

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	50 (1931)
<b>Rubrik:</b>	Protokoll der 66. 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:** 21.02.2026

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

**Protokoll der 66. Jahresversammlung**  
des  
**Schweizerischen Juristenvereins**  
vom 31. August u. 1. September 1931 in Schaffhausen.

**Sitzung vom 31. August 1931**  
in der  
**Ratslaube zu Schaffhausen.**

Vorsitzender:

Herr Bundesrichter Dr. *Victor Merz*, Lausanne.

Eröffnung der Sitzung 8½ Uhr.

I.

Als Protokollführer werden auf Antrag des Vorsitzenden gewählt die Herren Dr. *Gust. Schoch*, Waisengerichtssekretär, Schaffhausen, *Albert de Coulon*, notaire, Boudry,

II.

Der Vorsitzende erstattet der Versammlung folgenden Bericht:

Verehrte Herren Kollegen!

Die von der letzten Jahresversammlung mit dem ersten Preis gekrönte Arbeit über „Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit“ ist vom Verfasser, Herrn Dr. M. Feldmann, Fürsprecher in Bern, mit Zustimmung unseres Vorstandes herausgegeben worden und bei Helbing & Lichtenhahn in Basel erschienen; den Mitgliedern des Juristenvereins wurde ein Vorzugspreis eingeräumt, und der Vorstand hat ihnen die Anschaffung empfohlen.

Im Berichtsjahr ist eine Fortsetzung der Arbeit von Schurter und Fritzsche, „Das Zivilprozessrecht der Schweiz“, erschienen, als erster Halbband des zweiten Bandes „Die geschichtlichen Grundlagen des kantonalen Rechts“. Gemäss dem Beschluss der letzten Jahresversammlung wurde Druck und Verlag der Firma Rascher & Co. A.-G. in Zürich übertragen, die schon den ersten Band herausgegeben hat. Die Bedingungen konnten gegenüber dem vor einem Jahr vorliegenden Angebote etwas ermässigt werden, indem der Beitrag an die Druckkosten von Fr. 200.— auf Fr. 190.—, der Preis für die Mitglieder von Fr. 12.— und 15.— auf Fr. 10.— für das broschierte und Fr. 12.50 für das gebundene Exemplar herabgesetzt wurde. Herrn Professor Fritzsche wurde, wie für den ersten Band, ein bescheidenes Honorar ausgerichtet, das natürlich nicht der grossen Arbeit entspricht, die für das Werk aufgewendet wurde und für die Herrn Professor Fritzsche auch hier der wärmste Dank ausgesprochen sei. Vom Bund erhielten wir einen Beitrag von Fr. 6000.— zugesichert, von dem aus Budgetgründen dieses Jahr nur ein Teil von Fr. 2500.— ausbezahlt wurde. Dem Bund haben wir dagegen 40 Exemplare auf unsere Kosten zugewiesen. Unsere Kasse wird durch die Herausgabe dieses Bandes mit etwas über Fr. 3500.— belastet. Den Mitgliedern haben wir ebenfalls dessen Anschaffung empfohlen. — Nach Mitteilungen von Herrn Prof. Fritzsche ist zu erwarten, dass in diesem Jahre der zweite Halbband der Kantonalen Zivilprozessrechte wird erscheinen können, der nebst dem Sachregister diesen Teil der Arbeit erst voll verwendbar machen wird.

Die für dieses Jahr ausgeschriebene Preisarbeit „Anwendung, Ausführung und Ergänzung von Bundesrecht durch die Kantone“ hat keinen Bearbeiter gefunden. Der Grund liegt wohl in der zu allgemeinen und unbestimmten Fassung des Themas, was dem Sprechenden zur Last fällt.

Die Rechtsquellenkommission ist durch Herrn Prof. Dr. Fehr in Bern, der sich in verdankenswerter Weise

zur Verfügung stellte, ergänzt worden. Ihr Bericht folgt später.

Unser Verein tritt dieses Jahr in das 8. Jahrzehnt seines Bestehens ein, für eine physische Person ein Zeitpunkt der Neige, für einen vaterländischen Verband ein Markstein der Entwicklung. Ein umfassender Rückblick, wie er nach seinem dreissig- und nach seinem fünfzigjährigen Bestand erschienen ist, wird erst für das 75jährige Jubiläum in Aussicht zu nehmen sein. Heute mag sich immerhin eine kurze Betrachtung über das Leben des Vereins rechtfertigen.

Äusserlich bietet der Verein das Bild einer ruhigen und gleichmässigen Entwicklung. Die Mitgliederzahl hält sich, nachdem sie in den ersten Jahrzehnten des Bestandes rasch zugenommen hatte, seit Jahren ungefähr auf gleicher Höhe, trotzdem die Gründung des schweizerischen Anwaltsverbands begreiflicherweise auf die Mitgliederzahl unseres Vereins einen ungünstigen Einfluss ausgeübt hat, worin z. B. wohl der Hauptgrund dafür liegt, dass uns die letzte Tagung in Stans aus den „Ländern“ keinen Zuwachs gebracht hat. Die Versammlungen des schweizerischen Anwaltsverbandes üben natürlich auch einen ungünstigen Einfluss auf den Besuch unserer Tagungen aus. Bestrebungen, die Versammlungen der beiden Verbände zu vereinigen oder mit denselben abzuwechseln, fanden auf keiner Seite genügende Unterstützung. Man ist bei uns ferner auch bei dem System der Einzelmitgliedschaft geblieben und hat, wohl mit Recht, dasjenige von Unterverbänden, etwa nach Kantonen, nicht eingeführt, so dass da, wo kantonale und städtische Juristenvereine bestehen, diese ihr selbständiges Dasein führen. Von regionalen, konfessionellen, sprachlichen oder parteipolitischen Spaltungen weiss unsere Vereinsgeschichte, zum Teil wohl gerade wegen der Selbständigkeit der kantonalen Verbände, glücklicherweise nichts. Ferner hat man grundsätzlich daran festgehalten, dass nur Schweizer Mitglieder des Vereins sein sollen; Ausnahmen werden gemacht für

Juristen, die mit dem schweizerischen Rechtsleben in besonderer Weise verknüpft sind. Der Verein hat es als solcher bis jetzt abgelehnt, mit anderen heimischen oder fremden Verbänden in Beziehung zu treten und hat sich auch bei den Anlässen solcher Verbände, zu denen er etwa geladen wurde, nicht vertreten lassen, wie auch wir selbst keine andern Verbände zu unsren Veranstaltungen einladen. Ob hievon abzugehen sei, was vielleicht im Zug der Zeit liegt, mögen spätere Vorstände in Erwägung ziehen. Auch sonst haben sich die äussern Formen, in denen sich das Vereinsleben bewegt, wenig geändert; diese Beständigkeit ist ein Beweis dafür, dass sie sich bewährt haben und darf nicht als Zeichen der Erstarrung angesehen werden.

In dieser Beziehung ist entscheidend das innere Leben, die sachliche Leistung. Und da darf dem Verein wohl das Zeugnis ausgestellt werden, dass er seinem Zwecke gerecht wird, dem eidgenössischen Rechte zu dienen, wobei stets die Wandlungen verfolgt werden, die das geistige und das materielle Leben durchmachen, und wobei wir mithelfen, das Recht mit diesen Wandlungen in Einklang zu bringen, ohne die Grundlinien zu verlassen, die durch die bleibenden Forderungen der Gerechtigkeit bestimmt sind. So hat sich der Verein stets mit den neuen Problemen des Rechtslebens befasst, ob sie sich auf dem Gebiete der Wissenschaft oder der Gesetzgebung zeigten, und er war immer bestrebt, dabei richtunggebend zu wirken. Es liegt im Zwecke des Vereins beschlossen, dass er das Recht namentlich als staatliche Aufgabe ins Auge fasst und der Entwicklung der eidgenössischen Gesetzgebung besondere Beachtung schenkt. Wenn er dabei als Vorkämpfer und Träger des Gedankens der Rechteinheit erscheint, so betrachtet er diesen Gedanken nicht als formales, mechanisch auszugestaltendes Postulat, sondern als Erfordernis organischer Weiterentwicklung des Rechts auf den Gebieten, wo die Zusammenfassung durch die tatsächlichen Verhältnisse gefordert wird oder wo sie

zur Ausgleichung oder Überbrückung von Gegensätzen und zur Aufrechterhaltung und Stärkung des Ganzen nötig ist. So hat auch der Verein jeweilen die bedeutendsten Vertreter der Rechtswissenschaft, der Rechtspflege und des Anwaltsstandes als Führer an seiner Spitze gesehen. Ich nenne aus der ersten Zeit etwa die Professoren Rüttimann und von Wyss, dann Andreas Heusler, Hilty, König, Eugen Huber, Karl Stooss, E. Zürcher und die Welschschweizer Martin, Gauthier, Roguin, Mentha, dann die Bundesrichter Morel, Rott, Soldan, Leo Weber, Lienhard, Schurter, Reichel, Oser und von Schaffhausen Schoch und Ziegler. Von diesen weilt Leo Weber noch unter den Lebenden. Er trat kürzlich in das 10. Jahrzehnt seines Lebens ein. Wir haben ihn dazu entsprechend beglückwünscht. Er hat darauf mit folgendem Schreiben geantwortet:

„An den Schweizerischen Juristenverein.

Herr Präsident!  
Herren Kollegen!

Es gibt Vereine, die einem ins Herz hineinwachsen. Ein solch' herzliches Verhältnis verbindet mich seit mehr als sechzig Jahren mit dem Schweizerischen Juristenverein.

Ich habe ihm sehr viel zu danken.

Seine Verhandlungen boten mir vielfache Belehrung.

Möge der Verein weiterhin glücklich wirken zur Verbreitung und Vertiefung der Kenntnis unseres Rechts.

Bern, am 26. August 1931.

Dr. Leo Weber.“

Im übrigen übergehe ich die noch Lebenden, kann aber nicht umhin, zwei Ausnahmen zu machen und als Vorbilder tätiger Führerschaft und treuer Anhänglichkeit zu erwähnen die Herren Professor Paul Speiser, Basel, und Le Fort, in Genf.

Der Bestand des Vereins weist folgende Änderungen auf:

*Ausgetreten* sind 20 Mitglieder, nämlich die Herren: H. Häuptli, Notar (Bern), Ch. Chêne, notaire (Rolle), Dr. A. Hablutzel (Winterthur), F. Thévoz (Fribourg), J. von Stockalper, Advokat (Brig), F. Meyer, Fürsprech (Bern), Karl Dux, Advokat (Oberriet), Dr. M. Veith, Zivilgerichtspräsident (Basel), Dr. H. Nägeli (Zürich), Dr. E. Hilfiker, Rechtsanwalt (Zürich), Dr. H. Derron, notaire (Morat), Dr. K. von Sury, Staatsanwalt (Solothurn), Dr. E. Schächtelin, Fürsprech (Weinfelden), Dr. A. Martignoni, Cons. di Stato (Lugano), Dr. S. De Félice, avocat (Lausanne), W. Beyli, Fürsprech (Aarau), Ch. Cherbuliez, notaire (Genève), Dr. Fr. Mauler, avocat (Neuchâtel), Jules Raemy, notaire (Fribourg), Dr. A. Studer, Beamter im eidgenössischen Justizdepartement (Bern).

*Neu aufgenommen* wurden vom Vorstand 21 Mitglieder, nämlich die Herren:

*Ch. M. Chabloz*, avocat et notaire, Le Locle.  
*Dr. Max Schneider*, Rechtsanwalt, Zürich.  
*Ernst Zingg*, Advokat, St. Gallen.  
*Dr. Ludwig Rittmeyer*, Advokat, St. Gallen.  
*C. Wirth*, Zürich.  
*Dr. W. Schönenberger*, Professor, Freiburg.  
*Dr. W. A. Liebeskind*, Genève.  
*Dr. Hermann Eisenhut*, Waiseninspektor, Schaffhausen.  
*Dr. Reinhard Amsler*, Oberrichter, Schaffhausen.  
*Dr. H. Räber*, Rechtsanwalt, Schaffhausen.  
*Dr. M. Jenny*, Rechtsanwalt, Schaffhausen.  
*Dr. H. Stofer*, Substitut am Appellationsgericht, Basel.  
*Dr. A. Kamer*, Fürsprech, Zug.  
*Dr. J. C. Oechslin*, Neuhausen.  
*Dr. E. Paravicini*, Fürsprech, Arlesheim.  
*Hermann Schlatter*, alt Stadtpräsident, Unterhallau.  
*Dr. Silvio A. Giovanoli*, Advokat, Chur.  
*W. Votsch*, Verhörrichter, Schaffhausen.

*Dr. Karl Heer*, Unterhallau.

*Dr. Jakob Stamm*, Advokat, Schaffhausen.

*Erwin Müller*, Gerichtsschreiber, Schaffhausen.

Die Totentafel weist folgende Namen auf:

Am 2. Oktober 1930 ist *Dr. Hans Schwendener* von Buchs einem Bootsunglück auf dem Zürichsee zum Opfer gefallen. Geboren 1881, war er 1904 in den Dienst der Schweizerischen Bundesbahnen getreten und bekleidete 1907 und 1908 das Amt eines Direktionssekretärs der Emmentalbahn, Burgdorf-Thun-Bahn und Solothurn-Münster-Bahn. Von 1908—1910 setzte er seine nationalökonomischen und juristischen Studien an der Universität Bern fort, wo er doktorierte. 1911—1912 war Dr. Schwendener als Rechtsanwalt-Substitut und Sekretär des st. gallischen Justizdepartementes tätig, von 1912—1915 war er Stellvertreter des Vorstandes des Rechtsbureaus der Schweizerischen Bundesbahnen in Basel. Im Jahre 1916 erwarb er das Anwaltspatent in St. Gallen. Von 1916 bis 1918 war er Oberinspektor der Anatolischen- und Bagdadbahn, 1918—1920 Betriebsdirektor der Bagdadbahn. Im Jahre 1921 eröffnete er ein eigenes Rechtsanwaltsbureau in Zürich, das er bis zu seinem Tode betrieb.

Am 14. Dezember 1930 starb im Alter von 75 Jahren in Bellinzona *Tomaso Pagnamenta*, der mit Brenno Bertoni und Paul Heizek zu den ältesten unserer tessinischen Mitglieder gehörte, nach einer langen ehrenvollen Laufbahn, die in der Hauptsache der Öffentlichkeit gewidmet war. In Claro geboren, machte er seine Gymnasialstudien in Einsiedeln und die Fachstudien in Turin. Nachdem er einige Jahre in Locarno die Advokatur betrieben hatte, wurde ihm mit 28 Jahren das Gerichtspräsidium von Bellinzona und Riviera übertragen. Von 1889 an gehörte er mit wenigen Unterbrechungen dem Grossen Rat an, den er im Jahre 1890 präsidierte; von 1901 bis 1905 sass er in der Regierung, von 1920 an im Appellations-

gericht des Kantons Tessin, dem er schon vorher eine Zeitlang angehört hatte. 1919 sass er während kurzer Zeit im Nationalrat. Auch um die Gemeinde Bellinzona hat er sich als Mitglied des Gemeinderates und als Stadtrat verdient gemacht. Eine ernste Natur, hat er gewissenhaft alle seine Aufgaben erfüllt. Ein strenger Katholik, wurde er ein Führer der konservativen Partei; seine Rechtlichkeit aber war unbestritten.

In Basel ist im Alter von 71 Jahren Dr. *Adolf Bieder* plötzlich verschieden, der seit 1884 unserem Verein angehört und den man früher ab und zu an den schweizerischen Juristentagen gesehen hat. In Liestal geboren, kam er schon jung mit seiner Familie nach Basel, das ihm zur eigentlichen Heimat wurde. Er durchlief dort die Schulen, erwarb im Jahre 1882 nach Studien daselbst, sowie in Leipzig und Berlin, den Doktorhut und trat dann ins tätige Leben ein, zuerst als Substitut auf der Zivilgerichtskanzlei und im Juli 1886 als Rechtsanwalt und Notar mit eigenem Bureau, in das bald sein ihm im Tode vorangegangener Studienfreund Dr. Wilhelm Vischer eintrat. Bieder zeichnete sich, ausser durch seine gründlichen Kenntnisse, durch Fleiss und Gewissenhaftigkeit aus, sowie durch ein ruhiges und freundliches Wesen und durch die Treue, die er allen bewahrte, mit denen er in nähere Beziehungen trat. Aus Pflichtgefühl nahm er auch am öffentlichen Leben teil; er sass von 1890—1923 als Vertreter der liberalen Partei im Grossen Rat, war lange Zeit Sekretär und Beisitzer in dessen Bureau, Mitglied der Petitionskommission und Präsident der Disziplinarkommission. Am schwierigen Beamten gesetz von 1911 hatte er besondern Anteil. Im Jahre 1913 wurde er Mitglied des Bankrates der Basler Kantonalbank, im Jahre 1918 Mitglied der Justizkommission, 1925 der Notariatsprüfungsbehörde und 1928 Ersatzrichter des Appellationsgerichtes. Auch kirchliche Ehrenämter übernahm er, so als Mitglied der Synode und Präsident ihrer Petitions-

kommission. Mehrfache Schicksalsschläge in seiner Familie halfen ihm seine tiefe Religiosität und sein fester Charakter überwinden.

