. 49 e segg.

cosicchè il credito dell' assegnante (traente) può considerarsi come uscito definitivamente dal suo patrimonio e passato in quello dell' assegnatario (possessore). L'assegnante (traente) non può quindi più revocare l'assegno, perchè, così facendo, violerebbe il diritto acquistato dall' assegnatario di domandare allo assegnato (trattario) il pagamento. Ma ciò significa che, caduto il traente in fallimento, l'amministrazione del fallimento non può revocare il mandato di pagamento conferito al trattario e ritirare la provvista che si trova nelle mani di quest' ultimo. Dall' irrevocabilità dell' assegno (tratta) non nasce però ancora la conseguenza che all' assegnatario (possessore) spetti un' azione diretta contro l'assegnato (trattario) per la restituzione della provvista. Ma questa azione risulta già, secondo il Sig. *Bachmann*, dall' art. 410 C. F. O. Egli riconosce che la dottrina e la giurisprudenza danno all' art. 410 un' altra interpretazione, sentenziando che l'obbligo dell' assegnato di pagare esiste solo di fronte all' assegnante e non riguarda punto l'assegnatario, il quale perciò non può vantare nessun diritto verso di quello. Ma il Dr. *Bachmann* combatte come erronea questa interpretazione perchè essa non tien conto di una circostanza importantissima: *che cioè l'assegnatario dev' essere considerato come cessionario dell' assegnante* e aver quindi il diritto di far valere direttamente contro l'assegnato il credito dell' assegnante verso quest' ultimo.

Nell' intento di togliere ogni dubbio sull' interpretazione delle vigenti disposizioni di legge nel senso da lui propugnato, il Sig. *Bachmann* propone alcune modificazioni agli art. 412, al. 2 e 3, 410 al. 1, e 413 al. 2 C. F. O.[11])

A me pare che l'edificio con tanta cura costruito dal Dr. *Bachmann* non abbia solide fondamenta e che il suo ragionamento parta da erronee premesse.

È vero che la cambiale assomiglia nella sua forma esterna all' assegno comune di cui è parola agli art. 406—414 C. F. O. Senonchè questo assegno — come fa giustamente osservare il tribunale federale nella sentenza Kaufmann c. fratelli Oswald

---

[11]) Vedi Schweizerische Juristen-Zeitung, cit., p. 52 in fine.

(B. G. E. Bd. XXV, 2. Teil, 3. Heft p. 619 in fine e segg.) [12]) riveste un carattere speciale. Per esso il traente non si limita a rinviare il prenditore della cambiale al trattario per l'incasso della somma portata dalla cambiale, ma assume egli stesso un' obbligazione cambiaria, una formale garanzia per l'accettazione ed il pagamento della cambiale da parte del trattario. Di conseguenza la cambiale conferisce al possessore un diritto proprio, immediato, affatto indipendente da quello del traente, e che lo autorizza a presentare la cambiale all' accettazione, ad incassarne l'importo e ad agire in via di regresso contro il traente. In questa azione di regresso stà la differenza fra la cambiale ed il semplice assegno del diritto civile, il quale non crea nessun diritto di regresso dell' assegnatario contro l'assegnante. [13])

Non bisogna mai perder di vista questa differenza, quando si vuol determinare la relazione che intercede fra cambiale ed assegno. L'assegno rappresenta il genere, di cui *la cambiale* è una specie, come ne sono una specie gli *chèques* e gli *assegni scritti all' ordine* ed al *portatore*. Ora la legge, sottoponendo a speciali norme ognuno di questi istituti, vuole appunto che ad ognuno di essi si applichino soltanto queste norme e non altre, perchè altrimenti si sviserebbe il loro specifico carattere e si misconoscerebbe lo scopo al quale in commercio sono destinati. Da ciò consegue che alla cambiale non sono in alcun modo applicabili le norme degli art. 406—414 del C. F. O. concernenti gli assegni comuni, come quelle che derivano da considerazioni estranee alla natura speciale della cambiale. Questa è l'opinione predominante nella dottrina e giurisprudenza nostra. [14]) Nè havvi ragione di scostarsi da questa teoria, contenendo essa l'applicazione di un principio fondamentale di diritto che: *il jus singulare* deve essere interpretato rigorosamente, esclusa l'analogia, la quale farebbe rivi-

---

[12]) Vedi anche Curti, Schweizerisches Handelsrecht, I. Teil, p. 69.

[13]) Vedi Bischofberger, die Anweisung, Berner Dissertation, p. 67, e la bibliografia ivi indicata.

[14]) Vedi p. es. Curti, Schweizerisches Handelsrecht, Bd I, p. 72, e sentenza del Tribunale Federale ivi indicata.

vere quelle regole generali che il diritto eccezionale è appunto destinato a modificare.

Il Sig. *Bachmann* obbietta che se il legislatore avesse voluto escludere l'applicazione delle regole sull' assegno alla cambiale, l'avrebbe detto espressamente, come ha fatto per lo *chèque,* riservando per quest' ultimo le disposizioni del titolo XXX (art. 413, 2 C. F. O.). Ma, secondo me, la riserva delle disposizioni sullo *chèque* contenuta nel 2° al. dell' art. 413 C. F. O. è stata fatta allo scopo di non far confondere *lo chèque al portatore* ammesso dall' art. 832 C. F. O. cogli altri *assegni scritti al portatore,* di cui è parola al 1° al. dell' art. 413. Non era invece necessaria una espressa riserva del titolo XXIX per la cambiale, la quale *non* può da noi essere *emessa al portatore.*

Queste considerazioni bastano per far respingere la teoria del Sig. *Bachmann* e di conseguenza le proposte variazioni agli art. del C. F. O. sull' assegno. La vagheggiata riforma avrebbe l'effetto pernicioso di confondere ed amalgamare due istituti, l'assegno del diritto comune e la cambiale, che devono essere accuratamente tenuti separati l'uno dall' altro e sottoposti a norme distinte.

Del resto, anche supponendo che gli art. di legge sull' assegno fossero applicabili alla cambiale, quale valore pratico avrebbe l'invocata irrevocabilità del mandato di pagamento conferto dal traente al trattario in caso di non accettazione della cambiale da parte di quest' ultimo? — Come giustamente osserva il Sig. *Wieland* (p. 27), essa tornerebbe di vantaggio al possessore della cambiale soltanto se il trattario pagasse poi di sua spontanea volontà la cambiale. Ove quest' ultimo invece non pagasse, il possessore non sarebbe tutelato nel senso voluto da *Bachmann*, non avendo egli un' azione diretta contro il trattario.

È per uscire d'impiccio che il Dr. *Bachmann* costruisce *la cessione,* di cui ho parlato sopra, affermando che in forza dell' assegno il prenditore diventa *cessionario* del credito del traente verso il trattario, credito ch' egli può quindi far valere direttamente contro quest' ultimo. Senonchè questa costruzione, che noi abbiamo respinta come contraria all' indole della cambiale, non armonizzerebbe neppure col concetto mo-

derno dell' assegno ordinario. Il diritto moderno tende a fare dell' assegno un istituto a sè, indipendente dai rapporti di diritto materiale esistenti fra le parti interessate. Questo concetto è molto bene espresso nei Motivi del nuovo Codice civile germanico. (Bd. 2, pag. 557.)

„Der Begriff der Anweisung ist an sich unabhängig von demjenigen Rechtsverhältnisse, welches den Veranlassungsgrund für die Anweisung bildet. Die Anweisung bildet nur ein Mittel, um eine Leistung aus einem Grunde und zu einem Zwecke, welche *ausserhalb* der Anweisung liegen, herbeizuführen. Das Bedürfnis, welchem die moderne Anweisung ihre Entstehung verdankt und dient, ist wesentlich die Erleichterung von Auszahlungen im Interesse des Verkehrs. Sie ist, wie ein Wechsel, ein selbständiges, aus dem Verkehrsleben herausgewachsenes Institut.

Secondo questi principî, che sono ora contenuti nei §§ 783—792 del nuovo Codice civile germanico, l'assegno non conferisce all' assegnatario alcun diritto verso l'assegnato, se questi non abbia dichiarato di accettare l'assegno. Un rapporto obbligatorio fra assegnatario ed assegnato si stabilisce soltanto coll' accettazione.[15]) Di quì la logica conseguenza che l'assegnante può sempre rivocare l'assegno in confronto dell' assegnato, prima che questi abbia dichiarato la sua accettazione all' assegnatario, oppure effettuato il pagamento.[16]) Per quanto concerne la presunta cessione, già il *Thöl*[17]) sentenziava che l'assegno come tale non involve nessuna cessione. Anche *Kohn*[18]) nega all' assegnatario — prima dell' accettazione — qualunque azione diretta contro l'assegnato,

---

[15]) Vedi p. es. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, II. Bd, II. Abt., § 240, p. 218.

[16]) Vedi § 790 Cod. civ. germ., il quale accorda all' assegnante un diritto di revoca anche quando l'assegnante, esercitando tale diritto, violi un obbligo a lui spettante verso l'assegnatario. Ciò contro l'opinione di Bachmann, il quale — come abbiam visto — vorrebbe rendere irrevocabile l'assegno, ove l'assegnante sia debitore dell' assegnatario.

[17]) Handelsrecht, Vol. II, p. 497.

[18]) Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts, Bd III, p. 1098, N° 4°.

anche se l'assegnante è debitore dell' assegnatario e l'assegno è emesso ad estinzione del debito. Anzi *Kohn* vede in ciò un carattere distintivo fra l'assegno e la cessione. *Bischofberger* fa rilevare nella citata dissertazione l'accordo delle principali legislazioni, della dottrina e della giurisprudenza su questo punto, ed a pag. 88 così riassume la teoria dominante:

„Da der Anweisung meist bestehende Schuldverhältnisse zu Grunde liegen, der Assignant oft Gläubiger des Assignaten und Schuldner des Assignatars ist, so müssen wir uns wohl hüten, ihn als Cedenten zu betrachten, er tritt nicht sein Forderungsrecht gegenüber dem Assignaten an den Assignatar ab, seine Forderung bleibt vielmehr bestehen, er kann die Anweisung noch bis zum Accepte widerrufen, über sie anders verfügen."

Questa teoria stà alla base anche del nostro Codice federale ed è, per confessione stessa del Sig. *Bachmann*, quella imperante tanto nella dottrina quanto nella pratica. Nè io so veramente comprendere come mai il Dr. *Bachmann* possa asserire che solo la *teoria della cessione* è in grado di recare la necessaria chiarezza nei diversi rapporti di diritto che involve l'assegno. *Wieland* vi dimostra invece a p. 26 della sua relazione che, anzichè chiarezza, la *teoria della cessione* recherebbe confusione, conducendo a risultati pratici assai strani. Comunque sia, io credo d'aver dimostrato che il legislatore sbaglierebbe strada se — accettando i consigli della Camera commerciale di Zurigo e del suo consulente Dr. *Bachmann* — volesse sanzionare un diritto del possessore della cambiale alla provvista mediante una revisione degli articoli del C. F. O. concernenti l'assegno ordinario.

Ma, lasciamo le Banche e le Camere di Commercio, ed occupiamoci della soluzione proposta dall' on. relatore *Wieland*. Questi non è seguace della teoria della cessione, ch' egli anzi combatte; ma, tenero degl' interessi del possessore della cambiale, propone di accordargli un privilegio sulla provvista nel fallimento del traente.

Il privilegio che vorrebbe introdurre nella nostra futura legislazione il Sig. *Wieland* non deve però confondersi coi

privilegi propriamente detti (p. es. quelli accordati ai domestici ed operai, ai minorenni, ai medici e farmacisti, alla moglie ecc. . . . . art. 219 l. f. E. e F.), i quali affettano tutto il patrimonio attivo del fallito all' epoca dell' apertura del fallimento e riposano sopra una diversità nell' ordine della loro classificazione. *Wieland* vuol accordare al possessore un diritto di prosecuzione, di prelazione (*Absonderungsrecht*) sulla provvista dal traente fornita al trattario. Dal momento della dichiarazione del fallimento contro il traente i possessori di cambiali emesse da quest' ultimo acquistano il diritto di farsi pagare sul prodotto della realizzazione del credito del traente verso il trattario, ad esclusione degli altri creditori del fallito.[19]) Così questo *Absonderungsrecht* resta limitato al caso del fallimento del traente; e ciò è giusto, poichè, prima del fallimento il traente può sempre rivocare la tratta non accettata. Esso è inoltre subordinato alle seguenti condizioni:

1° Che la cambiale non sia stata accettata.

2° Che il possessore abbia sborsato sulla cambiale una somma almeno uguale alla somma portata dalla cambiale.

Colla prima di queste condizioni l'autore vuole esprimere il concetto che l'accettazione della cambiale rende irrevocabile la tratta e quindi impossibile il ritiro della provvista.[20])

La seconda condizione pare abbia per iscopo di limitare la tutela del possessore ai casi in cui l'emissione della cambiale abbia per fondamento una reale operazione, lasciando senza protezione coloro che della cambiale si servono a scopi ambigui, oppure per concludere affari per i quali non si ricorre di regola generale alla cambiale, verbigrazia per una donazione.

Senza entrare in una critica sulla indeterminatezza della formola nella quale l'on. relatore racchiude la sua proposta[21]) — perchè ai difetti di forma si può sempre rimediare — passo senz' altro ad esaminarne il merito.

---

[19]) Wieland, p. 28.

[20]) Wieland, p. 30.

[21]) Vedi in proposito Bachmann, op. cit., p. 50.

Anzitutto dirò francamente che non riesco ad afferrare la costruzione giuridica, da cui parte il proponente. Egli suppone che la provvista formi già nel momento dell' emissione della tratta un ente patrimoniale staccato dal rimanente patrimonio del traente, ente che questi *non ha alienato (nicht veräussert)*, ma di cui egli però s'è spogliato *(entäussert)*, un *Sondervermögen* destinato unicamente a pagare la cambiale e sul quale perciò gli altri creditori del traente non possono più contare.

Ora, io ammetto che la provvista sia destinata al pagamento della cambiale. Ma in forza di che? — In forza d'una convenzione intervenuta fra traente e trattario, cioè dell' ordine di pagamento conferto dal primo al secondo, e dalla cui esecuzione dipende anche la sorte della provvista stessa. Intervenendo il pagamento o l'accettazione della cambiale, si realizza la condizione, per cui la provvista passa *definitivamente* dal traente al trattario. Se invece la cambiale non viene accettata nè pagata, la provvista *resta proprietà del traente*, non essendosi realizzata la condizione da cui dipende la sua trasmissione al trattario. Di qui appare erronea l'affermazione che la provvista già coll' emissione della cambiale abbia definitivamente cessato di far parte del patrimonio del traente. In ogni modo trattasi di rapporti fra traente e trattario, ai quali il possessore resta assolutamente estraneo, ed i quali non debbono quindi esercitare nessuna influenza sulla posizione giuridica del possessore risultante dalla cambiale.[22])

A sostegno della sua tesi il Sig. *Wieland* cita altri casi di privilegi od *Absonderungsrechte* che avrebbero una stretta affinità con quello da lui vagheggiato, p. es. il privilegio del mandante riguardo ai crediti acquistati dal mandatario, i diritti di pegno e ritenzione dell' inquilino ed affittuario, dell' albergatore, vetturale, spedizioniere ecc. . . . .

Senonchè è facile accorgersi che l'invocata analogia in realtà non sussiste. Questi ultimi privilegi riposano infatti sopra rapporti di diritto (mandato, locazione, deposito, contratto di trasporto, di spedizione ecc.) esistenti fra il creditore pri-

---

[22]) Vedi sopra p. 239 e segg.

vilegiato ed il debitore fallito e sanzionati da tassative disposizioni di legge. Siccome la legge accorda per speciali ragioni alle persone suindicate un diritto esclusivo sopra determinati enti patrimoniali del debitore, così è logico che nel fallimento di quest' ultimo quegli enti debbano essere realizzati a solo vantaggio di dette persone, esclusi gli altri creditori del fallito.[23]) Nel caso nostro invece, non esistendo — come abbiamo dimostrato — nessun rapporto nè cambiario nè civile fra il possessore della cambiale ed il trattario che non accetta, il privilegio manca d'ogni fondamento giuridico e logico. L'unico mezzo per dargli esistenza consisterebbe nello stabilire *per legge* che il prenditore diventa cessionario del diritto del traente alla provvista per il fatto stesso dell' emissione della cambiale. Ma *Wieland* rigetta questa soluzione;[24]) ed io non potrei mai per parte mia accettarla, avendo già detto ch' essa mi sembra in contraddizione coll' essenza della cambiale ed anche dell' assegno ordinario.

Anche il riferimento alla sentenza del Tribunale federale del 23 settembre 1899[25]) mi sembra fuori di posto. In questa sentenza il Tribunale federale decide che l'amministrazione del fallimento del traente non può farsi riversare le somme che il trattario abbia pagate dopo l'apertura del fallimento al possessore di cambiali emesse dal traente. Il Sig. *Wieland* crede di poter scorgere in questa decisione un primo passo verso il sistema francese della provvista, e soggiunge ch' essa non si spiega se non ammettendo che il Tribunale federale riconosca al possessore della cambiale un diritto esclusivo alla provvista. Senonchè io faccio osservare che l'alta Corte combatte *expressis verbis* negli ultimi considerandi della sentenza la teoria francese della cessione, basando la sua decisione da una parte sulla natura stessa del diritto cambiario spettante al possessore e dall' altra sul fatto

---

[23]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, p. 110; e Leitfaden des deutschen Konkursrechts § 16, p. 101 e segg.

[24]) Vedi p. 26 e 28.

[25]) Vedi B. G. E. A. S. Bd 25, p. 620 e segg, Kaufmann c. Oswald.

che nel caso concreto la tratta non venne revocata prima del pagamento. E ciò è in perfetta armonia coi principî da noi finora propugnati. Infatti il trattario, pagando, non ha fatto altro se non eseguire l'ordine datogli dal traente. D'altra parte, siccome il possessore non ha ricevuto se non ciò a cui il possesso della cambiale gli dava diritto, non può lo stesso venir condannato a restituire le somme incassate, mancando nella sua persona gli estremi dell' ingiusto arricchimento. Nè si può con *Wieland* affermare che il Tribunale federale s'è messo in contraddizione col principio che i crediti del fallito non si estinguono se non mediante pagamento alla massa. Il fallito traente ha appunto cessato di essere creditore verso il trattario per il fatto d'aver questi pagato — conformemente all' incarico ricevuto — al possessore della cambiale, anzichè a lui traente. La citata sentenza non offre pertanto nessun appoggio alla tesi del Sig. *Wieland*.

Anche le considerazioni d'ordine generale ed economico che dovrebbero, secondo *Wieland*, indurre il legislatore ad introdurre l'innovazione da lui propugnata, non riescono a convincermi.

L'onor. relatore fa valere in primo luogo l'opportunità di tutelare gli interessi del commercio in genere e del piccolo commercio in ispecie.[26])

Rispondiamo a *Wieland* che la legge non deve tutelare soltanto gli interessi dei creditori cambiari, ma anche quelli degli altri creditori che hanno fatto credito al fallito senza ricorrere all' istituto della cambiale. Ora, siccome il privilegio da lui invocato viola il principio dell' uguaglianza dei creditori nel fallimento del debitore, non bisognerebbe ammetterlo se non nel caso in cui motivi di eccezionale gravità ed urgenza lo consigliassero. *Wieland* sente egli stesso l'importanza di questa obbiezione. Ma, esistono in concreto tali motivi gravi

---

[26]) Wieland, op. cit. p. 23: Der Wechsel bedarf so gut wie andere Umlaufsmittel, z. B. die Banknote, materieller Garantien. Der Wechselinhaber soll mit Sicherheit auf den Eingang der Zahlung rechnen dürfen, und das kann er nur, wenn ihm die Deckung pfandähnliche Sicherheit darbietet. Vedi inoltre p. 24, dove è parola del. kleiner Kundenverkehr.

ed impellenti? Io non lo credo. Anzitutto i creditori cambiari godono già per legge di una larga protezione che fà difetto ai creditori semplicemente chirografari. Questa protezione consiste — ognuno lo sa — nel diritto del possessore della cambiale di domandare al traente sufficiente garanzia, qualora il trattario non accetti, e di agire in via di regresso per il pagamento contro il traente e gli altri coobbligati, qualora il trattario non paghi.

Un' altra seria garanzia risiede nella procedura rapida con cui il credito cambiario può essere realizzato, nonchè nella limitazione delle eccezioni di diritto materiale che il debitore può opporre al creditore.

Pretendere, come vorrebbe *Wieland,* dal legislatore ulteriori garanzie, come quelle che esistono per altri titoli di credito, p. es. per i biglietti di banca, mi pare un po' troppo. L'analogia coi biglietti di banca non regge. Le rigorose cautele che il legislatore sancisce per l'emissione ed il rimborso dei biglietti di banca mirano alla tutela del pubblico in genere, il quale accetta in pratica come mezzo di pagamento quei titoli, senza aver modo di controllare la solvibilità dell' emittente, restando così esposto al pericolo di gravi danni, qualora i biglietti di banca emessi non siano in proporzione coi mezzi pecuniarii dell' emittente.

Altrimenti stanno le cose a proposito della cambiale, sopratutto nei casi di *Kundenwechsel* specialmente menzionati da *Wieland.*[27]) Quì il banchiere conosce la persona che gli presenta la cambiale da scontare; e, se non la conosce, può procedere alle dovute indagini, rifiutando di compiere l'operazione in caso di pericolo d'insolvibilità del traente, oppure domandando a questi ulteriori garanzie, p. es. un avallo, la costituzione di una ipoteca, di un pegno etc. Se lo crede, potrà anche farsi cedere dal traente il suo credito civile verso il trattario, nel quale caso acquisterà — come si è visto sopra — in forza di un titolo speciale un' azione diretta contro il trattario, i cui vantaggi l'egregio relatore gli vuole assicurare mediante un privilegio concorsuale.

---

[27]) Wieland, p. 24.

Jura vigilantibus scripta: cioè è affare del prenditore di circondarsi delle opportune cautele, invece di incrociar le braccia aspettando l'interventodella legge. Senonchè ciò succede già nella pratica, nè i banchieri e commercianti hanno bisogno dei nostri consigli. [28])

Del resto — osserva giustamente l'autorevole corrispondente sangallese della *Neue Zürcher Zeitung* (No. 186, 6. luglio 1904) i banchieri scontando una cambiale non hanno punto di mira il privilegio alla provvista, ma semplicemente la qualità delle firme che figurano sulla cambiale. *Wieland* nega ciò, almeno per quanto concerne i *Kundenwechsel;* ma il fatto resta per lo meno discutibile. Ripeterò soltanto quanto un rappresentante del Belgio (Delvaux) ebbe a dire su questo punto al Congresso di Bruxelles. [29])

„Des banquiers de la ville d'Anvers ont consulté sur cette question à peu près tous les banquiers du monde entier, à l'exception de ceux de la France dont l'opinion opposée était connue.

Or, au profond étonnement de la Commission de la Bourse d'Anvers, les banquiers ont répondu *qu'ils ne se souciaient pas beaucoup de la provision.*

Les banquiers anglais, notamment, ont été consultés sur ce point avec beaucoup de précision. On sait que la loi écossaise diffère de la loi anglaise sur la question que nous discutons en ce moment.

Il s'agissait de savoir si les banquiers préfèrent la négociation des effets sur l'Ecosse où l'on a conservé le système de la provision tant préconisé par mes collègues français, et s'ils sont en défiance relativement à l'escompte des effets tirés sur les autres parties du Royaume-Uni. *Tous les grands banquiers de Londres ont répondu qu'ils ne faisaient pas la moindre distinction.*"

---

[28]) Fra i banchieri di Basilea e S. Gallo è già invalso l'uso di far sottoscrivere ai clienti un Bordereau, con cui si fanno cedere da questi ultimi i loro diritti alla provvista. Il mezzo è assai semplice ed alla portata di tutti; noi lo raccomandiamo invece dei privilegio.

[29]) Vedi Actes du Congrès, p. 470.

La ragione principale per cui *Wieland* vorrebbe introdurre il succitato privilegio e sulla quale egli insiste maggiormente consiste in ciò, che in Isvizzera, a differenza di quanto succede in altri paesi, le banche non usano far accettare dai loro clienti le cambiali, principalmente se trattasi di piccole somme, perchè i piccoli commercianti, spinti da un certo sentimento di diffidenza, vi si rifiuterebbero.[30])

Così il diritto di prelazione del possessore dovrebbe in ispecial modo servire ad aumentare il valore delle tratte non accettate, che danno un gran contingente alla circolazione, supplendo in tal modo alle perniciose conseguenze di una consuetudine invalsa in commercio.

Non ho potuto ottenere informazioni precise sull' esattezza del fatto citato da *Wieland*. Posso dire soltanto ch' esso è stato contestato nella seduta della *Bankvereinigung* di S. Gallo dal suo presidente *Gygax*, e che anche il rapporto *Bachmann* chiama l'affermazione del Sig. *Wieland* „*unzutreffend.*“[31])

Ma comunque sia di ciò, io mi domando se il mezzo proposto, il quale significa una derogazione ai principî fondamentali di diritto, sia in proporzione collo scopo che si vuol raggiungere. Supposto che in Isvizzera esista veramente l'uso di far astrazione dall' accettazione, la colpa non è in ogni modo della legge, la quale all' art. 736 accorda al portatore di una cambiale il diritto di presentarla immediatamente al trattario per l'accettazione, e, se l'accettazione non segue entro ventiquattro ore, di far levare il protesto. Così stando le cose, mi pare giusto che chi tralascia di presentar la cambiale alla accettazione debba anche sopportare le eventuali conseguenze della sua negligenza.[31a]) Tutt' al più si dovrebbe reagire contro l'uso invalso, e lavorare a sradicarlo, ma non c'è ragione di

---

[30]) Wieland, p. 25.

[31]) Vedi Bachmann in Schweizerische Juristen-Zeitung cit., p. 5 in fine.

[31a]) Per parte mia non vedo del resto nessun inconveniente che vengano escluse dai benefici del commercio bancario quelle persone, le quali non conoscono o non vogliono studiare il meccanismo della cambiale e le leggi che la governano.

procedere ad una revisione della legge che favorirebbe alcuni creditori negligenti a danno di tutti gli altri.

Per conchiudere dirò che il ceto commerciale è contrario alla proposta *Wieland* anche per le complicazioni che ne risulterebbero nella pratica, complicazioni atte ad aumentare anzichè a diminuire i processi.[32])

Per tutte queste considerazioni io propongo che sia rigettata la tesi II[a] della relazione *Wieland*.

Parte II[a].

Del protesto.

L'ampio sviluppo da me dato alla tesi della provvista avrà forse già messo a dura prova la vostra pazienza. In compenso vi prometto, come già dissi nell' introduzione, d'esser breve nell' esame delle altre tesi.

In primo luogo mi siano permesse alcune considerazioni sul protesto, questo *Schmerzenskind* del diritto cambiario, come lo chiama il Dr. *Bernstein* nella sua recente pubblicazione intitolata: *Die Revision der Wechselordnung*.

È mia opinione che su questo punto possano servire al legislatore, più che le sottili disquisizioni giuridiche, le lezioni dell' esperienza ed i saggi consigli delle persone consumate nella pratica degli affari. Queste persone non fanno certamente difetto nella Società dei giuristi svizzeri. Ad essi io lascio il compito di una nudrita discussione, limitandomi per parte mia ad esporre succintamente il mio modo di vedere sulle varie proposte formulate dall' on. *Wieland* con accenno alle soluzioni ed ai desideri delle corporazioni commerciali da me consultate.

Il protesto—considerato nella sua essenza e nel suo scopo—non è altro se non una dichiarazione destinata a constatare l'adempimento di certe pratiche da cui dipende l'esercizio della azione cambiaria ed il loro risultato, p. es. la presentazione della cambiale ed il rifiuto d'accettazione per l'esercizio del

---

[32]) Vedi Bachmann, Schweizerische Juristen-Zeitung cit., p. 51 in pr. ed i giornali ivi citati.

regresso in garanzia (art. 744 C. F. O.); la presentazione della cambiale ed il rifiuto di pagamento per l'esercizio dell' azione di regresso per mancanza di pagamento. (Art. 762 C. F. O.) Ma la maggior parte delle legislazioni, fra le quali la nostra, prescrivono per la validità di quest' atto l'osservanza di molte formalità. Si tratta di minute prescrizioni concernenti le persone autorizzate a levar protesto, il tempo ed il luogo in cui il protesto deve esser fatto, la persona del richiedente e del protestato, la trascrizione della cambiale, la data ecc. (Art. 814—819 C. F. O.)

Una saggia interpretazione dovrebbe in ogni caso concreto far distinzione fra requisiti essenziali e non essenziali del protesto, ammettendone la nullità soltanto qualora dallo stesso non risulti una circostanza indispensabile per il raggiungimento dello scopo cui esso mira, p. es. quando esiste un dubbio fondato sulla identità o della cambiale o delle persone interessate (protestante e protestato.)[33]) Ma è un fatto provato dall' esperienza che nell' interpretazione delle formalità legali la dottrina e la giurisprudenza si sentono spesso inclinate a dare un' importanza soverchia alla lettera della legge, violandone lo spirito.[34]) È ciò che succede giornalmente riguardo alle formalità prescritte per il protesto.

Quante contestazioni, quanti processi e quante sentenze barocche, in urto coi sani principî del diritto e col buon senso, son dovute ad una pedantesca interpretazione delle norme che regolano il protesto! L'on. *Wieland* ve ne fa un quadro che è assai fosco (ved. pag. 49—54), ma al quale non si può negare il pregio della verità.

Il possessore della cambiale fa levare il protesto, credendo di aver così in mano una prova chiara e sicura per esercitare l'azione di regresso . . . . . ed invece si trova ben spesso di fronte ad eccezioni desunte da vere o supposte violazioni di

---

[33]) Vedi Meili, Gutachten i. S. Comptoir d'escompte c. Landolt, p. 18—19 (Separatabdruck aus der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankrecht, X. Jahrg., 1901).

[34]) Wieland, p. 54.

formalità, che gli impediscono l'esercizio del suo diritto. Mostrami un protesto — dice *Bernstein* — ed io ti proverò che non è valido!

Ecco a che punto siamo giunti! — Nessuna meraviglia quindi se tanto fra i giuristi quanto fra i commercianti si sente vivamente il bisogno di riformare l'istituto del protesto per ricondurlo al suo vero scopo, che è quello di facilitare l'esercizio dell' azione cambiaria rendendo per tal modo sicure e spedite le operazioni di cambio. Anche le risposte date al mio questionario proclamano concordemente l'imperiosa ed urgente necessità di rivedere la vigente legislazione sul protesto. Solo sul modo di attuare tale riforma esiste discrepanza di opinioni. Io mi dispenso dal riassumere i diversi sistemi e le diverse soluzioni a cui accenna il Sig. *Wieland*, dalla proposta *Stranz* che vorrebbe abolire assolutamente il protesto, ammettendo che l'adempimento delle pratiche cambiarie possa provarsi coi soliti mezzi di prova consentiti dalla legge, fin giù ai timidi tentativi di ritoccare le vigenti disposizioni di legge soltanto in quei punti che difettano di chiarezza e precisione.[35])

Le conclusioni, a cui l'on. *Wieland* giunge, sono contenute nelle tesi III^a^, IV^a^, V^a^, VI^a^.

La tesi III^a^ è informata ad idee radicali. L'autore, se non giunge fino a bandire l'attuale protesto dal diritto cambiario, lo vuole però incatenato in modo che non possa più nuocere. A questo scopo egli propone di assidere sopra basi radicalmente nuove tanto *la redazione dell' atto di protesto (Protestbeurkundung)* quanto *la procedura per la levata del protesto (Protestverfahren)*.

La cifra I^a^ della III^a^ tesi mira alla riforma dell' atto di protesto proponendo:

a) Che il protesto, invece di essere redatto, come ora succede, sopra un documento distinto dalla cambiale, venga annotato sulla cambiale stessa.

---

[35]) Vedi Wieland op. cit. p. 42 e segg., e l'articolo dello stesso Autore nello Schweizerisches kaufmännisches Centralblatt 1904, No. 37.

b) Che la redazione del protesto, spogliata dalle pedantesche formalità attualmente prescritte dalla legge, consista in una breve attestazione datata e firmata dall' ufficiale di protesto, dalla quale risulti l'infruttuosa presentazione. Basterà perciò una semplice formola sul genere delle seguenti: *Accettazione, pagamento rifiutato, debitore irreperibile* ecc.[36]) Esaminerò l'una dopo l'altra le innovazioni proposte sotto le lettere *a* e *b*.

Ad a. L'idea di redigere l'atto di protesto sulla cambiale stessa invece che sopra un documento separato mi sembra accettabile. I vantaggi che ne deriverebbero sono molto ben tratteggiati dal *Bernstein* nell' opera citata, le cui parole mi permetto quì di trascrivere: — „Der Protest gehört auf den Wechsel. Die Ableitung aller Ansprüche und Nebenansprüche aus einer Urkunde anstatt aus zweien dient dem an die Spitze gestellten Gebot möglichster Vereinfachung. Die Schicksale des Wechsels sollen sachgemäss aus dem Wechsel selbst erkennbar sein. Wenn das Notleiden des Wechsels stets aus diesem selbst erhellt, so ergibt sich dadurch der Vorteil, dass der Wechsel nicht mehr unter Verschweigung seiner Not im Verkehr erhalten werden kann, auch die nachprotestlichen Indossamente sich als solche sofort ausweisen, endlich bei mehreren gleichlautenden Papieren die Identifizierung des notleidenden Wechsels ohne Schwierigkeit gegeben ist.“ —

Anche la Camera di commercio di Zurigo si dichiara d'accordo con questa innovazione ritenendola un miglioramento di fronte alle attuali condizioni; e ciò press' a poco per gli stessi motivi che adduce *Bernstein.* Vi si oppone invece il *Verband zürcherischer Kreditinstitute,* il quale però non giustifica la sua opposizione limitandosi a dire che l'invocata riforma non potrebbe applicarsi al protesto per mancata accettazione, ma solo a quello per mancato pagamento. L'articolo già citato della *Handelszeitung* condivide le idee dei banchieri zurigani ed osserva che annotando la non avvenuta accettazione sulla cambiale stessa se ne impedirebbe ed ostacolerebbe

---

[36]) Vedi Wieland p. 55, 63.

sensibilmente la circolazione. D'accordo; ma in ciò io vedo un vantaggio anzichè un danno, poichè una semplice occhiata alla cambiale basta per avvertire i prenditori ch'essi non ponno contare sulla persona del trattario.

Anche la *Bankvereinigung* di S. Gallo si dichiarò in maggioranza contraria alla accennata innovazione per due motivi principali. In primo luogo s'è detto che il possessore della cambiale incontrerà serie difficoltà a far valere giudiziariamente il suo diritto di regresso, qualora la cambiale su cui è annotato il protesto vada smarrita, o venga dolosamente trattenuta dal condebitore al quale fosse stato consegnata per notificargli la mancanza di accettazione o di pagamento. Questa obbiezione non ha serio fondamento, perchè il Sig. *Wieland* prevede l'istituzione di uno speciale registro di protesto[37]) tenuto da un pubblico funzionario, dal quale potranno desumersi tutte le circostanze necessarie a stabilire l'identità della cambiale, delle persone in causa e dell' avvenuto protesto. Basterà quindi che il possessore nell' una o nell' altra delle suaccennate eventualità si faccia rilasciare dall' ufficiale preposto al registro una copia dell' atto che lo riguarda, per poter con esso salvaguardare i suoi diritti. Per ovviare ad ogni difficoltà è consigliabile d'introdurre nella legge una disposizione che obblighi l'ufficiale a rilasciare agl' interessati copie conformi delle annotazioni figuranti nel registro.[38])

Il secondo motivo per cui la *Bankvereinigung* respinge la proposta *Wieland* risiede in ciò, ch'essa sarebbe di difficile attuazione nella pratica. L'articolo più volte citato della *Neue Zürcher Zeitung* così si esprime a questo proposito: — *Allein den Protestvermerk auf dem Wechsel selber vorzunehmen geht einfach praktisch nicht an. Man sehe sich z. B. einen Wechsel mit vielen Kreuz- und Querindossamenten an; oft ist kein weisses Fleckchen mehr vorhanden und dann soll noch der Protestbeamte seine Erklärung hinschreiben und ein rechtsgültig tadelloses Dokument herstellen!* Con tutto il rispetto dovuto all' autorevole

---

[37]) Wieland, p. 57 e 58.

[38]) Bernstein, op. cit. p. 66.

corrispondente del giornale zurigano non credo che i casi da lui contemplati si presenteranno di spesso. Un posticino (almeno sopra un foglio d'allungamento) si troverà sempre per annotarvi la formola del protesto, la quale, come abbiamo visto, sarà ridotta ai minimi termini, ove le proposte Wieland vengano accettate!

Ad b. Anche la semplificazione della formola di protesto prevista sotto la lettera **b** incontra molte simpatie. La Camera di commercio di Zurigo dichiara di aderirvi, soggiungendo che le espressioni „*accettazione, pagamento rifiutato*" e consimili sono perfettamente sufficienti per mostrare che la cambiale è in sofferenza. Di questo avviso sono anch'io. E vado parimenti d'accordo colla suddetta corporazione in quella parte del suo rapporto dove dice che nessuno rimpiangerà la scomparsa dal protesto dei motivi di rifiuto i quali non meritano nella maggior parte dei casi alcuna fede. Del resto, quale commerciante e quale giurista di buon senso non saluterà con vivo piacere l'introduzione di una riforma tendente a sostituire con una formola netta e precisa le minuziose formalità dell' art. 815 C. F. O., la cui interpretazione è e sarà continuamente la fonte di innumerevoli controversie e processi? Si obbietta che la laconicità della formola suggerita dal Sig. *Wieland* non permette di rendersi subito conto se sia avvenuta la presentazione della cambiale, che è condizione *sine qua non* per l'esercizio del diritto di regresso. (Art. 744, 762 C. F. O.) Rispondo che nelle parole „*accettazione, pagamento rifiutato*" è contenuta implicitamente anche la circostanza della presentazione, essendo ovvio che chi dà un tale rifiuto deve aver avuto sott' occhio la cambiale. Del resto è già principio riconosciuto tanto in Germania quanto in Isvizzera: che non fa d'uopo di menzionare *expressis verbis* nel protesto[39]) la circostanza dell' avvenuta presentazione.

La 2ª cifra della IIIª tesi si occupa *della procedura di protesto (Protestverfahren)* e prevede una riforma del sistema vigente nel senso di considerare come semplici prescrizioni

---

[39]) Meili, op. cit. p. 4.

d'ordine *(Dienstvorschriften)* i dispositivi legali che la regolano, p. es. quelli concernenti il luogo ed il tempo in cui dev' esser levato il protesto, la persona del protestante e del protestato, le indagini per scoprire la dimora di quest' ultimo ecc. La violazione di taluna di queste norme può bensì rendere passibile di una multa il funzionario in colpa e renderlo civilmente responsabile del danno causato colla sua negligenza, ma non deve infirmare menomamente la validità del protesto, in confronto del portatore della cambiale.

La proposta innovazione rappresenta un necessario completamento della riforma suggerita per l'atto di protesto, avendo essa per iscopo di proteggere il possessore della cambiale contro le eccezioni che il debitore potrebbe desumere da irregolarità intervenute nella procedura di protesto, per sottrarsi al pagamento del suo debito.

Il ceto commerciale pare in maggioranza d'accordo con *Wieland* su questo punto. La Camera di commercio di Zurigo ed il *Verband zürcherischer Creditinstitute* hanno dichiarato la loro incondizionata adesione. Ad essi s'associa anche chi ha l'onore di parlarvi. Parmi infatti cosa equa di non far sopportare al possessore della cambiale le conseguenze delle irregolarità che possa commettere un ufficiale di protesto nell' esercizio delle sue funzioni. Ciò tanto più perchè il possessore della cambiale deve nutrir fiducia che il pubblico funzionario abbia fatto le cose in ordine e si sia uniformato a quanto prescrive la legge.

Si potrebbe obbiettare — come infatti avvenne nella seduta della *Bankvereinigung* — che i processi per violazione di formalità nella procedura di protesto, dopo essere stati scongiurati nei rapporti fra creditore e debitore cambiario, risorgeranno nei rapporti fra creditore protestante ed ufficiale di protesto.

Io non credo però che si debba troppo allarmarsi. La responsabilità degli ufficiali di protesto esiste già ora; essa non è una creazione del Sg. *Wieland*. Ma l'esperienza ci mostra che rari sono i casi in cui un ufficiale di protesto sia stato azionato per risarcimento di danni, e che anche in questi

casi la colpa va attribuita in gran parte vuoi alla legge, le cui disposizioni mancano di chiarezza e precisione, vuoi al soverchio formalismo dei tribunali. Apportando le necessarie modificazioni alla legge,[40]) ed ispirandosi nella pratica ad un sistema d'interpretazione più largo e meno formalistico, diminuiranno anche le cause di processi. Del resto il sentimento della responsabilità, che pesa come una spada di Damocle sul capo degli ufficiali di protesto, sarà per essi uno sprone continuo ad adempiere coscienziosamente e con zelo le mansioni loro affidate.

Sulla IV^a^ tesi non mi soffermo a lungo, sperando che l'accettazione alla III^a^ la renda superflua.

La cifra I^a^ di questa tesi resta evasa colle considerazioni sopra esposte.

La cifra II^a^ contiene un postulato tendente a permettere che il protesto possa essere validamente levato dagli impiegati subalterni dell' ufficiale di protesto sotto la responsabilità di quest' ultimo. È questo un postulato con cui tutti sono d'accordo e che non avrebbe neppur bisogno d'essere espressamente formulato. Se, ciò non ostante, *Wieland* insiste sullo stesso, egli lo fà per impedire che si estenda l'abuso invalso nella giurisprudenza di considerare come nullo il protesto, qualora i due atti, levata del protesto (Protesterhebung) e constatazione scritta dell' avvenuto protesto (Protestbeurkundung) non siano stati compiuti dall' ufficiale di protesto in persona. È noto che il Tribunale federale è partito da questa teoria nella sentenza *Comptoir d'escompte c. Imer-Landolt.*[41])

Oltre al postulato contenuto nella cifra II^a^ della IV^a^ tesi, altre riforme dell' attuale sistema s'impongono nel caso in cui le radicali proposte di *Wieland* non vengano accettate. Necessaria è p. es. una disposizione nel senso che la cambiale possa essere presentata validamente anche ad una persona la quale appaia dalle circostanze autorizzata a dare una risposta, p. es.

---

[40]) Vedi le proposte di Wieland, p. 59, e Bernstein op. cit., p. 70 e segg.

[41]) Vedi B. G. E. Vol. XXVII, p. 74—87. Vedi la critica di questa sentenza in Wieland, p. 49. — Cfr. anche Meili, op. cit., p. 6 e segg.

un membro adulto della famiglia, un gerente, un commesso di negozio ecc.[42]) Per togliere le controversie attualmente esistenti, sarebbe inoltre opportuno di stabilire che, in caso di protesto contro un ente morale, non è necessario di indicare il nome della persona fisica colla quale l'ufficiale di protesto ha parlato, poichè in questo caso chi agisce nel senso giuridico della parola è l'ente morale stesso, non la persona fisica la quale riveste soltanto la qualità di nunzio.[43]) Anche l'art. 815 C. F. O. deve essere sensibilmente modificato. La trascrizione letterale della cambiale, di cui alla cifra 1ª di questo articolo, mi sembra una formalità eccessiva; basterebbe l'enunciazione dei punti principali, come p. es. dell' importo e della scadenza della cambiale, del debitore e del creditore, supplendo al resto le annotazioni contenute nel registro di protesto. Anche la cifra 3ª del citato articolo che fa obbligo di indicare nel protesto la risposta dell' interpellato o di menzionare la circostanza che non ne ha data alcuna, mi pare contenga una pedanteria senza scopo.

Il legislatore federale farebbe bene di tenere di mira nella semplificazione del protesto il sistema belga ed inglese che sono più spediti e spicci del nostro.[44]) Il sistema belga è consigliato anche dal *Verband zürcherischer Kreditinstitute.* Questa associazione ha inoltre espresso il desiderio che venga introdotto un formolario di protesto uniforme per tutta la Svizzera ed una istruzione pure uniforme per gli ufficiali di protesto. Giro la proposta a chi di diritto, affinchè venga presa in esame. Sorgerà anche quì una lotta in difesa della minacciata sovranità cantonale?

Tesi Vª. Con questa tesi l'on. relatore tende a far introdurre anche da noi un sistema il quale esiste già nel Belgio, in Rumenia ed in Italia. Per esso il protesto può in determinate condizioni essere surrogato da una dichiarazione di

---

[42]) Vedi Wieland p. 51 e 59.

[43]) Meili, Internationales Civil- und Handelsrecht, Bd II, p. 345.

[44]) Vedi sul sistema belga Meili, Gutachten ecc., p. 15, e bibliografia ivi indicata.

rifiuto del protestato. Il Codice di commercio italiano, imitando gli art. 66—68 della legge belga, prescrive all' art. 307 quanto segue: „Nessun atto da parte del possessore della cambiale può supplire al protesto per provare l'adempimento degli atti necessarii a preservare l'azione cambiaria. Tuttavia il protesto per mancanza di accettazione o di pagamento può essere *surrogato, se il possessore vi acconsente, da una dichiarazione di rifiuto dell' accettazione o del pagamento, sottoscritta entro il termine stabilito per il protesto dalla persona richiesta di accettare o di pagare, e registrata entro due giorni dalla data.* Se la dichiarazione suddetta è fatta per atto separato, deve contenere la trascrizione esatta della cambiale secondo le disposizioni del numero 1° dell' articolo 305."

Non si può negare a questo sistema il merito di favorire la rapidità delle operazioni mercantili e di far risparmiare spese inutili ed inutili pubblicità. La dichiarazione privata ha specialmente valore per la cambiale di tenue importo e nel caso di fallimento del debitore, a risparmio di spese.[45])

D'altra parte lo scopo del protesto è raggiunto con questa privata dichiarazione al pari che coll' atto publico. Infatti, qual' è lo scopo del protesto? Di accertare la mancata accettazione od il mancato pagamento della cambiale, e di determinare esattamente i termini per l'esercizio del regresso. Ora, „dice il *Vidari*[46])" „quale attestazione o dichiarazione può essere più certa ed attendibile di quella di chi, richiesto dell' accettazione o del pagamento, dichiari di non voler accettare o pagare?"— Per queste considerazioni io sono convinto dell' opportunità dell' innovazione e faccio piena adesione alla tesi V^a^, semprechè la legge nostra prenda, come quella belga ed italiana, gli opportuni provvedimenti per evitare gli abusi. Questi provvedimenti consisterebbero nello statuire:

1°) Che la dichiarazione privata è ammissibile solo per le cambiali interne.

---

[45]) Vedi Calamandrei, La Cambiale, p. 255. — Vivante, Trattato di diritto commerciale, Vol. III, p. 397, No. 1289.

[46]) Vidari, op. cit. p. 371, No. 337.

2°) Ch'essa è valida soltanto se il possessore della cambiale vi acconsente, se porta la data e la firma del protestato, e se è inscritta in un registro pubblico (p. es. quello tenuto dall' ufficiale di protesto.)

Wieland non accenna che di passaggio alla necessità del consenso da parte del possessore della cambiale.[47]) A parer mio è però bene che questa circostanza venga espressamente menzionata, poichè, essendo la dichiarazione privata una eccezione alla regola del protesto per atto pubblico, deve riconoscersi al possessore un diritto assoluto di acconsentirvi o no, e quindi di far levare il protesto solito, qualora non si accontenti della dichiarazione privata. Allo scopo d'impedire che la dichiarazione venga antidatata, consiglio poi al legislatore di prescrivere che essa venga inscritta al registro pubblico entro un breve termine, e cioè entro il termine per levar il protesto.[48]) Insisto su questo punto, perchè il termine fissato dalla legge italiana per la registrazione è stato recentemente fatto oggetto di critica.[49])

Il Codice italiano prescrive che la dichiarazione deve essere sottoscritta entro il termine del protesto e registrata entro due giorni dalla sottoscrizione. Così sono accordati almeno quattro giorni dalla scadenza per accertare la data della dichiarazione. A questa guisa il possessore decaduto dall' azione di regresso per la decorrenza del termine per levare il protesto, può entro altri due giorni farla rivivere colla facile convivenza del trattario o dell' accettante, che dia alla sottoscrizione la data di uno o due giorni innanzi. Il *Vivante,* dal quale tolgo quest' osservazione, chiede con ragione che si ponga rimedio al pericolo di questo abuso, restringendo i termini della registrazione. È appunto ciò che noi proponiamo.

Soggiungo che la Camera di commercio di Zurigo è favorevole al postulato contenuto nella tesi V^a^. Il suo rapporto accenna anche ad un altro vantaggio che deriverebbe dall' introduzione della vagheggiata riforma, quello cioè di un

---

[47]) Wieland, p. 45.

[48]) In questo senso anche Wieland p. 45.

[49]) Vedi Vivante, op. cit. p. 397, No. 1289, e Montessori in Rivista di diritto commerciale, Vol. II, fasc. 3, p. 250.

risparmio di tempo, potendosi il protesto levare già in occasione del primo rifiuto di pagamento, cioè il giorno stesso della scadenza.

Il *Verband zürcherischer Kreditinstitute* propone invece di respingere l'innovazione, quantunque riconosca alla stessa il merito di dare rapido svolgimento all' operazione cambiaria. L'obbiezione principale pare sia la seguente: che non si potrebbe aver una copia della dichiarazione. Se non erro, c'è quì un malinteso; poichè, dovendo la dichiarazione venire registrata, si potrà in ogni occorrenza domandarne una copia all' ufficiale preposto al registro.

Ad tesi VI: **Protesto postale.** L'on. *Wieland* fà a p. 43—44 una esposizione dello stato della quistione in Germania, dove il protesto postale non esiste ancora, e nel Belgio, dove esso è stato introdotto e disciplinato colle leggi del 1876, 1877 e 1879. Della Svizzera non fà cenno. Ma è notorio che da noi gli ufficiali postali sono autorizzati soltanto a presentare la cambiale pel pagamento e ad esigerne l'importo. Se non l'ottengono, devono poi passare il titolo all' ufficiale competente pel protesto.[50])

Il ceto commerciale invoca già da tempo che si conceda ai funzionari postali la facoltà di levare protesto invece dei notai o funzionarì a ciò competenti secondo le leggi cantonali; ma solo alla condizione che l'Amministrazione postale assuma una piena responsabilità per il regolare funzionamento di questo nuovo servizio. È in questo senso che formola *Wieland* la sua VI^a^ ed ultima tesi.

La Camera di commercio di Zurigo, il *Verband zürcherischer Kreditinstitute* e la *Bankvereinigung* di S. Gallo aderiscono alla fatta proposta, aggiungendo però un' altra condizione, e cioè che l'amministrazione postale si obblighi ad accettare anche pagamenti parziali, essendo quest' ultimi eccezionalmente concessi al debitore cambiario (art. 78, 75 C. F. O.).[51]) Aggiungo due

---

[50]) Le stesse condizioni esistono in Italia. Vedi Vivante, op. cit. p. 395, No. 1287.

[51]) Vedi Neue Zürcher Zeitung del 18 Agosto 1904, No. 229, erstes Abendblatt.

parole su questo punto. La legge federale sulla regalìa delle poste dispone nell' ultimo lemma dell' art. I che: *l'Amministrazione postale può assumersi anche il protesto di titoli protestabili in conformità delle speciali prescrizioni da emanarsi in proposito.* Queste speciali prescrizioni però finora non esistono. Perchè? Il messaggio del Consiglio federale del 1893[52]) ci dice che un regolamento definitivo di questa questione non è possibile se non in base ad un' inchiesta approfondita, dalla quale risulti il grado di responsabilità a cui l'Amministrazione federale andrebbe incontro.

Sono ormai scorsi 11 anni dalla data del messaggio; e se in questo lasso di tempo la quistione della responsabilità non ha potuto essere risolta, io temo molto che ciò potrà avvenire a breve scadenza.

La conclusione mi sembra essere la seguente: che l'introduzione del protesto postale in Isvizzera resterà ancora per molto tempo un pio desiderio del Sig. *Wieland*, del ceto commerciale e di chi parla.[53])

Parte III^a^.

Quistioni diverse e conclusioni.

Dopo aver passato in rivista le tesi *Wieland* concernenti la provvista ed il protesto, sorge la domanda: Deve la revisione del nostro diritto di cambio limitarsi a questi pochi punti? — Va da sè che le mie quattro chiacchiere non hanno la pretesa di sciogliere la grave quistione. Il legislatore troverà nella relazione *Wieland*, dove il tema è trattato in modo esauriente, il materiale necessario per condurre a termine l'opera complessa che gli spetta. Quì io vorrei solo con *Wieland* ripetere al legislatore di non mai dimenticare: che la cambiale è un istituto internazionale per eccellenza: che scienziati, uomini politici, associazioni e congressi lavorano da molti anni alla

---

[52]) Vedi Foglio federale 1893, Vol. I, p. 78.

[53]) L'on. Consigliere federale Brenner mi ha fatto osservare che il Consiglio federale non ha perso di vista il protesto postale, e che anzi stà studiandolo in connessione col progetto di legge sullo chèque postale.

unificazione del diritto cambiario: e che presto o tardi suonerà l'ora in cui, eliminate le poche divergenze ancora esistenti, sulle rovine delle differenti legislazioni nazionali sorgerà una legislazione internazionale uniforme. È questo ideale di un diritto cambiario mondiale che deve aver di mira il legislatore svizzero nel rivedere le norme del nostro diritto cambiario in terno. E l'opera di revisione avrà valore soltanto se terrà conto dell' accordo già intervenuto fra i vari Stati sopra diverse quistioni, cercherà di appianare gli antagonismi esistenti invece di inasprirli, e rivolgerà la sua attenzione principalmente a quei punti il cui regolamento sarà lasciato ad ogni singolo Stato anche dopo l'unificazione internazionale. Tale è il pensiero che domina tutto il lavoro del Sig. *Wieland* e lo ha condotto a formulare la prima tesi nel modo sequente: *doversi per ora far astrazione da una estesa riforma del vigente nostro diritto cambiario, avuto riguardo all' importanza internazionale della cambiale.* Io credo che voi tutti sarete con mè d'accordo nell' accettare questa tesi.

Da ultimo vorrei esprimere ancora un desiderio, e cioè che il legislatore non abbia mai in quest' opera di revisione a perdere il contatto con coloro a cui fa capo l'attività commerciale ed industriale, perchè soltanto essi sono in grado di dire se e dove esiste un vero e sentito bisogno di riforme.

In quest' ordine d'idee raccomando all' esame del legislatore alcune innovazioni che *Wieland* non contempla o scarta come inopportune, mentre la Camera di commercio di Zurigo le ritiene rispondenti ai bisogni ed ai desideri della pratica. L'elenco di queste proposte è contenuto nella *Neue Zürcher Zeitung del 18 c. m., Nr. 229.* Sono le seguenti:

1. Revisione dell' art. 722 C. F. O. nel senso di rendere facoltativa la menzione del prenditore o della scadenza. Nel primo caso la cambiale sarà considerata come un titolo al portatore, nel secondo come una cambiale a vista.
2. Modificazione degli Art. 768 C. F. O. e segg. nel senso che la misura degli interessi a cui ha diritto il creditore regrediente sarà regolata secondo i principì generali contenuti nell' art. 119 C. F. O.

3. Introduzione dell' obbligo di notificare il protesto. Questo obbligo incomberà al possessore della cambiale e ad ogni giratario di fronte al proprio girante, sotto pena della perdita del diritto di regresso. Oltre di ciò, dovrà statuirsi un obbligo per l'ufficiale di protesto di notificare l'avvenuto protesto al traente.

4⁰ Riduzione dei termini per la prescrizione dell' azione cambiaria. (Art. 803—805.) Per le cambiali pagabili in Europa la prescrizione sarà di 3 mesi, per quelle fuori d'Europa 12 mesi. Rimane ferma la prescrizione triennale in confronto dell' accettante.

5⁰ All' art. 762 è proposto un emendamento al testo francese ed italiano per metterli d'accordo con quello tedesco, le parole *écheance e scadenza* non corrispondendo alla parola tedesca *Zahlungstag*.

Essendomi mancato il tempo di studiare a fondo i postulati di cui sopra, non posso pronunciarmi sull' accettazione o rifiuto di essi. Mi limito ad osservare che il *Verband zürcherischer Kreditinstitute* e la *Bankvereinigung di S. Gallo,* nonchè diversi altri autorevoli banchieri da me in proposito consultati si sono dichiarati in massima d'accordo colle suddette riforme invocate dalla Camera commerciale di Zurigo.

Arrivato così alla fine del mio lavoro, presento le seguenti conclusioni:

1⁰ Che venga respinta la II^a tesi.

2⁰ Che siano invece in massima accettate tutte le altre tesi, riservata la definitiva redazione di esse, principalmente della V^a, in base agli emendamenti presentati nel corso della mia esposizione.

3⁰ Che siano trasmessi al Dipartimento federale di giustizia il mio questionario colle risposte della Camera di commercio di Zurigo e del Verband zürcherischer Kreditinstitute.

Infolge der vorgerückten Zeit konnte Herr Prof. Berta den Teil seines Korreferates, der sich mit der Protestreform beschäftigt, nicht mehr verlesen. Es wurde jedoch beschlossen, sein Korreferat vollinhaltlich in das Protokoll aufzunehmen.

Der Präsident begrüsst es lebhaft, dass seit dem Jahre 1887 heute zum ersten Male wiederum in italienischer Sprache referiert worden und dass der Verein infolgedessen in den Besitz von Referaten in allen drei Landessprachen über die wichtige Frage der Reform des Wechselrechts gelangt ist.

Um noch Zeit für die Diskussion zu gewinnen, bittet er, nur den auf die Frage der Deckung bezüglichen Teil des Korreferates des Herrn Prof. *Béguelin* zu verlesen. Doch soll auch hier das ganze Korreferat ins Protokoll aufgenommen werden.

Die Versammlung erklärt sich damit einverstanden, dass nach Anhörung der beiden Korreferate und den etwa daran sich schliessenden Bemerkungen des Referenten, Herrn Prof. *Carl Wieland*, die Diskussion zunächst auf die Frage beschränkt werde, ob dem Wechselinhaber ein Vorrecht auf die Deckung zu gewähren sei oder nicht.

Monsieur le professeur *Edouard Béguelin* (Neuchâtel) étant — ensuite d'un cas de deuil dans sa famille — empêché de présenter lui-même **le co-rapport français,** celui-ci est lu par son collègue, M. le professeur *F. H. Mentha*. En voici la teneur *in-extenso*.

I. Considérations générales.

L'élaboration d'un Code civil suisse ne pouvait manquer d'attirer l'attention sur la question de savoir si et comment le C. O. actuel devrait y être incorporé et s'il ne fallait pas profiter de l'occasion pour soumettre ses dispositions à une révision approfondie. La question même de l'adaptation de la loi ancienne à la loi nouvelle a été examinée par la Société suisse des Juristes à St-Gall en 1900.[1]) Dans des réunions plus rapprochées, des questions plus spéciales ont fait l'objet de ses délibérations: MM. Lotmar et de Weiss ont traité de la révision de notre législation en matière de louage de services;[2]) MM. Burckhardt et de Félice, des améliorations dont serait susceptible la matière de l'acte illicite et de la responsabilité *ex lege*.[3]) Aujourd'hui, il s'agit de la réforme du droit

[1]) Zeitschrift für Schweiz. Recht XIX, p. 593 et s., 691 et s.
[2]) Zeitschrift für Schweiz. Recht XXI, p. 507 et s., 607 et s.
[3]) Zeitschrift für Schweiz. Recht XXII, p. 469 et s., 687 et s.

des sociétés anonymes et du droit de change. Que notre législation en matière de sociétés anonymes ne réponde plus aux exigences de l'heure présente et que sur de très nombreux points il y ait lieu de l'amender et de la compléter, c'est ce que personne ne songe à contester et ce qui résulte des récents travaux de MM. Rehfous et de Waldkirch. Moins graves et moins apparentes sont les imperfections de notre droit de change, et le besoin de sa mise au point a un caractère moins impérieux. Un facteur que le législateur peut ignorer dans la réglementation du droit des sociétés anonymes doit être l'objet constant de ses préoccupations lorsqu'il travaille sur le terrain du droit de change: le rôle international des effets de commerce. Une loi suisse sur le droit de change, quels que fussent ses mérites, intrinsèques et scientifiques, ne serait pas pratiquement une bonne loi si elle ne veillait pas à faciliter le plus possible la circulation des effets entre la Suisse et l'Etranger. Or, ces facilités seront d'autant plus grandes que notre loi se rapprochera des législations étrangères. La parenté très grande que les dispositions du C. O. en matière de droit de change ont avec celles de la loi allemande qui lui a servi de modèle, et avec celles de la plupart des législations modernes, qui sont comme la nôtre des dérivés de cette loi allemande, constitue un tel avantage pour la circulation de notre papier commercial, que nous serions imprudents de n'en pas tenir compte dans un travail de révision. C'est là une première raison de ne faire porter ce travail que sur des points qu'il est absolument nécessaire de reviser. A côté de cette raison d'utilité, il en est une autre d'opportunité. Certes, les changements de législation s'accomplissent plus facilement qu'on ne le pense généralement. Qui se douterait, par exemple, aujourd'hui que lorsque M. Burckhardt-Fürstenberger proposa d'exiger que le montant des effets de change fût indiqué en toutes lettres, cette exigence n'était de droit qu'à Bâle et à Glaris?[4]) Nonobstant, on peut se demander s'il serait bien opportun, de

[4]) Burckhardt-Fürstenberger, Entwurf einer schweizer. Wechselordnung, mit Motiven, 1859, § 3 n. 4. Cf. Fick, Kritische Uebersicht der schweizerischen Handels- und Wechselgesetzgebung, 1862, p. 116.

nous atteler maintenant à l'œuvre d'une révision complète qui apporterait sans doute de nombreuses perturbations dans les habitudes de notre commerce, alors que peut-être le moment n'est pas éloigné où une réglementation internationale du droit de change se substituera aux législations qui le régissent actuellement dans les différents Etats.

La seconde moitié du XIXme siècle a vu s'opérer de tels rapprochements entre peuples, la communauté de leurs intérêts s'est affirmée avec une telle puissance dans les domaines les plus variés, qu'il n'est plus possible de traiter comme une chimère irréalisable l'idée de l'internationalisation du droit de change. Le temps est passé où l'on s'arrêtait aux arguments tirés de l'impossibilité de soumettre des questions de droit privé à une réglementation internationale, ou de l'absence de tribunaux internationaux pour assurer l'unité de la jurisprudence, ou des divergences de langue et de l'obstruction des chauvinismes particuliers. La guerre franco-allemande de 1870/71, ou plus exactement la jurisprudence suscitée par les lois moratoires françaises de cette époque, semble avoir, mieux que tous les efforts antérieurs, fait pénétrer dans le monde des commerçants et des juristes, en Hongrie, en Allemagne, en Scandinavie, en Angleterre, en Hollande, le besoin de l'internationalisation et la conviction de sa possibilité. M. Borchardt, appuyé par M. Jaques en faisait la démonstration lumineuse au Xme congrès des juristes allemands en 1872. La Société pour la réforme et la codification du droit des gens, réunie à Brême en 1876, à Anvers en 1877 et à Francfort en 1878, a adopté 27 résolutions qui peuvent être considérées comme un premier Projet de réglementation internationale du droit de change. L'exposition universelle d'Anvers en 1885 a donné l'occasion à l'Institut de droit international d'arrêter, sur les propositions de M. Norsa, un Projet de loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre et au gouvernement belge de réunir, pour s'occuper de l'unification du droit de change et du droit maritime, un Congrès international où le Conseil fédéral se fit représenter par M. le prof. Speiser. La section de ce congrès spécialement chargée d'arrêter un

projet de loi internationale sur le change décida, avant de se mettre à l'œuvre, qu'il ne s'agirait pas d'une loi que les divers Etats dussent adopter par voie de traités, mais simplement d'une loi type de laquelle ils pourraient s'inspirer pour légiférer d'une manière uniforme en matière de droit de change. La lecture des Actes du Congrès d'Anvers laisse l'impression qu'après un débat assez vif sur la question de l'appartenance de la provision l'intérêt de la section se trouva à peu près épuisé. Le Projet issu de ses délibérations, pour ne pas parler de l'inconvenance ou de l'incertitude de certaines dispositions, manque d'harmonie et dénote par ses lacunes une préparation très insuffisante. Le Congrès d'Anvers lui-même considéra que sa tâche n'était pas terminée. Il se sépara en priant le gouvernement belge de faire le nécessaire en vue de la continuation des travaux, qui furent repris dans un deuxième Congrès à Bruxelles, en 1888. Mieux préparé, son travail fut plus sérieux, et le nouveau Projet rédigé conformément à ses résolutions est incontestablement supérieur au Projet d'Anvers. Les délibérations du Congrès de Bruxelles eurent pour résultat principal de restreindre et de délimiter mieux le domaine du droit de change proprement dit par l'élimination de toutes les dispositions concernant des rapports juridiques qui ne dérivent pas de l'écrit même que constitue l'effet. La section du droit de change termina son travail en déclarant qu'il n'est aucun des points débattus qui s'oppose à l'adoption d'une législation uniforme sur la lettre de change. Le Congrès se sépara *sine die,* en adoptant la décision suivante:

„Le cabinet de S. M. le roi des Belges est chargé d'entamer les négociations diplomatiques nécessaires pour faire entrer par les gouvernements dans leurs législations les principes consacrés par le Congrès."

Les choses en sont là. Il ne semble pas qu'aucune démarche ait été faite par le gouvernement belge auprès des gouvernements étrangers, ou, si ces démarches ont eu lieu, le résultat n'en est pas plus connu que celui de démarches analogues du gouvernement impérial allemand en 1878.[5])

[5]) Cf. Cohn, Beiträge z. Lehre v. einheitl. Wechselrecht, 1880, p. 48.

Quinze ans se sont écoulés depuis le Congrès de Bruxelles, et l'aurore du XXe siècle ne s'est pas levée sur la réalisation des espérances qu'on en attendait. Ce n'est pas ici le lieu de rechercher les causes de cet arrêt. L'utilité de l'internationalisation est telle qu'il ne peut être que provisoire: M. Pirmez, au congrès d'Anvers, n'est-il pas allé jusqu'à trouver que si l'on tirait au sort une des lois nationales récentes pour en faire la loi internationale, cette loi, fût-elle la moins bonne, rachèterait ses défauts par les avantages de l'uniformisation réalisée.[5a]) Depuis lors, il est arrivé que l'attention des gouvernements s'est portée sur d'autres points: des conventions sont préparées ou ont été conclues en vue de l'unification des transports par chemins de fer et de certaines parties de la procédure civile et du droit international privé. Mais l'unification du droit de change viendra également à son heure. Quel en sera le mode? C'est ce qu'il n'est pas possible de prévoir et ce qui importe peu. Le fruit mûrit, et le moment où il pourra être cueilli est peut-être si proche que nous avons aujourd'hui le devoir de nous demander si ce ne serait pas faire un travail vain que d'entreprendre à fond la révision de notre droit de change. On dira que la perspective de l'unification prochaine n'a pas arrêté l'élan de la Russie qui vient, après une gestation laborieuse, de se donner une nouvelle loi sur le droit de change;[5b]) pourtant cet exemple ne saurait être concluant pour nous, car la Russie termine en ce moment une œuvre entreprise avant les congrès belges, et le droit qu'elle a abandonné nécessitait des réformes impérieuses que le nôtre est loin de réclamer. D'autre part, il est vrai que la Suisse a acquis, par l'élaboration de sa législation fédérale, dans l'art difficile de la conciliation de conceptions juridiques opposées, une expérience qu'il peut paraître séduisant de lui voir appliquer à la préparation d'une loi nouvelle sur le droit de change qui, mieux encore que les

---

[5a]) Actes du Congrès d'Anvers, p. 81.

[5b]) Loi du 27 mai / 9 juin 1902, traduite en allemand et commentée dans la Zeitschrift für Handelsrecht, LIII, p. 478 et s.

projets belges ou ce que ceux de l'initiative scientifique, pourrait constituer une *loi type* et servir de base pour une entente internationale. Je crois cependant qu'il est plus prudent d'attendre et de nous contenter des avantages que nous procure l'appartenance de notre droit à celui des deux ou trois groupements internationaux qui est à l'heure actuelle le plus important et au profit duquel s'accomplit lentement comme en Italie, en Belgique, en Espagne, la désagrégation des systèmes adverses. Rien d'ailleurs ne nous empêchera, le moment venu, de participer aux travaux que nécessitera encore l'internationalisation du droit de change et d'y faire prévaloir, autant qu'il est en nous, l'esprit transactionnel que nous devons à notre organisation fédérative et qui nous a permis de réaliser tant de progrès. C'est par ces considérations d'ordre international que M. Wieland justifie sa première thèse en ces termes:

Il n'y a pas lieu, pour le moment, de soumettre notre droit de change à une révision approfondie.[6])

Je suis heureux de me trouver en parfait accord avec lui sur ce point.

Comme lui, je m'empresse d'ajouter que si toutefois cette révision devait être décidée, elle soulèverait un nombre assez considérable de questions intéressantes. M. Wieland en signale en passant quelques-unes.

D'une manière générale, je trouve avec lui que notre législation demanderait à être complétée sur certains points et à être modifiée sur d'autres.