Mit *Frédéric-Auguste Monnier* hat in Lausanne am 23. Januar 1931 ein Leben seinen Abschluss gefunden, das, reich an Arbeit und Erfolg, in das höchste Gericht des Landes mündete, aus dem Monnier sich vor zehn Jahren vorzeitig und mit stoischem Entschluss infolge eines Augenleidens zurückgezogen hatte, um es in ungewollter Untätigkeit, aber mit wachem Interesse für die öffentlichen Dinge zu beschliessen. 1847 geboren, ist Monnier, nachdem er in Neuenburg, Berlin und Paris die Rechte studiert hatte, 1869 in die Advokatur eingetreten, die er betrieb, bis er 1893 in den Staatsrat gewählt wurde. Schon vorher widmete er sich öffentlichen Aufgaben, als Chef du Contentieux des Crédit Foncier neuchâtelois, als Mitglied des Strafkassationsgerichts und der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, namentlich aber als Mitglied des Conseil Municipal von Neuenburg, von 1874—1877, und als Mitglied des Conseil Général, sowie als Präsident des Conseil municipal, 1888—1893. 1889 wurde er in den Grossen Rat und 1893 in den Ständerat gewählt, als Nachfolger des zum Bundesrichter ernannten Auguste Cornaz, dem er nach dessen Tod im Jahre 1896 auch im Bundesgerichte nachfolgte. In jungen Jahren war Monnier eifriger Alpinist, was ihn in den 90er Jahren an die Spitze des Schweizerischen Alpenklubs führte. — Als Mitglied der Gemeindebehörden von Neuenburg und als Staatsrat von Neuenburg sprach er in allen zur Diskussion stehenden Fragen, die die verschiedensten Gebiete des öffentlichen Lebens betrafen, ein massgebendes Wort, das sich stets durch strenge Sachlichkeit auszeichnete. Diese, in Verbindung mit ausserordentlicher Gründlichkeit und Gewissenhaftigkeit, zeichnete auch seine Tätigkeit im Bundesgericht aus, wozu sich eine elegante Ausdrucksform gesellte. Äusserlich beherrscht und eher

zurückhaltend, war er doch von einem Feuer durchglüht, das man hindurchfühlte, wenn er für das Recht, namentlich auch für die bürgerlichen Freiheiten seine Stimme erhob. Unvergessen bleibt die musterhafte und vornehme Art, wie er den Vorsitz im Bundesgericht führte, und vorbildlich war er auch darin, wie sich in ihm die Liebe zur engern Heimat mit wahrhaft eidgenössischer Gesinnung zu einer Einheit verband, und wie er, der die Geschichte seines Landes, namentlich des Kantons Neuenburg gut kannte und der im Jahre 1870/71 die Grenzbefestigung als Offizier mitgemacht hatte, über die Voraussetzungen unserer Selbständigkeit und über die Pflichten der Neutralität dachte.

Am 29. Januar 1931 verliess der 60jährige Notar *Charles Bosson* für immer seine über dreissig Jahre innegehabte Schreibstube im turmbekränzten Freiburger Städtchen Romont, wo er nach Abschluss seiner Studien an der Universität Freiburg, Erwerbung eines Diploms eines Rechtslizenziaten und Bestehung des Staatsexamens als Notar im Jahre 1898 eine Praxis eröffnet hatte, die sich in der Folge sehr ausdehnte, besonders als er zum Schreiber des Friedensgerichtes ernannt worden war. In den letzten Jahren war er auch Ersatzmann des Kantonsgerichtes. Unserem Verein ist er im Jahre 1899 beigetreten und bis zu seinem Tode treu geblieben.

Der am 9. Februar 1931 in Altdorf nach längerer Krankheit verstorbene Dr. *Franz Muheim* war eine den Teilnehmern an den Tagungen des Juristenvereins bekannte Gestalt. Seit 1885 Mitglied unseres Vereins, gehörte er während zwei Perioden dem Vorstande an. Geboren 1861, widmete er sich, nachdem er die Schulen in Altdorf durchlaufen hatte, zuerst philosophischen Studien in Eichstädt, um sich dann der Jurisprudenz zuzuwenden, deren Studium er in Leipzig, Strassburg und Bern oblag. Hier doktorierte er 1885 mit einer wertvollen Arbeit über

„Die Prinzipien des internationalen Privatrechts im schweizerischen Privatrecht“. Neben der Rechtsanwaltschaft bekleidete er im Kanton Uri die verschiedensten öffentlichen Ämter: Er war Vizeverhörrichter, dann Verhörrichter, hierauf Vizestaatsanwalt und von 1903 an Staatsanwalt. In allen Ämtern war er wegen seiner Kenntnis und Unbefangenheit anerkannt und geschätzt. Daneben übte er administrative Funktionen aus, so als Gemeinderat, Waisenvogt und Gemeindepräsident. Von 1901 bis 1928 war er Mitglied des Landrates, den er 1903 präsidierte. Als Staatsanwalt entwarf er die neue Zivilprozessordnung für den Kanton Uri und bereitete den Entwurf einer Strafprozessordnung vor, als der Tod ihn erreichte. 1915 wählte ihn der Landrat in den Bankrat der Urner Kantonalbank, dem er seit 1920 als Präsident vorstand. Von 1912—1928 sandte ihn der Stand Uri in den Ständerat, wo er ein geschätztes Mitglied der katholisch-konservativen Fraktion wurde. Von 1903—1910 führte Muheim mit gewandter Feder die Redaktion des Urner Wochenblattes. Nebenher widmete er sich seit 1888—1922 als Verwalter des Kantonsspitals der Wohltätigkeit und war Mitglied, Sekretär und Präsident der Gemeinnützigen Gesellschaft. Seit 1889 war er Hauptagent der Schweizerischen Mobiliarversicherungsgesellschaft im Kanton Uri. Sodann war er Mitglied des Kollegiums Karl Borromäus und der Tellspiele von Altdorf. Neben allem war er Offizier und Alpinist und machte sich um das musikalische Leben von Altdorf verdient, namentlich als ausübender Sänger und Geiger. Die ganze reiche Tätigkeit diente Muheim nicht zur Befriedigung seines Ehrgeizes, sondern zur Erfüllung seiner Pflicht gegenüber seiner Familie, seinem Land und Volk.

Am 19. Februar 1931 ist in Zürich im Alter von 60 Jahren Rechtsanwalt Dr. Bruno Heberlein dahingegangen, der von Rorschach, wo er ein gutbesuchtes Advokaturbureau betrieben hatte, vor einigen Jahren nach Zürich gekommen war und sich hier bald eben-

falls einen ausgedehnten Kundenkreis verschafft hatte. In Rorschach hatte er sich verschiedenen Industrieunternehmungen gewidmet. Zudem war er Mitglied und Präsident des Kantonsrates und Präsident der Zentralschulpflege von St. Gallen gewesen. An den Tagungen des Schweizerischen Juristenvereins war der frohe, helle Ostschweizer gern gesehen.

Als lebhaftes Temperament bleibt denen, die ihn kannten, Dr. *Karl Hauri* von Zofingen, geboren 1867, in Erinnerung, der nach Abschluss seiner Studien in seiner Vaterstadt ein besuchtes Anwalts- und Notariatsbureau betrieb und daneben als Lehrer für Handels- und Wechselrecht an der kaufmännischen Fortbildungsschule in Zofingen wirkte. Ein Herzleiden hat ihn am 6. März 1931 dahingerafft.

*Louis Bonnard*, als Syndic von Nyon weit herum bekannt, der am 26. März 1931 einem Schlaganfall erlag, war ein Veteran der waadtländischen Anwälte und auch eines der ältesten Mitglieder unseres Vereins, dem er seit 1884 angehörte. Geboren 1853, erhielt er das Anwaltspatent im Jahre 1879 und stand Zeit seines Lebens einem vielbesuchten Anwaltsbureau vor, was ihm 1927—1929 die Würde eines Bâtonnier de l'ordre des avocats des Kantons Waadt eintrug. Neben seinen Berufsgeschäften widmete sich Bonnard seiner Gemeinde: 1882 trat er in den Conseil communal ein, dessen Sekretär er bis 1886 war; in diesem Jahr wurde er Mitglied des Conseil municipal und im Jahre 1893 Syndic. Diese Stelle bekleidete er mit Auszeichnung bis zu seinem Tode. 1905 wurde Bonnard in den Grossen Rat gewählt, wo er dem Kanton und der liberalen Partei, der er angehörte, wesentliche Dienste geleistet und allgemeines Ansehen genossen hat.

Der am 17. Mai 1931 in Luzern an den Folgen einer Operation gestorbene Fürsprech *Dominik Jost*, der

im Jahre 1889 unserm Verein beigetreten ist, widmete sich, aus einer Bauernfamilie stammend, nach Abschluss der Gymnasialstudien der Jurisprudenz. Nach Besuch der Hochschulen von München, Strassburg und Basel bestand er 1885 die luzernische Anwaltsprüfung. Nachdem er zunächst in Ruswil praktiziert hatte, kam er später als Sekretär des Verhöramtes nach Luzern und stand dann diesem Amte vor, bis es aufgehoben wurde. Hierauf eröffnete er in Luzern ein Anwaltsbureau, das bald von Stadt und Land gut besucht war und seinen Ruf als eines tüchtigen, zuverlässigen Anwalts begründete. Auch bei den Kollegen war er beliebt, was in der Wahl zum Präsidenten der Anwaltskammer zum Ausdruck kam. Längere Zeit gehörte er dem Kriminalgericht an und wurde nach Einführung der Gewerbegerichte zu ihrem Präsidenten gewählt. Auch diese Ämter versah Jost mit grösster Gewissenhaftigkeit. Von 1913—1927 gehörte er als Führer der konservativen Partei dem Grossen Rate an.

Der Name *Marc Morel* war seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts mit den verschiedensten öffentlichen und privaten Unternehmungen von volkswirtschaftlicher und gemeinnütziger Bedeutung verknüpft und in der ganzen Westschweiz, besonders im Kanton Waadt, allgemein bekannt. 1843 geboren, studierte er die Rechte und eröffnete 1872 in Lausanne ein Advokaturbureau. Seit 1874 gehörte er unserem Vereine an, dem er treu blieb, trotzdem er mit der Zeit sich mehr dem Bankgeschäft und den damit verbundenen Unternehmungen widmete. Er betätigte sich namentlich fördernd und oft leitend bei Eisenbahnunternehmungen, so bei der Montreux-Oberland-Bahn, und beim Weinbau im Wallis, wo sein Name mit demjenigen des bekannten Montibeux verknüpft ist; auch half er die Heilstätte Leysin auf die Höhe bringen, auf der sie heute steht. Im Jahre 1873 wurde er in den Grossen Rat gewählt, dem er bis 1885 angehörte. Während einer Periode, 1876—1879, sass er im Nationalrat. Von 1874

bis 1901 war er Mitglied und 1897 Präsident des Conseil communal von Lausanne. Morel war, wie Monnier, ein Veteran der Grenzbesetzung 1870/71 und von einem warmen Patriotismus beseelt. Er blieb bis in sein hohes Alter gesund und tätig, den Jüngern ein Vorbild und ein stets bereiter Ratgeber. Im 88. Lebensjahr ist er nach kurzer Krankheit am 19. Mai 1931 geschieden und unter grosser Anteilnahme der Bevölkerung bestattet worden.

Der anfangs August in Arosa verstorbene Dr. *C. Horber* beschäftigte sich mit soziologischen und politischen Problemen. Er hat die Stiftung Pro Juventute organisieren helfen und ein vielbeachtetes Buch über Schweizerpolitik mit Betrachtungen über die gegenwärtigen Zustände und Vorschläge für grundlegende organisatorische Änderungen geschrieben, das mehr Beachtung fand in seinem kritischen als in seinem konstruktiven Teil.

Bei einem liebevollen Besuch auf dem Grab seiner Eltern sank der Abteilungschef der Obertelegraphendirektion, Dr. *Albert Baur* in Bern, am 22. August 1931 im Alter von 56 Jahren, von einem Herzschlag getroffen, nieder. Sein Lebenslauf war aussergewöhnlich. Nachdem er die Maturität bestanden hatte, trat er als Lehrling in den Telegraphendienst. Bald nach dem Examen wurde er in die Obertelegraphendirektion berufen. Neben seiner Arbeit begann er, über 30 Jahre alt, Jurisprudenz zu studieren und doktorierte im Jahre 1911 mit einer Dissertation über den Vertragsabschluss mittels des Telephons. Nachher beschäftigte er sich hauptsächlich mit den Rechtsfragen im Stark- und Schwachstromwesen. Im Jahre 1918 wurde eine von ihm dem Schweizer. Juristenverein eingereichte Arbeit über „Die Rechtsverhältnisse der Stark- und Schwachstromanlagen“ preisgekrönt. Mehrmals wurde er an internationale Konferenzen, die sich mit dieser Materie befassten, abgeordnet. Er war ein überaus zuverlässiger und dabei äusserst bescheidener

Beamter. Sein plötzlicher Hinschied hinterliess in seinem Amt und ebenso in seiner Familie und bei seinen Freunden eine empfindliche Lücke.

Im Anschluss an den Bericht teilt der Vorsitzende der Versammlung die Trauerbotschaft mit, dass ein Neffe des Herrn Dr. Fritz Studer, Präsident des eidgenössischen Versicherungsgerichts, bei seiner Heimfahrt mit dem Auto, mit welchem er seinen Onkel nach Schaffhausen gebracht hatte, tödlich verunglückt sei und dass Herr Dr. Studer daher nicht an der Versammlung teilnehmen könne. Zum Ausdruck des Beileides erhebt sich die Versammlung.

### III.

Monsieur *Frédéric Martin*, conseiller d'Etat, Genève, caissier de la Société, présente les comptes pour l'exercice écoulé (1er juillet 1930 au 30 juin 1931).

#### Compte ordinaire.

Les dépenses de la Société se sont élevées à fr. 17,559.40 se décomposant comme suit:

1 <sup>o</sup>	Frais généraux . . . . .	fr. 6,227.95
2 <sup>o</sup>	Impressions . . . . .	„ 8,831.45
3 <sup>o</sup>	Subvention au fond spécial des „Sources du Droit“ . . .	„ 1,000.—
4 <sup>o</sup>	Prix de concours . . . . .	„ 1,500.—
		fr. 17,559.40

Les frais d'impression ont été plus forts que l'année précédente par le fait que la Société a payé pendant cet exercice les frais d'impression du II Vol. du "Zivilprozessrecht" de Schurter-Fritzsche (fr. 6840.—), ces frais sont du reste en partie couverts par une subvention spéciale de la Confédération.

Les recettes se sont élevées à . . . . . „ 14,136.50 se décomposant comme suit:

1 <sup>o</sup>	Cotisations . . . . .	fr. 8,766.—
2 <sup>o</sup>	Vente de brochures . . . .	„ 221.90

3 <sup>o</sup> Intérêts des titres . . . . ,,	2,648.60
4 <sup>o</sup> Subvention du Département Fédéral de Justice et Police ,,	2,500.—
	<hr/>
	fr. 14,136.50

Elle a diminué de l'excédent des  
 dépenses . . . . . fr. 3,422.90  
 et augmente de la plus-value  
 des titres . . . . . „ 1,187.45  
 \_\_\_\_\_  
 fr. 2,235.45

Donc diminution de „ 2,235.45  
 Elle est au 30 juin 1931 . . . . . fr. 56,000.95  
 représentés par:

Titres à la Banque Cant. Vaud. fr. 56,482.75  
 moins solde débiteur  
 à la Banque . . fr. 451.35  
 solde dû au caissier   ,,   30.45   ,,   481.80  
fr. 56,000.95

L'excédent des dépenses n'est pas de nature à causer des inquiétudes. Il provient, en effet, de la publication de l'important ouvrage de MM. Schurter et Fritzsche, pour lequel nous aurons à recevoir au cours de l'exercice prochain de nouvelles subventions.

### Compte spécial:

## *Fonds spécial des „Sources du Droit suisse“.*

Les *recettes* de ce fonds spécial ont été:

1 <sup>o</sup> Subvention de la Société et de la Confé- dération . . . . .	fr. 4,000.—
2 <sup>o</sup> Intérêts . . . . .	fr. 6,070.65
à déduire frais de banque .	„ 55.30 „ 6,015.35
	fr. 10,015.35

Il n'y a pas eu de paiement à faire au cours de l'exercice.

Il a résulté que le fonds qui était au 30 juin 1930 de . . . . . fr. 129,231.— s'est augmenté des recettes . fr. 10,015.35 et de la plus-value des titres „ 3,871.10  
 $\frac{\text{fr. } 13,386.45}{\text{fr. } 13,386.45}$  „ 13,386.45

Il est donc dû au 30 juin 1931 . . . fr. 143,117.85 représentés par

Compte-courant et titres à la Banque Cantonale Vaudoise . . . . .	fr. 143,037.05
dû par la caisse . . . . .	„ 80.55
	$\frac{\text{fr. } 143,037.05}{\text{fr. } 143,117.55}$

De forts paiements sont prévus pour l'exercice prochain; c'est ce qui explique le montant élevé du compte courant disponible à la Banque Cantonale Vaudoise.

Mr. le juge fédéral Merz remercie Mr. Frédéric Martin. Sont nommés *vérificateurs de compte* Monsieur le Dr. *Emile Ems*, président du tribunal civil à Morat, et Monsieur le Dr. *C. Labhart*, avocat à Schaffhouse.

#### IV.

Le caissier présente le *Budget* pour l'année 1931/32.

##### Compte ordinaire:

###### *Dépenses:*

Frais généraux . . . . .	fr. 6,500.—
Frais d'impression . . . . .	„ 7,000.—
Imprévu . . . . .	„ 1,000.—
	$\frac{\text{fr. } 14,500.—}{\text{fr. } 14,500.—}$

###### *Recettes:*

Cotisations . . . . .	fr. 8,500.—
Intérêts des titres . . . . .	„ 2,500.—

Subvention de la Confédération pour l'impression de l'oeuvre „Das Zivilprozessrecht der Schweiz“ par Schurter et Fritzsche . . . . .	„ 3,500.—
	fr. 14,500.—

---

Le budget est adopté.

## V.

Anlässlich seiner 60jährigen Mitgliedschaft wird Herrn *Jules Favre*, Advokat in Neuchâtel, ein Glückwunschtelegramm gesandt.

## VI.

Hierauf folgt die Diskussion über die von Prof. *Burckhardt*, Bern, und Prof. *Schindler*, Zürich, abgefassten, der Tagung vorgängig im Druck erschienenen Referate:

### *Recht und Staat.*

Der erste Referent, Prof. *Burckhardt*, Bern, gibt zunächst seiner Freude darüber Ausdruck, dass sich beide Referate in den praktischen Folgerungen nicht widersprechen und auch in einer idealistischen Auffassung des Rechtes übereinstimmen. Allerdings weichen die theoretischen Formulierungen voneinander ab. Prof. *Schindler* erblickt in formeller Hinsicht einen Widerspruch zwischen den zwei Faktoren des positiven Rechts: Recht und Macht (Staat), in inhaltlicher Beziehung einen Widerspruch zwischen den Forderungen der Ethik und den vitalen Bedürfnissen, und beide möchte er in „dialektischer“ Einheit lösen. Der Sprechende anerkennt wohl den ersten Widerspruch, nicht aber den zweiten; aber widersprechende Begriffe kann man nur in einem gemeinsamen Oberbegriff auflösen und dieser Oberbegriff scheint ihm hier zu fehlen.

Im übrigen möchte sich Prof. *Burckhardt* auf die praktische Bedeutung des Themas beschränken.

Ein erstes praktisches Postulat erblickt er nun darin, dass der Staat bei allen seinen Tätigkeiten sich halten soll an Grundsätze des Rechtes. Was der Staat tut, soll er nach rechtlichen Grundsätzen unternehmen, womit nicht gesagt sein soll, dass diese Grundsätze in einem Gesetz enthalten sein müssten, sofern nur die rechtsanwendenden gerichtlichen oder administrativen Behörden sich selbst zu Grundsätzen bekennen, wo das Gesetz schweigt. Wenn beispielsweise eine Gemeinde ihre Angehörigen mit Elektrizität versorgen will, hat sie sich nicht nur darauf zu besinnen, wie sie sich den Strom am besten verschafft und ihn am vorteilhaftesten verkauft, gleichwie es ein privates Unternehmen tun würde; sie hat ihre Tätigkeit nicht bloss durch beliebige Verträge, sondern durch Grundsätze zu bestimmen und ihre Aufgabe, ihre Rechte und Pflichten gegenüber dem Publikum durch Rechtssätze festzulegen, auf die jedermann sich berufen kann.

Wenn nun solche Grundsätze aufgestellt werden müssen, so ist auch für die Einheitlichkeit, die Folgerichtigkeit des staatlichen Vorgehens gesorgt, aber die Folgerichtigkeit hat nur Sinn, wenn sie im Dienste richtiger Grundsätze steht; unrichtige Grundsätze, folgerichtig durchgeführt, haben keinen Sinn. Welche Grundsätze sind aber die richtigen? „Was ist Gerechtigkeit?“ möchte man nach Pilatus fragen? In dieser Frage liegt die Haupt schwierigkeit.

Die positivistische Wissenschaft meinte, es gebe dafür keinen allgemeingültigen Maßstab. Es hänge ab von der Zufälligkeit der Geschichte, welche Rechtssätze als die richtigen aufgefasst würden. Die Antwort auf die Frage, ob ein Gesetz wirklich richtig sei, sei also ganz subjektiv und könne keinen Anspruch auf objektive allgemeine Gültigkeit erheben. Diese Ansicht stimmt nicht.

Das Gesetz will verbindlich sein und den vernünftigen Menschen zu einem bestimmten Handeln auffordern. Das kann es nur tun, wenn Vernünftiges und Unvernünftiges, Gerechtes und Ungerechtes nicht nur subjektive

Einbildungungen sind, sondern auf einem allgemeingültigen Maßstab beruhen. Dieser ist die Idee der Gerechtigkeit. Um ein allgemeingültiger Maßstab zu sein, muss er für alle Rechtssätze gelten. Er kann also nicht selbst ein Rechtssatz sein. Wenn man sich beispielsweise fragt, ob die Autohaftpflicht nach dem Grundsatz „Casus sentit dominus“ geordnet werden soll, kann man nicht umhin, wieder zu fragen, ob dieser Grundsatz auch richtig sei. Wonach soll dies beurteilt werden? Wenn es nach einem anderen höheren Rechtssatz geschieht, so wird sich hier wieder dieselbe kritische Frage stellen: ob er denn gerecht sei. Der Maßstab kann also nur die Idee des Gerechten sein, die selbst noch kein Rechtssatz ist und nur als Maßstab zur Beurteilung aller dienen kann.

Die Idee der Gerechtigkeit kann man, als Ausgangs-Idee, nicht definieren, d. h. zergliedern; sie ist eine einfache primäre Erkenntnis, nicht eine abgeleitete, und die einfachen Sätze lassen sich nicht weiter analysieren. Die Idee des Gerechten ist unbeweisbar und undefinierbar, aber deshalb nicht weniger begründet. Es ist die Idee, um welche sich praktisch oft die ganze Diskussion im Parlament und Gericht dreht.

Recht und Staat sind nicht Tatsachen der Geschichte, des zufälligen Geschehens, sondern es sind Postulate, Forderungen. Was objektiv gelten soll, die Forderung, ist unabhängig davon, was bis heute als Recht gegolten hat. Die Idee ist unabhängig von der Geschichte.

Der Korreferent, Herr Prof. Schindler, Zürich, macht folgende Ausführungen: Wenn der Schweizer. Juristenverein das Thema „Recht und Staat“ zur Diskussion stellt, so ist dies ein Zeichen dafür, dass auch dem schweizerischen Juristen das Verhältnis von Recht und Staat problematisch geworden ist. Das wäre vor 20 oder 30 Jahren nicht möglich gewesen. Damals nahm man es als selbstverständlich an, der Staat schaffe das Recht, dieses sei eine blosse Emanation des Staates. Die Ereignisse des Krieges und

der Nachkriegszeit haben Zweifel an dieser Meinung aufkommen lassen. Gerade die Überspannung jenes Standpunktes hat ihn erschüttert. Im besonderen haben die revolutionären Umwälzungen dazu geführt, dass der staatliche Apparat häufig zum Erlass von Massnahmen gebraucht worden ist, die das Rechtsempfinden verletzten, so dass sich die Frage ganz von selbst einstellte, ob denn wirklich *der Staat das Recht schaffe*, oder ob nicht umgekehrt *der Staat dem Rechte unterworfen sei*. In der Tat ist dieser letztere Standpunkt neuerdings häufig vertreten worden, vor allem in Deutschland. Man kann aber auch nicht einfach sagen: Der Staat ist dem Recht untergeordnet; denn woher sollen die unzähligen Rechtsnormen, denen wir unterstehen und die notwendig sind, kommen, wenn nicht vom Staat? Die Behauptung, der Staat unterstehe dem Recht, kann unmöglich die Meinung haben, dass jede der einzelnen der einmal bestehenden Gesetzesbestimmungen unabänderlich feststehe. Aber anderseits kann auch nicht die Behauptung richtig sein: Recht ist, was der Staat als solches deklariert. Was soll dann richtig sein? Diese Frage ist nicht bloss akademischer Natur, sie ist auch gesetzgebungsrechtlich von grosser Bedeutung.

Die Voraussetzung für die richtige gesetzgebungsrechtliche Behandlung des Problems ist eine Untersuchung des *begrifflichen* Verhältnisses von Recht und Staat. Der Korreferent weist darauf hin, dass er in dieser Untersuchung seine Aufgabe erblickt habe und dabei in seinen schriftlichen Ausführungen so vorgegangen sei, dass er einen summarischen Überblick über die neueren Richtungen der Rechtsphilosophie gegeben und daneben seinen eigenen Standpunkt in grossen Zügen dargelegt habe. Im Resultat habe sich eine ziemlich weitgehende Übereinstimmung mit der Auffassung Prof. Burckhardts herausgestellt.

Nach Ansicht Prof. Schindlers ist der Ausgangspunkt für die Untersuchung die Erkenntnis, dass der Gegenstand, mit der die Geisteswissenschaft, also auch die Rechts-

wissenschaft zu tun hat, *dualistisch* gestaltet ist. Er vereinigt zwei Dimensionen in sich, die als geistige Inhalte und äussere Akte unterschieden werden. Der äussere Vorgang und der sachliche Sinn sind incommensurabel und liegen auf verschiedener Ebene, sind aber notwendig vereinigt.

Die spezifische Form, die dieser Gegensatz in der Rechtswissenschaft annimmt, ist derjenige zwischen *normativer* und *soziologischer* Auffassung des Rechts. Die normative Betrachtung sieht im Recht ausschliesslich das Sollen. Das Recht ist danach ein in sich geschlossenes System, seine Beziehungen zum übrigen gesellschaftlichen Leben werden nicht beachtet. Umgekehrt legt die soziologische Rechtslehre ausschliesslich auf diese Beziehungen das Hauptgewicht. Demnach ist das Recht ein Teil des umfassenden gesellschaftlichen Lebens.

In der Rechtswissenschaft zeigt sich die merkwürdige Erscheinung, dass dieser Gegensatz häufig *übersehen* oder auch *masslos übertrieben* worden ist. In beiden Fällen hat man das Recht durchaus einseitig entweder als rein *normativ* oder als rein *soziologisch* aufgefasst. Eine Übertreibung des Normativen findet sich beispielsweise in *Kelsens reiner Rechtslehre*. Seiner Auffassung nach ist die Frage nach der Wirkung des Rechts, nach seiner Entstehung, seinem Verhältnis zur äusseren Wirksamkeit, unjuristisch. Von der Welt des Rechts führt kein Weg zur Welt der Naturwirklichkeit. Der Staat ist keine äussere Wirklichkeit, sondern nur die „Einheit der Rechtsordnung“. Alle Substanz ist aus dieser Rechtslehre soviel als möglich ausgepresst und alles möglichst auf rein logische Relationen gebracht. Die gegenständige Auffassung enthält die *soziologische Rechtslehre*. Für sie ist das Recht ein Produkt gesellschaftlicher Kräfte. Der Geltungsgrund des Rechts liegt darin, dass die subjektiven Wünsche und Meinungen der Individuen oder einzelnen Gruppen sich vereinigt und gleichsam ein Parallelogramm der Kräfte gebildet haben, dessen Resul-

tante das Gesetz ist. Damit ist jedoch die ratio des Gesetzes nicht erkannt, denn wenn es Verbindlichkeit für alle haben soll, muss er mehr sein als bloss die zufällige Summe subjektiver Wünsche der einzelnen. Sein Charakter als Norm fliesst aus einem objektiven Wert, nicht aus soziologischer Quelle.

In allem Recht sind das *Normative* und das *Soziologische* immer vereinigt. Ein Gesetz entsteht bis zu einem gewissen Grade aus einem Parallelogramm politischer Kräfte, aber es ist auch bis zu einem gewissen Grade die Verkörperung objektiver vernünftiger Postulate. Es ist falsch, das Recht nur in der einen oder andern Dimension zu suchen. Man kann weder die eine auf die andere reduzieren, noch beide auf eine gemeinsame Wurzel zurückführen. Es erhebt sich somit die Frage, ob hier eine Antinomie vorliegt, wie Kelsen sie behauptet. Prof. Schindler verneint dies indessen, indem er darauf hinweist, dass beide Dimensionen im Recht beisammen sind. Dieser Zusammenhang ist ein *dialektischer*. Man muss das Recht *gleichzeitig von beiden Seiten* sehen, kann es auch nur so sehen. Im Recht werden das Normative und das Soziologische zu einer dialektischen Einheit zusammengefasst. Das Normative und das Soziologische werden in diesem Fall als Momente der Einheit „Recht“ bezeichnet.

Die verschiedenen Normarten (Recht, Sitte, Sittlichkeit, Moral) lassen sich aus dem nur Normativen heraus nicht unterscheiden, sondern nur wenn man Normordnungen in Verbindung bringt mit der *aussernormativen Wirklichkeit*. Nur indem eine Norm mit einer bestimmten Gestaltung der äusseren Wirklichkeit in Verbindung tritt, kann sie aus einer abstrakten Norm zu einer Rechts- bzw. Sittennorm werden.

Hier ist nun der Punkt, wo der Begriff des Staates in den Begriff des Rechtes eintritt. Die äussere Wirklichkeit ist nämlich der Staat. Das Recht steht in *maximaler* Beziehungsnähe zum Staat. Was der Staat zum Recht hinzubringt, damit aus der Normativordnung positives

Recht wird, ist *die Macht*, die primär etwas Soziologisches ist. Sie verschmilzt mit der Normativordnung, dem Sollen, zu einer dialektischen Einheit, dem positiven Recht.

Der Staat ist ein Moment im Begriff des Rechts. Nur indem er auf das Recht sinnbezogen ist, wird er aus einer blossen Gewaltsorganisation zum Staat. Ohne diesen Sinnbezug ist die Macht gleichsam nur in soziologischem Rohzustand vorhanden und besteht neben der Macht anderer Menschengruppen wirtschaftlicher, politischer, konfessioneller Art. Indem die Macht auf das Recht sinnbezogen ist, wird sie dazu legitimiert, höchste Macht, souveräne Staatsgewalt zu sein.

An dieser Stelle setzt sich der Korreferent mit dem Referat des Herrn Prof. Burckhardt auseinander, das Seite 216/17 von einer „imperfection congénitale du droit et de l'Etat“ spreche und darunter „l'alliance de la force et de la raison“ verstehe. Diese alliance kann man, so erklärt Prof. Schindler, nur dann als eine imperfection auffassen, wenn man annimmt, richtigerweise sollte nur Vernunft (oder vielleicht auch nur die Macht) massgebend sein. Aber diese „alliance de la force et de la raison“ scheint gerade das Wesen von Recht und Staat auszumachen. Deshalb dürfte hier die *dialektische Auffassung* das Richtige treffen, die von vornherein annimmt, dass das Recht gleichsam der Schnittpunkt — oder die Synthese — von zwei verschiedenen Bestimmungen, der Macht und der abstrakten Norm ist, zwei Bestimmungen, die einander koordiniert sind, wo also nicht die eine gleichsam als das gute und die andere als das böse Prinzip erscheint.

Der Dualismus von Normativem und Soziologischem ist auch im *Rechtsinhalt* zu finden, der eine dialektische Einheit von beiden ist.

Das normative Moment ist die *Ethik*. Das Recht soll den ethischen Forderungen entsprechen. Dies ist auch ein Postulat Herrn Prof. Burckhardts, der erklärt: „L'Etat en réalisant le droit, doit s'inspirer de l'idée de justice.“

Aber das Recht ist keine logische Ableitung aus der Ethik. Das Recht ergibt sich aus der Ethik nicht per *conclusionem*, sondern per *determinationem*, d. h. es muss ein weiteres Moment, die äussere Tatsächlichkeit, zur Ethik hinzutreten, damit aus der Synthese von Ethik und Stoff das Recht entsteht. Gleicher Ansicht ist auch Prof. Burckhardt, wenn er sich dahin äussert, zur Bildung des Rechtes seien erforderlich: „l'élément idéelle de la justice“ und „l'élément empirique des faits donnés“. Diese äussere Tatsächlichkeit enthält ihre eigenen Tendenzen, ihre eigene Gesetzlichkeit. Die Tendenzen tun sich insbesondere kund in den Wünschen der politischen Parteien, international in den Wünschen und Bestrebungen des Staates nach erhöhter Geltung, wirtschaftlicher Besserstellung oder nach Sicherung. Sie können zurückgeführt werden auf *vitale Notwendigkeiten* oder *vitale Bedürfnisse*. Ethische Forderung und vitales Bedürfnis, die in Spannung zueinander stehen, müssen zu dialektischer Einheit verschmolzen werden. Überall im Recht findet dieser Ausgleich statt. Alles Recht ist sowohl auf die ethische Forderung wie auf die vitalen Bedürfnisse sinnbezogen. Ein Beispiel bietet das Recht mit Bezug auf die *Selbsterhaltung* des Staates. Es ist vitales Erfordernis, dass der Staat sich gegen Angriffe verteidigt und dafür eine schlagkräftige Armee hält. Anderseits ist es ethische Forderung, den Krieg zu verhindern und das Töten zu vermeiden. Zwischen diesen Forderungen besteht eine starke Spannung. Das Recht muss sie zur Synthese zusammenfassen. Würde es nur der einen oder anderen Forderung entsprechen, so führte das zu unmöglichen Konsequenzen. Wird das blosse Prinzip der Selbsterhaltung überspannt, so führt das zum Wettrüsten, zu internationalen Spannungen, zum Krieg. Wird das ethische Gebot überspannt, so ruft dies einer einseitigen Abrüstung, zur Wehrlosmachung des Staates und damit in jedem kritischen Moment zum Untergang.

Die Synthese ist in den Rechtsprinzipien, welche die Schweiz für sich aufgestellt hat, besonders gut gelungen. Die dauernde Neutralität und die weitgehend anerkannte Schiedsgerichtsbarkeit einerseits und die Aufrechterhaltung einer Armee anderseits bilden einen Komplex von Rechts-sätzen, die sowohl der einen wie der andern Forderung gerecht werden. (Es werden einige weitere Beispiele angeführt.) Im Recht ist immer die Spannung zwischen den beiden Momenten zu überwinden. Es bedarf dazu des Zwanges, d. h. der im Staat organisierten Macht, nicht nur, um sich gegen Widerstände der Aussenwelt durchzusetzen, sondern auch, um diese inneren Spannungen zu über-brücken.