C'est ainsi qu'il peut suffire de rappeler les innombrables controverses doctrinales et l'inconstance de la jurisprudence allemande sur la question des exceptions opposables à l'endossataire en cas d'endossement fiduciaire[7]) pour justifier le désir qu'une solution législative vînt les fixer dans un sens ou dans

---

[6]) Wieland, Die Umgestaltung des schweizerischen Wechselrechts, 1904, p. 11.

[7]) Cf. Bernstein, Allgemeine Wechselordnung, 1898, p. 114. Grünhut, Wechselrecht, 1897, II, § 89 n. 1. Staub, Kommentar zur Wechselordnung, 1896, Art. 17, § 8.

l'autre. On peut seulement se demander s'il y a lieu de la chercher, dans un esprit d'équité, sur la base d'une assimilation de cette espèce si fréquente de l'endossement-propriété à l'endossement-procuration qui est d'un emploi si rare, ou si la sécurité transactionnelle ne se trouverait pas mieux d'une décision qui accentuerait rigoureusement à l'égard des tiers la différence qui sépare les deux institutions et leur interdirait, lorsque l'endossement n'est pas accompagné d'une formule impliquant mandat au sens de C. O. 735, d'opposer à l'endossataire de bonne foi les exceptions *ex persona indossantis.*[8]) Toute l'importance juridique et économique de l'endossement serait en danger selon M. Koch, si, au moyen de telles objections, les relations si variables du droit matériel pouvaient se répercuter sur l'action dérivant d'un effet de change.[9])

Une autre question qu'il conviendrait peut-être, en matière d'endossement, de trancher par une disposition formelle, afin de sortir des embarras de la controverse, est celle de la valeur juridique de l'endossement partiel. L'emploi des duplicata et des copies permet le fonctionnement de cette institution et elle peut faciliter la négociation de très gros effets; mais d'une part il est bien rare que des effets soient créés pour une somme si formidable qu'elle éloigne les preneurs, et comme, d'autre part, l'endossement partiel ne va pas sans occasionner des ennuis à l'accepteur et sans compliquer le recours contre les garants, il se recommanderait de l'interdire formellement à l'instar de la loi anglaise (art. 32/2). [10])

C'est en évitation d'autres indécisions qu'il y aurait intérêt à ce que notre législation, revenant à une idée déposée déjà dans le Projet Burckhardt-Fürstenberger[11]) réglementât, à l'exemple de beaucoup d'autres, d'une manière spéciale et

---

[8]) Cf. R. O. H. G. I, 169, 276; IV, 191; VI, 52; XI, 108; XIII, 298; XV, 257; XXIV, 14. Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, 1886, p. 485, n. 12. Renaud, Lehrbuch des allg. deutschen Wechselrechts, 1868, p. 202.

[9]) Koch, Vorträge und Aufsätze, 1892, p. 30.

[10]) Cf. Grünhut, op. cit. § 92. R. G. XI, 148.

[11]) Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 132 et s.

plus complète la matière de l'aval, pour autant du moins qu'il ne s'agit pas de l'aval par acte séparé, qui ne saurait être rattaché au droit de change.[12])

Il est donc bien certain que notre droit de change actuel pourrait s'enrichir de quelques dispositions utiles: il est non moins certain que d'autres qui y figurent pourraient disparaître sans inconvénient, ou gagneraient à être transposées.

La règle de C. O. 720/1, consacrant le principe de la capacité générale en matière de droit de change, est inutile. D'autre part, l'application de ce principe, depuis qu'il est en vigueur, semble avoir dérouté toutes les défiances dont il était l'objet.[13]) Aujourd'hui, le paysan et le petit artisan, aussi bien que le commerçant et l'industriel se sont habitués aux avantages que procure l'emploi des effets de change; et si l'on voulait innover, en ce qui les concerne, il y aurait lieu, non pas de revenir aux incapacités d'autrefois, mais bien plutôt, dans l'intérêt de la sécurité transactionnelle, d'abroger la disposition de C. O. 720/2 qui soustrait, au détriment des porteurs de bonne foi, les débiteurs non inscrits au registre du commerce aux rigueurs d'une poursuite rapide que l'on pourrait instituer sans faillite. Ce serait rompre aussi avec le principe de la capacité générale et ouvrir la porte à des procès préjudiciables au crédit des lettres de change, que de conférer au créancier, entre commerçants et pour dettes commerciales, le droit sauf convention contraire de tirer sur son débiteur pour le montant de la dette et d'imposer au tiré l'obligation d'accepter. Le Congrès d'Anvers s'était inspiré de certaines législations pour voter en ce sens une résolution qui n'a pas été maintenue à Bruxelles.[14]) Je ne parle pas ici de la protection que C. O. 820 octroie avec la même générosité aux illettrés et aux

[12]) Cf. Actes du Congrès de Bruxelles, p. 510, 512. Bernstein, Die Revision der Wechselordnung, 1900, p. 28. Speiser, Zeitschrift für Schweiz. Recht IV, p. 18.

[13]) Cf. Speiser, Zeitschrift für Schweiz. Recht, A. F. XXI, p. 1 et s.

[14]) Projet d'Anvers 14. Lois belge 14, portug. 284. Actes du Congrès de Bruxelles, p. 65 et s., 480 et s. C'est par suite d'une mauvaise traduction que le texte français de C. O. 410, 1 parait imposer à l'assigné l'obligation d'accepter la délégation.

impotents: cette disposition est de celle dont le casier judiciaire est néant. Mais la prudence est la mère de la sûreté; le souci que nous en avons est peut-être exagéré: à coup sûr il est respectable et ne cesse pas de l'être par cela seul qu'il procède d'une question de droit civil ordinaire.

On sait d'ailleurs qu'entre le domaine du droit civil ordinaire et celui du droit de change il existe des terrains vagues, assez embroussaillés et que d'une main experte M. Wieland a entrepris de défricher;[15]) grâce à lui, le jour viendra sans doute où nous saurons plus exactement comment il convient de fixer leurs positions et leur appartenance à l'une ou à l'autre de ces disciplines. Pour le moment, je crois que, plus on fera du droit de change une citadelle circonscrite dans des murs fermés et y vivant de sa vie propre, mieux cela vaudra. Cela sera mieux d'abord pour la cause de l'internationalisation. Il est probable que l'entente entre les Etats ne s'établira que par la voie de concessions réciproques: ni la France, ni l'Allemagne, ni l'Angleterre ne pourront se draper comme un Corvetto, un Drechsler ou un Kay dans le manteau d'une supériorité exclusive.[16]) Or, cette entente se fera d'autant plus facilement qu'on aura réduit le cadre de ces concessions, et le meilleur moyen d'y arriver, c'est de séparer le droit de change de tous les éléments qui ne lui appartiennent pas absolument. On constitue ainsi, comme le remarquait M. Jaques,[17]) un territoire réservé où la communauté internationale peut s'affirmer en dehors des attaches plus ou moins compromettantes du droit civil. Cette méthode a seule permis en Allemagne l'unification du droit de change. On y est revenu à Bruxelles, après avoir constaté à Anvers que les questions sur lesquelles il était le plus difficile de s'entendre n'appartenaient pas au domaine du droit de change proprement dit. Dès qu'on eut posé en principe que le droit de change comprend exclusive-

---

[15]) Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, 1901. Voir aussi Speiser, Zeitschrift für Schweiz. Recht I, p. 54 et s.

[16]) Cf. Cohn, Beiträge p. 34. Drei rechtswissenschaftliche Vorträge, 1888, p. 112. Koch, op. cit. p. 370.

[17]) Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages I, 2, p. 214.

ment ce qui dérive de l'écrit, l'application même de ce principe conduisit à l'élimination des règles concernant non seulement l'aval par acte séparé, mais encore le transfert des garanties réelles données pour la sûreté de la lettre, le droit de tirer des lettres de change et l'obligation de les accepter, la provision; elle conduit aussi à l'élimination de dispositions spéciales concernant comme le § 16 de la loi hongroise la cession des droits résultant d'un effet de change. On peut sans doute regretter à certains égards que cette méthode restreigne le champ de l'uniformisation. Et pourtant il n'est pas vraisemblable que cette uniformisation puisse être obtenue autrement. „Nous avions à Anvers," dit excellemment M. Pirmez, „chargé notre navire de marchandises qui l'encombraient et le surchargeaient. Nous l'avons à nouveau mesuré et jaugé et nous avons constaté qu'il est plus petit que nous ne croyions. Voulant qu'il reste à allure rapide, nous l'avons allégé de tout ce qu'il n'est pas destiné à porter. Pourquoi avait-on peur de le décharger? Parce qu'on se figurait que pour le faire il fallait jeter des marchandises à la mer. Là était l'erreur. Nous avons reconnu que nous pourrions placer tout ce que nous en retirerions sur d'autres embarcations qui peuvent arriver au port chacune de leur côté. Nous l'avons allégé sans faire de jet, et nous sommes entrés au port." [18])

Ces considérations ont une valeur intrinsèque et non pas seulement une valeur d'opportunité au point de vue de l'internationalisation; elles procèdent d'une délimitation scientifique de l'emplacement qu'il convient de réserver au droit de change en tant que discipline spéciale, et cette délimitation devrait autant que possible être observée sur le terrain du droit national aussi bien que sur celui du droit international. Le C. O. mérite à cet égard les mêmes éloges que la D. W. O., ce qui ne signifie pas cependant que nos dispositions sur le droit de change soient exemptes de toutes infiltrations étrangères.

N'est-il pas excessif, par exemple, qu'en matière de lettre domiciliée le tireur puisse imposer au porteur, à peine de

---

[18]) Actes du Congrès d'Anvers p. 63.

perte de son recours contre les garants, l'obligation de la présenter à l'acceptation (C. O. 743/3. 4)? Ne perd-on pas de vue que le porteur n'est pas le mandataire du tireur, et n'éprouve-t-on pas quelque hésitation à justifier cette intrusion du droit civil ordinaire dans le domaine du droit de change par un intérêt que le tireur peut sauvegarder lui-même en créant la lettre payable à un certain délai de vue? Aussi bien semblable clause est-elle très rare dans la pratique.[19])

Nous avons encore considéré en Suisse comme une question de droit civil à résoudre *in concreto* la question de savoir si le défaut de paiement d'un effet doit être notifié aux différents garants par leurs preneurs respectifs. On s'est demandé s'il ne conviendrait pas d'introduire d'une manière générale et comme règle de droit de change l'obligation de notification. Bien entendu, il ne serait pas question, malgré la recommandation de l'Association pour la réforme et codification du droit des gens (art. 19) de consacrer le système inutilement rigoureux de la notification à peine de déchéance complète, tel qu'on le comprenait autrefois et que le consacre encore le droit anglais (art. 48. 55). Mais le système allemand (W. O. 45) de la notification à peine de déchéance partielle et de dommages et intérêts, qui sauvegarde l'intérêt que les garants peuvent avoir à être avisés du défaut de paiement afin de pouvoir se préparer aux conséquences du recours et de prévenir les réclamations du porteur, paraît avoir conservé quelques partisans; et comme une révision sur ce point marquerait un rapprochement entre notre droit et celui de la plupart des législations,[20]) il pourait n'être pas sans intérêt de poser à nouveau la question. Lorsque M. Burckhardt-Fürstenberger proposa le système actuel[21]) sa proposition motiva

---

[19]) Cf. Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 83. Cohn, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft IV, p. 51. Leist, Der Wechselprotest und seine Reform, p. 39 et s.

[20]) Cf. Grünhut, op. cit. II, p. 407 n. 3.

[21]) Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 113 et s. Cf. Munzinger, Motifs du Projet de Code de commerce suisse (trad. Dufraisse), 1865, p. 340, 356 et s.

une certaine opposition; mais je trouve que son argumentation a conservé toute sa valeur: l'institution de la notification ne fait point bon ménage avec l'endossement en blanc et le *regressus per saltum.* Comment, d'une part, notifier à l'endosseur en blanc dont on connaît le nom, mais dont on ignore l'adresse? Comment, d'autre part, ne pas s'apercevoir que, dans bien des cas, le défaut de notification est imputable non pas au recourant lui-même auquel des dommages-intérêts ne pourront être réclamés, mais à un garant intermédiaire duquel ils ne pourront être obtenus que par un procès distinct? Il s'agit ici de questions de droit civil ordinaire auxquelles il ne faut pas permettre de venir troubler la pureté du droit de change. C'est bien peu connaître au surplus les habitudes du commerçant que de redouter qu'il retarde jusqu'au dernier moment du délai de prescription l'exercice de son recours, sacrifiant l'avantage d'un remboursement immédiat (qui pourrait lui être offert et qu'il devrait accepter en cas de notification) pour profiter de l'intérêt: „Eine solche Saumseligkeit des Kaufmanns ist *contra naturam sui generis!*" C'est ignorer une autre habitude du commerce que de s'imaginer que dans la règle, le recours soit dirigé brusquement contre un garant non prévenu. Pour toutes ces raisons, même en Allemagne l'institution de la notification est sans grand intérêt pratique; certains auteurs en réclament la suppression et le Congrès de Bruxelles ne s'y est pas montré favorable.[22]) Si l'on tenait absolument à obvier à la lenteur que peut mettre un effet à accomplir sa marche régressive, il y aurait lieu, préférablement, de recourir par voie administrative à l'intervention de l'officier chargé de dresser le protêt. M. Strauss, à Anvers, avait proposé d'astreindre cet officier à donner avis du refus de paiement au tireur ou au premier endosseur, par lettre recommandée, dans les trois jours qui suivent l'échéance. Cette proposition qui ne fut pas accueillie a été reprise sans plus de succès en 1890 devant la Chambre française des députés. Par contre elle a reçu la consécration de la loi russe (art. 72) qui en a

[22]) Bernstein, Rev. p. 42. Cohn, Drei Vorträge, p. 112. Actes du Congrès de Bruxelles, p. 517, 541.

étendu la portée en statuant l'obligation de notifier à tous les garants.[23])

Je ne m'arrête pas, à propos de l'art. 736 C. O., qui institue un délai d'acceptation de 24 heures, à un autre point sur lequel nous nous sommes, en depit de M. Burckhardt-Fürstenberger,[24]) séparés du droit allemand (W. O. 18) pour nous trouver en harmonie avec la plupart des législations. Non seulement le droit français (C. com. 125) et belge (art. 16) et le droit anglais (art. 42) accordent un délai au tiré, mais, sauf en Autriche et en Hongrie, le système du *prompte Accept* a été abandonné par les législations auxquelles le droit allemand a généralement servi de modèle et n'a trouvé d'écho ni à Anvers ni à Bruxelles.[25]) Nonobstant, la plupart des auteurs allemands[26]) s'attachent à leur système et M. Cohn[27]) n'a pas réussi à faire prévaloir parmi eux les arguments qui militent en faveur du nôtre, qu'il se justifie de conserver non seulement parce qu'il est conforme aux usages du commerce et diminue le nombre des recours, mais par des considérations d'équité et d'opportunité à l'égard du tiré, notamment en cas de traites documentaires et en raison du risque qu'il encourt si la signature du tireur est fausse. M. Leist[28]) remarque en outre que par l'usage des duplicata, on peut éviter toute interruption de circulation et qu'en distinguant entre acceptation et visa, on peut supprimer tout risque pour le porteur d'une lettre à tant de vue qui la présente le dernier jour du delai de présentation.

Cette dernière constatation m'amène encore à signaler la confusion que fait notre Code (art. 737, 738), en matière de lettres payables à un certain délai de vue, entre la présentation à l'acceptation et la présentation au visa. Lorsque le

---

[23]) Cf. Actes du Congrès d'Anvers p. 393. Lyon-Caen et Renault, traité de droit commercial IV, 1901, No. 405 n. 1.

[24]) Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 74.

[25]) Italie 264. Scandinavie 21. Hollande 112. Russie 97. Actes d'Anvers p. 433 et de Bruxelles, p. 551.

[26]) Cf. Grünhut, op. cit. II, p. 203 n. 12. Bernstein, Rev. p. 20.

[27]) Cohn, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft IV, p. 54.

[28]) Leist, op. cit. p. 36 et s.

tiré n'accepte pas, le porteur doit, dans le système actuel, faire dresser protêt faute d'acceptation, à l'effet de conserver son recours contre les garants. C'est là une obligation excessive qui eût pu être évitée: le plus souvent en effet, le tiré auquel on présente la lettre et qui en refuse l'acceptation, serait tout disposé à constater par sa signature le fait *(vu, mais non accepté)* et la date de la présentation. Son visa éviterait ainsi au porteur la nécessité du protêt. Sans doute, il n'est pas possible d'imposer au tiré l'obligation d'apposer ce visa sur la lettre; mais, lorsqu'il le fait, cette mention devrait suffire pour fixer l'initium du délai de vue à l'égard des garants. C'est ce que décide la loi belge (art. 22) en ces termes: . . . . „la date de l'échéance est fixée, soit par la date de l'acceptation, soit par celle du protêt faute d'acceptation, soit enfin par celle du visa apposé sur la lettre par le tiré."

Il y a là une innovation heureuse, non seulement parce qu'elle fait tomber une objection au principe de C. O. 736, mais parce qu'elle a pour effet nécessaire de diminuer le nombre des recours;[29]) la loi russe l'a adoptée (art. 101) et nous aurions raison de l'imiter.

Nous aurions raison également de revoir dans un esprit simplificateur les dispositions des articles 803 et suivants C. O. relatifs à la durée des délais de prescription. M. Norsa[30]) aimerait que cette durée fût de trois ans contre l'accepteur et d'un an dans tous les cas contre tireur et endosseur. Peut-être conviendrait-il même d'introduire pour toutes les actions une prescription unique courant dès l'exigibilité. Cette idée d'un délai unique lancée par l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens (art. 27) a été reprise à Anvers et maintenue à Bruxelles.[31]) Si nous introduisions

---

[29]) Cf. Cohn, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft IX, p. 47. Norsa, Sur le projet de l'unification en matière de lettres de change au Congrès international de droit commercial tenu à Anvers en 1885, p. 102. Leist, op. cit. p. 42 et s. Welte, Begriff und Zweck des Wechselprotestes, 1897, p. 44 et s.

[30]) Norsa, op. cit. p. 152.

[31]) Actes du Congrès d'Anvers, p. 54, et de Bruxelles, p. 521.

le délai unique de trois ans, nous tiendrions un juste milieu entre le délai de cinq ans des congrès belges et le délai d'un an proposé par M. Bernstein.[32])

Une autre question très intéressante est celle de savoir s'il n'y aurait pas lieu de remplacer notre recours pour obtenir une sûreté, tel que nous l'avons organisé à l'exemple de l'Allemagne, par le recours en remboursement immédiat, tel qu'il fonctionne de temps immémorial dans les pays anglo-saxons et que la Russie vient de l'instituer.[33]) Ce recours en remboursement a des avantages incontestables; il sauvegarde en général mieux qu'une prestation de sûretés les intérêts du porteur; il empêche la circulation ultérieure de l'effet protesté qui peut porter atteinte au crédit des garants; il évite la circulation régressive du protêt, l'immobilisation de sûretés par les garants et les contestations relatives à la nature et à l'étendue de ces sûretés. En fait, la lettre dont l'acceptation a été refusée demeure généralement impayée et le système du recours en remboursement anticipe simplement le paiement par les garants: il suffit d'autoriser la déduction de l'escompte pour que ce paiement ne procure pas indûment au porteur un bénéfice du chef de cette anticipation et de fixer d'une manière ou d'une autre le taux de cet escompte pour que des contestations sur ce point ne viennent pas entraver le recouvrement. Au point de vue juridique, l'adoption de ce système aurait pour effet de garantir l'acceptation au même titre et par les mêmes moyens que le paiement: l'obligation des garants aurait toujours pour objet le paiement d'une somme d'argent et la devise de Thöl: *Wechselversprechen ist Summenversprechen* serait plus vraie qu'elle ne l'est aujourd'hui. Ces considérations ont été brillamment développées par MM. Jaques et Wiener au XIVme congrès des juristes allemands, qui leur a donné son adhésion.[34]) M. Reuling y avait émis l'opi-

---

[32]) Bernstein, Rev. p. 57.

[33]) Bills of exchange Act, 1882, art. 43/2, 55. Loi russe, art. 97, 100.

[34]) Verhandlungen des 14. deutschen Juristentags I, 2, p. 187 et s.; II, p. 86 et s. Voir aussi Cohn, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft IV, p. 72 et s., et Reisser, eod. loc. VII, p. 31.

nion qu'aucune internationalisation du droit de change ne serait possible sans une concession de l'Allemagne sur ce point[35]): aussi bien en effet l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens (art. 13 et 15) et l'Institut de droit international (art. 38) ont-ils donné la préférence au système de l'Angleterre. Ce système est plus pratique, bien qu'il ne soit pas sans offrir l'inconvénient, au point de vue économique, d'immobiliser chez les garants des sommes considérables en vue de satisfaire à des réclamations éventuelles et que ces immobilisations puissent en temps de crise avoir sur les affaires une dangereuse répercussion.[36]) Le système moins radical et plus compliqué suivi en France et dans d'autres pays[37]) qui oblige les garants, au choix du créancier, à fournir caution ou à effectuer le remboursement, avait été adopté au congrès d'Anvers (art. 18); mais à celui de Bruxelles, il fut répondu affirmativement et par acclamations à la question de savoir s'il y a lieu d'admettre que le refus d'acceptation fait perdre le bénéfice du terme et rend exigibles, sous déduction de l'escompte, toutes les obligations résultant de la lettre de change.[38]) Il est donc très vraisemblable que la Suisse serait appelée, en cas d'internationalisation, à faire avec l'Allemagne, l'Italie et l'Autriche, le sacrifice de son recours actuel pour obtenir une sûreté. En attendant, le *statu quo,* au point de vue national, outre qu'il ne donne pas lieu à des difficultés (peut-être en raison de l'attitude très réservée de la pratique), évite l'inconvénient sensible dont on se préoccupait déjà aux Conférences de Leipzig: l'obligation pour le garant suisse, après avoir payé, de se contenter de sûretés dans l'exercice de son recours contre certains débiteurs étrangers.[39])

Ce petit avantage peut nous consoler du danger que fait courir la disposition de C. O. 823/2 à l'endosseur suisse, dans

---

[35]) Verhandlungen II, p. 98.

[36]) Cf. Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 91. Leist, op. cit. p. 54.

[37]) Cod. Com. 120. Belgique 10. Scandinavie 29.

[38]) Actes du Congrès de Bruxelles, p. 498.

[39]) Voir sur toute la question Grünhut, op. cit. II, p. 372 n. 2.

certains cas où il ne peut prendre son recours contre le garant étranger.[40])

M. Wieland s'est demandé, non sans raison, si nous n'avons pas fait fausse route en accentuant comme nous l'avons fait la formule plus élastique de la d. W. O. 21/4 pour poser à l'art. 740 C. O. le principe que l'acceptation, une fois qu'elle a été écrite sur la lettre, est irrévocable. Dans beaucoup de pays[41]) on admet au contraire que l'acceptation peut être biffée sur la lettre demeurée entre les mains du tiré tant qu'il ne l'a pas restituée au porteur ou au moins pendant un certain temps après l'apposition de sa signature. Au point de vue historique, la solution actuelle du C. O. se justifie sans doute, puisque l'acceptation était originairement orale et que l'engagement du tiré résultait de sa seule déclaration,[42]) mais il s'agit ici d'une question à examiner en dehors de toute préoccupation historique, au seul point de vue juridique et pratique. Or, au point de vue juridique, chacun sait que si nous abandonnons nos positions actuelles que commande la théorie de la création, nous n'aurons que l'embarras du choix pour justifier les nouvelles sur le terrain contractuel. Au point de vue pratique, le principal avantage de notre système outre qu'un effet portant des signatures biffées cesse d'être aussi facilement négociable, est de rendre impossibles des arrangements collusoires entre accepteur et porteur au détriment des garants et d'éviter des contestations et des procès sur la question de savoir si la signature du tiré a été biffée avant ou après qu'il se fût dessaisi de la lettre.[43]) Toutefois, il ne faut pas se dissimuler que le risque inhérent à de semblables arrangements collusoires ne saurait être évité

---

[40]) Cf. Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 166.

[41]) Grande-Bretagne 21. Italie 264. Belgique 11. Russie 95; de même en France, dans le silence du C. Com. sur ce point, cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 215.

[42]) Cf. Grawein, Die Perfection des Akzeptes 1876. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht XXVIII, p. 85.

[43]) En ce sens: Cohn, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft IV, p. 60. Hindenburg, Actes du Congrès de Bruxelles, p. 482.

complètement, puisque pour se dégager l'accepteur de mauvaise foi n'a qu'à placer un *non* devant la formule *accepté*, ou la mention *non-accepté* au-dessus de sa signature. Si l'on tient compte aussi du fait que le plus souvent le tiré ne se trouvera en situation de biffer sa signature que par suite d'une négligence du porteur qui lui a laissé la lettre entre les mains, et du sentiment qui a cours dans les milieux commerçants, il n'y aurait sans doute pas de grands inconvénients à retarder jusqu'au moment de la restitution de la lettre par le tiré la formation de son obligation. C'est en ce sens que s'est prononcé le Congrès de Bruxelles.[44])

Notre organisation actuelle des duplicata et des copies réclamerait aussi des améliorations. M. Wieland signale certaines défectuosités. On a même pu se demander si les complications inhérentes à ces institutions et les dangers qui en résultent pour chaque porteur en cas d'endossement des divers exemplaires à des personnes différentes, ne l'emportent pas sur les services qu'elles rendent.[45]) Notre procédure en obtention d'un duplicata (C. O. 783/4) est longue et coûteuse, puisqu'elle nécessite, d'étape en étape, un double voyage de l'effet qui doit aller au tireur pour revenir au requérant. Ne conviendrait-il pas de lui substituer, selon une préférence déjà exprimée par Thöl,[46]) le système qui renvoie le requérant, ou tout au moins, selon la formule scandinave (art. 67) l'autorise, s'il le préfère, à s'adresser directement au tireur?

Il y aurait lieu encore de revoir, bien qu'il ait reçu l'approbation du tribunal impérial allemand[47]) et la consécration de l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens (art. 10) le système que notre article 734 C. O. a emprunté à l'art. 16 de la D. W. O. en matière d'endossement après l'échéance. On a cru bien faire, sous prétexte que la lettre de change ou le billet protestés ne sont plus des valeurs de circu-

---

[44]) Actes du Congrès de Bruxelles, p. 482 et s.; 488, 492 et s.

[45]) Staub, op. cit. art. 66, § 1. Grünhut, op. cit. II, p. 318, 320. Bernstein, W. O. p. 259, § 2. Welte, op. cit. p. 58.

[46]) Thöl, Das Wechselrecht, 1878, p. 665.

[47]) R. G. I, 294.

lation, en réglementant différemment les effets de l'endossement selon qu'il porte sur un titre protesté, auquel cas il ne vaut que comme cession, ou sur un titre non-protesté, auquel cas il a la valeur d'un endossement conférant à l'endossataire à titre originaire et indépendant, les droits résultant de l'effet contre l'accepteur et contre ceux qui l'ont endossé postérieurement à l'échéance.[48]) Or, on s'étonne à bon droit de cette distinction qui établit entre l'endossement et le protêt une relation que rien ne justifie. M. Vidari se trompe lorsqu'il appelle le protêt faute de paiement l'acte de décès de la lettre de change. Le protêt sert uniquement à la démonstration de la présentation infructueuse au paiement, et dans la règle il conditionne à ce titre le recours faute de paiement. Mais pour le surplus, il ne modifie pas le caractère de l'effet, et de même que le porteur conserve le droit d'en recevoir paiement de l'accepteur ou d'un intervenant, il faut lui reconnaître également le droit de l'endosser malgré le protêt et comme s'il n'y avait pas eu protêt. La distinction établie par C. O. 734 a un double inconvénient pratique: d'une part rien n'empêche le porteur, dans un système qui comme le nôtre ne révèle pas par l'effet l'existence du protêt, de le dissimuler et d'endosser comme s'il n'y avait pas eu protêt. D'autre part, il dépend du porteur qui a présenté au paiement et à qui l'accepteur a opposé une exception, d'éviter les conséquences de cette exception et d'en enlever le bénéfice à l'accepteur, en endossant l'effet sans avoir fait dresser protêt, ou en célant le protêt, s'il a été dressé. Ce sont là des conséquences inadmissibles. Les effets de l'endossement après l'échéance doivent être les mêmes sans qu'il faille distinguer d'après le critère arbitraire et incertain du protêt. M. Riesser[49]) a proposé de distinguer d'après le lieu de l'endossement ou d'après le fait de la présentation. Mais il serait plus simple de ne pas distinguer du tout et de soumettre aux mêmes

---

[48]) Pro: Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 71 et s. Norsa, op. cit. p. 112. Bernstein, Rev. p. 15.

[49]) Riesser, N. Archiv für Handelsrecht III, p. 23.

règles tous les endossements qui interviennent après l'échéance. C'est l'opinion de M. Grünhut qui voudrait que dans tous les cas l'endossement après l'échéance, ou plus exactement après le délai de protêt conférât *dérivativement* à l'endossataire les droits de l'endosseur.[50]) Ce point de vue a reçu la consécration législative dans plusieurs pays.[51]) Il s'inspire de l'idée inexacte que l'accepteur et les garants (qui sont tenus jusqu'à prescription) promettent le paiement non pas à tout propriétaire se légitimant comme tel par la production de l'effet et, cas échéant, du protêt, en fût-il devenu propriétaire postérieurement à l'échéance, mais seulement à la personne — parfois inconnue — qui a qualité de propriétaire au jour de l'échéance (ou plus exactement à la dernière minute de l'expiration du délai de protêt). Ce système conduit à de grosses difficultés. Il serait bien préférable de suivre celui que consacre la loi scandinave et que suit la jurisprudence française[52]): l'endossement déploie les mêmes effets, quelle que soit sa date, à la réserve, bien entendu, s'il a porté sur un effet non-protesté, de la libération du tireur et des garants qui se sont obligés antérieurement à l'échéance. En assimilant ainsi les endossements postérieurs aux endossements antérieurs à l'échéance, on évite les difficultés et les contestations inhérentes à la date de l'endossement lorsque, par exemple, il a eu lieu en blanc.[53]) Cette solution est notamment recommandée par M. Cohn qui l'a formulée devant le congrès de Bruxelles où elle a été adoptée.[54])

Assurément, les questions auxquelles je viens de toucher sont dignes d'intérêt, et il n'était pas hors de propos de les effleurer brièvement; il va de soi d'ailleurs que je ne pouvais

---

[50]) Grünhut, Die Lehre von der Wechselbegebung nach Verfall, 1871, p. 31, 35, 39 et s.

[51]) Hongrie 14. Italie 260. Belgique 27. Grande-Bretagne 36/2.

[52]) La loi scandinave ne renferme pour ce cas aucune disposition spéciale; Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 135.

[53]) Cf. Jolly, Archiv für d. Wechselrecht V, p. 46.

[54]) Cohn, Beiträge, p. 128 et s. Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft IV, p. 38 (voir aussi à p. 40 une critique de la disposition de C. O. 734/2). Actes du Congrès de Bruxelles, p. 508.

ici avoir la prétention de les discuter à fond. Car d'une part, comme je l'ai dit, l'heure n'est pas encore là d'une révision complète à laquelle il sera assez tôt de pourvoir ou de devoir songer lorsque l'Allemagne nous en aura donné l'exemple, ou qu'il s'agira d'accorder notre adhésion à une loi internationale. D'autre part, le but de la Société suisse des Juristes n'est pas de jouer au législateur.

Et plutôt que de continuer à éparpiller, sans résultat pratique immédiat, son attention sur des questions de cette nature, assez secondaires en somme, mieux vaut essayer de la concentrer sur quelques points fondamentaux que M. Wieland l'invite à examiner avec lui. Il s'agit de l'appartenance de la provision, de l'influence de la force majeure sur les actes conservatoires, des énonciations essentielles de la lettre de change et du protêt. Le choix de ces questions procède non pas de considérations arbitraires, mais bien d'une connaissance parfaite du droit de change et de ses besoins les plus actuels.

II. De l'appartenance de la provision.

La question de l'appartenance de la provision a fait couler des flots d'encre. Non pas qu'elle ait au point de vue pratique une importance extraordinaire, mais parce que résolue différemment dans les pays de droit français et dans ceux de droit anglo-allemand on s'est habitué à ramener ces solutions différentes à la nature même et à l'essence du contrat de change. Ces divergences d'opinions se sont manifestées, comme on pouvait s'y attendre, aux Congrès belges. Le Projet d'Anvers renferme sur ce point des dispositions alternatives et le désaccord qu'elles traduisent a été non pas supprimé, mais simplement écarté du champ de la discussion et d'une internationalisation éventuelle par le Congrès de Bruxelles.

En fait, cette question de l'appartenance de la provision, partout où elle est agitée, se rattache à la pratique de l'escompte, et à la situation de l'escompteur (porteur) en cas de faillite de l'escompté (tireur).

On a beaucoup discuté et on discute encore au sujet de la nature juridique de l'escompte, tel que le pratique ordi-

nairement le banquier, lorsqu'il reçoit un effet de change qu'une personne crée à son profit ou lui endosse contre remise du montant de cet effet sous certaines déductions.

La majorité des auteurs enseigne que l'escompte n'est dans la règle pas autre chose que la vente de l'effet au banquier qui en paie le prix.[55]) D'autres auteurs considèrent au contraire l'escompte comme un prêt d'une nature spéciale, dans lequel le prêteur (escompteur) retient par anticipation l'intérêt de la somme qu'il avance, dès le jour de cette avance à celui du remboursement, et soit que ce remboursement s'effectue par un tiers ou par l'emprunteur.[56])

Ces différences d'opinions tiennent vraisemblablement au fait que les opérations d'escompte ne se présentent pas toujours dans les mêmes conditions et que les intentions qui y président ne sont pas toujours les mêmes. Il semble que d'ailleurs la portée de ce débat est plus théorique que pratique. La raison en est que l'escompteur, soit qu'il ait acheté et se prévale de la garantie que son vendeur lui a promise, soit qu'il ait prêté et demande à être remboursé par l'emprunteur, exerce presque toujours son droit en se légitimant comme preneur ou endossataire de l'effet par la voie rapide et rigoureuse du droit de change. Dans l'une et l'autre éventualité, en effet, par la remise ou l'endossement de l'effet il se forme, parallèlement à leurs relations de droit civil — sauf le cas de novation — entre l'escompteur et sa contre-partie un rapport de droit de change en vertu duquel cette dernière garantit identiquement l'acceptation et le paiement de l'effet,

---

[55]) Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht XXIII, p. 327. Staub, op. cit. Art. 83, § 33. Cohn, Handbuch des Handelsrechts de Endemann III, p. 855. Kuntze, eod. loc. IV, p. 112. Grünhut, Wechselrecht I, p. 11. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 45a. Thöl, op. cit. § 129. Wächter, Wechsellehre, 1861, § 78.

[56]) Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, p. 26. Thaller, Droit commercial, 1900, No. 1293. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 701. L'existence d'un prêt est d'ailleurs unanimement admise dans un cas spécial, mais fréquent: celui où il est convenu entre parties que l'escompteur conservera l'effet, et que jusqu'à l'échéance sa contre-partie aura la faculté de le retirer contre paiement entre ses mains.

et se soumet identiquement, de la part de l'escompteur aux actions récursoires, et notamment au recours faute de paiement du droit de change.

Il n'est pas nécessaire, ici, d'étudier les questions délicates que peut dans certains cas soulever un tel parallèlisme entre les droits de l'escompteur sur le terrain du droit de change, en vertu des règles particulières de ce droit, et ceux qui peuvent lui compéter à un tout autre titre sur celui du droit civil ordinaire en vertu de la cause génératrice de la remise ou de l'endossement de l'effet. Il n'est pas nécessaire non plus de prendre position dans la question de la nature juridique de l'escompte. Il suffit de retenir que dans l'escompte tel qu'on le pratique en général, et quelle que soit la nature du lien civil préexistant entre parties, l'escompté s'engage selon les règles particulières du droit de change à l'égard de l'escompteur. On ne se trouve pas seulement, suivant les cas, en présence d'un vendeur et d'un acheteur, ou d'un emprunteur et d'un prêteur, mais bien dans tous les cas identiquement en présence d'un tireur (cas échéant du souscripteur d'un billet de change) ou d'un endosseur et du preneur.

Une autre constatation doit être faite. Lorsque les auteurs modernes, notamment en Allemagne, expliquent l'escompte par une vente, c'est qu'ils considèrent l'effet escompté comme une marchandise dont l'escompteur devient propriétaire par le transfert qu'accomplit l'escompté, en exécution de la vente, lorsqu'il lui remet l'effet qu'il a créé ou endossé. Il va de soi, d'ailleurs, que ce qui fait l'objet de la vente, ce n'est pas le morceau de papier, l'écrit comme tel, mais bien l'ensemble des droits attachés à cet écrit et incorporés par lui en vertu des règles particulières du droit de change.

Mais certains auteurs, notamment en France, donnaient une explication bien différente en enseignant que dans l'opération d'escompte l'escompté cède ou vend la créance *civile* que constate l'effet.[57]) Cette conception repose sur une confusion à laquelle les commentateurs modernes ne se sont plus laissés prendre. Ils se sont rappelés à propos que celui qui

[57]) Voir par ex. Troplong, Droit civil XV, No. 370 et s.

cède une créance ne garantit pas la solvabilité du cédé à moins d'une clause formelle, et que même en ce cas le recours en garantie se limite au prix de la cession; ils constatent que la position du banquier dans l'escompte est bien meilleure, puisque si l'effet reste en souffrance il a *toujours* le droit de se retourner contre l'escompté pour le montant *intégral* de l'effet.[58]) Et ils ont jeté par dessus bord le système de leurs devanciers pour se refugier dans l'explication de l'escompte par le prêt.

Ces devanciers n'étaient généralement partisans de la construction par la vente qu'aux seules fins de soustraire l'escompte aux limitations d'origine canonique du taux de l'intérêt en matière de prêt, et ce n'est que pour les besoins de cette cause qu'ils paraissent avoir formulé la règle que celui qui fait la lettre vend, cède et transporte la créance sur celui qui doit la payer.[59]) Mais cette théorie devait être utilisée à d'autres fins et faire fortune en France. Et alors même que sur le terrain de l'escompte on renonçait à l'explication par la vente, on en a fait état avec d'autres arguments plus ou moins sérieux, pour trancher d'une manière beaucoup plus générale le conflit que la faillite du tireur d'une lettre de change fait naître entre les intérêts de ses créanciers et ceux du porteur de cette lettre non acceptée. Il serait d'un intérêt médiocre et parfaitement inutile de discuter la solution que la doctrine dominante et la jurisprudence ont donnée à ce conflit dans la formule très incisise que la provision appartient au porteur. Qu'on veuille bien se rappeler seulement que cette règle fameuse, considérée comme une des pierres d'angle de la législation française en matière de droit de change a été déduite à grand'peine de l'art. 149 (cf. 170) du Code de Commerce[60]) et que si aujourd'hui, en France, la provision appartient au porteur, c'est uniquement en vertu d'une attri-

[58]) Cf. Thaller, op. cit. No. 1292. Lyon-Caen et Renault, op. cit. No. 701.

[59]) Cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, p. 152 n. 3.

[60]) Cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 180. M. Thaller (op. cit. No. 1420 in fine) exclut même toute possibilité d'invoquer. C. com. 149 pour la raison que cette disposition vise le cas de faillite du porteur, et non celui de la faillite du tireur.

bution spéciale de la loi ou d'un usage, mais non pas en vertu d'une cession par le tireur de sa créance contre le tiré. Il s'agit là d'une règle exceptionnelle, déterminée par des considérations d'opportunité, qui si on tente de l'expliquer comme on le fait généralement par la nature du contrat de change,[61]) ou par une cession ordinaire,[62]) ou par un droit de gage[63]) contredit en plein à la logique juridique et aux principes généraux du droit.[64]) Ce qu'on ignore souvent, c'est qu'elle s'est heurtée, lors de son apparition en France, à de nombreuses résistances et qu'elle a dû triompher d'une jurisprudence établie en sens contraire;[65]) non seulement elle n'a jamais cessé d'être attaquée,[66]) mais parmi ceux qui se sont inclinés devant le revirement d'opinions, et qui *de lege lata* défendent le système accueilli par la Cour de Cassation et consacré expressément en Belgique depuis 1872 par les art. 4 à 6 de la loi du 20 mai, MM. Lyon-Caen et Renault s'expriment de la manière suivante: „Au point de vue théorique, ce système est critiquable, et il est loin de présenter les avantages qu'on lui attribue..... Sans doute, la provision est une garantie de

---

[61]) Boistel, Droit commercial, p. 519. Cf. Lyon-Caen et Renault op. cit. IV, No. 179 n. 3.

[62]) Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 181. Thaller, op. cit. No. 624. Piétraru, de la provision en matière de lettres de change, 1899, p. 22, 36, 113, 130 et s.

[63]) Opinion souvent attribuée (Wieland, Umgestaltung, p. 15 n. 17. v. Canstein, Check, Wechsel und deren Deckung, 1890, p. 92) à Bédarride, Droit commercial I, No. 162, qui dit incidemment que la provision n'est pas autre chose qu'un gage donné au paiement futur de la lettre de change, et à Pardessus, Droit commercial II, No. 379 et s., 390 et s., 416; IV, No. 1275, bien qu'il considère couramment le porteur comme propriétaire (cessionnaire) et dise seulement (No. 379) que la provision est le gage naturel de l'obligation à laquelle l'accepteur s'est soumis.

[64]) Cf. C. c. 1690, 2074, 2075.

[65]) Les arrêts les plus remarquables ont été rendus par la Cour belge de cassation, 25 juin 1840. Dalloz, Rep. Effets de Commerce Nr. 228, 29 janvier 1846. Dalloz, Pér. 1846, 2, 229. Voir aussi un arrêt de la cour française de cassation, 30 mars 1841. Dalloz, Pér. 1841, 1, 201.

[66]) Voir surtout Delamarre et Lepoitvin, Contr. de comm. V, No. 258 et s. Frémery, Etudes de droit commercial, 1833, p. 135 et s. Cf. Piétraru, op. cit. p. 121 et s.

paiement, mais cette garantie . . . . . n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire. Le tiré peut en principe se libérer valablement entre les mains du tireur jusqu'à l'échéance, ce qui fait disparaître la provision. Puis l'existence de (plusieurs) lettres de change créées sur le même tiré restreint ou détruit la garantie pouvant résulter pour les porteurs de la provision. Du reste, l'expérience prouve que malgré la théorie française, les lettres de change ne se rattachant pas à des opérations sérieuses intervenues entre le tireur et le tiré, mais créées dans le seul but de procurer au tireur de l'argent par l'escompte, sont très nombreuses.“ [67])

Ce sont vraisemblablement des considérations de cette nature qui ont dicté l'attitude du législateur allemand en matière de droit de change, et ce n'est pas inconsciemment que les auteurs du C. O. l'ont imité plus tard. S'ils avaient voulu entrer dans la voie tracée par la jurisprudence française, ils n'auraient pas manqué de le dire nettement, à l'exemple de la loi belge de 1872; ils auraient parlé, parce que n'ignorant pas combien la base sur laquelle repose tout le système français est fragile, ils devaient tenir à ce que le leur fût solidement assis sur des textes indiscutables. Mais dans toute leur œuvre, on chercherait vainement une disposition de laquelle on pût inférer que l'acquéreur d'un effet de change acquiert par la remise qui lui en est faite d'autres droits que ceux qui y sont attachés.[68]) D'autre part, aucun texte ne réserve à cet égard les usages du commerce ou autres.

C'est donc bien que sur une question comme on l'a dit si torturée en France, le C. O. s'en tient simplement aux principes genéraux qui gouvernent la matière du droit de change. Or, une de ses règles fondamentales est précisément que l'obligation de change est une obligation stricte, née d'un acte strict, qui produit strictement à l'exclusion de tous autres les effets que la loi détermine. Dans le système du C. O., les dispositions légales qui intéressent l'escompte tel qu'on le pratique par la remise d'un effet de change à l'escompteur

---

[67]) Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 188.

[68]) La portée à cet égard de C. O. 813/3 sera précisée plus loin.

sont principalement les art. 729 et 732,[69]) desquels il résulte que le tireur et l'endosseur de l'effet escompté assument à l'égard du porteur les obligations de change que ce dernier fait valoir par l'action récursoire en cas de défaut d'acceptation, ou de solvabilité insuffisante de l'accepteur, ou de défaut de paiement. Les seuls droits de l'escompteur sont ceux qui correspondent à ces obligations; donc, l'escompte, lorsque d'ailleurs il se consomme dans la seule opération de change qui rend l'escompteur propriétaire de l'effet, ne peut lui conférer aucun droit indépendant à la provision. La remise du titre escompté à l'escompteur ne lui confère contre l'escompté que les droits conditionnels qui compètent au porteur d'un effet de change contre le créateur ou l'endosseur; ces droits seuls représentent, avec la créance civile dont cette remise doit assurer l'exécution et qui peut lui survivre, la contre-valeur des fonds que l'escompteur remet à l'escompté; par elle seule, cette remise n'atteint pas dans une mesure plus considérable la fortune de l'escompté: elle ne touche pas plus aux rapports de droit qui peuvent exister entre lui et le tiré qu'elle n'affecte ses créances contre d'autres débiteurs. Autrement dit, dans le système du C.O., le porteur d'une lettre de change, preneur ou endossataire, n'a comme tel et en vertu de la lettre aucun droit sur la provision qui peut exister chez le tiré.

Ce résultat est également, pour la *deutsche Wechselordnung*, celui auquel arrivent presque tous les commentateurs;[70]) et la jurisprudence impériale est en ce sens[71]) sauf une défaillance occasionnelle.[72])

---

[69]) Voir aussi C. O. 744 et s., 762 et s., 783, 813/2, 827/3.

[70]) Voir notamment Thöl, op. cit. p. 250, 721 n. 14. Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts, § 114. Staub, op. cit. art. 8, § 8. Grünhut, op. cit. II, p. 126, 149. Renaud, Archiv für das Wechselrecht von Siebenhaar VIII, p. 289. Opinion contraire: Ladenburg, Archiv für d. Wechselrecht IV, p. 250 et s.; IX, p. 6 et s. Zeitschrift für vergl. Reichtswissenschaft VII, p. 437 et s. v. Canstein, op. cit. p. 85, 91, 92.

[71]) Voir notamment R. O. H. G. XVI, p. 149; XVIII, p. 189; XXIII, p. 218; R. G. XXVIII, p. 60; XXXIX, p. 371.

[72]) Arrêt reproduit dans Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen XIV, p. 128: Le fait de tirer une lettre de change sur un débiteur

En Suisse, M. Paul Jacottet est à ma connaissance le seul auteur qui se soit fait le champion de la théorie française.[73]) Il s'appuie pour cela uniquement sur C. O. 813/3 et se demande à quel titre, si la provision n'appartient pas au porteur, celui-ci aurait action contre le tiré *non accepteur* avec lequel il n'a d'ailleurs aucun rapport et qui n'a aucune obligation envers lui. Cette question n'a été relevée ni par M. Vogt, ni par M. Haberstich, ni par MM. Schneider et Fick, ni par M. Hafner, ni par M. Rossel. Ce dernier ne s'y arrête que pour déclarer que „rien ne permet de décider comme M. Jacottet.“ [74]) C'est un peu sommaire, et quelques explications paraîtront nécessaires.

L'art. 813 C. O. (cf. 827/12) correspond à l'art. 83 de la D. W. O. dont la teneur est la suivante:

„Lorsque par suite de prescription ou de l'inobservation des actes légalement prescrits pour assurer au porteur la conservation des droits découlant de la lettre de change, l'obligation de change du tireur ou *de l'accepteur* a pris fin, ces derniers ne demeurent obligés à l'égard du porteur que dans la mesure où le dommage subi par ce dernier constituerait un enrichissement pour eux. Il n'y a pas lieu à une action de cette nature contre les endosseurs dont les obligations se sont éteintes.“

Cette disposition énigmatique a fait l'objet de nombreuses monographies: les questions qu'elle soulève comptent en effet parmi les plus délicates du droit de change et beaucoup sont encore extrêmement controversées. Sur certains points, cependant, on est à peu près d'accord; en particulier, personne ne conteste que l'art. 83 D. W. O. ne soit une disposition toute exceptionnelle, dictée par des considérations d'équité pour atténuer dans certains cas, en faveur du porteur, les con-

---

et de la remettre au preneur est, en matière de relations commerciales, la forme usuelle du transport de créances. M. Wilhelm, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen VI, p. 181, observe que cette conception est zweifellos unrichtig.

[73]) Jacottet, Manuel du droit fédéral des obligations, p. 405, 461.

[74]) Rossel, Manuel du droit des obligations, p. 812.

séquences rigoureuses du formalisme que commandent, en matière de droit de change, les exigences transactionnelles. On s'est rendu compte qu'il ne serait pas juste que le tireur, lorsqu'il a reçu la valeur de la lettre sans avoir fourni de provision, réalisât un enrichissement parce que le porteur est déchu des droits résultant de la lettre ou que ces droits sont prescrits; de même, on a trouvé qu'il ne serait pas juste que l'accepteur, lorsqu'il a reçu une provision et que cette provision n'a pas été utilisée à ses fins, réalisât un enrichissement parce que sont éteints les droits que la lettre conférait au porteur contre lui. Et comme *ultimum remedium,* on a créé au profit du porteur l'action spéciale de D. W. O. 83 *(Wechselbereicherungsanspruch).* Mais, par cela qu'elle met en jeu la question des relations civiles entre tireur d'une part et preneur ou accepteur d'autre part, cette action n'en est pas moins une création du droit de change, distincte des actions engendrées par ces relations civiles, ou des actions en restitution pour cause d'enrichissement illégitime, ou des actions en dommages et intérêts du droit civil ordinaire.[75]) Et comme en particulier le droit ainsi conféré au porteur contre l'accepteur n'est pas autre chose qu'une transformation et en quelque sorte un résidu[76]) du droit ancien et désormais éteint que lui conférait la lettre, il n'est venu à l'esprit de personne, encore que l'exercice de ce droit s'attaque indirectement à la provision, de l'ériger en un droit indépendant du porteur à cette provision. Le porteur, en effet, qui n'a encouru aucune disgrâce, fait valoir contre l'accepteur la créance spéciale découlant de l'acceptation, et non un droit distinct à la provision, bien que souvent il y ait eu provision et que cela ait été déterminant pour l'acceptation. Mais s'il en est ainsi, il n'est pas possible de dire que le législateur, en cas de disgrâce encourue, relève le porteur de cette disgrâce en lui re-

---

[75]) Cf. Grünhut, op. cit. II, p. 560 n. 6.

[76]) Cf. Staub, op. cit. art. 83, § 1. Kuntze, op. cit. p. 326. Grünhut, op. cit. II, p. 560, lesquels auteurs donnent les références à la jurisprudence. Opinion différente: v. Canstein, Wechselrecht, p. 427. Voir aussi Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, § 6.

connaissant un droit spécial à la provision; cela n'est pas possible, parce que c'est le législateur lui-même qui a pris soin de spécifier que l'arme nouvelle qu'il a forgée pour consoler le porteur de la perte de l'ancienne n'est que le métal transformé de cette ancienne arme, laquelle était, en langage juridique, tout autre chose qu'un droit à la provision.

Si donc l'art. 813 C. O. était une simple reproduction de l'art. 83 D. W. O. il n'y aurait pas lieu de lui donner une portée différente et une importance plus grande; mais nous nous trouvons précisément ici en présence d'une des rares dispositions du droit allemand auxquelles le législateur fédéral n'a pas fait subir que de simples modifications rédactionnelles; il en a altéré le fond, en empruntant à l'art. 825/2 du Projet départemental de 1879 la disposition suivante qui ne figure dans aucun des projets antérieurs:

C. O. 813/3: „Une action en restitution de même nature peut être exercée dans les mêmes limites contre le tiré, le tiers au domicile duquel la lettre était payable et contre celui pour le compte de qui la lettre a été tirée."

C'est cette disposition qui a retenu l'attention de M. Jacottet et dont il importe de savoir si on peut lui reconnaître la signification qu'il lui attribue.

Je ne le crois pas. Sans doute, en accordant au porteur, contre des personnes qui comme le tiré ne lui ont jamais rien dû en vertu de la lettre une action en restitution de même nature que celle qui lui est reconnue à l'art. 813/2 contre le tireur et l'accepteur, le C. O. rompt absolument avec la conception assez étrange et difficultueuse de la loi allemande. Puisque cette action doit avoir la même structure juridique dans tous les cas, et sans qu'il faille faire acception suivant les qualités de la personne du défendeur, c'est que nécessairement elle est autre chose qu'une transformation des droits préexistants du porteur en vertu de la lettre. Et cela n'est pas sans importance pratique, notamment en ce qui concerne la nature de la restitution.[77]) Mais, de ce que l'action en

[77]) Cf. A. T. F. XIX, p. 844; XXIV, 2, p. 424.

restitution de C. O. 813 revêt une allure plus indépendante et repose juridiquement sur une autre base que le *Wechselbereicherungsanspruch* du droit allemand, il ne suit pas qu'elle ait un caractère essentiellement différent. C'est comme lui une création spéciale du droit de change inspirée par le même esprit et répondant au même but. Le législateur a simplement entendu procurer un champ d'action plus étendu au bienfait dont il trouvait l'exemple à l'art. 83 de la D. W. O. Et comme le cadre plus étroit de la formule allemande ne pouvait convenir à son propos plus vaste, il s'est borné à lui en substituer un autre qui permît de viser dans une même formule, non seulement le tireur et l'accepteur, mais encore le tiré, le domiciliataire et le donneur d'ordre en cas de traite tirée pour le compte d'un tiers.

Cette extension du principe déposé dans l'art. 83 de la D. W. O. laisse intact le caractère tout exceptionnel de la disposition statuée aux al. 2 et 3 de l'art. 813 C. O. Ce caractère résulte à l'évidence de leur opposition avec l'al. 1, opposition marquée par le mot néanmoins *(jedoch)* dans le texte de C. O. 813/2. Il en résulte que, même si l'on devait envisager que C. O. 813 confère au porteur un droit à la provision contre le tiré et l'accepteur, ce droit ne pourrait exister en dehors des conditions fixées par cette disposition, et il n'apparaîtrait que dans le cas spécial et assez rare où le porteur se trouve dépouillé par prescription ou déchéance des droits résultant de la lettre de change. Ce droit demeurerait une exception comme le texte qui l'aurait consacré, et il ne serait pas possible de l'élever comme en France à la hauteur d'une maxime générale. Et le législateur lui-même fournit ainsi l'occasion de répéter, ici encore, que s'il avait entendu adopter la conception française il l'eût introduite en plein jour par la porte grande ouverte d'une disposition de principe et non accidentellement par une fissure habilement ménagée dans son système.

Il y a plus: même dans les conditions spéciales où le porteur peut en invoquer le bénéfice, son action en restitution ne peut être l'expression d'un droit à la provision, le résultat

d'une attribution spéciale que le législateur lui ferait à titre exceptionnel de la créance civile du tireur contre le tiré ou contre l'accepteur. Un essai de construire ainsi l'action de C. O. 813/2 et 3 se heurte à des objections devant lesquelles il ne résiste pas.

C'est d'abord que le texte légal n'autorise l'action en restitution que jusqu'à concurrence du bénéfice réalisé par le défendeur. Or, tant que l'accepteur, ou le tiré, ou le domiciliataire, peuvent être recherchés en restitution de la provision qu'ils ont reçue par le tireur ou par le tiers qui l'a fournie, (c'est-à-dire, tant que subsiste contre eux la créance civile de ces derniers, et dans la mesure où elle subsiste) l'élément d'enrichissement n'existe pas dans leur personne, et s'il ne veut pas se tromper d'adresse, c'est contre leur créancier (tireur ou tiers) que le porteur doit éventuellement diriger son action. Pour que l'action en restitution de C. O. 813 soit fondée à leur encontre, il faut donc supposer l'extinction de la créance civile compétant contre eux à celui qui a fourni provision, car c'est alors seulement que libérés de leur dette, et dans la mesure de cette libération, ils se trouvent enrichis. Mais qui ne voit, s'il en est ainsi, que l'action en restitution de C. O. 813, conditionnée par l'extinction de la créance civile en restitution de la provision ne saurait être l'exercice légal et l'expression vivante de ce droit éteint?

A cela s'ajoute que la nature de l'action créée par l'art. 813 C. O. est évidemment la même dans tous les cas où cette disposition peut recevoir son application: et comme non moins évidemment l'enrichissement ne procède pas du rapport de provision lorsque l'action est dirigée contre ceux qui, tireur ou tiers ont précisément fourni la provision, il s'en suit par une raison plus extérieure mais non moins pertinente que cette action n'est pas et ne peut pas être l'émanation d'un droit du porteur à la provision.

La vérité est que l'action de C. O. 813 créée par le droit de change lui appartient en propre, tout en empiétant sur le droit civil ordinaire. C'est un moyen de nature très spéciale qui n'appartient qu'au seul porteur légitimé de la lettre ou

d'un jugement en prononçant l'annulation. On comprend facilement d'ailleurs qu'il ne puisse s'en servir que par les voies civiles ordinaires: il doit nécessairement en être ainsi dans tous les cas, même lorsque le défendeur mis en cause n'est pas de ceux que vise l'art. 813/3 C. O., parce qu'il s'agit d'une prétention illiquide et que le demandeur doit rapporter la preuve fort malaisée de l'étendue de l'enrichissement de sa contrepartie. C'est à cette fin seule apparemment, que poursuivant entre lui et elle la restitution de l'enrichissement, non celle de la provision ou de la valeur, il doit cependant pénétrer le mystère étranger de la provision ou de la valeur. Ce n'est pas le lieu de préciser ici en quoi l'action de C. O. 813 diffère de l'action ordinaire en restitution de C. O. 70 et s.[78]) Il suffit d'avoir infirmé par les considérations qui précèdent la déduction d'ailleurs modestement et presque dubitativement aventurée par M. Jacottet.

Si donc, il n'existe dans le C. O. aucune disposition qui consacre directement, ou indirectement par la tolérance d'un usage éventuel le droit du porteur à la provision, c'est au regard des principes généraux du droit qu'il faut considérer la situation classique créée par la faillite du tireur au porteur d'une lettre de change non-acceptée. Les questions qu'elle soulève, en fait, ne se présentent pas toujours dans des circonstances identiques, mais juridiquement, il s'agit toujours de savoir si par le fait de la faillite du tireur le tiré perd le droit ou peut tout au moins se voir interdire par la masse d'accepter la lettre ou de la payer autrement qu'à ses risques et périls.

Soit une lettre de change renfermant un mandat de payer (clause Veuillez payer)[79]): extérieurement, cette lettre présente de grandes analogies avec une assignation écrite, et cela n'a rien d'étonnant puisque la lettre de change paraît avoir dans l'assignation son origine historique.[80]) Pourtant,

---

[78]) Cf. Staub, op. cit. art. 83, § 4. Grünhut, op. cit. II, § 141 n. 6.

[79]) Autres cas peu pratiques: Grünhut, op. cit. I, § 58 n. 2. Staub, op. cit. art. 23, § 5. Kuntze, op. cit. p. 2.

[80]) Cf. Grünhut, op. cit. I, p. 29 et s.

au point de vue de sa nature intrinsèque, la lettre de change est une institution différente,[80a]) car elle ne se borne pas à constater qu'une personne est chargée de payer, de qui une autre personne est autorisée à recevoir paiement; elle implique en outre, et c'est précisément ce qui en fait une lettre *de change* que celui qui la remet devient par la remise qu'il en fait, conformément aux règles du droit de change, le débiteur de celui qui la reçoit. Tandis que la remise de l'assignation à l'assignataire n'oblige pas l'assignant, la remise de la lettre au preneur perfectionne à son égard les obligations du tireur.[81]) Cette différence est capitale, en ce que le C. O. établit des règles spéciales pour l'assignation et d'autres règles pour la lettre de change; et comme aucune réserve n'est faite à cet égard, on peut admettre que dans ce système les art. 406 et s. C. O. ne sont pas susceptibles d'application dans les rapports entre tireur et preneur.[82]) Ces relations qui ressortent au droit de change sont exclusivement régies par les dispositions spéciales de ce droit. Or, il résulte de ces dispositions qu'en corrélation avec les obligations de garantie du tireur, le preneur acquiert *le droit* de présenter la lettre à l'acceptation et au paiement chez le tiré. Et tandis que l'assignation est révocable par l'assignant ou révoquée par sa faillite à l'égard de l'assignataire dans les conditions de C. O. 412/1 et 3, on comprend qu'il ne puisse dépendre du tireur de révoquer un droit du preneur, et que ce droit ne soit pas atteint non plus par la faillite de son débiteur.

Mais s'il en est ainsi dans les rapports entre tireur et preneur qui formés sur le domaine du droit de change sont naturellement soumis à son empire, l'application des règles ordinaires du droit civil aux rapports entre tireur et tiré, qui

---

[80a]) Cf. Wächter, op. cit. § 26. Thöl, Handelsrecht, § 331. A. T. F. XXV, 2, p. 618.

[81]) Voir aussi v. Canstein, Check, Wechsel und deren Deckung, p. 82, 95.

[82]) M. Wieland, Der Wechsel, op. cit. § 5, s'élève contre une séparation si radicale entre le domaine de l'assignation et celui de la lettre de change.

sont étrangers au droit de change, conduit à un résultat bien différent. Tant que le tiré n'a pas accepté [83]) il n'apparaît que comme le mandataire du tireur. [84]) Sans doute, il se peut que la remise de la lettre au preneur et que son contenu aient été et demeurent déterminants pour l'existence et l'étendue du mandat. Mais cela n'est pas nécessaire, et le fait que le preneur a été choisi pour transmettre l'expression de la volonté du tireur au tiré ne peut conférer à ce dernier le droit, ou lui imposer l'obligation d'ignorer les modifications ultérieures de cette volonté. Il s'en suit d'abord que le tireur peut en tout temps révoquer à l'égard du tiré le mandat de payer renformé dans la lettre (C. O. 402/1). Chacun sait que de tels contre-ordres ne sont pas rares: ils n'engagent nullement la responsabilité du tireur à l'égard du porteur, car ils n'atteignent aucun des droits découlant pour lui de la lettre de change. Il suit encore du caractère purement civil des relations entre tireur et tiré non accepteur que la faillite du premier éteint *ipso iure* le mandat qu'il avait conféré, conformément à C. O. 403/1. Par voie de conséquence, la provision, s'il en existait une, fait retour à la masse, et le tiré, s'il lui convient nonobstant de payer la lettre ou de l'accepter, le fait à ses risques et périls [85]) sans éteindre par là sa dette à l'égard du tireur. Que si mieux avisé le tiré refuse de payer la lettre, le porteur au bénéfice de l'action récursoire peut intervenir dans la faillite. Après l'ouverture de la faillite, il est comme avant sans droit à la provision.

Ces considérations ont inspiré deux arrêts du Tribunal cantonal neuchâtelois, et à la réserve de la question de l'influence de l'ouverture de la faillite du tireur, un arrêt de principe du Tribunal fédéral du 23 septembre 1899 dans la

---

[83]) Après l'acceptation de la lettre, toute modification ou révocation est exclue pour la raison que le mandat de payer impliquant celui d'accepter, c'est au mandant qu'il incombe de supporter les conséquences de l'exécution régulière du mandat.

[84]) Cf. Thöl, Wechselrecht, § 28, 66. Lehmann, op. cit. § 117, Cohn, op. cit. dans Endemann III, p. 1084 n. 20. Grünhut, op. cit. I, § 58.

[85]) Voir toutefois C. O. 44, 404. L. P. 176. C. O. 863.

cause Kaufmann c. frères Oswald.[86]) Cet arrêt a été l'objet de différentes critiques. M. Wieland lui a reproché de creuser un abîme entre l'assignation et la lettre de change;[87]) et ce reproche serait particulièrement incisif si l'on pouvait admettre que C. O. 412/3 ne peut recevoir son application, et que la faillite de l'assignant n'emporte pas révocation, lorsque l'assignation a été donnée dans l'intérêt de l'assignataire. Certains commerçants, plus exactement certains banquiers, notamment à Bâle, se sont étonnés qu'on pût ainsi méconnaître l'existence de l'usage commercial en vertu duquel le contrat d'escompte attribue la provision à l'escompteur. On a prétendu encore que dans le système admis par le Tribunal fédéral, lorsqu'un banquier a reçu une traite et en a fait les fonds il peut dépendre de la volonté du tireur qui les a reçus d'annuler virtuellement à un moment quelconque la contre-valeur remise au banquier;[88]) or, cela n'est pas, parceque cette contre-valeur réside uniquement dans les droits que la lettre (ou le rapport de valeur) confèrent au banquier, et ces droits, notamment le droit de présentation et de recours sont en dehors de toute atteinte du tireur. Une seule objection paraît fondée: le Tribunal fédéral n'a pas admis que la faillite du tireur révoquât *de plein droit* le mandat donné au tiré; „*d'après ce qui précède*, il faut, dit-il, une révocation *expresse*" — mais on ne trouve rien *dans ce qui précède* qui puisse justifier cette exigence. Non seulement, elle est contraire aux principes généraux; elle est pratiquement condamnable parcequ'elle fait dépendre la solution du conflit entre le porteur et la masse, „non pas du fait précis de la faillite et de la situation qu'elle crée à tous les créanciers, mais d'une lutte de vitesse entre le porteur et l'administration."

Aucun droit du porteur à la provision: telle est donc la règle fondamentale de notre droit dans les rapports entre escompteur et escompté en cas de faillite de ce dernier. Cette

---

[86]) A. T. F. XXV, 2, p. 618 et s. Arrêts du Tribunal cantonal neuchâtelois V, p. 252 et s.; VI, p. 184 et s.

[87]) Wieland, Der Wechsel, op. cit. p. 38 n. 3.

[88]) Arrêts du Tribunal cantonal neuchâtelois VI, p. 194.

règle, sans doute, n'est ni absolue ni impérative: d'une part, elle ne s'applique pas, en raison de l'intérêt spécial du tiré lorsqu'il a accepté la lettre avant l'ouverture de la faillite,[89]) d'autre part, des conventions connexes peuvent, sur le terrain du droit civil ordinaire, procurer au porteur l'attribution de provision que lui dénie le droit de change. Il suffit pour cela que le contrat de change initial et les contrats subséquents d'endossement fassent appel à la provision en s'appuyant sur une stipulation pour autrui,[90]) ou en s'accompagnant d'une constitution de gage ou d'une cession. Chacun sait toutefois que la pratique s'accommode assez mal de ces moyens par lesquels le porteur peut s'assurer le bénéfice de la provision. Cela tient avant tout aux habitudes d'une partie de notre marché qui répugnent aux règlements de compte par l'usage d'acceptations de change. Certaines personnes appréhendent que l'on sache qu'elles recourent à l'escompte pour se procurer les fonds dont elles ont besoin; d'autre part, beaucoup de clients d'ailleurs solvables et bien intentionnés ne souffrent pas volontiers qu'il soit fait traite sur eux; et lorsque les créanciers se trouvent cependant obligés de recourir à ce moyen par l'escompte, soucieux de ménager les convenances de ces clients qu'ils redoutent de perdre, et parfois inquiets pour leur propre crédit, ils demandent et obtiennent de l'escompteur qu'il ne mettra pas l'effet en circulation et ne le présentera pas à l'acceptation. Cette pratique, que met en lumière un arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois,[91]) paraît être très répandue en Suisse et ailleurs.[92]) A fortiori, l'escompteur, qui y renoncerait volontiers,[93]) ne peut-il que diffi-

---

[89]) Cf. Wilhelm, op. cit p. 179.

[90]) Cf. Ladenburg, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft VII, p. 442. Wilhelm, op. cit. p. 178. Norsa, op. cit. p. 97.

[91]) Arrêts du Tribunal Cantonal Neuchâtelois, VI. p. 187.

[92]) Cf. Norsa, op. cit. p. 102.

[93]) Il n'y a sans doute pas lieu d'attacher à cet égard de l'importance au fait que le taux de l'escompte a partiellement la signification d'une prime d'assurance pour le risque couru (cf. Thöl, Wechselrecht § 129. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, Nr. 701. Thaller, op. cit. p. 684) et qu'une diminution du taux de l'escompte est théoriquement le corollaire naturel et comme la

cilement obtenir de l'escompté la remise de lettres acceptées, car celui qui ne veut pas jouer le rôle tout platonique de tiré se trouve encore moins disposé à assumer la situation plus sérieuse d'accepteur.

Ces habitudes expliquent partiellement aussi pourquoi l'escompteur ne recourt pas davantage aux moyens que lui offre le droit civil de s'assurer le bénéfice de la provision: ces moyens manquent de discrétion; il n'en est aucun, qui pour être pleinement efficace, ne doive révéler au tiré sa qualité de tiré et que l'escompté a fait traite sur lui. Pas de gage possible sur la provision si le tiré n'en reçoit avis (C. O. 215). Pas de *ius tertii* au profit de l'escompteur si le tiré n'assume le rôle de promettant dans la stipulation pour autrui (C. O. 128). Pas de cession dessaisissant l'escompté à l'égard du tiré si ce dernier ignore la cession (C. O. 187. 189). A cela s'ajoute, en cas de constitution de gage, l'ennui d'autres formalités: remise du titre de la créance et de l'acte de nantissement (C. O. 215); en outre, cette combinaison, s'il n'y a faillite, oblige l'escompteur en cas d'insolvabilité de l'escompté à une poursuite en réalisation, source d'autres ennuis nouveaux en vue d'un résultat souvent assez aléatoire. Quant à la cession de la provision par le tireur au preneur, elle est assurément compatible avec les principes de notre droit de change[94]), de même que son but de garantir le recours éventuel du second contre le premier analogue à celui que poursuivent parfois les transferts de propriété mobilière.[95]) Mais cette combinaison aussi présente des difficultés: pour que la cession soit valable, il faut qu'elle porte sur un droit déterminé ou déterminable, — d'où la nécessité d'individualiser la provision, soit par une référence à la facture lorsqu'elle procède d'une

---

rançon de toute augmentation de sécurité que sous une forme ou sous une autre l'escompté consent à l'escompteur.