Wie den beiden *inhaltlichen*, so muss das Recht auch den beiden *formalen* Momenten entsprechen. Es ist, ganz abstrakt gesprochen, *Ordnung*, und diesem Moment entspricht es um so eher, je starrer, formaler und schematischer es ist. Und das Recht muss *Macht* besitzen, um positiv zu sein. Die Macht braucht sich nicht von aussen auf-zudrängen. Sie kann auch darauf beruhen, dass das Recht die Zustimmung der Rechtsgenossen geniesst.

Das Recht setzt den Staat voraus. Der Staat ist ein Moment im Begriff des Rechts und umgekehrt bedarf der Staat des Rechts zu seiner Legitimierung. Dieses ist ein Moment im Begriff des Staates.

An dieser Stelle setzt sich der Korreferent mit der Ansicht Prof. Burckhardts, die einzige Aufgabe des Staates sei die Verwirklichung des Rechts, auseinander, wobei er ausführt, mit dem Grundgedanken, wie er im Referat Burckhardt entwickelt worden sei, übereinzustimmen, jedoch gegen die Formulierung Bedenken zu haben. Wenn die einzige Aufgabe des Staates die Verwirklichung des Rechtes ist, so wird er zu einem blossen Mittel. Der Zweck ist dann das Recht. Man könnte dann fragen, was ist der Zweck des Rechtes? Antwort: Das Gemeinwohl. Auf diese Antwort könnte eine entsprechende Frage gestellt werden, und so weiter. Es ist nicht recht einzu-

sehen, weshalb man mit der Kette von Mittel und Zweck beim Recht stehnbleiben soll. Man könnte auch beim Staat stehnbleiben und dann das Recht als Mittel für Stärkung des Staates ansehen. Die Frage nach dem Zweck des Rechtes und des Staates bedürfte einer metaphysischen Antwort, allein das Verhältnis von Staat und Recht ist von einer solchen Antwort unabhängig.

Zudem ist es schwierig, alle Tätigkeit des Staates als Verwirklichung des Rechtes aufzufassen. Es gibt auch freie Tätigkeit, wie beispielsweise Ausrichtung von Subventionen.

*Recht und Staat müssen als sich gegenseitig bedingend und voraussetzend angesehen werden*, jedes ist bis zu einem gewissen Grade Zweck, aber auch Mittel für das andere. Wenn aber der von Herrn Prof. Burckhardt ausgesprochene Satz bedeutet, dass der Staat bei jeder, auch in seiner freien Tätigkeit, nach Grundsätzen handeln soll, die Grundsätze einer Gesetzgebung sein könnten, ist ihm zuzustimmen.

Man versucht vielleicht einzuwenden, das alles sei nur ein frommer Wunsch. Das wäre falsch. Was hier entwickelt wurde, will mehr sein, es will Einsicht in das Wesen von Staat und Recht sein, es will die notwendigen, unausweichlichen Merkmale von Staat und Recht angeben.

Ist dies richtig, dann muss allerdings das, was durch eine *rationale Überlegung* gefunden worden ist, in der *praktischen Erfahrung* bestätigt werden können. Allerdings ist es zutreffend, dass aus der empirischen Erfahrung nicht eine rationale Erfahrung deduziert werden kann. Die *rationale* Wahrheit muss sich aus *rationalen* Gründen ergeben. Aber umgekehrt werden wir in der rationalen Wahrheit bestärkt, wenn sie durch die Erfahrung bestätigt wird. Geht nun die Erfahrung dahin, dass das Recht nur dann bestehen kann, wenn es jene vier Momente umfasst, wenn es eine *Ordnung* ist, die durch *Macht* geschützt ist, die *ethische* Forderungen verwirklicht, aber auch *vitalen* Erfordernissen entspricht, und dass der Staat

nur bestehen kann, wenn er sich mit *solchem Recht* verbindet? Dies ist zu bejahren. Wenn Staat und Recht den erwähnten Erfordernissen nicht entsprechen, dann brechen sie zusammen.

Der erste Votant, Herr Prof. *Eduard His* (Basel), freut sich über den Versuch des Vorstandes, ein rechts-theoretisches Problem als Diskussionsthema zu wählen, und erwartet auf Grund der ideenreichen Referate eine ergiebige Aussprache. Um die Diskussion anzuregen, möchte er vor allem betonen, dass ihm im ersten Referat (Burckhardt) die Unterscheidung von „normativer“ und „soziologischer“ Rechtsbetrachtung (Sollen und Sein) ungenügend durchgeführt erscheint, während das Korreferat (Schindler) hierin schärfer ausgebaut ist. Mehrere Sätze des Referenten sind nur verständlich, wenn sie als rechts-politische Postulate, als Sollgrundsätze, aufgefasst werden, obwohl sie missverständlich als Seinssätze formuliert sind. Der Referent sagt z. B. (S. 141a): „La règle de droit constraint d'abord moralement . . .“ und (S. 149a): „La règle de droit est donc, en principe, une règle morale . . .“ Gemeint war aber wohl, die Rechtsnorm *soll* moralisch zwingen oder moralisch sein; denn tatsächlich ist dies nicht ohne weiteres der Fall. Vielmehr gibt es häufig üble Rechtssätze und Gesetze, die mit der Moral in Widerspruch stehen. Die Moral steht aber für den einzelnen *über* dem Recht. — Der Referent erklärt (S. 155a): „L'Etat décide, quelles règles doivent être règles de droit . . .“ Doch dies ist als Feststellung einer Tatsache gedacht unrichtig; es gibt ausserstaatliches Recht. Das römische Kirchenrecht z. B. ist bei uns auch objektives Recht, wenn auch nicht staatlich geschützt. Zu weit geht auch der Satz (S. 169a): „Il faut postuler dans le sens indiqué le monopole de la création du droit pour l'Etat.“ Das gilt vielleicht momentan bei uns als rechtspolitisches Postulat, ist aber nicht allgemeingültiger Grundsatz. In anderen Staaten bilden die Parteien Recht (Fascismus, Sowjets). Eine

spätere Generation ist vielleicht froh, wenn auch andere Autoritäten als ein übler Staat Recht schaffen. — Der Satz des Referenten (S. 176a): „La réalisation du droit est la *seule* tâche de l'Etat; c'est son *seul* but“, ist viel zu eng gefasst. Der Staat hat in den verschiedenen Epochen der Geschichte ganz verschiedene Hauptzwecke verfolgt. Ursprünglich war er vor allem Machtstaat, ohne Rücksicht auf das Recht. Gelegentlich war sein Hauptzweck die Verwirklichung einer Religion (mohammedanische Staaten, römischer Kirchenstaat vor 1870). Heute wird der Staat vom blossen Rechtsstaat stets mehr zum Wohlfahrtsstaat, dem das materielle Wohl der Volksgenossen die Hauptsache ist, oder zum Wirtschaftsstaat, der selbst wirtschaftliche Geschäfte betreibt, oder er ist Kulturstaat, der kulturelle Werte schützen will. Bei alledem ist ihm die Rechtsregel wohl selbstgesetzte Norm für sein Verhalten, aber nicht oberster Zweck. Insofern ist die Bestimmung des Staatszwecks durch den Referenten historisch nicht richtig und teleologisch zu eng. Es heisst auch hier scharf unterscheiden zwischen Seinstatsachen und Sollenspostulaten. Der Referent konstruiert, ausgehend von gewissen Bedingtheiten der Gegenwart, ein Idealrecht und einen Idealstaat; darin liegt die beschränkte (nicht absolute) Geltung seiner Postulate.

M. le Prof. Dr. C. *Du Pasquier*, juge cantonal, Neuchâtel, explique que l'opinion de M. le Prof. His, qui reproche à M. Burckhardt d'avoir établi entre le droit et l'Etat une union indissoluble, lui est sans doute inspirée par sa spécialisation comme historien du droit. Mais elle méconnaît le point de vue auquel s'est placé l'éminent rapporteur, point de vue qui, loin d'envisager la genèse du droit, en examine purement la notion philosophique: il ne s'agit pas de savoir si, en fait, le droit est toujours engendré par l'Etat, mais bien quelle est la relation logique et conceptuelle (begrifflich) entre ces deux entités.

Sur ce terrain, les auteurs des deux remarquables travaux qui nous ont été présentés sont unanimes à mettre d'abord en lumière la notion de *droit positif* et à la rattacher étroitement à celle de l'Etat. Il faut les en féliciter, car, à ne vouloir reconnaître comme droit que les règles qui correspondent à une certaine orientation, à incorporer à la notion de droit un contenu, *une matière*, on introduit la confusion. Le seul moyen de parvenir à une construction claire est de déterminer d'abord, comme première étape, les éléments formels du droit positif, dont la consécration par l'Etat est l'essentiel.

Toutefois, après ce premier pas, nos rapporteurs ont tenu à pas nous laisser en face du cadre vide de cette notion formelle: ils ont soumis l'Etat à l'impératif de l'idée du juste, des principes éthiques, et ici encore on ne peut que les approuver. Ceux qui, comme moi, sont attachés à certaines traditions, auront cependant éprouvé une certaine déception en constatant que ni M. Burckhardt, ni M. Schindler ne nous ont apporté de précision à ce sujet et j'aurais été heureux qu'à propos de l'idée du juste, un accent fût marqué sur le rôle essentiel que joue à cet égard la valeur de la personnalité humaine.

Quoiqu'il en soit, les doctrines qui nous ont été exposées ont le mérite de séparer nettement le droit positif et la morale (du point de vue formel), mais de soumettre le législateur à des principes moraux (du point de vue matériel). Cette conception me paraît juste et j'en voudrais souligner deux conséquences: tout d'abord le problème du conflit entre le droit et la morale n'est pas un problème juridique; le droit ne saurait admettre qu'il soit licite de lui résister; seule la morale pourra, dans des cas très particuliers, admettre cette insoumission. En second lieu, notre législation suisse, qui fait aux considérations morales une très large place (pouvoirs étendus du juge pour tenir compte de l'équité, refus de protection à l'abus du droit, etc.) — suit le bon chemin pour supprimer les frottements entre les rigueurs légales et les appels de l'équité.

Les exposés des rapporteurs, quelles que soient leurs divergences au sujet de quelques nuances, nous apportent ainsi des constructions solides, aptes à satisfaire ceux qui réfléchissent aux problèmes généraux que soulève notre science juridique.

Rechtsanwalt Leo Victor Bühlmann führt aus: Leider kam ich wieder erst in den letzten Tagen dazu, die gedruckten Referate von Herrn Professor Burckhardt und Herrn Professor Schindler zu lesen. Angeregt wurde ich besonders durch die Anfangsbemerkung des Referenten auf Seite 221, dass die Frage die heutigen Juristen beschäftige, die sich solchen Problemen *überhaupt* zuwenden... Bis vor einigen Jahren hatte ich den gleichen Unterlassungsfehler gemacht, indem ich mich auf die *analytische* Rechtswissenschaft mit ihren engen Grenzen des objektiven und subjektiven Rechtes als dem Inbegriff der *bestehenden* Rechtsnormen und der *daraus* fliessenden Befugnisse beschränkte. Ich kann die konziliante Andeutung des Herrn Referenten an die Juristen nur unterstützen, fällt doch durch den Eintritt in die *synthetische* Rechtsphilosophie manche Engstirnigkeit zum Wohle der Rechtsgemeinschaft und der Rechtsentwicklung.

Das heutige Thema „Recht und Staat“ führt uns in eine Welt grauenhafter Tiefe, wird doch der Ausspruch eines Rechtsphilosophen zitiert: „Der Staat ist für die Rechtsphilosophie, was die menschlich undurchdringliche Substanz mit ihren Attributen Materie und Geist für die Naturphilosophie ist.“

Ich bekenne mich zum *Monismus der Naturphilosophie*. Das führt zur Ablehnung des *Dualismus* auch auf dem Gebiete der *Rechtsphilosophie*. Der Mensch erscheint daran als *Teilsystem der Natur und ist Träger ihrer höchsten Entwicklung*. Aus diesem *einheitlichen* Grundgesetz fliessen die menschlichen Kulturbegriffe, die Begriffe des Rechtes und des Staates. *Die Ideale werden als reale Teilkräfte des Naturgeschehens anerkannt*. Das führt zu der Erkennt-

nis, dass die Rechtsentwicklung von der primitivsten Vorstellung bis zum heutigen Rechts- und Staatsideal nie die geschlossene Kette der Naturkausalität verlassen hat. Und das wird so bleiben!

Zur Erkenntnis des Verhältnisses von Recht und Staat hat sich der Referent, Herr Prof. Schindler, der dialektischen Methode bedient. Durch die Methode der monistischen Naturphilosophie kommen wir zum *gleichen* Resultat, das sich auch mit den Konklusionen von Herrn Prof. Burckhardt deckt. Von *Natur* aus ist der Mensch von *sozialer* Veranlagung. Das führt zur Vereinigung der Individuen, was eine Regelung der Lebensverhältnisse zueinander und zur gesellschaftlichen Einheit fordert. Hier offenbart sich ein unfehlbares *Naturgesetz* als Grundlage der gesellschaftlichen Ordnung. Es ist das naturgesetzliche Gebot der *Anpassung* des Lebens des einzelnen Individuums an die Lebensberechtigung der anderen Individuen. Es ist das auch gleichzeitig das Grundgesetz des Friedens in der menschlichen Gesellschaft und gibt dem Begriff der Rechtigkeit durch den *Ausgleich* zwischen Individualismus und Kollektivismus *realen* Inhalt. Allerdings gibt der einzelne Mensch in der Gesellschaft, also auch im Staate, einen Teil seiner Freiheit auf, *aber nur um als ein Glied der Gesellschaft und des Staates mehr Freiheit zu gewinnen*. Ein grosser Philosoph hat gesagt, dass der sozial ungebundene Mensch ein unausstehliches Individuum sein kann. Der Staat *schützt* aber die Gesellschaft vor solchen asozialen Elementen. *Die Rechtsbildung fliesst aus dem Rechtsgefühl, aus dem daraus entstehenden Rechtsbewusstsein und dem damit orientierten Rechtswillen*. Wer die Befugnis der darauf beruhenden Rechtssetzung hat, entscheidet sich nach den verschiedenen Gesellschafts- und Staatssystemen, von der absoluten Monarchie bis zur reinen Demokratie. Dieses Gebiet steht ausserhalb des Referates, was auch der Referent erklärte. Dass der *Einzelwille* im *Kausalgesetz* des *Naturgeschehens* liegt, wird ausser dem übernatürlichen Dogmatismus anerkannt. Die Vereinigung der

Einzelwillen als Grundlage der Rechtssetzung in der Gesellschaft und im Staate unterliegt somit dem *gleichen Naturgesetz*. Es erübrigt sich auch hier — weil ausserhalb des Rahmens des Referates liegend —, auf die unzähligen, in der Verschiedenheit der menschlichen Natur, des menschlichen Rechtssinnes und des menschlichen Rechtswillens liegenden Faktoren einzutreten, welche den rechtssetzenden Gesamtwillen eines Staatsvolkes beeinflusst. Es ist daraus zu erkennen, *dass Recht und Staat den gleichen naturgesetzlichen Ursprung haben, dass das Recht dem Staat und seiner Macht den Sinn und Zweck seiner Existenz gibt, und der Staat und seine Macht die Durchsetzung des Rechtes ermöglicht. Die Bildung der normativen Ordnung, die Bildung der Macht des gesellschaftlichen Zusammenschlusses (formale Seite des Rechtes und des Staates), die Bestimmung des Inhaltes der Rechtsnormen auf Grund der ethischen und vitalen Bedürfnisse der Gesellschaft, die Wahl des Schutzes der Rechtsgüter (materiale Seite des Rechtes) sind nichts anderes als Komponenten der in der Gesellschaft und im Staate verbundenen Einzelwillen, bzw. des Gesamtwillens, und fliessen aus dem gleichen Naturgesetz, das mit elementarer Sprache zum Schutze der Selbsterhaltung des Individuums und der Gesellschaft die Lebensanpassung gebietet.*

Mit dem Referenten gehen wir einig, dass die von ihm angeführten *vier Komponenten zum Rechtsstaat* führen und dass ein Rechtsstaat schon dann vorhanden ist, wenn er die objektive Möglichkeit zu einer derart gerechten Regelung der Lebensverhältnisse der Individuen zueinander und zur Gesamtheit bietet. Ob die Wohlfahrt eines solchen Rechtsstaates zur vollen Auswirkung kommt, hängt allerdings von der Natur der Individuen ab, und über diese sehr natürliche und menschliche Seite des Staats- und Rechtsgebrauches, speziell über die Erscheinungen der Aktivität des Willens einzelner und der Passivität des Willens der Volksmasse, könnten wohl am besten die Staatenlenker und die Volksvertreter berichten.

Der *Dualismus* zwischen Sein und Sollen wird nach unserer rechtsphilosophischen Auffassung *abgelehnt*. Die Wechselbeziehung aus dem einheitlichen Naturgrundgesetz ist auch von einigen vom Referenten zitierten Rechtsphilosophen anerkannt worden. *Das Sollen fliesst aus dem Sein und ist bestimmt, das Sein zu ordnen*, soweit die Natur dem Menschen die *Möglichkeit* der Ordnung des Seins bietet. Was vom Sein ordnungsfähig und ordnungswürdig ist, hat uns die empirische Erkenntnismethode seit Tausenden von Jahren vermittelt und sie vermittelt diese Erkenntnis täglich.