[94]) A. T. F. XXIII, p. 1076; XXV, 2, p. 620. Wächter, op. cit. p. 280. Lehmann, op. cit. p. 445. Grünhut, op. cit. II, p. 149.

[95]) Cf. A T. F. XIX, p. 347; XX, p. 540, 1084. Journal des tribunaux 1899 p. 238, 1900 p. 166 et s.

vente de marchandises, soit autrement;[96]) pour que la cession soit opposable aux tiers, il faut qu'elle soit constatée par écrit (C. O. 184/2), — d'où la nécessité d'un acte de cession; pour que le cessionnaire ne se heurte pas à un refus de paiement du cédé, il faut le cas échéant la remise du titre de la créance (C. O. 102. 105); pour que la garantie résultant de cette cession ne perde pas son efficacité le long des routes en cas de réescompte ou de recours, il faut que ces pièces voyagent partout avec la lettre de change, l'accompagnant, s'il le faut, avec la même fidélité que le protêt et les comptes de retour. Malgré ces complications, il est des banques qui pratiquent la cession de la provision — à la réserve de la notification au tiré — lorsque d'ailleurs il s'agit d'effets qu'elles se proposent de conserver en portefeuille. Une autre particularité peut encore causer quelques embarras. C'est qu'après la cession l'escompteur se trouve être créancier du tiré, alors que déjà créancier de l'escompté en vertu de l'effet, il ne doit évidemment pas être admis à profiter dans tous les cas du double paiement qui pourrait lui être fait. Cette difficulté toutefois est plus apparente que réelle. Pour qu'elle se dissipe, il suffit de se rappeler que, dans l'intention des parties, la cession intervient uniquement aux fins de garantir le recours éventuel de l'escompteur contre l'escompté. Et dès lors, soit que le tiré paie la lettre au porteur, soit qu'il ne la paie pas, la situation est de celles qu'il n'est pas trop malaisé de débrouiller. En cas de paiement de la lettre par le tiré, c'est d'elle même qu'elle se débrouille, pourrait-on dire, par l'extinction de la créance cédée. Sans doute, au moment où le tiré accepte ou paie, le tireur de qui il a reçu mandat de le faire a cessé d'être son créancier; mais ce fait est pratiquement sans importance, parce que le tiré est toujours le maître des conditions de cette acceptation ou de ce paiement et qu'une entente s'établit par la force même des choses entre le porteur et lui au sujet de sa libération.

Aussi bien, ces généralités suffisent-elles pour faire comprendre qu'on se soit demandé s'il est possible et s'il ne con-

---

[96]) Cf. A. T. F. XXIII, p. 1076.

viendrait pas d'attribuer au porteur un droit exclusif à la provision en dehors des complications et des formalités inhérentes aux moyens contractuels du droit civil.

Que cela soit possible, on n'en saurait douter. Si chez nous, comme en Allemagne, la cession était opposable aux tiers, encore que non constatée par écrit, on pourrait peut-être se borner à réserver les usages locaux à cet égard, réserve qui pourrait même n'être pas nécessaire sous l'empire du futur code civil suisse. Mais le système original que nous avons créé à notre usage en matière de cession de créances n'a pas donné de si mauvais résultats qu'il faille, par amour de la simplification, en réclamer la révision comme on l'a fait.[97]) Il convient donc de voir comment la provision peut être affectée directement au porteur. Deux moyens sont proposés: l'un consiste à subroger légalement le porteur au droit du tireur contre le tiré, l'autre consiste à conférer au porteur, dans la faillite du tireur, un privilège spécial sur la provision; le premier, qui serait peut-être actuellement la meilleure explication du système français, a été proposé en Allemagne par M. Wilhelm;[98]) le second, dont on a beaucoup parlé au Congrès de Bruxelles, est proposé en Suisse par M. Wieland.[99])

Je verrais au système de la subrogation l'avantage d'un champ d'application plus large, puisque le porteur en aurait le bénéfice même en dehors du cas de faillite, et sans qu'on dût distinguer en principe selon que le tireur est ou n'est pas inscrit au registre du commerce. M. Wieland fait à ce système une objection qui, si je l'ai bien comprise, ne me paraît pas fondée. Il faut, dit-il, prévoir le cas où plusieurs lettres de change ont été tirées sur un même débiteur qui n'a pas en mains une provision suffisante pour les payer toutes. On sait qu'en pareil cas, s'il n'y a pas eu affectation spéciale, la jurisprudence française, entre traites d'ailleurs acceptables et non-acceptées, regarde à la date de la création de ces traites

---

[97]) Cf. Grenier, Zeitschrift für schw. Recht XIX, p. 699. Meili, Kodifikation des schw. Privat- und Strafrechts 1901, p. 95.

[98]) Wilhelm, op. cit. p. 183.

[99]) Wieland, Umgestaltung, p. 31.

et applique la maxime: *prior tempore potior iure;* il est logique, en effet, s'il y a provision suffisante pour couvrir une traite au moment de son émission, de la réserver d'abord au paiement de cette traite, et de n'affecter que l'excédent éventuel à l'acquittement des traites postérieurement créées;[100]) peut-être serait-il encore plus logique, dans le système assez contradictoire du droit français, où le porteur n'a droit à la provision qu'au moment de l'échéance, et où jusqu'à ce moment elle peut être retirée par le tireur, de s'en tenir d'abord à la date des échéances, et de ne recourir à celle des émissions que lorsque les traites ont la même échéance, ce qui est toujours le cas lorsque le tireur est en faillite. Quoi qu'il en soit de ce système, M. Wieland paraît lui reprocher et redouter, en cas de faillite, non pas apparemment une course à la provision entre porteurs — car ce n'est pas précisément la date de leurs productions qui est décisive — mais des contestations entre eux sur la date de la création des traites. Comme les traites doivent être datées à peine de nullité, je me demande si le danger de semblables contestations est plus à redouter dans ce cas spécial qu'il ne l'est en général. Et ce que j'ai quelque peine à comprendre, c'est que ce danger soit invoqué comme un grief contre le système de la subrogation. M. Wieland préfère au régime prioritaire français le régime proportionnaliste qu'organise la loi belge dont l'art. 6 statue qu'en cas de concours entre traites non-acceptées elles sont payées au marc le franc. Ne serait-il donc pas possible, s'il paraît plus équitable, d'appliquer ce régime belge dans le système de la subrogation et de statuer que si plusieurs lettres sont tirées sur le même débiteur, la provision insuffisante qui est entre ses mains sera affectée au paiement de toutes ces lettres au prorata des valeurs qu'elles indiquent? N'a-t-on pas précisément en Belgique supprimé une restriction du projet de 1870, en vertu de laquelle le porteur n'eût eu droit à la provision que vis-à-vis des créanciers du tireur *en faillite*?[101]) Un argument me touche davantage: la crainte qu'à vouloir

[100]) Cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, Nr. 186.

[101]) Cf. Sachs, Zeitschrift für Handelsrecht XXI, Beilage p. 54.

statuer un cas de subrogation légale du porteur à la provision on ne parût porter atteinte au caractère abstrait de l'obligation de change, à la nature du contrat qui l'engendre et qu'on n'ébranlât ainsi une assise fondamentale du droit de change. La doctrine française n'en serait peut-être pas à chercher encore en tâtonnant la notion véritable du contrat de change, tantôt l'assimilant, en remontant plus haut que l'ordonnance de Colbert, à une *venditio pecuniae absentis pro praesenti*,[102]) et tantôt se contentant avec MM. Lyon Caen et Renault de la définition qui en fait un contrat *tout spécial* produisant les engagements déterminés par la convention et la nature des choses;[103]) elle n'aurait pas persisté si longtemps à exiger la condition de la *distantia loci*; elle se serait aperçue que celle de la valeur fournie est une forme vaine et qu'il n'y a plus de raison de proscrire l'endossement en blanc; elle aurait, comme la doctrine allemande et la pratique anglaise, pénétré le secret de l'évolution de la lettre de change et dévoilé dans l'écrit même le ressort caché de ses fonctions économiques nouvelles, si depuis le milieu du XIXme siècle une jurisprudence d'expédients, impuissante à séparer du contrat de change les relations civiles du tireur avec le tiré et à établir un privilège véritable, ne l'avait pas entravée dans sa marche en l'embarrassant des chaînes de la provision. Il est vraisemblable aussi que l'internationalisation du droit de change s'accommoderait moins facilement du système de la subrogation que de celui du privilège. L'établissement d'un privilège du porteur en cas de faillite du tireur, tel que le propose M. Wieland, ne se heurte pas à des obstacles juridiques. Il s'agirait d'un privilège spécial portant sur certains biens nettement

---

[102]) Cf. Bédarride, op. cit. I, Nr. 24 et 25: Le contrat de change est sous l'empire du code ce qu'il a toujours été, rien autre chose que la vente et l'achat d'un argent livrable dans un lieu autre que celui où le contrat est souscrit.

[103]) Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, Nr. 23. M. Piétraru (op. cit. p. 131 et s.) considère que l'émission de la lettre de change est un acte juridique en partie double, impliquant d'une part engagement du tireur, et d'autre part, comme moyen d'exécution de cet engagement, cession au preneur de la créance du tireur contre le tiré.

individualisés, non d'une manière générale sur toute la fortune du failli. Or, M. Wieland n'a que l'embarras du choix pour démontrer, textes en mains, que les législateurs modernes, moins craintifs que M. Speiser,[104]) ne se sont pas fait faute, chaque fois que cela leur a paru utile, de créer dans le sein de la masse générale à laquelle tous les créanciers sont appelés des petites masses réservées à un cercle plus restreint d'élus. D'autre part, il n'est pas nécessaire, après ce qui a été dit, de s'attarder à démontrer que la nature de la lettre de change et le caractère abstrait des obligations qu'elle constate ne sont nullement altérés par un privilège. Les auteurs français qui voient dans le contrat de change un contrat transmissif de la provision sont manifestement dans l'erreur. Mais ce serait commettre une autre erreur et tomber d'un extrême dans l'autre que de s'opposer au privilège pour la raison que le rapport de provision est étranger à la lettre de change. Le privilège, en effet, ne résulte pas de la lettre de change, et il doit être bien entendu que c'est une création de la loi en vue de l'attribution des biens d'un débiteur dans le cas de sa faillite. C'est donc une question d'opportunité, non un problème juridique, que l'on formule en demandant s'il convient de faire du porteur, relativement à la provision d'une lettre de change non-acceptée, le créancier privilégié du tireur.

Une solution affirmative pourrait *a priori* se justifier en Suisse, soit par des considérations immédiates et intrinsèques d'ordre national, soit par des considérations plus lointaines d'ordre international. Qu'en est-il à cet égard?

Peut-on dire que, si on le compare à d'autres créanciers, le porteur d'une lettre de change est déjà dans un certain sens au bénéfice d'une situation privilégiée en ce que l'acceptation de cette lettre par le tiré, fût-elle consciemment donnée pendant la période suspecte et jusqu'à la veille de la faillite (si le tireur n'en a pas retiré le mandat), et le paiement consécutif de l'accepteur ont pour effet de soustraire définitivement et sans révocation possible la provision à la

---

[104]) Actes du Congrès d'Anvers, p. 372.

masse? Il est permis d'en douter, parce que cette solution est commandée uniquement par l'intérêt du tiré: elle est la conséquence inéluctable de l'extinction de la provision lorsque l'acceptation emporte novation; elle procède de motifs d'équité dans les autres cas (cf. C. O. 400, 412/2).[105]) Le bénéfice de cette solution n'est aucunement pour le tireur, duquel il est trop absolu de dire qu'il lui suffit de faire accepter la lettre pour s'assurer la provision,[106]) ou qu'on s'en remet au bon vouloir du tiré du soin de lui en procurer le privilège.[107]) Sans doute, par l'acceptation, le porteur devient bien selon le droit de change le créancier du tiré, mais il n'acquiert de ce chef, lorsqu'elle existe, aucun droit exclusif à la provision; en cas de faillite de l'accepteur, elle n'est qu'un élément de la masse commune, et la créance que le porteur fait inscrire au passif est exactement la même qu'il produirait à défaut de provision ou si la provision faisait retour à la masse du tireur. Un seul créancier de ce dernier apparaît privilégié: c'est le tiré dont l'*actio mandati* se compense avec la provision au lieu de venir en concours avec d'autres créances en vue d'une répartition ordinaire de dividende. Il est donc bien exact de dire que l'acceptation opère, relativement au tireur, dessaisissement de la provision, mais il se faudrait garder de croire que le tireur soit dessaisi parce qu'il a garanti cette acceptation: le tireur en effet, promet non l'acceptation, mais des sûretés à défaut d'acceptation; c'est uniquement de l'acte de l'accepteur, et non de l'exécution d'une obligation du tireur que procède le dessaisissement. Si donc, ce dessaisissement n'est que dans l'intérêt de l'accepteur et ne confère pas d'avantage spécial au porteur, il ne me paraît pas que l'on pût justifier l'établissement d'un privilège du porteur sur la provision en cas de lettre non-acceptée par la considération que le législateur a déjà dépouillé le tireur de ses droits contre le tiré en cas de lettre acceptée.

---

[105]) Cf. Actes du Congrès de Bruxelles (Vauthier) p. 475. Norsa, op. cit. p. 88. Wilhelm, op. cit. p. 179.

[106]) Wieland, Umgestaltung, p. 30.

[107]) Actes du Congrès de Bruxelles, p. 464 et s.

C'est par d'autres raisons, et d'une manière générale par deux ordres de raisons, qu'on peut essayer de démontrer *de lege ferenda* la nécessité de ce privilège.

La première raison est une raison d'équité: on prétend que pour être équitable à l'égard du preneur (ou cas échéant du porteur) il faut éviter qu'ayant remis au tireur la valeur de la lettre, il se trouve frustré de la provision qui est l'équivalent et le représentatif de cette valeur; en d'autres termes, on veut empêcher que, le tireur ayant reçu la valeur, ses créanciers puissent encore profiter de la provision. Lorsque, dit-on, un négociant a livré des marchandises à un client qui lui en doit le prix et qu'ayant fait traite sur ce client il la remet à l'escompte chez un banquier, ce dernier, par la valeur qu'il lui verse, le paie par anticipation du prix de ces marchandises. Permettre à la masse, en cas de faillite de ce négociant, d'encaisser la créance contre le client, c'est lui permettre de toucher à nouveau un prix qui a déjà été payé au tireur. On ne saurait douter qu'un très grand nombre de personnes ne raisonnent ainsi.[108]) Ce raisonnement, sans doute, procède d'une confusion juridique, car il n'est pas vrai que la provision soit l'équivalent de la valeur, et si l'existence de la provision peut être déterminante pour la remise de la valeur, cette remise, loin d'être un règlement anticipé de la provision, est simplement une contre-prestation pour la réception de la lettre de change et l'acquisition des droits qui en dérivent; mais c'est précisément contre la logique juridique que l'on s'insurge *(summum ius, summa iniuria)*, et parce que cette logique paraît injuste que l'on réclame un privilège pour le porteur.[109])

Si l'on n'avait à considérer que l'intérêt du porteur, il n'est pas douteux que cette réclamation ne pût être recueillie. Malheureusement, la faillite du tireur est un évènement qui met en jeu bien d'autres intérêts que celui du porteur, et

---

[108]) Cf. Actes du Congrès d'Anvers p. 343; Ladenburg, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft VII, p. 439, qui va même jusqu'à admettre que le porteur a l'exceptio doli contre la masse.

[109]) Wilhelm, op. cit. p. 182.

c'est une justice supérieure qui veut qu'on ne rompe pas à la légère avec le principe de l'égalité de tous les créanciers. L'intérêt du fabricant, par exemple, qui a livré sans en avoir été payé les marchandises que le failli a revendues et dont le prix lui est dû par le tiré, n'est-il pas également respectable? Il a fait un mauvais crédit; — de même que le banquier a fait un mauvais crédit en escomptant la signature d'un insolvable; et leur situation est la même que celle de tous les autres créanciers dont la confiance a été trompée. L'équité que l'on doit à tous l'emporte, et je ne vois pas qu'on doive en faire le sacrifice à raison des seuls intérêts du porteur.

Mais c'est encore par des raisons plus hautes et d'une portée plus générale qu'on défend le privilège du porteur. M. Laval au nom de l'Union des banquiers de Paris et de la province, M. Guillaume au nom de la Banque de France défendaient à Anvers le droit du porteur à la provision en disant que ce serait donner un coup fatal à la circulation que de le supprimer;[110]) on prétend que les garanties ordinaires, que la rigueur qui au point de vue formel et matériel procure l'exécution si prompte des obligations résultant de la lettre de change, ne sont pas suffisantes et que, pour faciliter davantage et assainir sa circulation, il faut que le porteur soit garanti encore par un privilège sur la provision que le tireur a l'obligation de fournir. Il est incontestable qu'un semblable privilège est une garantie ajoutée aux autres; il est non moins incontestable qu'il suffit que le tireur suive à son obligation de fournir la provision pour que les effets de complaisance disparaissent de la circulation. Si donc il était désirable de supprimer radicalement ces effets de complaisance, et s'il était possible d'obtenir qu'il y eût toujours provision, et s'il était certain que l'absence d'un privilège du porteur sur cette provision est gênante pour la circulation et compromet ainsi les intérêts généraux du commerce, nul doute que ce privilège ne dût être consacré par le législateur soucieux de ces intérêts.

---

[110]) Actes du Congrès d'Anvers p. 376.

Mais qui ne voit que les lettres de change circulent avec la même facilité en Allemagne et en Angleterre où la provision reste au tireur, que dans les pays où comme en France et en Ecosse elle appartient au porteur? Qui ne voit pareillement l'inconvénient qu'il y a à exiger que le tireur soit créancier du tiré à l'échéance, puisque c'est interdire à la lettre de change de rendre les services qu'elle peut rendre et qu'elle rend lorsque sans avoir provision le tiré est cependant disposé à accepter et à payer? Comment ne pas se rendre compte que, même si elle se justifiait, l'obligation de fournir provision n'est pas exécutée par cela qu'elle est imposée au tireur, et que les effets de complaisance circulent en France avec autant d'intensité qu'ailleurs sans que la jurisprudence de la Cour de Cassation ait procuré le moins du monde à cet égard un soulagement quelconque? [111]) Mais s'il en est ainsi, s'il n'est ni désirable d'exiger, ni surtout possible de procurer dans tous les cas l'existence de la provision, le devoir n'existe-t-il pas pour le législateur de faire prévaloir dans les milieux intéressés, en évitation de déceptions qu'il ne dépendrait pas de lui de leur éviter, une telle conception du rôle et des effets de la lettre de change que les preneurs de ces effets n'en attendissent jamais que celles des garanties qui y sont nécessairement attachées, et non pas, surérogatoirement, une affectation spéciale de la provision, qui se révèlera un leurre toutes les fois que cette provision n'existe pas? Quel est le système *légal* le plus conforme à la sécurité des transactions: celui qui, tout en respectant la liberté des conventions, ne promet que des avantages certains, ou celui qui y ajoute un autre avantage simplement hypothétique? celui qui, n'exposant jamais le porteur à des mécomptes du fait de l'inexistence de la provision, n'expose pas non plus le législateur à des récriminations, ou celui qui ouvrant la porte aux déceptions de cette nature appelle le reproche et ne va pas sans une certaine insécurité? Il me semble que si l'on a la sagesse de s'élever assez pour se placer au point de vue supérieur des intérêts

---

[111]) Actes du Congrès de Bruxelles (Constant) p. 461.

généraux, le doute n'est pas possible. Mieux vaut faire l'éducation sévère du commerce en ne l'habituant à compter que sur des garanties certaines, que de lui faire concevoir, dans un esprit de tendresse excessive et amollissante, des espérances que la réalité dément si souvent.

Il y a plus: j'ai signalé tout à l'heure la répugnance de certains commerçants pour les acceptations, source de difficultés pour la pratique de l'escompte. Je crois que cette répugnance est injustifiée et que ces difficultés ne se produiraient pas sans une complaisance plus ou moins intéressée des escompteurs, contre laquelle il me semble qu'il faudrait réagir. Cette répugnance est injustifiée dans la personne du tireur qui fait correctement ses affaires, car le commerçant le plus solide a recours à l'escompte et le fait que sa signature a été jugée digne de circuler en compagnie de celle de l'escompteur qui en a pesé la valeur avant de l'accepter n'est pas de nature à nuire à son crédit; elle est injustifiée aussi — mais s'explique en bonne partie par une certaine survivance des souvenirs de la contrainte par corps — dans la personne du tiré, lorsque, débiteur du tireur, il profite d'un crédit que ce dernier lui fait sous condition d'exécution ponctuelle à l'échéance. D'autre part, les banquiers qui pratiquent l'escompte ont soin, s'ils le jugent nécessaire, de se faire garantir les crédits qu'ils ouvrent à leurs clients; — à défaut de quoi, ils n'acceptent pas seule la signature du tireur à l'escompte, mais exigent qu'elle s'accompagne, sinon d'acceptations, du moins de celles d'endosseurs ou de donneurs d'aval. Les banquiers qui pratiquent l'escompte sur signatures suspectes ne méritent pas d'y être encouragés, de même qu'il ne faut pas encourager à émettre du papier bancable les commerçants dont le crédit repose uniquement sur des créances qu'ils ont ou disent avoir en vertu de leurs relations d'affaires. Que de faillites, avec leurs répercussions fâcheuses, civiles et pénales, seraient évitées dans le monde des petits commerçants, si déjà sous le régime actuel ils ne trouvaient trop facilement les négociateurs de leurs effets! Convient-il de leur rendre ce régime encore plus favorable, et lorsqu'un banquier a fait de l'escompte à gros

risque, d'imposer légalement les conséquences de ce risque à tous les créanciers de l'escompté, sauf au banquier lui-même? Ne serait-ce pas, au contraire, assainir les conditions économiques du marché que de chercher à bannir de l'escompte des effets dont la seule garantie sérieuse serait dans une attribution de la provision à l'escompteur? Cet assainissement se ferait sans doute au détriment du nombre des effets mis en circulation, mais c'est par leur qualité et non par leur quantité qu'il faut juger de l'effet utile de cette circulation. Il est dans l'intérêt général d'assurer, plus encore que leur facilité, la sécurité des opérations d'escompte. Or, la seule sécurité qui ne soit pas fallacieuse est celle qui résulte de l'effet lui-même et de la confiance que méritent les signatures qui y figurent. „La force et la sécurité de la lettre de change," dit M. Norsa, „résident dans l'obligation contractée par le tireur et dans l'acceptation du tiré, ainsi que dans le concours d'autres personnes qui peuvent participer à la lettre de change d'une manière ou d'une autre, et non dans l'injonction au tireur de faire la provision."[112]) Aussi bien, actuellement, les grands établissements de banque regardent-ils uniquement à la valeur des signatures. C'est là un point sur lequel on a beaucoup insisté à Bruxelles, et avec raison. Une enquête avait été faite par la Commission de la Bourse d'Anvers auprès d'un grand nombre de banquiers du monde entier, sauf auprès des banquiers français dont on connaissait l'opinion. Au grand étonnement de cette commission, les banquiers répondirent qu'ils ne se souciaient pas beaucoup de la provision, ce qui fut pour beaucoup le point de départ d'un revirement d'opinion.[113]) „Croit-on," dit M. Pirmez, „qu'il est un banquier qui se préoccupe de la provision dans l'examen des effets qu'il escompte? Mais, s'il a besoin pour sa sécurité de compter sur la solvabilité du tiré, il exige que la traite soit acceptée. On escompte les lettres de change uniquement pour

---

[112]) Norsa, op. cit. p. 87.

[113]) Actes du Congrès de Bruxelles: Delvaux, p. 470. Brunard, p. 473. Barclay, p. 474. Vauthier, p. 475.

les signatures qu'elles portent. Quelle garantie peut offrir la provision que l'escompteur n'a aucun moyen de contrôler et que le tireur a le moyen de retirer? Il est certain que dans la Grande-Bretagne nul ne fait de différence entre les traites tirées sur l'Angleterre et les traites tirées sur l'Ecosse à raison de la différence du droit sur la provision." [114]) Ces paroles, dans la bouche d'un homme d'état et d'un financier de la valeur de M. Pirmez, ont une signification particulière, parce que la Belgique est un pays où comme en Suisse les traites non acceptées circulent en nombre assez considérable, mais avec affectation spéciale de la provision au porteur; nonobstant, ce n'est pas de cette provision qu'on se préoccupe, mais des signatures qui sont les vraies garanties d'une saine circulation.

Je crois donc, qu'au point de vue national, le législateur s'inspirerait des intérêts véritables du commerce et de l'industrie en n'établissant au profit du porteur aucun privilège sur la provision faite au tiré par le tireur en faillite. Je crois aussi que nos grands établissements financiers serviraient ces intérêts, s'ils initiaient leur bonne clientèle à la pratique trop peu répandue chez nous des crédits utilisés sous forme d'acceptation, et si en suite d'entente ils exigeaient, plus que ce n'est aujourd'hui le cas, des lettres acceptées, ou à défaut d'acceptation par le tiré prenaient avec moins de ménagements le recours que la loi organise aux fins de leur procurer des sûretés plus consistantes que la provision. Quelques arrêts comme ceux du Tribunal cantonal neuchâtelois et du Tribunal fédéral pourront contribuer à ce résultat.

Désirable au point de vue d'une orientation meilleure de nos habitudes et d'une organisation plus assurée du crédit en Suisse, ce résultat ne devrait-il pas toutefois être sacrifié, et le privilège du porteur sur la provision ne devrait-il pas être institué par des raisons d'ordre international? Puisque l'on paraît tant en France, à tort ou à raison, tenir au droit du porteur sur la provision, et que d'autre part on lui est, à tort ou à raison, si irréductiblement hostile en Angleterre

[114]) Actes du Congrès de Bruxelles p. 80. Cf. Munzinger, Motifs, p. 347 et s.

et dans les pays de droit allemand, ne conviendrait-il pas que la Suisse, habile dans l'art des transactions, fît profiter de son expérience la cause de l'internationalisation en trouvant et en appliquant chez elle une formule capable de rallier tous les suffrages et de donner le ton dans le concert des nations? Certes, cette cause est une grande cause, et il vaut la peine de la soutenir et de la défendre; pourtant, ce serait aller un peu loin dans cette voie que de légiférer pour nous en pensant aux autres et non à nous; personne ne nous demande une telle abnégation, ni ne nous en saurait gré. Rien ne permet d'ailleurs de supposer que notre étendard deviendrait un signe de ralliement, et qu'il suffirait de dire: „prenez mon ours," pour qu'on le prît. Le commerce international ne réclame pas l'attribution de la provision au porteur; on s'est mis d'accord, à Bruxelles, pour sortir du cadre de l'internationalisation du droit de change les questions relatives à la provision, et je crois que l'on a bien fait. De même que cette internationalisation ne portera pas sur les voies spéciales d'exécuter les obligations de change, il n'est pas nécessaire qu'elle embrasse la question des privilèges du porteur dans la faillite du tireur. Ce sera assez tôt de penser à uniformiser le droit formel lorsqu'une entente se sera établie sur le droit matériel.

Sans doute, la situation des divers créanciers en vertu d'un même effet pourra être plus ou moins avantageuse suivant le domicile des débiteurs; mais cet inconvénient, outre qu'il paraît inévitable, ne doit pas être exagéré. Plus spécialement, la question du droit applicable pour fixer, relativement à la provision, la situation du porteur lorsqu'il est domicilié dans un autre pays que le tireur, est une question de droit international privé dont il suffira pour éviter tout conflit que les états observent la règle généralement reçue et récemment consacrée par un arrêt de la Cour française de cassation qu'il y a lieu à application de la loi du lieu de l'émission de la lettre.[115])

---

[115]) Cass. civ. 6 février 1900, Compagnie des charbons et briquettes de Blanzy c. Davillier, Sirey, 1900. 1. 160. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, Nr. 643 et 644.

J'estime donc, par toutes les raisons que j'ai développées, que les besoins de l'escompte reçoivent actuellement en Suisse une satisfaction suffisante sur le terrain du droit contractuel; je regretterais personnellement que l'on rompît, en vue de quelques cas spéciaux avec le principe général de l'égalité des créanciers en cas de faillite du tireur par l'établissement d'un privilège du porteur sur la provision et je conclus qu'il n'y a pas lieu de l'introduire.

III. La force majeure.

C'est en connexité avec l'importance internationale de la question de l'appartenance de la provision, que M. Wieland s'est trouvé naturellement amené à examiner aussi celle de l'influence de la force majeure sur les actes conservatoires. En effet, c'est au point de vue des relations internationales que cette question, si diversement résolue par les législations et par la jurisprudence, si souvent et si vivement agitée en doctrine, sollicite surtout l'attention.[116])

On sait que le C. O. s'est mis en opposition avec les conceptions anglo-françaises en décidant, à l'art. 813/1, que les obligations dérivant de la lettre de change s'éteignent par l'inobservation de l'une des formalités ou de l'un des délais auxquels la loi en a subordonné l'existence, encore que cette inobservation résulte d'un évènement de force majeure, ou qu'aucune faute ne soit imputable au créancier. Le système anglo-américain excuse d'une manière générale la non-observation de ces formalités, pourvu que l'obstacle ne procède pas d'une faute du porteur et qu'à sa disparition l'informalité soit couverte *with reasonable diligence,*[117]) — et cela s'explique par le large souffle d'équité qui, dans les pays d'Outre-Manche a toujours modéré, même en matière de droit de change, la rigidité des principes. En France, et bien que le Code de Commerce soit demeuré intentionnellement muet sur ce point, la jurisprudence admet également la réplique de la

---

[116]) Cf. Riesser, Zeitschrift für Handelsrecht XXXIII, Beilage p. 110.

[117]) Cf. Bills of exchange act. 51/9.

force majeure et du cas fortuit;[118]) — et cette solution semble devoir être rattachée à la conception qui, voyant dans le porteur un mandataire ou un cessionnaire des garants, lui impose à l'égard de ces derniers l'obligation de faire (sauf le cas de force majeure) les diligences nécessaires pour se procurer paiement. La règle de C. O. 813/1 est plus respectueuse du caractère abstrait et unilatéral du contrat de change et fait déchoir le porteur de ses droits contre les garants, non parce qu'il aurait contrevenu à une obligation à leur égard, mais parce qu'il est dans l'impossibilité de fournir contre eux, selon les exigences particulières du droit de change, la preuve de l'accomplissement de la condition qui modalise leurs obligations; cette règle, qui s'explique d'elle-même lorsque c'est à une faute du porteur que remonte l'informalité qui le prive de son recours, paraît dure, au premier abord, lorsqu'elle est le résultat d'un cas fortuit et même injuste lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure. Pourtant, à y regarder de plus près, on s'aperçoit ici encore que les intérêts du porteur malheureux ne sont pas seuls en cause. Le jour de l'échéance est, comme on l'a dit,[119]) en matière de droit de change, un *dies fatalis* auquel la destinée de l'effet doit se décider irrévocablement. C'est en considération du jour de l'échéance que tireur et endosseurs garantissent le paiement; ils ne s'obligent selon le droit de change que pour le cas où, à cette échéance, l'effet, régulièrement présenté, ne serait pas payé. Si donc, même sans sa faute, le porteur ne présente pas à l'échéance et ne fait pas régulièrement constater par protêt cette présentation et le défaut de paiement, il est juste et conforme à l'intention des parties de décharger les garants de leurs obligations, de ne pas leur faire subir le contre-coup de revers subséquents du tiré en les tenant plus longtemps sous la menace d'un recours et de leur rendre définitivement

---

[118]) Cf. Pardessus, op. cit. II, Nr. 426. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, Nr. 361. Koch, op. cit. p 364. Pandectes françaises, Rep. Effets de commerce, Nr. 2463 et s. Patriau, Du protêt faute de paiement, 1896, p. 52 et s.

[119]) Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 107.

le libre emploi des fonds dont la perspective de ce recours entraînerait l'immobilisation; ce serait en outre favoriser les procès et les retards, mettre de l'insécurité dans les transactions et transgresser un postulat élémentaire d'équité que de les obliger à scruter *in concreto* le problème délicat des limites du cas fortuit et de la force majeure et à se préoccuper de la situation réciproque au jour de l'échéance du tiré et du porteur, qu'ils ne connaissent généralement ni l'un ni l'autre. Pourrait-on d'ailleurs, sans injustice et sans inconséquence, décharger le porteur du risque de la force majeure, alors qu'on ne songe pas le moins du monde à soustraire les garants au recours, lorsque c'est par suite de force majeure que le paiement réclamé au tiré n'a pas pu être fait par ce dernier?[120]) Non-seulement donc la règle de C. O. 813/1 est en harmonie avec la logique juridique, mais elle se justifie encore par des raisons pratiques tout à fait convaincantes. Elle a consacré, en dépit d'une décision conforme au droit franco-anglais de l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens (art. 20), la solution nouvellement adoptée en Russie (art. 35) par laquelle bien antérieurement la jurisprudence allemande a mis un terme aux controverses doctrinales provoquées et entretenues sur ce point par les discussions infructueuses de Leipzig et de Nuremberg.[120a]) Et si l'on se plaçait exclusivement au point de vue national, ne considérant que les effets de change auxquels leurs pérégrinations ne font pas franchir la frontière, il s'imposerait d'autant moins de toucher à C. O. 813/1 que, si besoin est, en cas de circonstances d'ordre général et exceptionnel, de calamités excédant la mesure des infortunes individuelles, il demeure loisible de suspendre par des lois spéciales l'application du régime que cette disposition institue et de lui en substituer un autre moins rigoureux.[121])

---

[120]) Cf. Grünhut, op. cit. II, p. 397.

[120a]). Cf. Arch. für deutsches Wechselrecht de Siebenhaar I, p. 147 et s. (Mittermaier) 272 et s. (Brauer) 292 et s. (Einert).

[121]) Cf. Leist, op. cit. p. 73 et s.

Mais l'adoption par un Etat de mesures de cette nature, dont les autres Etats n'ont pas l'obligation de reconnaître les effets sur leur territoire, ne va pas sans apporter souvent des perturbations regrettables dans la circulation internationale des effets. La démonstration en a été faite d'une manière particulièrement frappante à l'occasion du décret du 13 août 1870 et des actes subséquents par lesquels, afin de diminuer la répercussion de la guerre sur le commerce, l'autorité législative française recula de mois en mois, au profit des tirés et des garants domiciliés en France, le paiement des effets de change.[122]) Bien qu'en considération de la situation des garants étrangers on eût pris soin d'amener ce résultat, non par une prorogation d'échéance, mais par une prolongation du délai de protêt, on considéra généralement en France que cette prolongation impliquait interdiction aux officiers publics compétents de présenter les effets au paiement et de dresser protêt. Cette interprétation était favorable aux tirés français, notamment à ceux qui avaient reçu provision ou accepté et qui, si la présentation avait été possible, n'auraient pu se soustraire au paiement sans compromettre leur crédit sur le marché international. Mais, bien qu'on s'illusionnât à cet égard, elle devait avoir pour résultat de priver les porteurs de leur recours contre les garants étrangers domiciliés dans un Etat où la réplique de la force majeure n'était pas recevable à leur encontre. Et tandis que les tribunaux en Autriche et en Italie[123]) s'inclinaient de bonne grâce devant les circonstances en couvrant le porteur des conséquences du défaut de présentation et de protêt, le R. O. H. G., par un arrêt

---

[122]) Cf. Zeitschrift für Handelsrecht XVI, p. 413 et s., 666, où sont reproduits les divers actes législatifs français, avec notice explicative de la genèse du premier décret; XVII p. 294 et s. et XVIII, p. 625 et s., où M. Goldschmidt analyse la bibliographie très riche du sujet. A consulter notamment Jaques, Die durch die französischen Moratorienverfügungen hervorgerufenen Regressfragen, 1872. H. Fick, Ueber internationales Wechselrecht in Beziehung auf Fristbestimmungen, 1872.

[123]) Voir notamment un arrêt de la cour de Turin, traduit en français dans Dalloz, Per. 1872. 2. 1 et s., et les arrêts de la cour suprême autrichienne dans Allg. Oesterr. Gerichtszeitung 1872, Nr. 47 et 53.

fortement motivé du 21 février 1871 n'hésitait pas à proclamer, dans un élan de belle indépendance scientifique, qu'une loi qui interdit de dresser protêt dans certains cas et pour un certain temps n'a qu'une portée simplement territoriale et qu'elle ne peut lier les garants étrangers en les obligeant à payer sans protêt, c'est-à-dire à des conditions autres que celles qui ont présidé à leurs engagements.[124]) Au point de vue allemand, il en résultait simplement en droit, d'une part la libération des garants allemands, et d'autre part la déchéance des porteurs allemands. En fait, il arriva que les garants honorables ne voulurent pas, dans l'intérêt de leur bon renom commercial, se prévaloir à l'égard des porteurs, même étrangers, de cette jurisprudence rigoureuse, et qu'après avoir payé, ils se heurtèrent au mauvais vouloir de garants précédents qui, moins timorés, la leur opposaient sans scrupule. L'Allemagne perdit à ce jeu des sommes extrêmement importantes. Et cette jurisprudence, suivie aussi ailleurs qu'en Allemagne, notamment à Zurich,[125]) atteignit non moins, en vertu de la solidarité qui lie tous les signataires d'un effet de change, les pays où l'on admet, au contraire, que, si absolus qu'ils soient, les principes du droit de change fléchissent aussi bien que d'autres devant la force majeure, *cui resisti non potest.* C'est ainsi qu'après avoir désintéressé le porteur allemand, les garants italiens se trouvaient sans recours contre les garants allemands.

Ces inconvénients sont de ceux qui ne pourront être complètement évités que par l'uniformisation sur ce point des règles appliquables dans les différents Etats. Plusieurs moyens sont proposés en vue de cette uniformisation. Consciente de l'injustice qu'il y a à perpétuer l'obligation des garants, l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens (art. 20) a proposé d'allonger de la durée de la force majeure la durée du délai pour dresser protêt, à condition que cette prolongation ne dépasse pas un laps de temps très court

[124]) Cet arrêt est reproduit dans la Zeitschrift für Handelsrecht XVI, p. 656 et s. et traduit dans Dalloz loc. cit.

[125]) Zeitschrift für Handelsrecht XVII, p. 301.

(14 jours par exemple), déterminé par le droit de chaque Etat. Mais cette règle est arbitraire et difficultueuse: arbitraire parce que l'empêchement dû à la force majeure peut durer plus de 14 jours; difficultueuse parce que faisant, comme le système franco-anglais, tomber l'excuse du porteur dès la cessation de l'empêchement, elle ouvre la porte aux procès entre porteur et garants non seulement sur la question de l'existence de la force majeure, mais encore sur celle de savoir si l'informalité a bien été couverte au moment de sa cessation.[126])

Pour ces motifs, on s'insurgea en 1878, au XIVme congrès des juristes allemands, contre la décision de l'Association. Deux autres moyens de sortir d'embarras furent proposés, l'un par M. Jaques, l'autre par M. Wiener. La proposition Jaques[127]) tendait à la constitution d'une communauté internationale avec obligation pour les Etats qui en feraient partie de respecter mutuellement les lois par lesquelles, à raison de calamités publiques, ils décideraient des prolongations d'échéance ou du délai de protêt; or, cette exigence d'une décision officielle, tranchant une fois pour toutes la question de l'existence et de la durée de la force majeure, diminuerait sans doute les occasions de procès, mais elle permettrait à tout Etat, par une semblable décision, fût-elle prise arbitrairement, de perpétuer les obligations des garants étrangers, alors que ces obligations sont pour le surplus régies par la loi étrangère. Cette considération ne paraît pas avoir pesé d'un grand poids ni devant l'Institut de droit international pour qui (art. 104) la constatation des cas de force majeure faite par une disposition législative d'un Etat aura ses effets même dans les autres Etats, ni devant les congrès belges, où une discussion sérieuse ne s'est pas engagée sur ce point;[128]) par contre, elle a fourni à M. Wiener le prétexte d'une autre et ingénieuse proposition.[129]) Partant du point de vue que celui qui garantit le paiement

---

[126]) Cf. Koch, op. cit. p. 307. Jaques, Verhandlungen d. 14. deutschen Juristentags I, 2, p. 213.

[127]) Jaques, eod. loc. p. 214.

[128]) Projet d'Anvers 49. Actes du Congrès de Bruxelles, p. 519.

[129]) Wiener, Verhandlungen des 14. d. Juristentags II, p. 107 et s.

sur présentation garantit tacitement la possibilité objective (physique et juridique) de la présentation et du protêt, M. Wiener propose d'admettre que vaut comme présentation ou protêt l'impossibilité, officiellement constatée, de présenter et de protester ensuite d'un état de détresse au lieu de présentation (épidémie, guerre, émeute), ou l'interdiction législative de présenter ou protester. Cette solution, parmi celles qui sont proproposées, est certainement la plus recommandable, parce qu'elle évite la rigidité du système allemand et les conséquences fâcheuses qu'il entraîne au point de vue économique, sans tomber dans l'indifférence que les autres systèmes témoignent à l'égard des obligations des garants. L'impossibilité de dresser protêt suppléant le protêt, il en résulte que, d'une part, le porteur n'est pas déchu de son recours et que, d'autre part, les garants ne sont pas exposés à subir les conséquences préjudiciables d'une prolongation forcée de leurs obligations. La règle *casum sentit dominus* est simplement tempérée par une exception qui reporte le risque de la tête du porteur sur celle du tireur; et cela peut se faire sans injustice, puisque ce ne sont ni le porteur, ni les preneurs antérieurs qui ont créé la lettre sur un pays où la présentation et le protêt n'ont pu avoir lieu, mais bien le tireur qui, ayant fait crédit à la législation de ce pays de la possibilité de cette présentation et de ce protêt, ne peut s'en prendre qu'à lui-même des changements possibles de cette législation et de leurs conséquences dans ses rapports avec le tiré. Sans doute, en cas d'insolvabilité du tireur, il se peut que le risque soit, en fait, supporté par un des preneurs intermédiaires de l'effet, et l'on se demande pourquoi on en charge ainsi ce preneur intermédiaire plutôt que le dernier porteur qui était propriétaire de la lettre au moment où s'est produit le cas de force majeure;[130]) la raison en est que le dit preneur a suivi avant le dernier porteur la signature du tireur, et qu'il doit normalement supporter avant lui les suites de l'insolvabilité de ce dernier. Sans doute encore la formule proposée par M. Wiener

---

[130]) Cf. Koch, op. cit. p. 365.

n'est pas parfaite. Elle n'est pas suffisamment précise — car il suffirait pour la rendre sans objet qu'un Etat, sans interdire la présentation et le protêt, fixât le jour du protêt au dernier jour d'un délai indéfiniment extensible au gré de ses convenances.[131]) Elle est également trop vaste, ainsi que le remarque M. Wieland,[132]) puisqu'elle assimile à l'interdiction de la présentation et du protêt des cas purement physiques de force majeure, qui deviennent de plus en plus rares et qui n'ont généralement pas un caractère de telle permanence et universalité qu'ils constituent un péril économique international. Mais il n'en demeure pas moins que c'est dans cette voie qu'on devra chercher la solution la plus heureuse des difficultés que les décrets moratoires français de 1870 et 1871 ont mises en évidence et dont le retour ne peut être empêché que par l'application, dans tous les Etats, de principes uniformes. Toutefois, sur ce point encore, il convient d'autant moins que la Suisse se fasse dans sa législation, par une adjonction à la règle de C. O. 813/1, en vue de l'internationalisation future, le champion de cette solution, que, dans l'état actuel de la jurisprudence allemande, elle aurait pour résultat d'accorder aux porteurs allemands le recours contre les garants suisses, sans récupération possible pour ces derniers contre les garants allemands.

IV. Les énonciations essentielles.

La lettre et le billet de change sont des écrits formels. C'est à ce caractère formel, qui attache à l'écrit et détermine par ses énonciations seules les obligations qu'il constate, que ces effets doivent de pouvoir remplir leur mission dans les conditions particulières de sécurité et de célérité qui les distinguent. Mais comme, d'une manière générale, toute contravention à la forme est, en matière de droit de change et pour ne pas affaiblir ces garanties spéciales, une cause de nullité, il importe, si l'on ne veut pas tomber dans une dangereuse

---

[131]) Wiener, loc. cit. p. 106.

[132]) Wieland, Umgestaltung, p. 34, 37.

insécurité, de ne pas multiplier les formalités et d'éviter toutes celles qui ne sont pas nécessaires ou tout au moins d'une très grande utilité. Il faut observer un juste milieu, au sujet duquel on a encore quelque peine à se mettre d'accord. D'une part, sans doute, la nécessité de certaines clauses n'est plus défendue; la France a abandonné par une loi du 7 juillet 1894 l'exigence de la *distantia loci* qu'on éludait dans la pratique en désignant un endroit fictif comme lieu de la création de la lettre; on pourrait même sans inconvénient en faire abstraction lorsque la lettre est tirée sur soi-même.[133]) Pareillement, il n'est plus guère d'auteurs qui songent à réclamer sérieusement l'indication de la valeur fournie. Cette clause, qui vise la nature des relations entre tireur ou endosseur et preneur ou endossataire, à force de se faire discrète et de se quintessencier, ne signifie plus rien, et beaucoup de personnes — même dans les milieux où cette erreur est le moins excusable — en sont arrivées à la rattacher aux relations entre tireur et tiré et à l'identifier avec la provision.[134]) D'autre part, certains novateurs vont apparemment trop loin dans leur zèle de réformer et de simplifier. On arrive, comme le dit M. Norsa, à oublier „qu'il faut moins assurer de plus grandes facilités en vue de la création des effets de change, que de favoriser le bon cours de leur circulation et d'obtenir avec la plus grande certitude possible la solidité du titre.“ [135]) Certaines lacunes sont dangereuses et peuvent donner lieu à de graves controverses. Or il semble bien à cet égard que l'on soit allé trop loin au Congrès d'Anvers en n'exigeant en particulier ni la clause de change, ni la date de la création de l'effet.

En ce qui concerne d'abord la clause de change, il ne saurait évidemment pas être question de ne plus l'exiger en Suisse. Elle se recommande par des raisons si convaincantes, que M. Cohn n'a pas hésité à déclarer à Bruxelles[136]) que

---

[133]) Cf. Pappenheim, Zeitschrift für Handelsrecht XXVIII, p. 514.

[134]) Cf. A. T. F. XXIII, p. 1075. Pirmez, Actes du Congrès d'Anvers, p. 72. Wilhelm, op. cit. p. 181.

[135]) Norsa, op. cit. p. 55.

[136]) Actes du Congrès de Bruxelles, p. 447 et s. Cf. Cohn, Drei Vorträge, p. 118.

l'Allemagne ne donnerait jamais son adhésion à une loi internationale qui ne l'érigerait pas en condition essentielle de la validité des effets de change. La lettre de change se présente extérieurement comme un mandat de payer, taisant les obligations très strictes qu'assument tireur et endosseur: les mots sacramentels *de change* ont la valeur d'un avertissement à leur égard. Et cet avertissement est compris des paysans ignorants aussi bien que des financiers les plus avisés, et sans qu'il soit nécessaire de l'accompagner sur la lettre à l'usage des premiers du petit traité en langue populaire que réclamait ironiquement M. Barclay. Tel, lui a-t-on répondu, le mot *poison* sur un médicament éveille une attention salutaire sans qu'il faille y joindre des explications complémentaires sur la nature du danger. En outre, la clause *de change* permet seule de distinguer extérieurement la lettre de change d'autres titres (chèques, assignations) qui intrinsèquement en diffèrent par leur nature et leurs effets. Pourtant, ces avantages ne sont pas tels qu'on ne s'insurge en France, en Angleterre[137]) et en Belgique contre une exigence que l'on qualifie de formaliste. Jamais, dit-on, la valeur d'un contrat ni même sa qualification ne dépend du nom que les parties lui ont donné. Pourtant, n'est-ce pas un formalisme aussi rigide et beaucoup moins justifié que celui qui consiste à exiger la clause *à ordre*, alors que, d'une part, il est d'autres effets à ordre que les effets de change, et que, d'autre part, le tireur, soit qu'il veuille ménager son crédit, soit qu'il veuille conserver le bénéfice de certaines exceptions ou éviter les frais de retour, peut avoir un intérêt respectable à ne s'obliger que non à ordre? Au congrès de Bruxelles, la supériorité numérique des délégués belges et français entraîna d'abord un vote défavorable aux partisans de la clause *de change*,[138]) que vint cependant corriger une résolution portant que les effets qui ne se désigneraient pas comme effets de change dans le contexte seraient considérés comme chèques. C'est le commencement d'un re-

[137]) Cf. C. com. 110. Bills of exchange Act, 3.

[138]) Les délégués suisses, MM. Speiser et Richard, émirent deux votes différents.

virement qui permet d'espérer que la conception allemande finira par l'emporter. Les rédacteurs de notre C. O. se sont aussi trouvés en présence d'une forte opposition de la Suisse romande. M. Fick [139]) avait cru pouvoir prophétiser que jamais on n'en aurait raison. Et pourtant, cette opposition a cédé le jour où on lui fit la concession de légiférer sur les titres analogues aux effets de change (C. O. art. 838 et suiv.).[140]) Pourquoi n'en serait-il pas de même au point de vue international, et pourquoi notamment la France ne remplacerait-elle pas la clause *à ordre* par la clause *de change*? On reconnaîtrait vite ensuite, les formulaires imprimés aidant, combien est facile et même insensible le joug que l'on redoute si fort aujourd'hui.[140a])

C. O. 722, 3 exige pour la validité d'une lettre de change qu'elle indique le nom du preneur. Ce point de vue, approuvé par l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens (art. 7), est celui de la plupart des législations, et notamment de la loi récente de la Russie (art. 86/5). Le droit anglo-saxon,[141]) au contraire, fait abstraction de cette condition et autorise les lettres au porteur, que le Danemark et la Prusse pratiquaient également autrefois. A Bruxelles, la question (N° 3) de savoir s'il faut admettre que la lettre de change puisse être créée au porteur a reçu une solution affirmative, mais à la faible majorité de deux voix seulement.[142]) Théoriquement, l'admission de la lettre au porteur se recommande par ce principe, qui domine l'œuvre des congrès belges, qu'il faut respecter le plus possible la volonté des parties et qu'on ne saurait en particulier leur enlever le droit de déterminer librement la forme de leurs engagements. Pratiquement, la lettre au porteur a l'avantage de circuler plus rapidement et plus facilement. Nonobstant, les critiques ne lui sont

---

[139]) Fick, Kritische Uebersicht, p. 104.

[140]) Cf. Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1879, p. 68.

[140a]) Cf. Munzinger, Motifs p. 387.

[141]) Cf. Bills of exchange Act, 7.

[142]) Sur ce point également MM. Speiser et Richard émirent deux votes opposés.

pas ménagées; mais encore convient-il d'autant moins de les exagérer que la plupart de ceux qui la prohibent admettent que cette prohibition puisse être éludée par l'endossement en blanc de la lettre à son propre ordre, et font la sourde oreille lorsque M. Norsa[143]) leur demande un peu plus de fidélité à la logique. Sans doute, le propriétaire d'une lettre au porteur, comme le propriétaire de n'importe quel titre au porteur et comme l'endossataire en blanc court des risques particuliers en cas de dessaisissement et notamment en cas de perte. Sans doute aussi, la lettre au porteur, comme tous les titres au porteur et comme la lettre endossée en blanc, présente moins de garanties que la lettre à ordre; elle peut bien être acceptée ou avalisée, mais elle ne voit pas en passant de mains en mains sa valeur augmenter, *non valorem acquirit eundo;* il est vrai aussi qu'en autorisant la lettre au porteur ou l'endossement en blanc de la lettre à son propre ordre, on rend plus difficile l'identification des effets, et que le tireur peut en créer d'un geste cavalier un nombre considérable en dehors de tout contrôle du preneur. Ces inconvénients existent; mais ils n'existent pas que pour la lettre de change au porteur; au surplus, les dangers d'une institution ne sont pas une preuve de son inutilité, et il appartient à ceux qui en attendent des services de les peser au regard de ces inconvénients dans la balance de leurs intérêts. En particulier, le tireur et le preneur, sans être des charlatans le moins du monde, simplement pour ne pas divulguer leurs opérations, peuvent avoir intérêt à ce que le nom du preneur ne figure pas sur l'effet. Dans les pays où elles circulent, les lettres de change au porteur n'ont pas donné lieu à des abus; ces abus y sont d'ailleurs d'autant moins redoutables qu'on a pris soin d'autoriser le porteur à transformer l'effet en titre nominatif. C'est là un correctif que le Congrès de Bruxelles a également accueilli sur la proposition de M. Pirmez.[144]) D'autres correctifs peuvent être demandés au droit pénal, et

---

[143]) Norsa, op. cit. p. 65 et s., 111.

[144]) Actes du Congrès de Bruxelles, p. 502.

sur le terrain du droit public il va de soi que l'Etat conserve le droit d'organiser le crédit public, et d'empêcher, s'il la redoute, la concurrence que le billet de change au porteur peut faire aux billets de banque et au papier monnaie. Personnellement, je ne serais donc pas opposé à l'introduction en Suisse de la lettre au porteur, mais je me demande si elle y serait d'un emploi bien fréquent. Cette innovation nécessiterait naturellement quelques règles spéciales; celle de C. O. 755 en matière de légitimation devrait être modifiée. Mais il n'en demeure pas moins, comme l'a déclaré M. Speiser, que la question est une question d'opportunité législative, non une question juridique, peut-être même, comme celle des *ordini in derrate* du Code italien (art. 332 et suiv.), une question d'ordre national qu'il faudrait se garder de porter sur le terrain international.[145])

Je n'en saurais dire autant de l'indication du lieu, du jour, du mois et de l'année où la lettre de change est créée (C. O. 722, 6). Bien que non exigée dans certains pays[146]) l'indication du lieu de la création de l'effet est utile, parce qu'elle fait connaître le droit applicable pour juger de sa validité et qu'elle facilite l'exercice du recours contre le tireur; à ce titre, elle mérite d'être conservée. Quant à l'indication de la date, je sais bien qu'on s'en passe en Grande-Bretagne (art. 3/4 a. 12. 13); pourtant, elle me parait avoir un caractère d'utilité encore plus marqué. Non pas sans doute qu'il soit nécessaire de l'exiger, comme on le dit quelquefois, pour assurer l'existence des lettres payables à tant de date, moins encore pour assurer celle des lettres à vue et à tant de vue relativement à l'*initium* du délai de prescription (C. O. 737. 750); cette existence, en effet, ne serait menacée que si on interdisait de dater la lettre, ce dont il n'a jamais été question. Par contre, l'indication de la date empêche des arrangements frauduleux entre porteur et tireur, notamment en cas de fail-

---

[145]) Speiser, Zeitschrift für Handelsrecht XXXII, p. 120; XXXVI, p. 167. Norsa, op. cit. p. 25.

[146]) Italie, Belgique 1. Grande-Bretagne 3, 4c. En Italie, la date comprend l'indication du lieu (art. 55, cf. 251).

lite de ce dernier, et évite sur les questions de capacité et de droit applicable beaucoup de contestations dont la perspective ne manquerait pas d'entraver la circulation de l'effet, puisque le fardeau de la preuve serait normalement à la charge du porteur. Cette répartition de l'*onus probandi* n'est peut-être pas aussi injuste que se l'imagine M. Norsa,[147]) car si l'absence de date procède d'une omission volontaire ou involontaire du tireur, ce n'est pas le tireur qui oblige les preneurs successifs à fermer les yeux et à se contenter de l'effet malgré cette lacune. Il est bien plutôt fâcheux que cette lacune puisse en général être si facilement comblée par le porteur de l'effet, mais ce n'est pas une raison pour le réputer avoir reçu mandat d'y inscrire la date. Et lorsqu'il ne l'a pas fait, il serait plus fâcheux encore de lui ouvrir les portes du prétoire et de tolérer des procès où la date pourrait être prouvée par des moyens étrangers. Mieux vaut les empêcher de se former sur cette question, et il ne m'est pas possible, pour cette raison, de souscrire aux décisions des congrès belges.[148]) C'est aussi le sentiment de M. Bernstein.[149])

La plupart des législations exigent comme C. O. 722, 4 l'indication de l'époque du paiement. Cette exigence facilite la circulation de la lettre et s'explique soit par l'intérêt qu'a le porteur à procéder exactement en temps opportun aux actes conservatoires de son recours, soit par celui qu'a généralement le débiteur à ne pas demeurer indéfiniment dans l'incertitude au sujet du moment où il devra exécuter. Ce qui dans ces conditions est nécessaire, c'est que les intéressés puissent se renseigner sur ces points importants par le seul examen de l'effet. Or, on ne peut méconnaître que ce résultat peut tout aussi bien être atteint, encore que l'échéance ne soit pas indiquée, pour peu que l'on applique par analogie au porteur le principe de C. O. 86 qu'à défaut de terme stipulé on peut faire valoir ou exécuter l'obligation immédiatement.

---

[147]) Norsa, op. cit. p. 74.

[148]) Actes du Congrès d'Anvers, p. 342, 364; du Congrès de Bruxelles, p. 503.

[149]) Bernstein, Revision, p. 8.

Pour que l'indication de l'échéance devienne superflue sans qu'il en résulte aucune espèce d'inconvénients, il suffit donc de considérer la lettre qui ne mentionne aucune époque de paiement comme une lettre payable à vue. C'est ce qu'on fait sans difficulté lorsque la lettre est endossée après l'échéance (C. O. 734/2). C'est ce que statuent d'une manière toute générale, à l'exemple de la loi belge (art. 2), non pas il est vrai la loi russe (art. 86/7), mais bien les législations anglaise (art. 10), scandinave (art. 3), portugaise (art. 282); et cette solution a été consacrée sans discussion par les congrès belges; MM. Cohn et Bernstein la recommandent avec raison.[150])

Mais si l'on admet que la mention de l'échéance n'est pas nécessaire, il ne faut pas perdre de vue que le plus souvent les lettres de change indiquent une échéance, et pour ce cas il convient d'exiger que cette échéance soit précise. Les lettres à usances (de date ou de vue) ne présentent pas à cet égard toutes les garanties désirables, et l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens (art. 4) les a vouées à une disparition qui les atteindra sans doute un jour où l'autre dans les pays où comme en France, en Belgique et en Hollande on les pratique encore.[151]) Bien que la plupart des législations autorisent avec la nôtre les lettres payables en foire ou en marché, et qu'un état comme la Russie n'ait pu récemment se dispenser d'en faire autant, leur suppression réalisée déjà par la loi scandinave est également réclamée de différents côtés.[152]) On en peut dire autant des effets à échéances successives qui circulent encore en Angleterre et, semble-t-il, aussi en France.[153])

---

[150]) Actes du Congrès d'Anvers, p. 342, 368; de Bruxelles, p. 503. Cohn, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft IV, p. 27. Bernstein, Revision, p. 7.

[151]) C. com. 129. Belgique 23. Hollande 152. Cf. Cohn, Beiträge, p. 74 et s. Grünhut, Wechselrecht I, p. 399 n. 8.

[152]) Loi russe 5/5, 6, 87. Norsa, op. cit. p. 78. Bernstein, Revision, p. 7.

[153]) Bills of exchange Act, 9/1 b. c. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 81.

Le C. O. (art. 722, 2) et la loi russe (art. 4) sont actuellement les seules législations qui exigent l'indication en toutes lettres de la somme à payer. Chez nous, cette exigence que M. Fick avait éliminée des Projets Burckhardt-Fürstenberger et Munzinger a été rétablie par l'Assemblée fédérale qui a ainsi renforcé le formalisme de la lettre de change, sans qu'on puisse dire qu'il y eût à cela des raisons suffisantes. Il est certainement plus facile de falsifier des chiffres, de transformer un 1 en 7, un 0 en 6 ou en 9, un 3 en 8; mais c'est au preneur lui-même de se garer de ce danger, s'il en a peur, en refusant un effet qui ne renferme pas en lettres l'indication de la somme.[154])

La disposition de C. O. 725/2 en vertu de laquelle toute promesse d'intérêts faite sur une lettre de change est réputée non écrite est moins draconienne que l'art. 7 de la loi autrichienne qui statue la nullité de la lettre même; mais elle n'en procède pas moins aussi d'un formalisme qu'il est permis de trouver excessif. MM. Burckhardt-Fürstenberger, Munzinger et Fick[155]) ne l'avaient pas proposée. On dit que l'effet de ces promesses est d'entraver la circulation de la lettre de change, et de substituer au détriment de la liquidité, à une somme fixe une somme qui s'accroît de jour en jour et qui, composée de deux éléments différents, complique l'établissement du compte de retour en cas de non paiement. Or, la première objection, outre que la négociabilité n'est pas un attribut essentiel des effets de change, est démentie par le commerce florissant des obligations productives d'intérêts qu'émettent à jet continu les états, les communes, les sociétés anonymes ou autres et même de simples particuliers. Sur le second point, il semble qu'on exagère: la somme due au porteur en cas de recours n'est-elle pas également productive d'intérêts — à un taux singulièrement anormal aujourd'hui[155a]) — et si l'on désire

[154]) Cf. Bernstein, Revision, p. 11. Cohn, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft IV, p. 23.

[155]) Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 160. Fick, op. cit. p. 128. Munzinger, Motifs p. 363.

[155a]) Le taux de 6 % paraît remonter au Projet de Code de Commerce de Munzinger: mais c'est d'une manière générale que dans l'économie de ce projet il était applicable en matière de commerce. Cf. Munzinger, Motifs p. 370.

simplifier l'établissement du compte de retour, ne serait-il pas plus opportun d'en faire disparaître le poste de la provision que la loi octroie au porteur (C. O. 768), bien qu'il ne fasse aucune avance de fonds, et à l'endosseur (C. O. 769), bien qu'il n'ait fait qu'exécuter une obligation? Sans parler de la France et de la Belgique, l'Angleterre, qui s'accommode des stipulations d'intérêts, ne passe pas précisément pour un pays où l'on s'embarasse de complications inutiles.[156])

V. Le protêt.

Plus que de son internationalisation, on parle beaucoup, depuis une vingtaine d'années, de la réforme du protêt. Ce n'est pas qu'à la rigueur une internationalisation dans ce domaine ne fût désirable ou qu'elle soit impossible;[157]) mais l'application de la règle *locus regit actum* que consacrent toutes les législations procure au protêt correctement dressé dans un état sa reconnaissance dans tous les autres (cf. C. O. 824); d'autre part, en bonne théorie, le protêt n'est pas une institution de droit matériel, mais un moyen de preuve; et pour ces raisons, sans doute, on l'a en général laissé hors des programmes de l'internationalisation. Cela ne signifie pas qu'il ait été négligé: c'est un enfant de douleur, a-t-on dit, et chacun sait que ces enfants-là ne sont pas ceux dont on s'occupe le moins. Ce malheureux compagnon de bon nombre d'effets a deux défauts majeurs: il se fait payer trop cher et il a des allures trop formalistes. On lui en fait le reproche surtout en Allemagne et en France, mais il n'est pas sans avoir trouvé aussi en Suisse quelques échos.

Le premier grief a motivé à Anvers, sur la proposition de M. Renaudin, l'adoption d'un vœu invitant les états à modérer leurs tarifs dans la mesure du possible.[158]) Certes, nos

---

[156]) Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 80. Bills of exchange Act, 9.

[157]) Cf. Norsa, op. cit. p. 124. Stranz, Ein Protest gegen den Wechselprotest, Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für R. Koch, 1903, p. 364.

[158]) Actes du Congrès d'Anvers, p. 393.

tarifs ont comparativement à d'autres,[158a]) conservé la modestie qui sied à un peuple simple; pourtant, il serait difficile de méconnaître que beaucoup de débiteurs ressentent comme une lourde charge l'augmentation de frais que le protêt leur occasionne. Lorsqu'il s'agit de petits effets, ces frais sont souvent disproportionnés à leur valeur. Lorsqu'il s'agit d'effets payables à la campagne ou dans de petites localités, ils croissent avec la distance, — ce qui pourrait sans doute être évité par la domiciliation, mais au prix d'autres ennuis et d'autres frais. Aussi, l'usage de la clause sans protêt est-il fort répandu, bien que celui qui y recourt n'échappe pas nécessairement par là, comme il se l'imagine quelquefois, au remboursement des frais de protêt.

Quant au second grief, il est inhérent au caractère de la forme en matière de protêt. Pour que le recours s'exerce facilement, en dehors de toute contestation et de tout procès, sans retard et sans frais nouveaux, avec en quelque sorte la précision automatique d'une machine bien réglée, on a érigé le protêt en acte solennel qui ne peut être suppléé ni complété par d'autres moyens de preuve. Mais pour qu'il pût en être ainsi, il fallait naturellement fixer de la manière la plus stricte les conditions formelles et matérielles de l'acte. Seul le protêt régulièrement dressé fait preuve exclusive de son contenu, et dans ce cas, il rend supérieurement les services qu'on lui demande. Par contre, le protêt qui n'a pas été dressé conformément aux exigences de la loi est sans valeur. Il en résulte en particulier que l'irrégularité du protêt faute de paiement (l'espèce la plus importante du protêt et la seule dont il convienne de s'occuper ici) entraîne la déchéance des droits du porteur contre les garants. Or, cette victoire de la forme sur le fond paraît extrêmement dure dans certains cas; on la supporte avec d'autant moins de philosophie que les occasions d'informalité sont nombreuses; et comme toutes ces informalités, aux yeux d'une saine jurisprudence, ne sauraient être considérées comme irritantes, mais que celles-là seules

---

[158a]) Cf. Stranz, op. cit. p. 353. Patriau, op. cit. p. 144.

emportent la nullité du protêt qui par leur importance contredisent à son but et à son essence,[159]) il s'en suit que trop souvent, au lieu de faciliter au recourant l'exercice de son droit, le protêt l'achemine directement à un procès avec ses longueurs, ses ennuis et ses frais. Parfois il arrive que la nullité du protêt n'est pas soulevée à l'égard du porteur par le recourant auquel il s'adresse, mais que celui-ci après avoir payé de bonne foi se la voit opposer par un autre garant plus perspicace ou moins scrupuleux, et qu'il doive ensuite actionner le porteur en répétition de l'indû.[160]) La matière du protêt et de ses énonciations essentielles est ainsi devenue, sinon le guêpier qu'on a dit, du moins un foyer de controverses souvent minuscules dans leurs causes et toujours redoutables dans leurs effets: *Zeige mir einen Protest, und ich zeige dir seine Ungültigkeit!* Comment nier la réalité d'un mal, lorsqu'il s'affirme dans une sentence qui a presque passé à l'état de proverbe? Pourtant, je dois à la vérité de dire qu'en Suisse on ne paraît guère le soupçonner et que les commentateurs du C. O. en démontrent surtout l'existence par des références à la jurisprudence allemande. Serait-ce que les fonctionnaires qui dressent protêt le font avec une impeccabilité qu'on ne rencontre pas ailleurs? ou que l'air de Suisse ne favorise pas l'esprit de chicane des garants? ou que ces derniers ignorent les ressources cachées du protêt? Je ne sais, — mais tant mieux. Personne ne se plaindrait, si sur ce point tout au moins la réforme du protêt s'accomplissait chez nous à titre préventif.

Il y a un moyen radical de supprimer les inconvénients du protêt, c'est de supprimer le protêt. La proposition en a été faite pour la France à la Chambre des députés par M. Ravier le 14 juin 1890;[161]) elle a été reprise en Allemagne par M. J. Stranz, et l'étude vigoureuse qu'il a publiée il y a quelques mois à l'occasion du jubilé de M. Koch ne saurait

---

[159]) Cf. R. O. H. G. I, p. 143; XVIII, p. 209. A. T. F. XVII, 2, p. 83.

[160]) Cf. R. O. H. G. XIX, p. 147.

[161]) Cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 362 bis. Patriau, op. cit. p. 191.

demeurer inaperçue.[162]) M. Stranz passe sur le protêt condamnation à mort pour des motifs empruntés à l'histoire, à la législation comparée, à l'économie politique et au droit. Ces motifs ne sont pas toutefois à ce point irrésistibles qu'on ne puisse se demander si le coupable mérite une peine aussi sévère, et si pour employer le langage imagé de M. Stranz, les écuries d'Augias ne peuvent être nettoyées que par une démolition qui fasse place nette. Que le protêt soit d'un âge moins avancé que l'effet de change, que son développement tienne en bonne partie au rôle considérable que jouaient autrefois l'acceptation et les lettres de foire, qu'en Angleterre on ait toujours pu se passer du protêt pour certaines catégories d'effets, — cela est incontestable; mais cela n'est pas non plus une démonstration concluante de l'inutilité actuelle du protêt: le protêt n'est pas apparu avant le commencement du XIVe siècle pour la raison que jusqu'à cette époque la lettre de change tirée sur une succursale ou un *socius, alter ego* du tireur, n'était en réalité qu'un billet de change domicilié et non endossable; d'autre part le protêt faute d'acceptation et les lettres de foire n'ont abdiqué leur ancienne primauté que pour mettre en lumière des fonctions nouvelles et plus générales du droit de change et pour manifester l'importance du recours faute de paiement et l'utilité d'une constatation exacte du défaut de paiement qui en est la condition nécessaire; enfin, les banquiers anglais pratiquent généralement le protêt, même lorsqu'il s'agit d'*inland bills*, et l'institution du *noting*, qui est une espèce de protêt avant la lettre et qui est fort répandue, explique que l'on puisse à la rigueur se passer d'un protêt en due forme et ne pas l'exiger législativement.