Wir gehen mit den Referenten darin einig, dass das Recht den Staat an sich überragt, weil das Recht sich intensiver mit den ethischen und vitalen Bedürfnissen der einzelnen Gesellschaftsmitglieder befasst und der Staat die Aufgabe hat, die im Rechte enthaltenen Gerechtigkeitsideen zu verwirklichen.

Was die Entwicklung des Rechtes, insbesondere durch ethische Kräfte, anbetrifft, so liegt uns ein praktisches Musterbeispiel gegenwärtig auf unserem Rechts- und Staatsgebiet vor. Der Entwurf zum Eidgenössischen Strafgesetz wird vom Autor, Bundespräsident Häberlin, unter der *ethischen* Devise verfochten:

„*Wir wollen im Verbrecher den Menschen erfassen!*“

Zum Schlusse möchte ich noch bemerken, dass ich mit meiner Stellungnahme nicht einen Disput mit den Richtungen des metaphysischen Dogmatismus heraufbeschwören will. Wir streiten heute nicht darüber, ob die Einsicht in das wirkliche Recht aus einer von der Natur getrennten Geisteswelt oder aus einer mit der Natur verbundenen Geisteswelt kommt. Wir haben Achtung vor der Überzeugung Andersdenkender und stehen zum weltlichen Rechtsgrundsatz der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der für alle gilt. Versöhnend stellen wir fest: *Wir begegnen uns auf der gleichen Höhe der aufrichtenden Meditation über das, was jeder Mensch von der Offenbarung der schöpferischen Urmacht innerlich erlebt!*

M. Piller relève le grand honneur que le Comité de la Société a fait à la langue française et aux juristes romands par la désignation de l'éminent professeur Burckhardt comme premier rapporteur chargé de traiter en français la question de l'Etat et du droit.

Personne ne s'étonnera qu'un second romand intervienne dans la discussion, ceci d'autant moins qu'il s'agit d'une question capitale qui préoccupe tout juriste digne de ce nom.

Les rapporteurs ayant cru devoir écarter un système qui réunit en une synthèse harmonieuse et solide les notions „Etat“ et „droit“ et qui situe exactement l'Etat en face de l'individu comme en face des autres groupements publics et privés, il paraît indiqué d'en exposer les grandes lignes.

On ne pourra ni entrer dans beaucoup de détails, ni même prendre position sur tous les points; au reste il ne s'agit pas en ces matières de questions qu'une majorité pourrait trancher.

Après M. Du Pasquier, M. Piller est heureux de pouvoir constater publiquement l'accord des deux rapporteurs sur un point: sur le fait qu'il y a des impératifs qui s'adressent à l'Etat et à l'organe étatique chargé de déclarer ce qui est de droit, impératifs que l'Etat ne peut pas ignorer, auxquels il ne peut pas se soustraire: l'idée du juste comme l'appelle Burckhardt, „die ethischen Forderungen“ dont parle Schindler. Mais il doit regretter que les rapporteurs n'aient pas analysé de plus près ces notions et qu'ils se soient bornés — résultat bien maigre d'efforts marqués au coin d'une érudition si vaste — à analyser les rapports du droit positif et de l'Etat et qu'après avoir proclamé un principe, ils aient omis les conséquences qui en découlent. Les rapporteurs, d'accord pour répudier le positivisme juridique, le sont également avec MM. His et Du Pasquier pour ne pas admettre que ces principes supérieurs puissent avoir le caractère de principes juridiques.

Pourquoi rejettent-ils ainsi le droit naturel, puisqu'il faut l'appeler par son nom?

Pour M. Schindler, le droit naturel ne peut pas rentrer dans la catégorie du droit, parce qu'il ne tiendrait compte que de l'élément éthique ou moral et ferait abstraction des exigences sociales, „der vitalen Bedürfnisse“.

M. Burckhardt tient la conception du droit naturel pour périmée et caduque, pour deux raisons. En premier lieu, il place ce droit devant un dilemme: ou bien ce prétendu droit est un système complet de principes applicables partout et toujours, ce qui n'est pas, ou bien ces principes peuvent être appliqués de différentes manières, ce que l'on constate historiquement, et alors ils ne sont pas les principes premiers des règles du droit. La seconde raison est tirée de la souveraineté de l'Etat. Si l'on admettait que l'Etat est lié par des principes arrêtés, même incomplets, le législateur ne serait plus libre dans la détermination du droit positif.

Que vaut cette dernière objection, qui revient à faire de la question du droit naturel par rapport à l'Etat une question de prestige et à poser en principe que reconnaître l'existence d'un droit qui lui serait supérieur équivaudrait pour l'Etat à renoncer à un attribut essentiel, celui de sa souveraineté?

D'emblée il faut relever une double contradiction, celle qu'il y a d'une part „à admettre que pour le législateur il existe un principe directeur, principe supérieur à la loi positive et critère par conséquent de la valeur des décisions dudit législateur“, et à souligner que „la loi positive n'est obligatoire que si elle procède d'un principe dont elle est la réalisation“ et, d'autre part, à affirmer quelques pages plus loin que, „si c'est le législateur qui doit décider sous sa responsabilité quelles règles le droit positif doit consacrer, . . . il ne peut être lié d'avance par des principes arrêtés, même incomplets, dont l'examen critique lui est interdit“, et en second lieu la contradiction qu'il y a entre la souveraineté de l'Etat ou du législateur considérée, pour les besoins de la thèse, comme absolue et le droit reconnu à l'individu de décider en dernière analyse si les lois de

l'Etat sont raisonnables ou non et de refuser de leur obéir, droit qui place l'individu au-dessus de l'Etat, contradiction que M. Burckhardt signale d'ailleurs lui-même et qu'il renonce à expliquer.

On peut mentionner, en passant également, l'incompatibilité radicale qu'il y a entre la conception absolutiste de la souveraineté de l'Etat et du pouvoir législatif et l'existence du droit des gens, droit qui seul permet à un petit pays de traiter d'égal à égal avec les autres.

Et touchant l'objection elle-même, M. Piller conteste soit la souveraineté du pouvoir législatif, soit celle de l'Etat au sens que l'on s'attarde à attribuer à ce terme.

Tout d'abord, la souveraineté du pouvoir législatif est un mythe. Si l'on analyse les divers pouvoirs étatiques, on constate qu'aucun n'est en réalité souverain, pas plus le législatif qu'un autre. On peut parler de la souveraineté de la loi, tout en se souvenant que l'on a déjà aussi parlé de l'impuissance de la loi et en rappelant encore l'existence du droit coutumier; on ne peut pas parler de la souveraineté exclusive d'un pouvoir; si néanmoins on y tient absolument, tout au plus pourrait-on parler de la souveraineté du gouvernement, même par rapport à l'activité législative. La souveraineté illimitée de l'Etat n'existe pas davantage; il y a longtemps déjà que Kelsen — qui d'ailleurs s'est lui aussi arrêté en chemin et beaucoup trop tôt — a démontré que la synthèse du droit ne peut pas se faire dans la limite de l'ordre étatique mais qu'elle doit être cherchée au delà.

Si le temps ne faisait défaut, il serait facile de démontrer que la souveraineté, à moins d'être une notion vide de sens, ne peut signifier qu'une chose: pouvoir de libre détermination politique revenant à l'Etat en vertu de son but et dans les limites de ses droits. La souveraineté de l'Etat a des limites précises qui deviennent évidentes dès que l'on se préoccupe de serrer de près la réalité. Elle est en effet limitée par son objet: celui-ci comprend la sphère des choses publiques et civiles, qui est, si l'on veut, „was zum Staat in maximaler Beziehungsnahe steht“, et ce,

par opposition aux choses privées qui relèvent de la personnalité humaine, de la famille et des autres associations privées et aux choses religieuses qui relèvent de l'Eglise; elle l'est par son but, qui est le bien général et le bien public — par opposition au bien privé de chacun; par son territoire, tel qu'il est fixé par le droit positif et le droit international; par la souveraineté des autres Etats et de l'Eglise avec laquelle il doit se coordonner; elle l'est enfin par le droit naturel et la justice qui, émanant de Dieu, doivent être respectés par toute souveraineté humaine.

Voilà pour cette première objection. Qu'en est-il des deux autres?

Et tout d'abord est-il exact que le droit naturel sacrifie les „vitalen Bedürfnisse“ et ne se ramène qu'à des „ethischen Forderungen“?

Rien n'est plus erroné. Les besoins vitaux sont, dans la mesure où ils ont véritablement ce caractère, l'objet de l'éthique et coïncident, l'homme étant un être moral, avec les „ethischen Forderungen“. On ne peut donc pas opposer ces nécessités aux exigences morales et faire du droit la résultante d'éléments disparates. Au contraire, ces besoins relèvent à la fois de la morale et du droit. Ils sont régis par l'un et par l'autre, quoique sous des angles différents. Dès que ce que chacun prétend considérer à son point de vue comme un besoin vital apparaît comme inconciliable avec les exigences de la vie en société, la morale et le droit interviennent côte à côte pour opposer un frein à ce qui n'est que l'exagération d'un besoin et non la satisfaction d'un besoin humain. Ces exagérations étant en opposition aussi bien avec le droit qu'avec la morale, il est donc arbitraire de dire que le droit naturel ne saurait être du droit, parce qu'il négligerait les réalités alors que ces besoins vitaux sont déjà l'objet de l'éthique.

Le droit naturel doit d'ailleurs en quelque sorte fatallement tenir compte des „vitalen Bedürfnisse“ parce

qu'il prend comme point de départ l'homme lui-même, parce que c'est l'étude attentive et approfondie de la personnalité qui fait l'objet constant et central de ses préoccupations, de la nature humaine concrète et non point des êtres abstraits tels que *l'homo oeconomicus*, le *Normal-mensch* fédéral ou d'autres monstres semblables.

Qu'il en soit bien ainsi, c'est ce qui ressortira des explications qui vont suivre et qui permettront de réduire à sa valeur le dilemme dans lequel M. Burckhardt prétend êtreindre et étouffer le droit naturel.

Notre raison nous fait connaître un certain nombre de principes touchant notre attitude, notre manière d'être et d'agir; notre conscience nous en rappelle l'existence chaque fois que nous serions tentés d'y contrevénir.

Tous les hommes ont le sentiment d'un bien moral qui s'impose à eux, qu'ils doivent s'efforcer de réaliser. L'universalité de ces principes est un fait acquis. Il n'en pourrait pas être autrement; il serait inconcevable qu'alors que des lois naturelles existent dans tous les autres ordres, seule l'activité proprement humaine échappât à toute règle et à toute norme.

Parmi ces normes fondamentales, il en est qui sont simples, d'une évidence immédiate, imposant ce qui est nécessaire dans tous les cas et d'une façon absolue et interdisant ce qui, en raison du désordre qu'il implique, est intrinsèquement mauvais; elles règlent d'une façon toute générale la conduite de l'homme.

Ces normes sont absolues; elles s'imposent partout et toujours. Il s'agit de normes s'appliquant à tout, à la législation dans ses grandes lignes comme dans ses détails. Ce sont, disons-nous, des principes universels, tels, p. ex.: Il faut faire le bien et éviter le mal. — Il ne faut pas tuer, ni voler, ni diffamer. —

Il n'y a pas lieu d'établir plus longuement aujourd'hui que rien ne manque à ces principes pour qu'ils aient le caractère de véritables principes juridiques: ni le fondement, ni la précision ou la fixité — ces normes étant

inscrites au fond des consciences — les mots de justice, de fidélité à la parole donnée, d'obéissance, sont compris de tous — et leur contenu s'appuyant sur la nature humaine qui ne change pas et sur les lois non moins immuables qui président au développement de la raison — ni le caractère exécutoire, le droit naturel étant muni d'une sanction intrinsèque, à côté des sanctions extrinsèques qu'il a en commun avec le droit positif.

Il est d'autres préceptes qui sont plus complexes, qui ont besoin d'être démontrés et qui peuvent l'être facilement, mais qui supposent des situations déterminées, si bien qu'en dehors de ces situations, l'obligation ou l'interdiction pourrait disparaître: telles les dispositions de droit naturel concernant la liberté privée, l'organisation de la famille, l'exercice de la propriété. Le respect de la propriété, p. ex., s'accommodera, selon les circonstances, d'une organisation commune de la propriété, ou, au contraire, exigera la propriété individuelle; ce que le droit naturel exige toujours impérieusement, c'est une organisation qui réalise le bien commun et sauvegarde l'intérêt général de la communauté politique dont il s'agit.

On conçoit dès lors aisément qu'en ces matières le problème législatif positif ne puisse pas être „un problème de pure logique déductive, le même partout et toujours“, et qu'il soit également faux de dire, parce que les principes „ne décident pas tout“, qu'ils laissent le législateur sans principes et l'autorisent à décider arbitrairement. Un principe, norme abstraite, ne peut utilement réagir dans le concret qu'incorporé à une situation concrète déterminée. Le principe demeure universel et, comme tel, s'applique, par définition, à tout; il contient tous les détails, mais d'une façon virtuelle, seulement. Formellement, il ne peut sortir d'effets que par l'application que fait l'intellect de cet universel à une matière ou à un sujet donné. Il devient dès lors évident que les applications sont étroitement liées aux circonstances concrètes, empiriques, du temps et des lieux. Les principes sont immuables: les applications

varient suivant les circonstances. Le fait qu'il n'y a pas deux peuples qui se trouvent dans les mêmes conditions explique les différences entre les législations. La tâche du législateur consiste précisément à incorporer dans son oeuvre le maximum de justice que puisse tolérer la société bien déterminée que constituent ses contemporains.

L'objection de M. Burckhardt tombe par conséquent manifestement à faux.

A côté des principes fondamentaux et des dispositions générales que chacun peut connaître facilement, à côté des préceptes secondaires dont nous venons de parler, le droit naturel est encore susceptible d'innombrables applications. Mais celles-ci supposent la combinaison de plusieurs principes et des déductions plus ou moins longues; elles ne présentent dès lors plus la même évidence. Notre connaissance souvent imparfaite ne nous permet pas d'en saisir toujours tous les aspects. C'est précisément la tâche des spécialistes, des juristes en particulier, de les scruter, de les approfondir et de les formuler. Il reste, dans ce domaine, une place largement suffisante pour les efforts du génie humain vers l'affinement du droit et la réalisation de l'idée de justice, sans qu'il soit nécessaire, par crainte de restreindre trop le champ de son activité, de nier le caractère juridique des normes dont l'ensemble constitue le droit naturel.

Non seulement le droit naturel ne prétérira pas le droit positif, mais il l'exige et le suppose. Le droit naturel, n'envisageant l'homme qu'en tant qu'être doué de raison, ne statue rien directement, quant aux devoirs et aux droits incomptant à l'homme par le fait de son établissement dans une organisation politique déterminée. La détermination de ces droits et de ces devoirs étant nécessaire, ce sera précisément la tâche de l'Etat d'y pourvoir par le droit positif.

Cette délimitation entre le droit naturel et le droit positif est de nature à écarter tout danger de confusion, et, en outre, elle fait entrevoir les perspectives ouvertes

à l'Etat dans ce domaine, puisque le bien commun exige de lui, dans les sociétés parvenues à un certain degré de civilisation, non seulement qu'il organise les services publics, qu'il réglemente les rapports des particuliers entre eux, qu'il assure une répression efficace des infractions, qu'il protège l'indépendance nationale, qu'il assure l'ordre dans la justice, mais en outre — car ce n'est pas le droit naturel qui limite la tâche de l'Etat à celle d'un gardien de l'ordre et qui restreint sa fonction à la fixation et à l'application du droit —, il lui assigne comme tâche, secondaire sans doute, mais effective néanmoins, de promouvoir, dans l'ordre national comme dans l'ordre international, le bien commun.

Nous touchons ici à une question qui est encore beaucoup plus vaste que celle des rapports de l'Etat et du droit, celle-ci ne pouvant pas être résolue sans que celle-là l'ait été préalablement: celle du but de l'Etat, de sa fin. Il ne s'agit de rien moins que de savoir si l'Etat est là pour l'homme ou si c'est l'homme qui est là pour l'Etat, en d'autres termes, si la fin de l'Etat est supérieure à celle de la personne humaine ou si l'Etat n'est pas plutôt un moyen pour l'homme de réaliser sa fin. Et, à ce propos, il faut affirmer que la fin de l'homme est supérieure à celle de l'Etat, l'homme ayant une destinée éternelle, et l'Etat n'étant qu'un moyen de l'aider à y parvenir. Le droit naturel nous fait donc entrer dans la société avec des droits dont aucun pouvoir social ne peut nous dépouiller, droits que nos semblables ont également le devoir de respecter en nous. Il y va donc, pour chaque homme, de sa dignité personnelle, de sa liberté, de sa position dans la société.

Le droit naturel ayant rendu la société obligatoire, ayant présidé à son organisation, lui ayant donné ses pouvoirs et entrant dans tous les détails de la législation, au point d'être l'âme même des lois, s'impose comme le seul fondement possible du droit positif; seul il peut lui donner sa force obligatoire, à moins que l'on ne veuille admettre que l'Etat, expression de la force publique organisée, peut

légitimement faire de nous ce qu'il lui plaît d'en faire. Il faut choisir entre le droit naturel et la force brutale, entre une organisation d'essence juridique et le despotisme absolutiste qu'un rien seulement sépare de l'anarchie.