Ce qu'il faudrait démontrer, c'est que la présentation régulière et le défaut de paiement peuvent être prouvés d'une manière aussi facile et aussi sûre par d'autres moyens de preuve que par le protêt. Or, cette démonstration n'a pas réussi à M. Stranz qui n'offre pour remplacer le protêt que la preuve testimoniale, ou même se contente d'asseoir une pré-

---

[162]) Stranz, op. cit. p. 342 et s.

somption de présentation régulière au paiement sur l'intérêt qu'a le porteur à faire cette présentation. Ces raisons sont une défaite, car il y a dans les facteurs du compte de retour des appâts qui font que cet intérêt du porteur n'est pas absolument au-dessus de toute suspicion; surtout il n'établit pas à lui seul que le porteur ait fait comme il convenait ce qu'il fallait pour sa sauvegarde, — ou bien les *desides homines et sui iuris contemptores* ne seraient-ils plus de notre époque? Au surplus, ce n'est pas à l'intérêt du porteur qu'il faut regarder, mais bien à l'intérêt des garants, car l'obligation très stricte que ces derniers ont assumée est une obligation sous condition, et ils ont le droit d'exiger que la preuve de l'accomplissement de cette condition soit une vraie preuve, sûre et irrécusable. Il faut qu'avant de payer chaque garant puisse se rendre compte avec certitude que le paiement a été réclamé sur présentation de l'effet par le porteur légitimé, au lieu voulu, en temps voulu et à celui que l'effet désignait pour le faire; il faut qu'il puisse admettre avec non moins de certitude que cette présentation et que cette réclamation régulières sont demeurées infructueuses. Croit-on que ces faits peuvent être établis avec cette autorité par n'importe quel moyen, et peut-on raisonnablement espérer du garant qu'il s'en rapportera à un témoignage ordinaire, ou aux déclarations même solennelles du porteur? Qui ne voit, s'il en était ainsi une floraison de procès s'épanouir à chaque étape du recours? Aussi bien, n'est-ce pas sans raisons que le protêt a été créé et qu'il est demeuré depuis des siècles dans les usages du commerce. Il affirme la présentation et la réquisition régulières, il en atteste le résultat négatif. Et cet acte, dressé immédiatement par une personne de confiance (notaire ou autre) et relatant des faits qu'elle a constatés elle-même, a un caractère d'authenticité qui fait que dans la règle on peut l'accepter comme l'expression de la vérité. Il fut un temps où la présentation et la réquisition étaient faites à l'échéance par le porteur lui-même en présence de l'officier qui se bornait à les constater, ainsi que leur résultat. Cette procédure, sans doute, est encore possible aujourd'hui en Allemagne, en Italie, en

Scandinavie;[163]) elle ne l'est plus en France,[164]) où le législateur, sous le prétexte que tout le jour de l'échéance doit appartenir au débiteur, a eu la faiblesse d'interdire le protêt ce jour-là. Encore que pratiquement on réintroduise ainsi par une porte, au profit du débiteur et au détriment du créancier, les délais de grâce qu'on se fait gloire d'avoir expulsé par une autre, et bien qu'on se condamne d'avance à violenter la règle lorsqu'un effet à vue est présenté le dernier jour du délai de présentation, ce dernier système a malheureusement reçu la consécration du C. O. (art. 762/2). D'ailleurs, il faut reconnaître que partout en fait, pour ne pas s'exposer à des frais peut-être inutiles, le porteur procède à une première présentation et à une première réquisition, l'une et l'autre purement privées; il faut reconnaître également, en dépit de M. Cosack,[165]) que ce que le fonctionnaire chargé de dresser protêt constate par son protêt, ce ne peut évidemment pas être le résultat de ces premières démarches, lesquelles sont nécessairement sans valeur *en droit de change*, mais bien la nouvelle présentation et la nouvelle réquisition qu'il fait au nom du porteur ainsi que leur résultat.[166]) Cette procédure en partie double soulève bien quelques difficultés, mais elle répond à un besoin pratique, et surtout, elle repose, en ce qui concerne l'identité, s'il est négatif pour l'une, du résultat des deux opérations, sur une telle probabilité d'expérience que l'efficacité du protêt n'en est pas sensiblement altérée.

Si l'on prend la peine d'y réfléchir et de rechercher, sans parti pris, ce qu'il y a au fond dans le protêt sous l'apparence un peu lourde et pédantesque de la forme, on se persuade qu'il est théoriquement le meilleur moyen que l'on pût imaginer pour procurer au garant la certitude de l'existence de sa dette au moment où on lui en réclame l'exécution. Pareil aux armes de l'époque, il était au moyen-âge surchargé d'or-

---

[163]) D. W. O. 41. Italie 296. Scandinavie 41.

[164]) C. com. 157, 161, 162.

[165]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1895, p. 285.

[166]) Cf. A. T. F. XXVII, 2, p. 81, 84. Leist, op. cit. p. 138.

nements inutiles dont on s'est efforcé de le dépouiller;[167]) peut-être est-il possible de le moderniser davantage. Un commerçant n'a pas besoin, pour savoir l'heure, d'un chronomètre qui se dérange facilement et coûte fort cher, mais il ne peut, sous prétexte qu'il existe des cadrans solaires, se passer d'une montre courante qui la lui donne à bon marché. De même, le protêt lui est nécessaire pour la preuve de ses diligences, mais on peut se demander s'il ne serait pas possible de lui faire réaliser son but à satisfaction en l'établissant à moins de frais dans une qualité plus courante.

On peut, *a priori,* entreprendre de deux manières la réforme du protêt sans le supprimer: la première manière consiste à faciliter l'opération et l'instrumentation du protêt; la seconde consiste à faire subir à l'instrument même du protêt toutes les modifications utiles dont il est susceptible.

L'opération du protêt est facile: il s'agit dans tous les cas pour l'opérateur de prendre ou d'essayer de prendre contact personnellement avec celui que l'effet désigne pour le paiement, cas échéant de le lui présenter en réquérant le paiement, et de constater le résultat de ces démarches. Pourvu que ces actes très simples soient exécutés en temps convenable et au lieu voulu, le reste est assez secondaire. La question, par exemple, de l'heure et du local a plus d'importance, évidemment, que celle de savoir si le notaire fait ses courses à pied ou en voiture, somme avec autorité ou sollicite avec grâce, constate impassible ou compatissant. Les affaires sont les affaires, et il n'est pas admissible qu'un débiteur ait la surprise d'un protêt à son dîner entre la poire et le fromage, ou au sortir du théâtre, alors qu'il regagne son domicile au clair de lune. Faudrait-il toutefois tenir pour nul un protêt dressé dans ces conditions ou bien encore contre un employé rencontré personnellement dans le bureau de son patron? Ne serait-ce pas d'une sévérité exagérée et ne vaut-il pas mieux régler les questions de cette nature sur le terrain du droit administratif, par des instructions de service et sous la sanction de peines disciplinaires plutôt que sur celui du

[167]) Cf. Grünhut, op. cit. I, p. 169.

droit de change par des nullités et des procès? Ne pourrait-on pas en dire autant des démarches nécessaires pour établir qu'une personne n'a ni bureau ni demeure connus dans le lieu de paiement? Est-il admissible que l'omission de ces démarches, lorsqu'il est d'avance certain qu'elles ne peuvent aboutir, puisse être une cause de nullité du protêt? Il y a des comédies légales sur lesquelles M. Stranz a beau jeu d'insister.[168])

La seule chose vraiment essentielle, s'agissant de l'opération du protêt, c'est qu'elle soit faite par une personne de confiance dont les constatations et les déclarations aient un caractère irrécusable d'authenticité.

A cet égard, C. O. 814 statue que tout protêt doit être dressé par un notaire ou un autre officier public ayant qualité à cet effet (*eine obrigkeitlich dazu ermächtigte Person*). Cette disposition ne peut qu'être approuvée: d'une part, elle ne va pas, comme l'art. 94 de la loi anglaise, jusqu'à admettre que le protêt puisse être dressé par un homme considéré en présence de deux témoins, — et avec raison, car la considération est une notion trop vague et trop relative pour qu'on l'érige en attribut de compétences juridiques aussi importantes; d'autre part, elle ne confère pas, comme le fait la loi allemande (W. O. 87), cet attribut qu'aux notaires et aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire, — et cela avec une égale raison, car non seulement tous les cantons ne connaissent pas l'institution des notaires,[169]) mais encore il peut être désirable que d'autres personnes que les fonctionnaires judiciaires soient autorisées par l'autorité à dresser des protêts. Ce qu'il faut généralement dans l'opération de protêt, c'est, plus encore que des connaissances juridiques, du sérieux et de l'exactitude. Or, tandis que les connaissances juridiques d'un notaire doivent être convenablement payées même si elles ne sont pas indispensables, et que celles d'un juge peuvent être plus utilement employées, il est possible de tarifer moins haut l'activité d'autres personnes présentant d'ailleurs des garanties suffisantes. On s'est même demandé s'il ne conviendrait pas de

[168]) Stranz, op. cit. p. 356 et s.

[169]) A. T. F. XXVII, 2, p. 81.

dépouiller les notaires des bénéfices qu'ils retirent du protêt pour la raison que cette besogne n'est pas digne d'eux et que le temps qu'ils y consacrent devrait être, dans un intérêt supérieur, appliqué à des occupations plus distinguées. Cette question n'a que la valeur d'une boutade, bien que M. Stranz la discute au point de vue des principes d'une saine économie politique.[170]) Nos notaires s'acquittent fort bien de la mission de dresser les protêts et ils ne se plaignent pas d'avoir à l'excercer. Tout au plus voudraient-ils des tarifs plus favorables, au moins lorsqu'il s'agit de gros effets. Par là, je n'entends pas dire d'ailleurs qu'on ne puisse songer à leur donner des concurrents à meilleur compte. Et dans cet ordre d'idées, deux réformes sont proposées dont il faudrait certainement saluer l'avènement comme un bienfait.

L'une de ces réformes consisterait dans l'introduction du protêt postal, c'est-à-dire du protêt dressé par les fonctionnaires de l'administration des postes. Ce ne serait pas pour elle une tâche absolument nouvelle, même dans les cas où elle serait chargée de l'encaissement, puisqu'elle soigne déjà le service des mandats et des recouvrements et qu'elle s'acquitte à la satisfaction générale de la transmission de certains actes judiciaires. Cette innovation entraînerait une diminution appréciable des frais de protêt et développerait la circulation des effets de change en faisant participer à ses avantages les petites localités qui en sont actuellement plus ou moins exclues.[171]) Toutefois, pour que le protêt postal offre les garanties nécessaires, il faut que son fonctionnement soit placé non pas simplement sous la surveillance, mais sous la responsabilité directe de l'administration. Il y a là une question sur laquelle cette administration seule aurait qualité pour se prononcer en connaissance de cause; elle sait ce qu'on peut attendre des qualités de ses fonctionnaires[172]) et ne pourra

[170]) Stranz, op. cit. p. 355.

[171]) Contra, cf. Bernstein, Revision, p. 64.

[172]) Lors de l'élaboration de la loi fédérale sur la régale des postes, les enquêtes nécessaires n'étaient pas encore *assez avancées* pour que le Conseil fédéral crût pouvoir faire des propositions définitives à l'Assemblée fédérale. C'était en 1893, et le postulat de l'Assemblée fédérale concernant l'étude de

instituer ce nouveau service que si elle peut espérer de trouver dans les bénéfices qu'il lui procurerait une compensation suffisante aux conséquences de manquements occasionnels de son personnel.[173]) Cette considération l'amènerait peut-être à limiter son activité aux petits effets qui sont d'ailleurs les plus nombreux et ceux pour lesquels elle est plus particulièrement désirable.[174]) Le protêt postal avec garantie de l'État a été introduit en Belgique par la loi du 30 mai 1879[175]) avec des résultats très encourageants.[176]) En Allemagne, on le réclame avec instances depuis de nombreuses années.[177]) Il est certain que le commerce suisse, bien qu'il ne se soit pas jusqu'à aujourd'hui beaucoup préoccupé de cette réforme l'accueillerait avec non moins de plaisir que le chèque postal.

Une autre réforme a été réalisée déjà en 1870 par la Belgique,[178]) et les résultats en ont été si concluants qu'après quelques années cet état l'a définitivement consacrée dans sa loi sur les protêts du 10 juillet 1877. Il s'agit du protêt par déclaration privée de la personne requise. Cette procédure, si elle a le mérite d'être simple, n'a pas précisément celui de la nouveauté, puisque les statuts de certaines villes italiennes en font mention au moyen-âge.[179]) Il est évident que si dans

cette question est du 20 février 1878. *Chi va piano va sano!* Cf. Feuille fédérale 1879, 2, p. 403; 1889, 2, p. 937; 1890, 2, p. 394. Loi fédérale du 5 avril 1894, art. 1 *in fine* (Rec. off. N. S. XIV p. 344). En Allemagne, selon M. Bernstein (Revision, p. 64) et en France, selon MM. Lyon-Caen et Renault (op. cit. IV, No. 362ter) et Patriau (op. cit. p. 191), les facteurs des postes n'ont ni le temps ni l'instruction nécessaires pour qu'on puisse se fier complètement aux constatations qu'ils pourraient faire.

[173]) Un fonds spécial de garantie pourrait être institué. Cf. Arrêté fédéral du 21 février 1899. L. F. N. S. XVII, p. 60

[174]) En ce sens, Leist, op. cit. p. 168. Contra, Stranz, op. cit. p. 377.

[175]) Zeitschrift für Handelsrecht XXIV, p. 306 et s. XXVI, p. 131.

[176]) Cf. Fischer, Arch. für Post und Telegraphie, 1877, p. 552.

[177]) Cf. Fischer, eod. loc. Stranz, op. cit. p. 360. M. Patriau (op. cit. p. 192) rapporte qu'en France le protêt postal a été condamné à la presque unanimité par les chambres et tribunaux de commerce.

[178]) Loi du 20 mars 1870, cf. Mittermaier, Zeitschrift für Handelsrecht XVII, p. 521. Loi du 20 Mai 1872, art. 66.

[179]) Cf. Grünhut, op. cit. I, p. 67, 72. Leist, op. cit. p. 19. Stranz, op. cit. p. 367 n. 2.

la règle un simple particulier ne peut pas être autorisé à dresser protêt parce que ses déclarations n'auraient pas auprès des intéressés le crédit nécessaire, on ne peut pas en dire autant de celles qui émanent de la personne même sommée de payer l'effet, et que si cette personne porte sur cet effet la mention qu'elle en a refusé le paiement, cette mention dûment datée et signée a toute la valeur d'un protêt dressé par un officier public.[179a]) Si l'on ne regarde qu'au résultat, elle est elle-même un protêt, puisqu'elle établit implicitement la présentation et la réquisition et qu'elle atteste expressément leur résultat négatif: *praesentatio, requisitio, protestatio.* Sans doute, l'auteur de cette mention ne peut pas être en pareil cas considéré comme un officier public au sens de C. O. 814 texte français; mais les textes allemand et italien ne formulent point cette exigence d'un officier public: ils se contentent d'exiger que celui qui dresse protêt y soit autorisé par l'autorité et on en serait dès lors à pouvoir même s'aventurer jusqu'à reconnaître aux cantons, en dehors de toute modification des dispositions actuelles du C. O., la faculté d'introduire le protêt par déclaration privée, si le seul acte ayant le caractère de protêt au sens du C. O. n'était pas celui dont les énonciations sont indiquées à l'art. 815.

Le protêt par déclaration privée, qui offre en soi autant de garanties que le protêt par acte public, a sur ce dernier l'avantage de ne rien coûter et de ne pas s'embarrasser des entraves et des dangers de son formalisme; il peut être dressé immédiatement, et son introduction en Suisse serait peut-être l'occasion de prescrire d'une manière plus générale, par modification de C. O. 762/2, que tout protêt peut être dressé le jour de l'échéance. Un autre avantage du protêt par déclaration privée est d'éviter toute controverse sur la question délicate de l'attitude que doit observer l'officier chargé de dresser protêt lorsque paiement lui est offert sans qu'il ait reçu mandat d'encaisser. D'autre part, certains des reproches qu'on lui adresse ont une portée plus théorique que pratique.

[179a]) M. Patriau, op. cit. p. 184, estime qu'il faut une constatation plus précise et plus authentique que celle du tiré.

M. Leist[180]) redoute que des procès ne s'engagent sur la question de l'authenticité de la signature. Mais ce danger a un caractère général et n'est pas plus considérable dans ce cas spécial que dans tous les autres. En quoi serait-il plus redoutable lorsque le tiré refuse de payer que lorsqu'il promet de le faire? Pourquoi refuserait-on telle signature sous la mention „*refus de payer*" alors qu'on l'accueillerait sous celle „*veuillez payer*" ou „*pour aval*"? Chacun sait d'ailleurs combien rares sont en fait les inscriptions de faux,[181]) et la répression de ces abus par le droit pénal peut paraître suffisante. Un autre danger, plus sérieux, a été signalé par M. Grünhut: rien de plus facile et de moins contrôlable que des arrangements collusoires entre le porteur et la personne appelée au paiement après l'expiration du délai de protêt.[182]) L'intérêt que cette personne peut y avoir, *ad pretium participandum*, apparaît lorsque, n'ayant pas accepté, elle n'a pas à craindre les conséquences du recours. Aussi, importe-t-il que sur la question de date les garants puissent accepter sans arrière-pensées la déclaration privée apposée sur l'effet. C'est pour leur procurer toute certitude à cet égard, que la loi belge de 1872 (art. 66) soumettait cette déclaration à l'enregistrement dans les deux jours dès sa date, laquelle durée a été portée à quatre jours par la loi de 1877 (art. 5 et suiv.) On voit que le remède est à côté du mal; mais comme la plupart des remèdes, il n'est malheureusement guère possible de l'administrer gratuitement. On n'échappe, dans ce système, aux frais du protêt que pour payer (à meilleur compte il est vrai) ceux d'enregistrement. A cela s'ajoute que la déclaration privée ne participe pas à la sauvegarde que constitue, en cas de perte, le registre des protêts, et que pour ce motif on ne peut pas imposer au porteur l'obligation de l'agréer préférablement

---

[180]) Leist, op. cit. p. 165.

[181]) M. Sachs, Zeitschrift für Handelsrecht XXI, Beilage p. 85, rapporte que le cas ne s'est pas présenté en Belgique pendant les deux premières années d'application du nouveau système.

[182]) Grünhut, op. cit. II, p. 48 n. 7. Leist, op. cit. p. 166. Bernstein, Revision p. 67.

au protêt par acte public; enfin, même si le porteur est consentant, il ne faut pas perdre de vue que le système belge refuse ses services toutes les fois que la personne requise refuse les siens ou ne peut être trouvée. C'est par ces raisons sans doute, non moins que par la concurrence du protêt postal, qu'en Belgique la proportion des déclarations privées ne dépasse guère le 15 % du nombre des protêts;[183]) mais il va de soi que ces raisons ne sont point telles que l'introduction en Suisse du protêt par déclaration privée de la personne requise dût être déconseillée. L'Italie et la Roumanie ne se trouvent pas mal d'avoir suivi l'exemple de la Belgique,[184]) et pas plus que M. Wieland je ne verrais d'inconvénients à ce que la Suisse, imitant ces états à son tour, pût prétendre avec eux aux félicitations qu'on leur a adressées. Le Congrès de Bruxelles, malgré les craintes de M. Norsa au point de vue de l'internationalisation,[185]) a maintenu l'art. 35 du Projet d'Anvers en ces termes: „Le refus total ou partiel de paiement doit être constaté par le porteur, soit dans un acte nommé protêt faute de paiement, *soit dans une autre forme* admise par la loi du pays où la lettre de change est payable."

C'est encore à la procédure du protêt que se rattache une question intéressante et importante soulevée récemment devant le tribunal fédéral.[186]) On sait que cette procédure se décompose en deux activités connexes mais distinctes: d'une part, l'opération de protêt qui se consomme dans la présentation ou la tentative de présentation de l'officier, la réquisition et la constatation du résultat de la tentative ou de la réquisition; d'autre part, l'instrumentation du protêt, soit la rédaction de l'acte écrit qui documente ces faits. Or, les notaires, dans le canton de Zurich, dans celui de Neuchâtel

---

[183]) Il est d'ailleurs possible que cette proportion relevée par la Banque nationale de Belgique en 1870 et 1871 (Sachs, eod. loc. p. 85) soit plus considérable aujourdhui.

[184]) Italie 307/2. Roumanie 331. Cf. Koch, op. cit. p. 343 n. 2. Cohn, Drei Vorträge, p. 112. Stranz, op. cit. p. 366.

[185]) Actes du Congrès de Bruxelles, p. 515. Norsa, op. cit. p. 124.

[186]) A. T. F. XXVII, 2, p. 80 et s.

et dans beaucoup d'autres sinon dans tous, avaient pris l'habitude, en évitation de dérangements personnels, de se décharger très souvent de la besogne peu récréative de l'opération de protêt sur leurs employés, et d'établir ou de faire établir l'instrument qu'ils se bornaient à signer sur la base des indications fournies à leur retour par ces employés. Une telle disjonction de rôles peut-elle être considérée comme correcte et compatible avec le principe qu'un acte public ne fait preuve qu'à l'égard des constatations personnelles de celui qui l'a instrumenté? Il me paraît difficile de l'admettre, à moins d'une disposition expresse de la loi, laquelle n'existe pas. Les constatations du protêt ne sont présumées conformes aux faits constatés et ne peuvent être opposées comme telles aux garants qu'en raison du caractère conféré au notaire par l'autorité. C'est par ce qu'elles ont été faites par lui et non par une autre personne qu'elles font preuve de leur exactitude.[187]) Sans doute, l'autorité peut attribuer le même caractère à des employés du notaire, clercs ou substituts; mais alors ces employés opèrent à titre personnel, en vertu de cette attribution, et le notaire qui les emploie est aussi inhabile à garantir par sa signature la réalité de leurs constatations que le seraient ces employés à garantir par la leur la réalité de celles du notaire. *A fortiori* doit-il en être ainsi lorsque l'employé n'est pas autorisé à dresser protêt. Il n'est pas admissible qu'un notaire donne comme siennes des constatations qu'il n'a pas faites, et que les garants auxquels le protêt est présenté puissent croire à l'exactitude de faits relatés sous sa signature et à cause de cette signature, alors que ces faits ont pu être inventés ou altérés par quelque saute-ruisseau insouciant ou indélicat, ou grisé par le plaisir de la course et épris de fantaisie. Lorsque la loi ou l'autorité confient à une personne la mission de dresser protêt, c'est dans l'assurance que cette personne possède les qualités nécessaires et qu'elle-même fera les opérations et toutes les opérations qu'exige l'accomplissement de cette mission. Peut-on dire qu'un notaire a dressé

---

[187]) Cf. Leist, op. cit. p. 136, 138.

protêt, lorsqu'il n'a fait que mettre de son geste le plus détaché sa signature au pied d'un acte? Je ne puis m'empêcher de croire que le Tribunal fédéral a eu raison de dire que non; il est bien vrai que l'argument qu'il a cru pouvoir tirer de C. O. 815, 6 est loin d'être péremptoire, mais il est non moins vrai que l'officier doit attester par sa signature ses propres actes, parce que c'est là-dessus que reposent la force et la valeur probante du protêt. Et je ne crois pas qu'il convienne, *de lege ferenda,* de lui permettre de se substituer quelqu'un, fût-ce sous sa responsabilité, pour la raison que ce serait compromettre d'une manière regrettable cette force et cette valeur probante. M. Wieland estime qu'on se trouve en présence d'habitudes enracinées chez les notaires et qu'il vaudrait mieux mettre la loi d'accord avec les faits.[188]) A cela je réponds que beaucoup de notaires qui sacrifiaient à cette pratique l'avaient soigneusement restreinte aux petits effets à l'exclusion des gros, preuve qu'ils ne la croyaient pas de tout repos, et que l'arrêt du Tribunal fédéral a eu pour résultat dans bien des bureaux de remettre à cet égard les faits d'accord avec la loi. La loi, d'ailleurs, est libérale à souhait, puisqu'il dépend de l'autorité cantonale, si elle en reconnaît le besoin, d'adjoindre aux notaires des collaborateurs, et de les recruter jusque dans le personnel qu'ils emploient.[189]) C'est grâce à ce libéralisme qu'il lui est permis de demeurer intransigeante sur le principe que l'officier qui signe l'acte de protêt atteste par là, sous la foi qui s'attache à sa fonction, qu'il a fait lui-même les opérations et constatations que cet acte établit. Ce principe, dans l'espèce soumise au Tribunal fédéral, avait été méconnu par le Tribunal supérieur du canton de Zurich dans des instructions adressées aux notaires zurichois. Notre Cour suprême n'en avait pas moins le devoir

[188]) Wieland, Umgestaltung, p. 61.

[189]) Dans sa séance du 14 juin 1890, la chambre française des députés a discuté un projet de loi portant notamment que les huissiers et les notaires peuvent être autorisés à confier, sous leur responsabilité, la présentation des lettres de change et la rédaction des protêts à des clercs assermentés nommés par le président du Tribunal de commerce sur requête des huissiers et notaires. Cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 362ter. Patriau, op. cit. p. 185.

de le redresser, et elle n'y a pas failli. Mais pour s'être inspiré de l'esprit de ces instructions officielles, le notaire dont le protêt était en cause l'a vu frapper de nullité, et cette circonstance spéciale explique que l'on ait pu s'insurger, et contre le principe même qui est sain, et contre la décision du Tribunal fédéral qui est correcte. En réalité, l'erreur est dans la circulaire de l'autorité judiciaire zurichoise qui, sans le vouloir et dans un but extrêmement louable, a excédé ses compétences; la répercussion malheureuse de cette erreur comporte cependant un enseignement heureux, qui s'est déjà traduit par un revirement d'habitudes plus ou moins marqué dans le monde des notaires, et se révèlera sans doute aussi par plus de prudence de la part des autorités cantonales toutes les fois qu'elles sont appelées à préciser le départ de leurs compétences et la portée du droit fédéral.

Telle qu'elle fonctionne généralement, la procédure suivie pour dresser protêt prête encore sur un point matière à discussion. La disposition de C. O. 762/2 ne permet guère en Suisse de douter, comme en Allemagne, que le système si pratique de la double présentation et réquisition, l'une privée par le porteur, l'autre publique par l'officier chargé de dresser protêt, ne soit bien selon le vœu de la loi. J'ai dit qu'il soulève certaines questions délicates: la plus intéressante est de savoir quelle doit être l'attitude de cet officier lorsque son interlocuteur répond à sa réquisition par une offre de paiement. Le cas se présente souvent, et nos notaires ne se font en général aucun scrupule d'accepter ce paiement avec remerciements et de s'en aller sans dresser protêt. La pratique élude ainsi, sans toujours s'en douter, une grosse difficulté théorique. Or, cette difficulté risquerait de surgir le jour où, par exemple, au lieu de transmettre les fonds obtenus au requérant, un notaire jugerait à propos de les lui soustraire par la fuite. Il suffit, pour s'en convaincre, de supposer le cas où le notaire n'aurait pas eu pouvoir d'encaisser et où sa gestion ne serait pas ratifiée. Or, il est précisément très difficile de savoir quand un notaire est en droit d'encaisser, et éventuellement de préciser sa situation lorsqu'il ne l'est pas.

Au premier abord, il paraît très simple de dire que le notaire est toujours autorisé à encaisser, et que le mandat de réclamer paiement implique nécessairement celui de l'accepter s'il est offert.[190]) Que ce mandat puisse lui être conféré, en particulier par la remise de l'effet quittancé, — cela est bien certain.[191]) Mais que ce mandat soit ou doive être consacré par la loi, — cela est douteux; et que ce mandat, si on l'admet en vertu de la loi, doive avoir un caractère impératif en ce qui concerne le requérant, c'est ce qu'il est difficile d'admettre en présence de la pratique de certaines maisons de commerce, qui ont soin de ne remettre l'effet au notaire, en vue de la deuxième présentation, qu'après avoir barré la quittance donnée d'avance en vue de la première. „Aucune loi," dit M. Koch, „ne peut obliger le porteur à donner une telle confiance au notaire et à lui payer les commissions souvent élevées qui sont autorisées en pareil cas. La perception d'espèces est un acte technique du caissier plutôt que du notaire; outre la numération il implique fréquemment le contrôle très difficile des espèces (au point de vue de l'authenticité, du cours etc.) et cela ne va pas sans peine et sans dangers, non plus que leur garde et que leur transport. Peut-on exiger d'un notaire très occupé qu'il s'y soumette? — alors il lui faudrait souvent disposer d'une organisation toute spéciale et de moyens de transport." [192])

On le voit, l'intérêt du porteur et celui du notaire s'élèvent également contre une conception juridique qui ferait de l'un le caissier obligé et nécessaire de l'autre, et puisque ce point est controversé, ne serait-il pas désirable de le fixer par une disposition législative? Mais alors apparaît une autre question: celle de savoir s'il y a possibilité pour un notaire de dresser valablement protêt faute de payement, alors qu'il n'est pas autorisé à recevoir paiement. Evidemment non, si

---

[190]) Cf. Staub, op. cit. art. 87, § 15. Bernstein, Wechselrecht, p. 399, Revision, p. 67.

[191]) Cf. Nändrup, Protesterhebung mangels Zahlung trotz Angebots an den Protestbeamten, 1899, p. 31 et s.

[192]) Koch, op. cit. p. 323. Cf. Nändrup, op. cit. p. 24 et s.

l'on admet que le notaire fasse sa réquisition en disant „payez moi," car la personne requise ne peut valablement payer qu'à une personne légitimée pour recevoir paiement.[193]) Toutefois, il saute aux yeux que le notaire n'étant pas créancier ni représentant du créancier ne dit pas „payez moi," mais bien „payez au requérant." Si donc, à cette sommation il est fait une réponse négative ou s'il n'en est fait aucune, le protêt faute de paiement est valable, puisqu'il constate le défaut de paiement à l'égard d'une personne autorisée à le recevoir. Si par contre, le notaire est mis en présence d'une offre de paiement, son protêt serait sans valeur, parce que l'offre est faite à bonne adresse, encore qu'il ne puisse ni ne doive encaisser.[194]) Cette situation peut n'être pas sans inconvénients: sans doute, elle impose au notaire en tant que mandataire du requérant l'obligation de l'aviser immédiatement et le requérant pourra souvent procéder, avant l'expiration du délai de protêt, à une nouvelle présentation plus effective, soit qu'il accompagne le notaire, soit qu'il complète les pouvoirs en vue de l'encaissement; mais, s'il n'y a plus pour cela le temps nécessaire, le requérant devra en supporter le risque, et s'imputer à lui-même de ne l'avoir pas prévu et pris les mesures qu'il fallait; un protêt ne serait utile qu'à titre éventuel et pour le cas où le requérant réussirait à prouver que l'offre de paiement n'était pas sérieuse; le notaire peut donc prendre conseil des circonstances pour le dresser à toute bonne fin, dût-il par là frapper un coup d'épée dans l'eau. Certaines chambres de commerce allemandes estiment toutefois qu'il conviendrait de sauvegarder mieux les intérêts du requérant et d'autoriser le notaire à dresser valablement protêt en invitant la personne requise à s'acquitter entre les mains du requérant;[195]) mais c'est là une revendication qu'il est plus facile de justifier sur le terrain pratique que sur celui de la

---

[193]) Cf. Renaud. Busch Arch. XLIII, p. 291 et s.; LXVI, p. 41 et s.

[194]) Cf. Lehmann, op. cit. p. 537. Grünhut, op. cit. II, p. 79. Leist, op. cit. p. 140; alias: Koch, op. cit. p. 323. Cosack, op. cit. p. 286. Welte, op. cit. p. 16. Nändrup, op. cit. p. 40.

[195]) Leist, op. cit. p. 142.

correction logique et juridique. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, elle met en lumière le besoin d'une décision législative.

C'est à l'occasion de ce cas spécial que M. Leist s'est demandé si la procédure du *noting* ne rendrait pas pratiquement de bons services. On sait que le *noting,* organisé par la section 93 de la loi anglaise, est une notation apposée sur l'effet à la requête du porteur sous obligation de notification au dernier garant, afin d'éviter la déchéance des droits de recours, tout en procurant provisoirement à la personne requise la faciliter de s'acquitter encore en évitation du discrédit et des frais inhérents au protêt. La notation comporte simplement l'indication de la date, du résultat et des frais de la présentation, avec référence au registre du notaire et sous l'attestation de ses initiales; au vu de cette notation, le protêt peut être dressé en tout temps avec la date de la notation.[196]) L'expérience a démontré en Angleterre que très souvent l'effet simplement noté est payé au porteur à très bref délai et retiré sur présentation de la quittance entre les mains du notaire. Il est évident qu'ainsi comprise la notation pourrait être utile en conservant les droits du requérant, malgré le défaut de protêt, dans le cas spécial où le paiement est offert à un officier sans mandat pour le recevoir. Elle le serait non moins, et elle pourrait être, d'après M. Leist,[197]) avantageusement imposée au porteur de petits effets, lesquels sont généralement souscrits par de petits artisans sans comptabilité bien exacte pour les renseigner sur la date de leurs engagements et sans organisation financière pour y faire face avec une précision mathématique. Cela est vrai, mais on peut se demander s'il convient bien d'encourager dans un cas la négligence du porteur qui donne mandat de dresser protêt sans prendre ses mesures en vue d'un encaissement éventuel, et dans le second la légèreté ou l'incurie de la personne requise. Dans l'état actuel de notre législation, le *noting* serait sans valeur pra-

---

[196]) Cf. Leist, op. cit. p. 144 et s. Pappenheim. op. cit. p. 514 n. 1. Patriau, op. cit. p. 178 n. 1. Projet de l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens, art. 18.

[197]) Leist, op. cit. p. 147.

tique, puis qu'on admet généralement que le protêt doit être complètement instrumenté dans le délai de protêt (C. O. 762).[198]) Il faudrait donc en revenir de cette exigence qui d'ailleurs est excessive. Mais il n'en est pas moins vrai que l'institution de la notation, qui est en relation avec le postulat essentiellement anglais de la *good consideration,* a pour résultat de mettre les débiteurs au bénéfice d'un délai de grâce, et de compromettre la ponctualité dans le paiement des effets de change, qui est d'une si grande importance au point de vue d'une bonne circulation. Il ne saurait donc être question de donner aux propositions de M. Leist la consécration législative sans les soumettre à un examen plus approfondi.

Le *noting* anglais est autre chose que le protêt, mais c'est apparemment de ses données générales que s'inspire le mouvement actuel en vue d'une réforme de l'instrument même ou acte de protêt.