Ce choix ne nous intéresse pas seulement en tant que juristes: il intéresse au plus haut point chacun de nous en tant qu'homme. La méconnaissance du droit naturel et de ses principes n'est pas sans répercussion sur la conduite de l'homme ni sur la marche de la société. Il y a — sur ce point, on est d'accord avec M. Burckhardt — entre les lois de la nature dans l'ordre physique et celles de l'ordre moral cette différence radicale que, tandis que les premières ne sont que la constatation d'une relation nécessaire entre certains faits — d'où il résulte que leur ignorance par les hommes ne les empêche pas de régner et de sortir leurs effets —, les autres sont des normes, des ordres, des commandements auxquels l'homme peut se conformer, mais qu'il peut aussi mépriser. A ce mépris sont toutefois rattachées des sanctions individuelles ou collectives qui l'atteignent immanquablement. On a rompu le lien entre le droit et la morale, sous prétexte de libérer l'homme: on a voulu éliminer Dieu: Sagesse, Justice, Providence, et on a cru que l'on pourrait lui substituer — l'esprit humain exigeant une synthèse — l'Etat. Qu'en rompant le lien entre Dieu et l'humanité, entre la morale et le droit, on ait porté préjudice soit à l'humanité, soit au droit, c'est ce que les partisans traditionnels du droit naturel ne sont pas seuls à comprendre, ainsi qu'en témoigne le renouveau de ce droit soit en France, soit en Allemagne. Et si nous sommes à cet égard, nous Suisses, encore en retard, ceci n'a rien d'étonnant, pour qui suit les mouvements de la pensée contemporaine. Mais c'était une raison de plus pour affirmer ici la seule conception des rapports de l'Etat et du droit qui, tout en sauvegardant les droits individuels et ceux des associations, donne au droit étatique son fondement et son caractère obligatoire et, par conséquent, assure à tout notre droit une base solide et inexpugnable.

Infolge vorgerückter Zeit muss die Diskussion hier abgebrochen werden, ohne dass die Referenten in einem Schlusswort Stellung zu den verschiedenen Voten nehmen können. Der Vorsitzende verdankt den Referenten ihre wertvollen Arbeiten und den Diskussionsrednern ihre interessanten Ergänzungen.

Schluss der Sitzung 11 1/4 Uhr.

---

### **Sitzung vom 1. September 1931.**

Vorsitzender: Herr Bundesrichter Dr. V. Merz, Lausanne.

Eröffnung der Sitzung 8 1/2 Uhr.

#### **VII.**

Für die Rechnungsrevisoren referiert Herr Dr. E. Ems, Gerichtspräsident, Murten, indem er erklärt, die vorstehende Rechnung zusammen mit Herrn Dr. C. Labhart, Rechtsanwalt, Schaffhausen, in allen Teilen geprüft und richtig befunden zu haben und dem Kassier den gebührenden Dank ausspricht.

Die Rechnungsführung wird von der Versammlung genehmigt.

Herr Dr. Ems stellt als Rechnungsrevisor folgenden Antrag:

„In Anbetracht des Umstandes, dass das Vermögen des Schweizer. Juristenvereins bereits demjenigen einer bescheidenen Mittelstandsfamilie gleichkommt, dass es ferner dem Kassier nicht möglich ist, alle Elemente dieses Vermögens anlässlich der Jahresversammlung vorzu bringen, und dass endlich an der Tagung selbst zu wenig Zeit zur Verfügung steht zu einer eingehenden Revision, schlage ich vor, die Rechnungsrevisoren von nun an bei Anlass der Jahresversammlung für die nächstfolgende Periode zu wählen, damit beide vor der Tagung die Revision vornehmen können.“

Der Kassier, Herr *Martin*, Staatsrat in Genf, unterstützt diesen Antrag und erweitert ihn dahin, es seien gleichzeitig mit den Revisoren zwei Suppleanten zu ernennen oder dem Vorstand sei die Ermächtigung zu erteilen, nötigenfalls selbst Ersatzmänner zu bestellen.

Der Antrag des Herrn Dr. Ems wird mit dem Zusatz, dass der Vorstand ermächtigt sein soll, von sich aus Suppleanten zu bestellen, zum Beschluss erhoben und die beiden Rechnungsrevisoren, Herr Dr. Ems und Herr Dr. C. Labhart, werden für die nächstfolgende Periode bestätigt.

### VIII.

Der Vorsitzende bringt der Versammlung folgenden Bericht der *Rechtsquellenkommission* zur Kenntnis:

Im Berichtsjahr ist kein Band der Rechtsquellen fertig geworden, aber die Aussichten für die Zukunft sind so erfreulich wie noch selten. Vom Stadtrecht von Estavayer ist die Hälfte gedruckt, der dritte und letzte Band der Genfer Rechtsquellen ist im Satz, und im Spätherbst wird ein Band der Rechtsquellen der Grafschaft Baden in die Druckerei gegeben. Unter den Juristen konnte leider kein neuer Bearbeiter gewonnen werden, wohl aber unter den Philologen; so übernahm der Zürcher Staatsarchivar, Prof. A. Largiadèr, die Fortsetzung der Zürcher Offnungen und insbesondere auch das Materienregister der beiden schon erschienenen Bände, das mit demjenigen des dritten Bandes vereinigt wird, und Herr Dr. K. Schib, Gymnasiallehrer in Schaffhausen, das Stadtrecht von Schaffhausen. Weitere Unterhandlungen sind noch nicht zum Abschluss gekommen.“

### IX.

Bestimmung des nächsten Versammlungsortes. Da keine Anmeldung vorliegt, wird die Bestimmung des nächsten Versammlungsortes dem Vorstand überlassen.

## X.

Bezüglich des Werkes von Schurter und Fritzsche weist der Vorsitzende darauf hin, dass Prof. Fritzsche die Beendigung des 2. Halbbandes von Band II für das folgende Jahr in Aussicht stelle. Ob der Halbband in dieser Zeit fertiggestellt werden könne, stehe mit Sicherheit noch nicht fest, weshalb über die Herausgabe und Finanzierung des Werkes noch nichts Bestimmtes abgemacht worden sei. Es wird daher, dem Antrag des Vorsitzenden gemäss, beschlossen, es sei der Vorstand ermächtigt, die Herausgabe des 2. Halbbandes von Band II (Das Zivilprozessrecht der Schweiz von Schurter und Fritzsche) in gleicher Weise in die Wege zu leiten und zu unterstützen, wie dies beim ersten Halbband geschehen. ]

## XI.

Hierauf ergreift Herr Bundesanwalt *F. Stämpfli* das Wort zur Ergänzung seines ebenfalls im Druck erschienenen Referates: [1]

*Die Bundesstrafrechtpflege nach dem Strafgesetz- und Strafprozessentwurf.*

Zu Beginn weist er auf den heutigen wichtigen Wendepunkt in der Geschichte der Bundesstrafrechtpflege hin. Vor den eidgenössischen Räten liegen der Entwurf zum schweizerischen Strafgesetzbuch, welches auch Prozessvorschriften enthält, und derjenige zu einem Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtpflege.

Unserer bundesstaatlichen Organisation entspricht eine *zweifache* Strafgerichtsbarkeit in Bundesstrafsachen. Auch unter dem neuen Strafgesetz wird die Grosszahl der Vergehen von den kantonalen Gerichten beurteilt werden. Der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterstellt der St.G.E. in erster Linie die Straftaten, die nach der Verfassung von den Bundesassisen zu beurteilen sind, ferner die nicht in die Assisenzuständigkeit fallenden Ver-

brechen und Vergehen gegen den Bundesstaat und einzelne Straftaten, die die Landesinteressen berühren.

Die Strafgerichtsverfassung des Bundes erfährt im Prozessentwurf keine grundsätzlichen Änderungen, vor allem bleiben die bisherigen Strafgerichtsbehörden bestehen. Die Organisation der kantonalen Strafbehörden überlassen die Entwürfe vollständig den Kantonen (Art. 64 BV). Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit der eidg. Strafgerichte stehen die Bestimmungen über die *Bundesassisen* im Vordergrund. Die wichtigste Frage: Beibehaltung, Umgestaltung oder Abschaffung der Bundesassisen konnten die Entwürfe nicht entscheiden, da sie an die Verfassung gebunden waren. Art. 112 B.V. steht aber auch sonst einer zweckmässigen Strafgerichtsordnung entgegen und mutet heute als historische Merkwürdigkeit an. Man versteht es heute kaum mehr, dass nach strengster Auslegung der Verfassung Tätigkeiten gegen Zoll- und Postbeamte als „Gewalttat gegen die Bundesbehörden“ und alle Amtsvergehen der Bundesbeamten, wenn sie nicht den Kantonen überlassen werden, von den Assisen und nicht vom Bundesstrafgericht beurteilt werden müssen. Ebenso besteht heute kein vernünftiger Grund dafür, die Vergehen gegen das Völkerrecht dem Gefülsentscheid der Geschworenen zu überlassen. Es ist zu begrüssen, dass die Entwürfe die Zuständigkeit der Assisen auf die Fälle beschränken, die ihnen in engster Auslegung der Verfassung zugewiesen werden müssen. Im Gegensatz zum Herrn Korreferenten hält der Referent die Beurteilung der Beamtendelikte durch das Bundesstrafgericht nicht als verfassungswidrig, weil diese Straffälle von Anfang an nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit der Assisen gestellt wurden und mit der Organisation von 1893 das Bundesstrafgericht für deren Beurteilung zuständig wurde. Dem Vorschlag der Ständeratskommission, einzig die Verletzung fremder Gebietshoheit und feindliche Unternehmungen gegen einen kriegführenden Staat oder gegen fremde Truppen als Vergehen gegen das Völkerrecht im

Sinne der Verfassung anzusehen und deren Beurteilung den Assisen zu überlassen, stimmt Herr Bundesanwalt Stämpfli zu, immerhin mit einigen Bedenken. Fraglich ist dagegen, ob als Hochverrat nur der Hochverrat im eigentlichen Sinne oder auch der Landesverrat den Assisen überlassen werden soll. Auf jeden Fall muss das Strafgesetz dazu Stellung nehmen und die Verbrechen und Vergehen, die es in Ausführung der Verfassung den Assisen zuweisen will, vollständig aufführen.

Die Behebung der übrigen Anormalien der Verfassungsbestimmung kann in den Entwürfen nicht durchgeführt werden. Der Referent gibt dabei seiner Hoffnung Ausdruck, dass die Entwicklung auf Abschaffung der überlebten Rechtseinrichtung der Bundesassisen in der gegenwärtigen Form gehen werde.

Im Unterschied zu der Strafgerichtsorganisation wird das Verfahren vor den Bundesgerichten durch den Prozessentwurf in wesentlichen Punkten abgeändert. Dies gilt insbesondere für die Voruntersuchung, welche schon lange Zeit als reformbedürftig angesehen wurde.

Der Entwurf stand bei der Anhandnahme der Reform vor der Frage, ob er das Verfahren, insbesondere die Voruntersuchung, völlig umgestalten oder bloss verbessern solle. Es ist in der Struktur des Bundesstaates bedingt, dass nicht alle prozessrechtlichen Neuerungen, welche in einem Einheitsstaat oder in einem kleinen Stadtkanton durchführbar sind, auf ihn anwendbar sind. Hauptsächlich mit Rücksicht auf solche Besonderheiten musste die Umstellung des Verfahrens auf den reinen Parteiprozess oder die Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung und die Übertragung des gesamten Ermittlungsverfahrens an den Bundesanwalt abgelehnt und die Reform *auf Verbesserungen* des bestehenden Systems, insbesondere in der Rechtsstellung des Beschuldigten, beschränkt werden. Es musste also an die Tradition angeknüpft werden.

Der Entwurf geht bei der Reform der Voruntersuchung in erster Linie auf Beseitigung der Gefahren der Heimlich-

keit. Er will dieses Ziel durch Erweiterung der Partei- und Verteidigungsrechte erreichen. (Jederzeitige Einsicht des Beschuldigten und seines Verteidigers in die Untersuchungsakten, soweit mit dem Untersuchungszweck vereinbar, jederzeitiges Antragsrecht für Beweisaufnahme, nur ausnahmsweise Beschränkung oder Ausschluss des Verkehrs des Verhafteten mit dem Verteidiger und dies nur für bestimmte Zeit etc.)

Das Haftrecht ist verbessert durch Umschreibung der Strafgründe und eingehende Regelung des Haftverfahrens, insbesondere durch Einräumung der Haftbeschwerde, Gewährung des sicheren Geleites und des Haftprüfungsverfahrens.

Herr Bundesanwalt Stämpfli begrüßt es sehr, dass der Entwurf von dem problematischen Mittel der kontradicitorischen Voruntersuchung nur einen bescheidenen Gebrauch macht. Nach dem Vorschlag der Nationalratskommission kann der Untersuchungsrichter dem Bundesanwalt, dem Verteidiger und dem Geschädigten gestatten, der Vernehmung des Beschuldigten beizuwohnen; im weiteren sind die Parteien berechtigt, bei den Beweisaufnahmen zugegen zu sein, sofern dadurch die Untersuchung nicht beeinträchtigt wird. Es wird also nicht ein uneingeschränktes Partierecht auf Teilnahme an allen Untersuchungshandlungen aufgestellt. Es wird den Parteien nicht einmal ein Fragerecht eingeräumt. Diese Kompromisslösung wird voraussichtlich Gesetz werden. Der Sprechende hält diese Neuerung nach wie vor als überflüssig und für den Sicherungszweck gefährlich. Der Beschuldigte und der Verteidiger sind seines Erachtens mit den übrigen Partierechten genügend gewappnet. Zudem dient das in der Untersuchung gesammelte Beweismaterial gar nicht als Urteilsgrundlage, da die Beweise in der Hauptverhandlung dem Gericht, unter Mitwirkung der Parteien, vollständig vorgeführt werden müssen. Der Entwurf geht in der Durchführung des Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzips weit über die neuen kantonalen Gesetze hinaus.

Angesichts dieser Vorteile dürfte auf die Parteienöffentlichkeit der Voruntersuchung, mit einigen Ausnahmen, verzichtet werden.

Für die Hauptverhandlung vor dem Bundesgericht und vor den Bundesassisen bringt der Entwurf eine eingehende Regelung des Verfahrens, aber wenig grundsätzliche Reformen. An grundsätzlichen Neuerungen sind zu erwähnen: die Beweisaufnahme vor der Hauptverhandlung, die konsequente Durchführung des Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzipes, die Möglichkeit der Ausdehnung und Berichtigung der Anklage, die Beurteilung des geständigen Angeklagten durch die Kriminalkammer, die Zweidrittelmehrheit im Stimmenverhältnis für den Wahrspruch, die Abschaffung des Kreuzverhörs und die Besserstellung des Geschädigten im Assisenverfahren und vor allem die einschneidende Reform: die Teilnahme des Assisenpräsidenten an der Beratung der Geschworenen.

Hierauf kam der Referent auf das kantonale Verfahren unter dem schweizer. St.G. zu sprechen. Nach der Erweiterung des eidg. Strafrechtes wird sich die Zahl der durch Delegation oder von Gesetzes wegen von den kantonalen Behörden zu behandelnden Übertretungen des Bundesstrafrechtes, die sich heute auf über 10,000 beläuft, auf mindestens 30—40,000 Fälle erhöhen. Der Entwurf weist die Kantone an, das Verfahren zu bestimmen und behält einzig die schon bestehenden Vorschriften des O.G. und seine eigenen Prozessbestimmungen vor. Diese eigenen Prozessvorschriften des St.G. beziehen sich auf den Gerichtsstand, die Rechtshilfe, Grundsätze im Jugendstrafverfahren und die Verpflichtungen der Kantone, die Übertretungen des Bundesrechtes nach den kantonalen Übertretungsstrafverfahren zu verfolgen und gegen alle Urteile in Bundesstrafsachen die Wiederaufnahme wegen neuer erheblicher Tatsachen und Beweismittel zuzulassen. Zudem sind im kantonalen Verfahren einige mit materiell-rechtlichen Bestimmungen verbundene Prozessvorschriften zu beobachten. Auch das O.G. und der Prozessentwurf

erklären in erster Linie das kantonale Prozessrecht als massgebend. Die wenigen Bestimmungen des O.G., die der Prozessentwurf mit einigen Verbesserungen übernimmt, beziehen sich in der Hauptsache auf die Weiterziehung der erstinstanzlichen Entscheide durch die Bundesbehörde an die kantonalen Rekursinstanzen und auf die Kassationsbeschwerde — jetzt Nichtigkeitsbeschwerde genannt — an das Bundesgericht. Im Zusammenhang damit stehen die bekannten Vorschriften über die Verfolgungspflicht der Kantone, die Amtsklage der Bundesbehörde, Rechtshilfe, Zulassung der Zivilpartei etc. Der Prozessentwurf hat noch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung und für bestimmte Strafsachen das administrative Strafankündigungsverfahren aufgenommen. Zu bedauern ist, dass trotz dieser grossen Zurückhaltung einige Gegner der Strafrechtseinheit den schärfsten Kampf ausgerechnet gegen die wenigen Prozessbestimmungen des Strafgesetzentwurfes führen.

Der Einwand der Verfassungswidrigkeit jeder Verfahrensvorschrift im St.G. kann nicht gehört werden. Die Notwendigkeit, für die Durchführung des materiellen Rechtes einige Prozessbestimmungen im St.G. aufzustellen, ist schon in der Beratung des Verfassungsartikels vorausgesehen worden.

Die leider auch in amtlichen Vernehmlassungen ausgesprochenen Befürchtungen, dass sich die Bundesorgane in unerträglicher Weise in das kantonale Verfahren einmischen werden, sind durchaus unbegründet. Der Bundesanwalt — es wird auch in Zukunft nur einen einzigen geben — hat einzig in Delegationssachen und gegen einsendungspflichtige Entscheide das Recht der Weiterziehung. Die Amtsklage der zuständigen Bundesbehörde und die vorgängigen Ermittlungsverhandlungen des Bundesanwaltes in bundesstrafpolizeilichen Sachen sind ausdrücklich nur für Widerhandlungen gegen Bundesgesetze, die dem Bund ein besonderes Oberaufsichtsrecht geben, vorgesehen (Lebensmittel- oder Bahnpolizei).