M. Makower a proposé d'instrumenter le protêt sur l'effet ou sur l'allonge.[199]) Vraisemblablement, cette innovation à elle seule ne diminuerait guère les frais de protêt. Par contre, elle aurait l'avantage de procurer au garant une sécurité particulière en ce que le simple examen de l'effet lui permettrait d'en faire l'identification et d'en connaître les conditions exactes. L'acte de protêt actuel de C. O. 815 doit contenir avant tout la transcription littérale de la lettre de change ou de sa copie et de tous les endossements et observations qui s'y trouvent. Cette exigence est fort naturelle, parce que le garant auquel on réclame paiement serait exposé à payer à faux, si on ne lui démontrait pas que le protêt qu'on lui présente se rapporte bien à l'effet sur lequel il a mis sa signature. Or, cette démonstration se fait d'elle-même si le protêt est instrumenté sur l'effet. Il en résulte notamment que toute casuistique et que toutes contestations sont évitées sur la question de la valeur d'une transcription incomplètement littérale[200]) ou ne figu-

---

[198]) Cf. R. O. H. G. VII, p. 184; VIII, p. 89.

[199]) Makower, Zeitschrift für Handelsrecht XLI, p. 361; pro: Bernstein, Revision, p. 62, 65.

[200]) Cf. Staub, op. cit. art. 88, § 6 et s.

rant pas dans le contexte du protêt.[201]) Et, pour qui a mis le nez dans cette casuistique, il est évident que s'en affranchir serait un progrès très appréciable. En outre, l'instrumentation sur l'effet donne seule, dans le cas spécial où plusieurs effets ont la même teneur, le moyen d'identifier celui qui est en souffrance, et elle empêche de faire circuler des effets protestés en célant qu'ils le sont. Mais d'autre part, on ne peut méconnaître que la transcription de l'effet sur le protêt peut être utile dans certains cas. C'est ainsi que dans le système actuel la nécessité de cette transcription permet de présumer la postériorité de toutes les modifications que révèle la comparaison entre les deux pièces.[202]) Pour conserver cet avantage, on devrait introduire, par voie d'instructions de service, l'obligation pour l'officier instrumentaire de transcrire l'effet, comme aujourd'hui, dans le registre des protêts. Cette mesure obvierait également au risque de perte. Une difficulté surgit en cas de paiement par intervention. Comment, si le protêt faute de paiement et le cas échéant le protêt d'intervention sont instrumentés sur l'effet, le payeur s'y prendra-t-il pour ne pas se dessaisir de ce dernier et cependant notifier son intervention en conformité de C. O. 781? Il faudrait apparemment, en vue de cette éventualité, prescrire qu'une copie de l'effet protesté sera établie et lui sera remise par l'officier instrumentaire pour expédition au bénéficiaire.[203]) Ce n'est qu'au prix de cette petite complication qu'il serait possible de réaliser la simplification plus grande et plus générale résultant de l'instrumentation du protêt sur l'effet, ou, lorsque la place matérielle y ferait défaut, sur l'allonge. La loi belge de 1877 exige que le protêt soit dressé par acte séparé, mais elle aboutit pratiquement au même résultat en statuant à l'art. 3 que cet acte est attaché sous forme d'allonge à l'effet protesté.

On le voit, à elle seule, une telle modification de la forme du protêt implique déjà modification de son contenu en ren-

---

[201]) Cf. Staub, op. cit. art. 88, § 11. R. O. H. G. XXIII, p. 64.

[202]) Cf. C. O. 731, 734, 735, 773.

[203]) Voir aussi C. O. 744, 776.

dant sans objet la condition de la transcription requise par C. O. 815, 1. Est-il désirable de réduire encore davantage ce contenu, de pressurer les autres énonciations de C. O. 815 pour en extraire la moëlle substantifique, de condenser l'acte de protêt dans une formule télégraphique qui soit comme l'enseigne parlante de la précision et de la célérité qui convient au droit de change? On sait que M. Makower s'est aventuré assez loin dans cette voie, où M. Wieland l'a suivi[204]) et peut être même dépassé.

Il s'agirait de n'admettre comme essentielles au protêt que les quatre conditions suivantes:

1. La mention que le paiement (ou l'acceptation) a été refusé ou que la personne contre qui le protêt est dressé n'a pu être trouvée.
2. Une intervention éventuelle.
3. La date du protêt.
4. La signature de l'officier instrumentaire.

Cela revient à éliminer de l'acte de protêt, et selon M. Wieland, de la liste des causes possibles de nullités en cas d'irrégularités:

C. O. 815, 2, le nom ou la raison de commerce de ceux pour qui et contre qui le protêt est dressé.

C. O. 815, 3, la sommation faite à celui contre qui le protêt est dressé.

C. O. 815, 4, l'indication du lieu où la dite sommation a été faite ou inutilement tentée.

Ni M. Makower, ni M. Wieland ne méconnaissent d'ailleurs l'utilité de ces mentions, puisqu'ils ont soin de les maintenir dans le registre des protêts; mais ils estiment que leur importance ne doit pas être exagérée, et M. Wieland voudrait que, pour éviter des procès sur la question si épineuse de la régularité du protêt, on se contentât d'imposer à l'officier instrumentaire, sous sa responsabilité civile et disciplinaire, l'obligation de les conserver à titre de renseignements pour les intéressés.

---

[204]) Wieland, Umgestaltung, p. 55 et s.

Paiement refusé le 23 août 1904. X, notaire:

tel serait, en une demi-ligne, dans ce système, un protêt parfaitement régulier. Cela paraît au premier abord très séduisant: puisque le paiement a été refusé, c'est qu'il a été requis. Or, comment admettre qu'un homme officiellement instruit du détail de ses obligations et publiquement qualifié pour les remplir ait pu agir au nom d'une personne non légitimée, ou ait eu l'idée biscornue de faire cette réquisition sans l'appuyer sur la présentation de l'effet, ou ailleurs que dans le lieu de paiement, ou à une personne non qualifiée pour la recevoir? Certes, cela est improbable; mais cette improbabilité est-elle si manifeste qu'on puisse ainsi l'ériger en certitude opposable aux garants? Et, si un garant réussit à la désemparer, est-il juste de l'obliger à payer, en lui laissant à choix le droit de recourir à son tour contre les garants précédents et le tireur, ou de réclamer préférablement des dommages et intérêts à l'officier par l'erreur duquel le protêt a été mal instrumenté? Est-il d'ailleurs possible de construire cette action en dommages et intérêts, alors qu'ayant conservé le recours on ne voit pas le dommage qu'il subit? Et même si le garant pris à partie, le tireur notamment, ne peut exercer ce recours que contre des insolvables, est-il juste qu'il doive s'exécuter, sauf à rechercher l'officier instrumentaire, qui lui-même peut être insolvable et que le porteur a choisi en dehors de lui? pourquoi, alors qu'il n'y est pour rien, lui faire supporter plutôt qu'à ce dernier les conséquences de ce mauvais choix? Serait-il logique enfin, sur des points que les garants ont dû considérer comme essentiels, de faire de l'irrégularité commise par la personne instrumentaire une irrégularité dont ils ne peuvent se prévaloir dans leurs rapports entre eux, alors qu'il leur est loisible de l'invoquer dans leurs rapports avec cette personne?

C'a été jusqu'à aujourd'hui une règle fondamentale du droit de change que le tireur et les endosseurs promettent sous condition, de telle sorte qu'ils ne sont pas obligés en cas de non-accomplissement de la condition. Or, les mentions que l'on propose de bannir du protêt concernent au premier chef l'accomplissement de la condition, puisque le paiement n'est

garanti qu'au porteur légitimé, sur sa réquisition, dans le lieu indiqué et par la personne désignée. Je crois, pour cette raison, que l'on ferait fausse route, en les dégradant, par un empiètement arbitraire sur la *lex contractus,* au rang de mentions simplement administratives, dont l'omission ou l'irrégularité engageraient la responsabilité de l'officier instrumentaire sans libérer les garants. Et de même que ces derniers échappent à toute obligation en prouvant — fût-ce contre les indications du protêt — que la présentation n'a pas été faite en temps voulu, il faut aussi qu'ils y échappent lorsqu'ils établissent, par exemple, qu'elle ne l'a pas été au lieu de paiement.

Autre est la question de savoir si certaines des énonciations jugées superflues de C. O. 815 ne pourraient pas être sous-entendues dans le protêt comme l'est actuellement celle de la présentation.[205]) Dans un esprit de simplification on pourrait sous-entendre pareillement, à la rigueur, la mention de la sommation et celle du nom ou de la raison de commerce du requérant. Ne figurant pas expressément sur le protêt, il ne serait pas nécessaire non plus d'exiger qu'elles figurent expressément au registre des protêts. Par contre, il conviendrait, me semble-t-il, de ne pas abandonner l'indication du lieu de présentation (cf. C. O. 722 8, 764), non plus que celle de la personne à qui elle a été faite: tiré, besoin, domiciliataire, accepteur par intervention, souscripteur d'un billet de change, ou telle autre personne de laquelle l'officier instrumentaire est fondé à admettre la qualité de représentant. On sait que la question de l'existence de la représentation a donné lieu, en Allemagne, a beaucoup de contestations; on a jugé que l'administrateur de la masse n'a pas qualité pour représenter le failli; qu'un aliéné n'est pas représenté par son curateur, ni le *de cujus* par ses héritiers, de telle sorte que M. Stranz a pu s'écrier que le protêt demeure vainqueur même de la mort.[206]) Il y a là des exagérations et des errements de la jurisprudence, sur lesquels il n'appartient qu'à elle de

---

[205]) Cf. Staub, op. cit. art. 88, § 1.

[206]) Stranz, op. cit. p. 357.

revenir. C'est ainsi que le Tribunal fédéral, assez strict autrefois,[207]) paraît être entré dans une voie libérale qui est la bonne.[208]) Quant à la relation de la réponse donnée par la personne requise, ou à la mention qu'elle n'en a pas donné, ou aux démarches inutilement tentées pour la trouver, elles ont leur utilité sans doute; mais elles ne sont pas absolument nécessaires pour fixer les garants sur le défaut de paiement, et il pourrait être suffisant, pour leur procurer toute facilité de se renseigner plus exactement en cas de doute et fournir un point d'appui aux souvenirs de l'officier instrumentaire, de prescrire administrativement à ce dernier de faire de ces circonstances l'objet d'une mention complémentaire au registre des protêts. Au lieu de ne comporter qu'une demi-ligne sur l'effet, le protêt accaparerait une ligne tout entière:

Paiement refusé par M. A. à La Chaux-de-fonds le 23 août 1904. X, notaire.

ou bien: *Paiement refusé à La Chaux-de-fonds le 23 août 1904 par M. B. fondé de pouvoir de M. A. X, notaire.*

ou bien encore: *M. A. n'a pu être trouvé à La Chaux-de-fonds le 23 août 1904. X, notaire.*

Ce n'est pas bien compliqué, et cela suffit à la rigueur, pour établir à l'égard des garants, qui y ont un intérêt capital, le fait de la présentation au lieu convenable et à la personne qualifiée pour cela.

Réduite dans ces limites, la réforme du protêt, celle de l'opération et celle de l'instrument, sortirait sans doute dans une certaine mesure les effets avantageux qu'on lui demande au point de vue d'une réduction des frais et d'une diminution des causes de procès. Je craindrais qu'à vouloir aller plus loin dans cette voie on ne tombât d'une insécurité dans une autre.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que le C. O. (art. 763) n'est pas au nombre des législations, qui par une limitation injustifiée du domaine de la *lex contractus,* proscrivent l'emploi

---

[207]) A. T. F. XII, p. 331.

[208]) A. T. F. XXVII, 2, p. 86.

de la clause „sans frais“ en la réputant non écrite.[209]) Sans doute, cette clause ne lie pas le porteur, et elle n'oblige en Suisse que celui de qui elle émane, tandis qu'en France, en Belgique et ailleurs[210]) elle sort aussi effet à l'égard de tous les preneurs subséquents; ce dernier système toutefois, qui même en France n'est pas susceptible d'une application générale,[211]) se rattache à la conception inexacte que le preneur est un cessionnaire; il méconnait l'indépendance des divers engagements résultant de l'effet, violente le principe de la liberté des conventions et facilite entre tireur et porteur des arrangements collusoires par lesquels disparaît, au détriment des garants, le bénéfice de leur libération en suite de déchéance. Tout au plus pourrait-on songer à généraliser la portée de la clause „sans frais“ lorsqu'elle émane du tireur et qu'elle est insérée dans le contexte de l'effet, car en pareil cas, les preneurs de cet effet s'engagent sur des données connues et le risque de fraude est moins considérable.[212]) Eriger d'autre part la dispense de protêt en maxime générale, la sous-entendre, suivant une proposition subsidiaire de M. Stranz,[213]) toutes les fois que la signature d'un garant ne serait pas accompagnée de la clause „avec protêt“ — cela serait un renversement injustifié de la règle en vertu de laquelle le créancier d'une obligation sous condition suspensive doit, sauf l'agrément du débiteur, prouver l'accomplissement de la condition. La disposition de C. O. 763 est conforme aux droits allemand et scandinave,[214]) elle restreint dans les limites de la *lex contractus* la dépréciation de l'effet et les autres inconvénients inhérents à l'emploi de la clause *sans frais*,[215]) et plutôt que d'y apporter des modifications de fond, on pourrait se contenter, en cas de révision complète, de mieux marquer la portée géné-

---

[209]) Italie 309. Portugal 331.

[210]) Belgique 59. Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV, No. 378.

[211]) Lyon-Caen et Renault, op. cit. IV., No. 376 n. 1.

[212]) Pro: Bernstein, Revision, p. 39.

[213]) Stranz, op. cit. p. 369.

[214]) D. W. O. 42. Scandinavie 42.

[215]) Cf. Grünhut, op. cit. II, p. 399.

rale qu'elle doit avoir dans l'économie de notre Code, en la sortant d'un chapitre qui ne concerne que le protêt faute de paiement, pour la transporter à la place qui lui convient et qu'elle occupait dans le Projet Burckhardt-Fürstenberger, au chapitre du protêt.[216])

VI. Conclusions.

Arrivé au terme de cette étude, il reste à en dégager le résultat général. Je crois pouvoir le faire brièvement dans les propositions suivantes:

I.

Il ne convient pas d'entreprendre actuellement une révision approfondie de notre droit de change.

II.

Il n'y a pas lieu d'instituer au profit du porteur un privilège sur la provision en cas de faillite du tireur.

III.

Une réforme utile du protêt pourrait être obtenue en introduisant:

1. *le protêt postal, sous la responsabilité de l'administration des postes;*
2. *l'instrumentation sur l'effet du protêt simplifié;*
3. *le protêt par déclaration enregistrée de la personne requise.*

Der Präsident spricht dem abwesenden Herrn Prof. Béguelin den Dank der Versammlung für seine inhaltsreiche und scharfsinnige Abhandlung aus und bittet Herrn Prof. Mentha, seinem Kollegen den Ausdruck der Teilnahme aller Anwesenden anlässlich des Trauerfalles, der ihn genötigt hat, dem Juristentage fernzubleiben, zu übermitteln.

---

[216]) Burckhardt-Fürstenberger, op. cit. p. 110 et s. Cf. Bernstein, Revision, p. 70.

Hierauf erhält der Referent, Herr Prof. Dr. *Carl Wieland,* das Wort.

Ich bedauere, dass sich die Diskussion voraussichtlich nur auf die Frage der Deckung und nicht auch auf die Frage der Protestreform erstrecken kann. Denn nach meinem Dafürhalten wäre die Protestreform praktisch wichtiger und dringender, als die Einführung eines Vorrechtes des Wechselinhabers auf die Deckung. Immerhin herrscht erfreulicherweise zwischen den Referenten und, wie dem Korreferat des Herrn Prof. Berta zu entnehmen ist, auch in der Handelswelt grundsätzlich darin Uebereinstimmung, dass der Wechselprotest zu reformieren, und zwar im Sinne einer Vereinfachung zu reformieren ist.

Dagegen gehen die Ansichten mit Bezug auf die Behandlung der Provision auseinander. Wie Sie wissen, stehen sich die deutsch-italienische Auffassung und die französische gegenüber. Die erstere gibt im Konkurse des Wechselausstellers das Recht auf die Deckung der Konkursmasse, die letztere dagegen dem Wechselinhaber, wobei dieses Vorrecht durch verschiedene theoretische Konstruktionen zu begründen versucht wird. Nach meinem Dafürhalten sollte sich die Diskussion mit diesen Konstruktionen als solchen nicht befassen; sondern es sollte bloss die Hauptfrage erörtert werden, wem im Konkurse des Ausstellers die Deckung zufalle, ob der Konkursmasse desselben oder aber dem Wechselinhaber. Darauf spitzt sich ja im praktischen Erfolg die Kontroverse zu.

Ich habe mich im Referat grundsätzlich für die französische Auffassung ausgesprochen und dies auch in These II zum Ausdruck gebracht. Um nun aber nicht den Eindruck zu erwecken, dass in These II bereits für eine bestimmte theoretische Konstruktion Stellung genommen werde, und mit Rücksicht ferner auf den Umstand, dass der Juristenverein in seinen Resolutionen nur die allgemeinen Prinzipien niederlegen soll, während es dann Sache des Gesetzgebers sein wird, die richtige theoretische Formulierung zu finden, gebe ich meiner II. These folgende neue Fassung:

„Im Konkurse des Ausstellers soll die Deckung ausschliesslich dem Wechselinhaber zukommen.“

Der Präsident verdankt dem Referenten sein ausgezeichnetes gedrucktes Referat und eröffnet die allgemeine Diskussion über die Thesen I und II des Referenten.

These I hat folgenden Wortlaut:

„Von einer umfassenden Revision des geltenden Wechselrechtes ist mit Rücksicht auf die internationale Bedeutung des Wechsels zurzeit abzusehen."

M. le Prof. *Eugène Borel* (Neuchâtel) salue avec plaisir la proposition de M. Wieland. La tâche du législateur est d'aller au-devant des besoins du commerce et non pas de se confiner en des abstractions juridiques. La doctrine allemande est arrivée à dégager la lettre de change de toutes difficultés résultant des relations entre le tireur et le tiré, mais elle n'a pas rendu la circulation sûre. Admettre que le transfert de la lettre de change n'emporte pas cession de la créance, c'est mal interpréter l'intention des parties et c'est aussi une étrange solution que de prétendre, comme M. Berta, que la cession s'opère non au moment de la remise de la lettre, mais lors de l'acceptation par le tiré. La théorie selon laquelle l'escompte se ferait en tenant compte uniquement des signatures et sans avoir aucunement égard à la provision, est contraire à la réalité. Nos banquiers attachent une grande importance à la provision; ils tiennent beaucoup à ce que le papier qu'ils escomptent aux petits commerçants représente des créances réelles et font bien la différence entre une traite et un simple billet de change émanant de la même personne.

Si la provision était sans importance, il serait loisible à chacun de faire des traites fictives. Dans une récente occasion, notre jury s'est nettement prononcé contre cette théorie.

L'idée de trouver une formule accessoire pour opérer cession de la créance indépendamment de la lettre de change engendre un système compliqué, enlevant beaucoup de valeur à la lettre de change elle-même. Plutôt que de pousser les banques dans cette voie, il est préférable d'adopter la solution proposée par le rapporteur.

Enfin, engager les banques à ne plus escompter que des traites acceptées est un conseil facile à donner, mais difficile à suivre. La lettre de change est l'instrument des commerçants et non celui des juristes. Admettre que le transfert de l'effet opère cession de la créance, c'est répondre aux besoins du commerce et travailler à l'assainissement de la circulation.

L'orateur conclut à l'adoption de la 2me thèse du rapporteur.

Herr Dr. *Gottlieb Bachmann,* Advokat in Zürich:

Bekanntlich sind verschiedene theoretische Konstruktionen zur Erklärung und Begründung eines Rechtes des Wechselinhabers auf die Deckung versucht worden. Ich will mich dabei nicht aufhalten, sondern nur kurz bemerken, dass die Auffassung der Praxis, insbesondere der Geschäftswelt, entgegen der vom Bundesgericht in seinem Entscheide i. S. Kaufmann c. Gebrüder Oswald niedergelegten Ansicht, dahingeht, mit der Uebergabe des Wechsels gehe auch die Forderung des Ausstellers am Bezogenen auf den Wechselnehmer über. Dieser Auffassung sollte der Gesetzgeber dadurch entgegenkommen, dass er eine gesetzliche Subrogation des Wechselnehmers in die Rechte des Ausstellers statuiert. Eine solche gesetzliche Regelung wäre allerdings überflüssig, wenn man sich entschliessen könnte, in der Uebergabe eines Wechsels gleichzeitig eine Anweisung an den Wechselnehmer auf die Deckung zu erblicken und daher auf die Wechselübergabe die Anweisungsgrundsätze anzuwenden. Aus Art. 412 Abs. 1 O. R. wäre zu folgern, dass die durch Uebergabe des Wechsels bewirkte Anweisung an den Wechselnehmer zum Zwecke der Tilgung einer Schuld oder sonst zu dessen Vorteil erfolgt und daher unwiderruflich sei, und es wäre Abs. 3 des citierten Artikels auch nur unter dieser Einschränkung zu interpretieren. Der Anweisungsempfänger hätte sonach ein unwiderrufliches Recht auf die Deckung. Im fernern wäre Art. 410 heranzuziehen, welcher den Angewiesenen unter näher bestimmten Voraussetzungen zur Zahlung an den Anweisungsempfänger verpflichtet. Als Korrelat dieser Pflicht ergäbe sich wiederum notwendigerweise ein Recht des Wechselnehmers auf die Deckung.

Freilich muss gesagt werden, dass diese Interpretation, sowie der Anweisungsstandpunkt im allgemeinen, von der Gerichtspraxis und speziell auch vom Bundesgericht bisher nicht gebilligt wurde, und ich möchte darum, um jeden Zweifel über die ausschliessliche Berechtigung des Wechselinhabers zu beseitigen, die Statuierung einer Subrogation von Gesetzes wegen empfehlen.

Herr Prof. *Alexander Reichel,* Abteilungschef für Gesetzgebung und Rechtspflege im eidgenössischen Justizdepartement, Bern:

Ich stehe mit Bezug auf die Frage, ob unser Wechselrecht in dem Sinne einer Revision zu unterwerfen sei, dass dem Wechselinhaber im Konkurse des Ausstellers ein Vorzugsrecht auf die Deckung eingeräumt wird, durchaus auf dem Boden der Korreferenten. Es sind für mich namentlich zwei Gesichtspunkte ausschlaggebend:

Einmal ist zu beachten, dass man sich im modernen Rechte glücklicherweise dazu durchgerungen hat, die sämtlichen Gläubiger im Konkurse des Schuldners möglichst gleichzustellen und die Konkursprivilegien auf ein Minimum zu reduzieren. Es würde nun der Entwicklung, welche die Rechtsanschauungen und die Gesetzgebungen durchlaufen haben, widersprechen, wenn im Konkurse des Ausstellers eines Wechsels dem Wechselinhaber ein ausschliessliches Recht auf die Deckung zuerkannt würde. Denn man mag sich dieser oder jener theoretischen Konstruktion anschliessen, so ist das praktische Resultat doch auf alle Fälle ein neues gesetzliches Konkursprivileg, das nach meinem Dafürhalten keine Berechtigung besitzt.

Sodann darf nicht übersehen werden, dass wir in der Wahl der Systeme im Hinblick auf eine internationale Regelung des Wechselrechts nicht frei sind. Es stehen sich die deutsch-italienisch-englische und die französisch-belgische Auffassung schroff gegenüber, und zwischen diesen beiden hat man zu wählen. Aus den Referaten haben wir entnehmen können, dass das deutsche System in den letzten Jahren immer mehr Anhänger gewonnen hat; und es scheint mir daher als

Grundlage für die internationale Regelung besser geeignet zu sein, als das französische System. Man hat heute allerdings geltend gemacht, der Jurist und der Gesetzgeber müssen sich den praktischen Bedürfnissen fügen, und die Auffassung der Geschäftswelt gehe dahin, dass der Wechselinhaber einen auschliesslichen Anspruch auf die Wechseldeckung habe. Allein demgegenüber genügt es, auf das von den Korrefenten mitgeteilte Resultat der vom internationalen Kongress in Brüssel veranstalteten Enquete hinzuweisen, neben welchem die in gewissen interessierten Kreisen der Schweiz herrschende Unzufriedenheit mit den beiden bundesgerichtlichen Entscheiden i. S. Kaufmann c. Oswald und Comptoir d'Escompte du Jura c. Landolt — auf welche, im Grunde genommen, die ganze Bewegung zurückgeht — nicht ernstlich ins Gewicht fallen kann.

Der Präsident: Da zu den Thesen I und II des Referenten die Diskussion nicht weiter benutzt wird, über These I zwischen den Referenten und in der Versammlung allgemeine Uebereinstimmung herrscht, nicht aber über These II, so könnte man sich darauf beschränken, über die letztere abzustimmen.

Herr *Fritz Moser*, Fürsprecher in Bern, stellt den Antrag, zu These II keine Resolution zu fassen.

Für die Fassung einer Resolution über These II fallen 21 Stimmen, dagegen 30 Stimmen.

Der Präsident konstatiert, dass die Versammlung mit These I einverstanden ist, dagegen beschlossen hat, zu These II keine Resolution zu fassen.

Hierauf eröffnet der Präsident die Diskussion über die Thesen III, IV, V und VI des Referenten mit dem Bemerken, dass sich die Votanten nur in grundsätzlicher Weise darüber äussern möchten, und dass eine allfällige Resolution lediglich das grundsätzliche Einverständnis mit den Thesen des Referenten zum Ausdruck bringen könnte.

Diese Thesen lauten:

III.

Der Protest ist reformbedürftig.

Für die Revision empfiehlt sich die Aufnahme folgender Grundsätze:

1. Der Protest ist auf den Wechsel selbst zu verlegen. Er besteht in einer kurzen Beurkundung des Ergebnisses der Protesterhebung: „Zahlung verweigert," „nicht angetroffen."

2. Die Vorschriften betreffend das Protestverfahren erhalten den Charakter blosser Dienstvorschriften. Ihre Verletzung macht den Protestbeamten schadenersatz- und busspflichtig, ohne die Gültigkeit des Protestes gegenüber dem Wechselinhaber zu berühren.

IV.

Auch bei grundsätzlicher Beibehaltung der bestehenden Vorschriften empfiehlt sich eine Vereinfachung der Protestbeurkundung sowie des Protestverfahrens

1. durch Verlegung des Protestes auf den Wechsel selbst;

2. durch Zulassung von Gehilfen bei der Protesterhebung, unter voller Verantwortlichkeit des Protestbeamten.

V.

An Stelle des Protestes genügt die Erklärung des Protestaten auf dem Wechsel, dass er die Annahme oder die Zahlung verweigere.

VI.

Die Erhebung des Protestes durch die Post ist wünschenswert, sofern die Postverwaltung die volle Verantwortung übernimmt.

Die Referenten beziehen sich auf ihre Ausführungen in den Referaten.

In der allgemeinen Diskussion melden sich zum Worte:

Herr Dr. *Fritz Volland,* Notar in St. Gallen.

Ich ergreife das Wort nur, um die Versammlung zu bitten, sich grundsätzlich für die Reform des Wechselprotestes auszusprechen. In einer 10-jährigen Praxis, da ich die Aufsicht über Protestbeamte zu führen hatte, bin ich zur Ueberzeugung ge-

langt, dass eine Vereinfachung des Protestrechtes dringend notwendig ist, und ich könnte diese Auffassung an Hand einer ganzen Reihe von Beispielen belegen. In einzelnen Detailfragen könnte ich mich allerdings mit den Vorschlägen des Referenten nicht recht befreunden, namentlich hätte ich vom praktischen Gesichtspunkte aus dagegen einige Bedenken zu erheben. Aber da wir heute auf Einzelheiten nicht eintreten können, und nach Vorschlag des Präsidenten ja auch nur eine allgemeine Resolution gefasst werden soll, unter Vorbehalt abweichender Meinungen in untergeordneten Punkten, so spreche ich mich mit aller Entschiedenheit für die Fassung einer Resolution aus.

Herr Prof. *Alexander Reichel,* Bern:

Ich muss auch mit Bezug auf die Protestreform und die vorgeschlagene Resolution eine abweichende Meinung vertreten. Ich hege namentlich gegen die Thesen IV Ziff. 2 und V des Referenten Bedenken.

Der Protest steht mit dem materiellen Wechselrecht in sehr engem Zusammenhang. Mit Rücksicht auf die weittragenden materiellrechtlichen Folgen der Protesterhebung erscheint es mir geboten, an dem Grundsatze festzuhalten, dass der Beweis der Nichtannahme und Nichtzahlung nur durch eine öffentliche, nicht auch durch eine private Urkunde erbracht werden könne. Der Korreferent Prof. Berta kommt übrigens auf einem Umwege selber auf diesen Grundsatz zurück, wenn er zu These V einen Zusatz in dem Sinne vorschlägt, dass die Erklärung des Protestaten innerhalb der Protestfrist registriert werden soll; denn die Einregistrierung ist nichts anderes als eine öffentliche Beurkundung.

Welche qualifizierte Personen zur Protesterhebung und zur Ausstellung der öffentlichen Urkunde kompetent erklärt werden sollen, ist von untergeordneter Bedeutung. Ich könnte grundsätzlich der Uebertragung dieser Kompetenz an die Postbeamten zustimmen. Die Hauptsache aber ist und gewissermassen das A B C des Notariatsrechtes bezw. des Rechtes der öffentlichen Urkunde, dass nur verurkundet werden darf, was der Beamte oder die Privatperson, deren Urkunden mit publica fides ausgestattet sind, selber wahrgenommen haben.

Darin liegt der Wert der öffentlichen Urkunde und der Grund ihrer erhöhten Beweiskraft, dass ihr Inhalt gestützt auf die eigenen Sinneswahrnehmungen der Person, welche die Urkunde aufgenommen hat, als wahr erklärt wird. Will man es zulassen, dass z. B. der Wechsel von einem Angestellten der qualifizierten Person vorgewiesen wird und dann die letztere, gestützt auf den Bericht des Angestellten, den Protest aufnimmt, wie wenn sie den Wechsel selber präsentiert hätte, so ist der Inhalt der Protesturkunde direkt falsch. Eine solche Konsequenz sollte denn doch vermieden werden.

Auf Anfrage des Präsidenten erklärt Professor Reichel, er stelle den Antrag, es sei über die Protestreform keine Resolution zu fassen.

Da die Diskussion nicht weiter benutzt wird, so wird zur Abstimmung geschritten. Für die Fassung einer Resolution ergeben sich 10 Stimmen, dagegen stimmt die grosse Mehrheit.

VI.

Wahlen.

1. Kommission für die Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen.

Die bisherigen Mitglieder dieser Kommission, nämlich die Herren Prof. Dr. *Andreas Heusler* in Basel — gleichzeitig Präsident —, Prof. Dr. *Eugen Huber* in Bern und Bundesrichter Dr. *Georges Favey* in Lausanne werden einstimmig und mit Akklamation bestätigt.

2. Vereinsvorstand.

Nach Ablauf der dreijährigen Amtsdauer ist der Vorstand für die Vereinsjahre 1904—1907 neu zu wählen. Eine Wiederwahl lehnen ab die Herren Präsident Dr. *Leo Weber,* Bundesrichter *Albert Ursprung,* Bundesanwalt *Otto Kronauer* und Dr. *Rud. Morel,* Advokat.

In geheimer Abstimmung werden gewählt als Vereinspräsident: Hr. Bundesrichter Dr. *Georges Favey;* als weitere Mitglieder des Vorstandes: die Herren Prof. Dr. *Fritz Fleiner*

in Basel, Dr. *Henri Le Fort,* Juge à la Cour de Justice in Genf, *Eugen Ziegler,* Advokat in Schaffhausen, Prof. *Alexander Reichel* in Bern, Dr. *Stefano Gabuzzi,* Advokat in Bellinzona und Dr. *Emil Schurter,* Oberrichter in Zürich.

VII.

Bestimmung des Versammlungsortes für 1905.

Der Präsident erinnert daran, dass Altdorf sich bereits für das Jahr 1904 angemeldet hatte, und teilt mit, dass dieser Ort auf Anfrage hin seine Anmeldung auch für das Jahr 1905 aufrechthält. Das bezügliche Einladungsschreiben des Hrn. Landammann Dr. *Franz Schmid* hat folgenden Wortlaut:

„Altdorf, den 8. August 1904.

„Tit. Präsidium des schweiz. Juristenvereins Bern.

„Hochgeehrter Herr!

„Auf Ihre verehrl. Anfrage von heute, ob die Anmeldung zum Empfang des schweizer. Juristenvereins pro 1905 aufrecht erhalten werde, antworte ich Namens der Behörden und Juristen des Kantons Uri mit einem entschiedenen Ja. Wir legen insgesamt hohen Wert darauf, nach einem Unterbruche von 23 Jahren den hochachtbaren Verein innerhalb unserer Gemarkung wieder einmal willkommen zu heissen. Altdorf und die bescheidene Zahl Urnerischer Juristen rechnen es sich zur Ehre an, die Juristen des Gesamtvaterlandes bei sich zu sehen und denselben eine freilich einfache, aber nicht weniger herzliche Gastfreundschaft anzubieten. Wir geben der zuversichtlichen Erwartung Ausdruck, dass unsere Bewerbung allseitig günstige Aufnahme finden und eine allfällige Konkurrenz siegreich aus dem Felde schlagen werde.

„In hochachtungsvoller Ergebenheit! Dr. F. Schmid."

Heute morgen ist noch folgendes die Bewerbung bestätigende Telegramm eingelaufen:

„Juristenverein Chaux-de-fonds.

„Im Geiste mitfeiernd, empfiehlt Altdorfs Bewerbung als Festort nochmals angelegentlichst

Dr. Schmid, Festpräsident 1882."

Gestützt auf diese Anmeldung schlägt der Vorstand Altdorf als Festort pro 1905 vor. Dieser Vorschlag wird mit Akklamation angenommen.

M. le professeur *Alfred Martin* (Genève) désire joindre aux remerciments qui ont été adressés à notre trésorier ceux qui concernent notre président. M. Léo Weber a dans l'accomplissement de ses fonctions présidentielles apporté non seulement de l'activité et du dévouement, mais aussi une cordialité et une bienveillance qui ont été hautement appréciées de chacun. Il était l'âme de la Société. Toutes les résolutions ont été écartées jusqu'ici, M. Martin en présente une nouvelle qui recueillera certainement l'unanimité des suffrages, c'est de voter des remerciments et d'exprimer la sincère reconnaissance de la Société des Juristes à M. Léo Weber pour sa présidence pendant ces trois dernières années. *(Applaudissements prolongés).*

Unter nochmaligem Dank an die Referenten für ihre wertvollen Arbeiten und an die anwesenden Vereinsmitglieder für das den Verhandlungen erwiesene Interesse erklärt der Präsident die 42. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins als geschlossen.

Schluss der Sitzung: 12 1/4 Uhr mittags.

La Chaux-de-fonds, den 23. August 1904.

Im Namen der Generalversammlung des Schweizer. Juristenvereins,

Der Präsident:

Dr. **Leo Weber.**

Die Sekretäre:

Dr. **Ernst Brand.** Dr. **Max Reutter.**