Zum Schlusse wird noch auf die Nichtigkeitsbeschwerde unter dem St.G. hingewiesen. Der Strafgesetzentwurf schafft nicht ein neues eidg. Rechtsmittel, sondern nimmt an, dass die bestehende Kassationsbeschwerde zur Erzielung einer einheitlichen Anwendung des zukünftigen schweizer. St.R. genüge. Auch der Prozessentwurf sieht keine Änderung vor. Dieses eidg. Rechtsmittel gewährt also eine blosse revisio in jure und ist nur zulässig wegen Verletzung des eidg. materiellen oder formellen Rechtes. Heute und in Zukunft ist die Bundesbehörde zur Beschwerde nur in Delegationssachen und gegen einsendungspflichtige Urteile und Einstellungsbeschlüsse legitimiert, während den Prozessparteien des kantonalen Verfahrens das Rechtsmittel unbeschränkt zusteht. Auch diese Regelung zeigt, dass von einem Übergriff des Bundes keine Rede sein kann. Haltlos ist auch die Behauptung, dass durch den Kassationshof die kantonalen Oberinstanzen ausgeschaltet werden, denn das eidg. Rechtsmittel kann erst ergriffen werden, wenn der kantonale Instanzenzug erschöpft ist. Dass die Rechtseinheit nur durch die endgültige Rechtsprechung eines obersten Bundesgerichtshofes gewahrt werden kann, sollte unter Juristen nicht streitig sein.

Was das Kassationsverfahren anbelangt, so hält der Bundesanwalt den Ausschluss des Rechtsmittels bei Entscheiden, die nach kantonalem Prozessrecht nicht weitergezogen werden können, bei Strafbescheiden von Verwaltungsbehörden und bei Einstellungsbeschlüssen für möglich, aber nicht für bedeutungsvoll, mit Ausnahme der selbständigen Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt.

Gegen freisprechende Verdikte der Geschworenen wird die Nichtigkeitsbeschwerde in der Regel nicht möglich sein. Auffallen muss, dass das Rechtsmittel gegen den nicht weiterziehbaren Bussenentscheid eines Regierungsstatthalters, nicht aber gegen jeden Freispruch in den schwersten Strafsachen gegeben ist. Hier, wie in andern Fragen des heutigen und zukünftigen Kassationsverfahrens, zeigt sich die grosse Schwierigkeit, das eidg. Rechtsmittel

an 25 verschiedene kantonale Prozessordnungen anzuschliessen, ohne in das kantonale Prozessrecht eingreifen zu dürfen.

Le corapporteur M. *Albert Rais*, conseiller national, La Chaux-de-Fonds, s'explique comme suit: Nous avons eu l'occasion, dans notre rapport écrit, de faire l'historique du C.P.P. fédérale en projet et de démontrer la nécessité de reviser notre principale source de procédure pénale, la loi fédérale du 27 août 1851. Il nous paraît inutile de répéter aujourd'hui ce que chacun de vous est présumé avoir lu.

Ni le projet de C.P. ni le projet de C.P.P. n'apportent d'innovation à la composition des Tribunaux et organes répressifs de la Confédération. Procureur général de la Confédération, juges d'instruction fédéraux, Chambre d'accusation, Cour pénale, Chambre criminelle fonctionnant avec jury comme Cour d'Assises, et Cour de Cassation pénale fédérale, subsistent comme par le passé.

Le désir de certains de voir la Cour d'assises supprimé n'a pu être satisfait puisqu'une modification préalable de la Constitution eut été nécessaire. Rien ne permet d'ailleurs de croire que le peuple, si la question devait lui être posée, se prononcerait pour la suppression du jury.

Si la composition des organes répressifs n'a pas été modifiée, des modifications et précisions sont en revanche apportées en matière de compétence. Nous les avons exposées dans notre rapport. Nous développons ici quelque peu l'une d'entre elles parce que sa constitutionnalité nous paraît discutable. L'article 13 du projet de C.P.P. énonce en effet que „les Assises fédérales connaissent des faits relevés à la charge d'un fonctionnaire déféré aux Assises fédérales par l'Autorité fédérale qui l'a nommé“. Cette disposition aura ainsi pour conséquence de laisser à l'Autorité le choix du Tribunal appelé à juger les faits à charge d'un fonctionnaire. Ce dernier ne sera déféré aux Assises fédérales que s'il y est renvoyé par l'Autorité qui l'a

nommé; à défaut il sera jugé par la Cour pénale fédérale, ou par les Tribunaux cantonaux si telle est la décision de l'Autorité. Cette solution est conforme à l'arrêt rendu par la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral le 22 mars 1919 dans la cause Bloch et Junod contre Ministère public fédéral. Mais cet arrêt, croyons-nous, n'a pas été rendu sans quelque hésitation et ne nous a pas convaincu de la constitutionnalité de la décision renvoyant le fonctionnaire fautif devant la Cour pénale au lieu des Assises fédérales. L'art. 112 de la Constitution stipule en effet que le „Tribunal fédéral, assisté du jury, connaît en matière pénale des faits relevés à la charge de fonctionnaires nommés par une autorité, quand cette autorité en saisit *le Tribunal fédéral*“. Ce texte nous paraît clair. Il dit que si l'Autorité saisit le Tribunal fédéral du cas, celui-ci siège „assisté du jury“. Or, la Constitution est intangible et la loi doit s'y plier. L'organisation judiciaire de 1893, à son article 107 s'y est conformée en reproduisant sans modification l'art. 112 chiffre 4 de la Constitution tandis que l'art. 13 du Projet en discussion, consacrant la solution du Tribunal fédéral dans l'affaire Bloch-Junod, nous paraît y déroger. La Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, en rendant sa décision, n'a-t-elle peut-être pas été guidée par une considération d'ordre pratique, évitant ainsi de recommencer devant les Assises fédérales des débats pénibles qui avaient duré une dizaine de jours devant la Cour pénale? Toujours est-il que cette décision est contraire à un premier arrêt solide et bien motivé qui avait été rendu peu auparavant par la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, en date du 17 mars 1917, en la cause Mühlemann et consorts. La Chambre d'accusation avait repoussé la demande du ministère public fédéral de renvoyer le fonctionnaire Mühlemann devant la Cour pénale fédérale, estimant qu'il relevait des Assises fédérales si le Conseil fédéral décidait d'en saisir le Tribunal fédéral. Il est intéressant, à ce sujet, de relever ce qui suit, de l'arrêt de la Chambre d'accusation qui n'a pas été publié:

„En soutenant la possibilité de faire juger les délits également par la Cour pénale fédérale parce que la compétence des Assises fédérales telle que l'établit l'art. 112 Constitution fédérale (art. 107 O.J.F.) n'est pas exclusive et dépend du fait qu'ils leur sont renvoyés, le Conseil fédéral oublie que l'alternative prévue par la Loi fédérale sur la responsabilité quant au renvoi n'a trait qu'à l'antithèse entre juridiction pénale fédérale et juridiction pénale cantonale, tandis que la compétence matérielle pour les causes renvoyées à la juridiction pénale fédérale (art. 107 O.J.F.) est confiée sans réserve aux Assises fédérales. En créant la Cour pénale fédérale, on n'a pas voulu toucher à ce règlement de compétence. C'est ce que prouve encore le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet d'O.J.F. de 1893 qui dit expressément: il est indispensable que la loi d'organisation judiciaire soit en harmonie avec la Constitution (Feuille fédérale 1892, II p. 169). Impossible également de faire découler autre chose de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Les arrêts de la Cour de cassation invoqués par le Conseil fédéral ne justifient en rien la thèse que pour juger les délits de fonctionnaires fédéraux, la Cour pénale fédérale soit compétente à côté des Assises fédérales. Ils ne confirment que le seul fait que la compétence des Assises fédérales n'est pas exclusive au regard des tribunaux cantonaux.“

Et la Chambre d'accusation conclut en déclarant que „le renvoi devant la Cour pénale fédérale est inadmissible sur la base du droit en vigueur aujourd'hui“, soit de l'art. 112/4 de la Constitution fédérale.

Cette décision est juridiquement correcte. La prétention de déclarer la Cour pénale fédérale compétente au même titre que les Assises nous paraît inconciliable avec la Constitution fédérale. Mais cet arrêt n'était pas pour plaire au Conseil fédéral qui déléguait M. le procureur général auprès de la Chambre d'accusation. Une conférence eut lieu le 24 mars et par mémoire du 28 mars 1917, le ministère public fédéral revint à la charge. Saisie de ce nouveau

mémoire du P.G., la Chambre d'accusation a cru devoir modifier son point de vue qui paraissait inattaquable et renvoya Mühlemann devant la Cour pénale fédérale. A notre avis, les motifs du premier arrêt conservent toute leur valeur.

Le régime laissant à l'autorité administrative, pour le même délit, le choix entre deux juridictions entièrement différentes — Assises ou Cour pénale — nous paraît anormal. Cette anomalie jure avec le principe de la fixité de l'organisation judiciaire, condition essentielle de la sécurité des citoyens et de leur égalité devant la loi. Cette question pourrait à elle seule faire l'objet d'une étude. Il ne convient pas de s'y arrêter davantage aujourd'hui, en raison de l'étendue du sujet. Mais elle vient à l'appui de notre opinion qu'une révision de l'art. 112 de la Constitution s'impose.

Si les questions de compétence n'ont pas été sensiblement modifiées par les deux Projets, nous avons en revanche signalé des divergences regrettables entre l'article 358 du Projet de C.P. et les articles 13 et 14 du Projet de C.P.P. Il suffit de nous référer sur ce point à notre rapport.

Le sujet soumis à nos délibérations étant la „Juridiction fédérale“, par quoi nous avons compris l'organisation judiciaire et la compétence des divers organes répressifs de la Confédération, notre rapport écrit laisse de côté la procédure elle-même. Comme elle a cependant été traitée par le rapport de langue allemande et que la réforme de la procédure constitue l'essentiel de la révision, qu'il nous soit permis d'exposer les modifications essentielles à l'état de choses actuel et de nous arrêter sur tel ou tel point intéressant.

Sous la procédure actuelle, le prévenu ne dispose d'aucun droit — sauf son droit de recours à la Chambre d'accusation — et ne peut consulter le dossier et procéder à des actes de défense qu'après l'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation. Durant toute la période de l'instruction,

il ne lui est pas possible de se défendre convenablement. Cette impuissance a été souvent critiquée, comme nous l'avons vu dans notre rapport écrit à propos de la genèse de la loi.

Le but essentiel du Code en projet est d'améliorer la situation du prévenu sur la base des idées modernes en matière de procédure pénale. Les droits de la défense ont donc été étendus et le renforcement de ces droits est un objet principal de la révision. La défense fonctionne dès le début et durant toute la procédure. Dès l'ouverture de l'enquête et en tout état l'inculpé a le droit de se pourvoir d'un défenseur et de communiquer oralement ou par écrit avec lui. Le juge d'instruction a l'obligation de l'en informer lors du premier interrogatoire. Le prévenu et son défenseur ont le droit de consulter le dossier pendant l'instruction, cependant dans la mesure compatible avec le but de l'instruction préparatoire. Dès que le juge estime l'enquête terminée, la défense pourra prendre connaissance du dossier sans restriction. L'inculpé a, au même titre que le Procureur général, le droit de requérir du Juge qu'il procède à tel acte d'instruction.

Les droits du prévenu en cas de perquisition de papiers et de visite domiciliaire sont également ménagés. La perquisition doit être opérée avec les plus grands ménagements et les secrets privés ou personnels de l'inculpé doivent être sauvegardés. La détention préventive doit être limitée au strict minimum. Alors que sur ce point la loi actuelle ne contient aucune disposition pour la protection de l'inculpé — ce qui fut maintes fois critiqué —, la réforme vise à modifier le régime de la détention, mesure grave, et atteinte la plus sérieuse à la liberté et aux intérêts de l'individu. Les motifs de la détention préventive sont définis en détail: la fuite doit être imminente, des circonstances font prétendre que le prévenu veut détruire les traces de l'infraction, induire des témoins ou co-inculpés à de fausses déclarations et compromettre le résultat de l'instruction. Le prévenu doit être interrogé au plus tard le lendemain

de son arrestation. Le projet pose encore le principe que „chaque juge doit s'employer à abréger la détention préventive“, le prévenu ayant le droit de demander en tout temps sa mise en liberté et le recours à la Chambre d'accusation étant réservé en cas de refus du juge d'instruction. L'arrestation qui doit immédiatement être portée à la connaissance de la Chambre d'accusation, ne peut être prolongée au delà de 14 jours sans l'autorisation de celle-ci. Le projet s'efforce donc d'établir un juste équilibre entre la détention nécessaire à garantir le droit de répression de l'Etat et la liberté de l'individu.

Le projet pose également en faveur du prévenu le droit de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées; il n'en résultera pour lui aucun préjudice. Il énonce que le juge ne doit en aucune manière se permettre une contrainte, une menace ou une promesse dans le but d'obtenir un aveu.

L'instruction préparatoire permet au prévenu de contrôler la légalité des opérations du juge d'instruction. L'inculpé est une partie en procédure, au même titre que le Procureur général et que le lésé, sur pied d'égalité avec eux: le Projet l'affirme expressis verbis à son article 39. Nous ne pouvons que saluer cette innovation comme le dit le Message, elle „supprime la méfiance que provoque un appareil fonctionnant dans le plus grand secret ainsi que la suspicion dont le juge d'instruction est ensuite l'objet dans les débats“. Le Juge d'instruction est un organe impartial, indépendant de l'accusation.

Cependant, si le Conseil fédéral est allé assez loin dans son Projet en matière de procédure contradictoire, il n'a pas admis la présence du défenseur à tous les actes de l'enquête, pas plus d'ailleurs que celle du Procureur général. C'est ainsi que l'art. 120 réglant les conditions dans lesquelles les parties peuvent assister à l'administration des preuves, stipule que ni le défenseur, ni le Procureur général, ni le lésé ne peuvent assister à l'interrogatoire du prévenu. Ils ne peuvent assister qu'à l'administration des preuves qui ne pourront probablement pas être produites aux

débats. Cette question de la présence des parties aux opérations de l'enquête constitue un point essentiel du programme de ceux qui s'occupent de la réforme de la procédure pénale. Elle est vivement controversée. C'est le Code genevois qui va le plus loin dans ce domaine, prévoyant l'instruction contradictoire sur demande du prévenu ou du Procureur général. Les législations zurichoise et argovienne prévoient également que l'inculpé et son conseil peuvent assister à l'audition des témoins et des experts. Il en est de même du Code bernois. En droit neuchâtelois, le juge d'instruction peut choisir, mais il n'use jamais de l'instruction contradictoire. En droit français, l'inculpé ne peut être interrogé sans être assisté de son conseil. Dans le projet allemand de 1920, le juge ne peut s'opposer à la présence du défenseur.

Cette question controversée est vivement discutée; elle fut mûrement examinée à l'occasion de notre Projet. L'avant-projet Stooss autorisait les parties à assister à l'administration des preuves à condition qu'elles ne puissent plus être produites aux débats. L'exclusion était donc la règle. La Commission d'experts maintint ce point de vue qui devint aussi celui du Conseil fédéral dans son Projet, une proposition d'autoriser les parties à assister à l'administration des preuves ayant été écartée par 8 voix contre 7. Mais la Commission du Conseil National a modifié le Projet du Conseil fédéral, posant ainsi le principe de l'instruction contradictoire possible. Tandis que le Projet énonce que ni le défenseur ni le P.G. ne peuvent assister à l'interrogatoire de l'inculpé, la commission propose de dire que le juge d'instruction peut leur permettre d'assister à cet interrogatoire. Il peut également leur permettre d'assister à l'administration des preuves, mais seulement dans la mesure compatible avec l'instruction. La possibilité existe donc, mais le juge reste libre de refuser aux parties de participer aux opérations de l'enquête. Si cette proposition de la Commission constitue un pas en avant vers l'instruction contradictoire, elle ne doit cependant pas

paraître dangereuse à ceux qui expriment l'opinion que cette instruction entraverait la manifestation de la vérité, puisque le juge a toujours la faculté de la refuser. La solution adoptée est intermédiaire entre le système genevois et celui du Projet; elle peut être acceptée sans risque de compromettre l'administration de la justice. Si le barreau suisse est composé d'éléments sains qui collaborent à la manifestation de la vérité, nous ne méconnaissions pas qu'il se rencontre parfois des brebis galeuses — il est bien entendu qu'il n'en est pas parmi ceux qui m'écoutent — et que la présence d'un avocat peut ne pas être toujours désirable. Il faut laisser au Juge le droit de la refuser.

L'instruction préparatoire ne retiendra pas davantage notre attention dans ce rapport verbal.

En ce qui concerne les débats, le Projet de C.P.P. n'apporte que peu de modifications à la pratique actuelle. Nous nous arrêterons quelque peu à la présence du Président de la Cour aux délibérations du jury. Le Projet énonce à son article 202 qu'après réquisitoire et plaidoiries, le Président doit fournir aux jurés des éclaircissements juridiques pour faciliter leur tâche. Il doit leur expliquer en quoi consiste leur mission, attirer leur attention sur leurs devoirs ou leurs obligations, leur exposer les éléments légaux de l'infraction et les circonstances particulières qui peuvent entraîner une modification du maximum ou du minimum de la peine. Ces explications sont fournies en audience publique par le Président, qui doit s'abstenir de donner son opinion sur la question de preuve ou de culpabilité. — Mais le Projet du Conseil fédéral va plus loin. Il prévoit à son article 203 la participation du Président de la Cour aux délibérations du jury. Il assiste à ces délibérations, dit le Projet, pour donner les éclaircissements juridiques qui pourraient lui être demandés. Cependant la Commission du Conseil National n'a pas suivi le Conseil fédéral dans son projet. Dès l'instant où les Assises sont maintenues, la Commission a voulu assurer une complète indépendance du jury. Bien qu'assistant aux délibérations,

nous croyons volontiers que le Président ne se prononcerait pas sur la question de fait ni sur celle de culpabilité puisque la loi en fait interdiction, bien qu'il se soit fait une opinion et qu'il ait le désir de l'exprimer. Mais la présence à elle seule du Président peut exercer une influence ou un sentiment de gêne sur l'un ou l'autre juré et ne pas lui laisser une complète indépendance pour délibérer et voter. Il ne faut pas oublier que les jurés ne sont pas des juges de profession, mais qu'ils sont tirés au sort parmi des citoyens qui souvent siègent pour la première fois. Or, le Président, au cours des débats, sans dire expressément son opinion sur les questions laissées à la solution du jury, aura pu tout au moins la laisser percer. C'est en effet le Président qui interroge les témoins et surtout c'est lui qui procède à l'interrogatoire du prévenu. A l'occasion de cet interrogatoire, il est souvent obligé de prendre le contre-pied de la défense pour chercher à obtenir la vérité et pousser le prévenu dans ses derniers retranchements. Son attitude et ses questions, ou la manière dont celles-ci sont posées, ne seront-elles pas interprétées par l'un ou l'autre juré comme l'expression de l'opinion du Président que le prévenu est coupable? Si l'on songe que ce Président est un juge au Tribunal fédéral, on se rend compte de tout le poids que cette opinion peut avoir sur un juré qui siège pour la première fois. Or, les Assises, dans l'esprit de la Constitution, sont destinées à garantir au citoyen un verdict rendu par ses pairs à l'exclusion des juges de profession. Aussi longtemps que la majorité du peuple n'aura pas supprimé les Assises ou modifié sa conception sur la composition de celle-ci, nous sommes d'avis que le jury doit délibérer et voter seul, en l'absence du Président. Ce dernier aura déjà, avant que le jury se retire, donné les éclaircissements juridiques nécessaires et il est à prévoir qu'il le fera de façon telle qu'en général les jurés auront compris. Nous ne méconnaissions pas qu'il peut se présenter des cas où les jurés ne seront pas encore au clair lorsqu'ils se retireront pour délibérer. Mais pour remédier à cette situation, il

n'est pas nécessaire que le Président assiste du commencement à la fin aux délibérations du jury, ni surtout au vote. C'est pourquoi la Commission du Conseil National, tout en estimant que les jurés doivent délibérer seul, prévoit que „sur décision du jury, le président de la Cour peut être appelé dans la „Chambre des délibérations pour donner des éclaircissements juridiques“, précisant que les renseignements donnés, „le Président se retire“. C'est également le système de la Procédure neuchâteloise et le Conseil fédéral reconnaît dans son Message, bien qu'il ne l'adopte pas sans autre, qu'il a donné de bons résultats. La solution adoptée par la Commission du Conseil National nous paraît recommandable.

Si le sujet soumis à nos délibérations était le Projet de Code de procédure pénale dans son intégralité, il serait loin d'être épousé par mon rapport verbal et je devrais vous en entretenir longuement encore. Les rapports écrits et verbaux ont cependant mis en discussion suffisamment de questions intéressantes et celui que vous venez d'entendre n'a pas d'autre prétention que d'être une introduction à cette discussion.

Herr Dr. *Leonhard Gmür*, alt Staatsanwalt, St. Gallen, eröffnet die Diskussion. Ihn interessiert besonders die Behandlung der Frage, welche Rechtsmittel nach Vereinheitlichung des Strafrechts zur Sicherung einer einigermaßen gleichmässigen Anwendung des Gesetzes in den Kantonen für notwendig erachtet würden. Er weist auf die entsprechenden Bestrebungen des Schweizer. Juristenvereins im Gebiete des Zivilrechtes hin. Heute taucht bezüglich der Strafrechtspflege die gleiche Frage auf. Die Frage, ob das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde (Art. 362 des Entwurfes) genüge, scheint von Herrn Bundesanwalt Dr. Stämpfli zu leichten Herzens bejaht worden zu sein, obwohl zweifellos Bedenken von Gewicht bestehen. Herr Dr. Gmür hatte in seiner 32jährigen Praxis als Staatsanwalt des Kantons St. Gallen unendlich oft Ge-

legenheit, zu erkennen, wie wesentlich verschieden nicht etwa nur die Strafsatzungen, sondern auch die Straftendenzen wurzelnd in den verschiedenen Anschauungen über die Strafwürdigkeit deliktischer Handlungen in den Kantonen sind. Als Beispiel erwähnt er einen grossen Fruchtabtreibungsfall, bei welchem zahlreiche Frauenspersonen im Kanton St. Gallen vom Kantonsgericht durchwegs mit Geldstrafen von 80 bis 120 Franken oder im Falle weit vorgesetzter Fruchtentwicklung mit 6—8 Tagen Gefängnis belegt wurden, während eine im gleichen Falle straffällige Frauensperson im Kanton Aargau mit 8 Monaten Zuchthaus bestraft wurde, obwohl ihr gute Strafminderungsgründe zustanden.

Der Entwurf spannt den Strafrahmen für Fruchtabtreibung von 8 Tagen bis 3 Jahre Gefängnis. Es ist anzunehmen, dass nach den so verschiedenen Straftendenzen man in dem einen Kanton am untersten, im andern Kanton am obersten Rande dieses Rahmens zu judizieren geneigt sein wird.

Ähnlich verhält es sich beispielsweise bei der Behandlung des Kindsmordes. Artikel 103 des Entwurfs sieht dafür einen Strafrahmen von 6 Monaten Gefängnis bis 3 Jahre Zuchthaus vor. Die st. gallische Praxis wird es leicht haben, zu bleiben, wie sie bisher war; denn sie verhängt konstant  $1\frac{1}{2}$ —2 Jahre Arbeitshaus oder Zuchthaus, also das Mittel der künftigen Strafdrohung. Anders zum Beispiel Graubünden, das heute ein Strafminimum von 5 Jahren Zuchthaus vorsieht, und Aargau, Luzern und Obwalden, die ein Strafminimum von 6 Jahren für Kindsmord haben.

Nun wird ja leider ein Rechtsmittel der Berufung gleichwohl nicht durchführbar sein. Eine Wichtigkeitsgrenze, um die Berufungsmöglichkeit nach verwendbaren Gesichtspunkten zu beschränken, lässt sich wohl im Zivilrecht, nicht aber im Strafrecht ziehen. Nicht die Höhe der Strafe, sondern die Empfindsamkeit des Betroffenen ist Gradmesser ihrer Bedeutung und der wichtigste Urteils-

unterschied, der zwischen Vollzugsurteil und bedingtem Straferlass liegt, betrifft eine Ermessensfrage, die nur in unmittelbarer Würdigung der Person des Beklagten, die dem eidgenössischen Richter unmöglich zugemutet werden kann, zu lösen ist.

Ein Ausweg, dem eidgenössischen Richter die Möglichkeit wertvoller Direktiven für eine einigermassen ausgeglichene Rechtsprechung im Strafrechte zu geben, findet sich darin, dass mit der Nichtigkeitsbeschwerde stets auch der Straffall selbst materiell entschieden werden soll. Der Votant ist nicht der Ansicht des Herrn Referenten Bundesanwalt Stämpfli, der es schon als zu weitgehend findet, wenn nach den Vorschlägen der Nationalratskommission dem Kassationshof Urteilsbefugnis im Falle der Freisprechung und bei der Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt eingeräumt werden soll (Seiten 99 und 100), sondern sieht in der *allgemeinen* Verbindung sachlicher Beurteilung mit der Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerden das mangels einer Berufung durchaus wünschenswerte Minimum einer notwendigen zentralen Direktive für eine gleichmässige Anwendung des eidgenössischen Strafrechts.

Professor Dr. *H. F. Pfenninger*, Staatsanwalt, Zürich, bekennt sich als Gegner nicht der Reform an sich, sondern einzelner Neuerungen. Im Gegensatz zu Herrn Stämpfli, der laut Ausführungen des Votanten bekanntermassen kein Freund des Schwurgerichts ist und die Einführung der Jury als einen durch spätere Verfassungsrevision zu beseitigenden Fehler betrachtet, hält Dr. Pfenninger dafür, dass das Schwurgericht englischer Herkunft, wie wir es heute im Bund und Kanton Zürich besitzen, heute noch *die bei uns bestmögliche* Strafgerichtsform darstellt. Nicht nur, weil es die Strafrechtspflege eng mit dem Volksempfinden verbindet, sondern weil in ihm allein das *oberste Prinzip der modernen Wahrheitserforschung im Strafprozess, das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Richter*, zu reiner Anwendung kommt.

Bei den Schöffengerichten wird den Berufsrichtern Einsicht in die Voruntersuchungsakten gewährt, und diese gefährdet die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, was allerdings der Referent verneint (S. 63). Insbesondere verunmöglicht sie die Innehaltung von E. Art. 171 Ziff. 2: Das Gericht hat in der Beurteilung der Tat „nur auf die in der Hauptverhandlung gemachten Feststellungen Rücksicht zu nehmen“. Gewiss ist die Aktenkenntnis für Verhandlungsleiter, Ankläger und Verteidiger absolut notwendig, aber die Struktur des Schwurgerichts erweist ja gerade darin ihre wunderbare Eignung, dass trotz dieser Notwendigkeit das Prinzip der Unmittelbarkeit restlos gewahrt bleibt, weil *alle Personen*, welche die Akten kennen müssen, an der Urteilsfindung selbst nicht mitzuwirken haben.

Die Revision der Bundesstrafrechtspflege vermeidet nun aber einen *Frontalangriff gegen das Schwurgericht*. Statt dessen befürchten die Freunde des Schwurgerichts *taktische Umgehungen* und betrachten als *Symptome dieser Absicht* einmal den *Fall Bassanesi* und weiter den *vorliegenden Entwurf*. Bassanesi ward, wie Bundesanwalt Stämpfli selbst zugab, wegen Verletzung einer Flugplatzverordnung vor Bundesstrafgericht gestellt, während man ihn wegen Vergehen gegen das Völkerrecht hätte vor Bundesassise stellen müssen. Und im vorliegenden Entwurfe dient dem gleichen Zwecke der *Versuch, die Gerichtsorganisation abzuändern, und das Bestreben, die Zuständigkeit der Bundesassisen auf ein Minimum zu reduzieren*.

Mit Genugtuung ist festzustellen, dass der Bundesgesetzgeber das bernische Rezept, *das Schwurgericht in ein Schöffengericht zu verwandeln* und es trotzdem nach deutschem Vorbild unter der Flagge „Schwurgericht“ dem Volke zu präsentieren, nicht nachgeahmt hat.

Angesichts des Art. 112, Bundesverfassung, jedoch, welcher bestimmt: „*Das Bundesgericht urteilt mit Zuziehung von Geschworenen, welche über die Tatfrage absprechen*“, muss der *Vorschlag des Entwurfs, den Assisen-*

*präsidenten den Geschworenenberatungen beiwohnen zu lassen*, um, wie es in Art. 203 etwas verschämt heisst, „Aufklärungen, die von ihm erbeten werden, im Rahmen der Rechtsbelehrung zu geben“, als verfassungswidrig bezeichnet werden. Mit diesem Vorschlag wird offensichtlich der Zweck verfolgt, den Geschworenen eine Art Schutzaufsicht ins Beratungszimmer mitzugeben.

Demgegenüber ist der Vorschlag der nationalrätslichen Kommission, es dürfe der Assisenpräsident nur *zur Beantwortung bestimmter Fragen* ins Beratungszimmer gerufen werden und habe dieses nach Beantwortung sofort wieder zu verlassen, zu begrüssen. Im Unterschied zum bundesrätslichen Vorschlag, der als *offenkundiger Angriff gegen die Unabhängigkeit der Urteilsfindung* angesehen werden muss, bedeutet derjenige der Kommission lediglich eine *Modifikation des seit alters bestehenden Rechtes der Geschworenen, vom Assisenpräsidenten eine Ergänzung der Rechtsbelehrung zu verlangen*. Während diese Ergänzung bisher gleich der Rechtsbelehrung selbst in öffentlicher Gerichtssitzung erteilt wurde, will die Neuerung die Scheu der Geschworenen, Fragen zu stellen, dadurch mindern, dass man ihnen erlaubt, den Präsidenten hiefür ins Beratungszimmer kommen zu lassen. Mit diesem Vorschlag können sich auch die Freunde des gegenwärtigen Verfahrens einverstanden erklären, *allerdings nur unter der conditio sine qua non*, dass im Beratungszimmer allermindestens die *Parteiöffentlichkeit* gewahrt bleibe, indem die Belehrung zu erteilen ist in Begleitung des Anklägers und des Verteidigers, die ev. ihrer abweichenden Meinung Ausdruck geben dürfen.

Dem *Versuche, die Selbständigkeit der Urteilsfindung illusorisch zu machen*, geht im Entwurf parallel *der Versuch, die Zuständigkeit der Bundesassisen nach Möglichkeit zu beschränken*. Dazu soll eine Auslegung der BV Art. 112 verhelfen, die nach den eigenen Worten des Referenten darin besteht, die Bundesassisen auf die Fälle zu beschränken, die ihnen „*in engster Auslegung der Verfassung*

zugewiesen werden müssen“. Demgegenüber ist mit dem Korreferenten und mit Prof. Fleiner zu sagen, dass die Zuständigkeit der Assisen zu bestimmen ist nach Sinn und Geist der Verfassung.

Demnach steht Art. 112 Ziff. 1 dem Versuch des Referenten Dr. Stämpfli, die Mitwirkung der Bundesassisen auf Hochverratsprozess zu beschränken, entgegen. Alle andern Fälle will der Bundesanwalt nicht dem „Gefühlsentscheid der Geschworenen“ überlassen, muss aber zugeben, dass Vorbereitungshandlungen schon deshalb in Assisenkompetenz fallen sollten, weil sie bei Hoch- und Landesverrat dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt werden (S. 31a), und dass die Wesensverwandtschaft von Hoch- und Landesverrat es eigentlich nicht rechtfertigt, ihre Beurteilung zwei verschiedenen Gerichten anzuvertrauen, womit eben implicite gesagt wird, dass alles in Assisenkompetenz fallen sollte.

Was Ziffer 2 des Art. 112 anbetrifft, wonach die Bundesassisen zuständig sind für alle Vergehen gegen das Völkerrecht, so wird die Auffassung der ständerätlichen Kommission, die darunter nur Vergehen verstehen will, welche die Interessen *fremder* Staaten verletzen, selbst vom Referenten als unhaltbar, weil zu restriktiv, angesehen. In der Tat weisen alle diese Vergehen das gleiche Rechtsgut auf, denn sie werden von uns ausschliesslich deshalb unter Strafe gestellt, weil ihre Straflosigkeit unsere Beziehungen zu fremden Staaten gefährden könnte.

Ziffer 4 Art. 112 Bundesverfassung verlangt Zuständigkeit der Bundesassisen *für die strafrechtliche Beurteilung eidgenössischer Beamten*, soweit diese von der Bundesbehörde dem Bundesgericht überwiesen werden. Mit dem Korreferenten und Prof. Fleiner muss das Urteil des Bundesgerichtes im Falle Bloch-Junod als ein Fehlurteil betrachtet werden.

Professor Pfenninger hält die Ansicht des Referenten, die Bundesassisen seien zur Mitwirkung bei Aburteilung einer Grosszahl von Delikten, insbesondere von Vergehen

gegen fremde Staaten untauglich, nicht für gerechtfertigt; er verweist auf den Fall Justh, in welchem sie sogar nach dem Urteil des Bundesanwaltes ausgezeichnet funktionierten.

Dem vom Referenten angeführten Ausspruch Prof. Gerlands, bei Beurteilung politischer Delikte durch Assisen erhalte man politische, aber keine richtigen Urteile, kann die Judikation des deutschen Reichsgerichts entgegen gehalten werden, wonach bei der Aburteilung der sog. Kriegsverbrecher oder bei Anwendung des Republik schutzgesetzes von hochgelehrten Richtern auch sehr politische und unrichtige Urteile gefällt worden sind.

Der Votant beansprucht gegenüber dem Angeschuldigten, seinem Vertreter und den bisherigen durchaus bewährten Formen des Bundesstrafprozesses mehr Vertrauen und stellt in diesem Sinn folgende Postulate:

*1. Recht des Beschuldigten und seines Verteidigers, allen Einvernahmen von Zeugen und Sachverständigen beizuwohnen und an diese Fragen zur Aufklärung des Sachverhaltes zu stellen*, wobei nach dem Vorgang der zürcherischen StPO § 15 Einvernahmen, bei denen diese Vorschrift nicht beobachtet worden ist, *nichtig* sind, soweit sie den Angeschuldigten belasten. Die Unmittelbarkeit der Beweis aufnahme in der Hauptverhandlung vermag dem Beschuldigten um so weniger die Anwesenheit bei allen Handlungen der Voruntersuchung zu ersetzen, als diese Unmittelbarkeit sich meist nicht auf alle Zeugen erstreckt und im Falle des Geständnisses überhaupt wegfällt (E. Art. 159).

*2. Ausdehnung der notwendigen Verteidigung nicht nur auf alle Bundesassisen-, sondern auch auf alle Bundesstraf gerichtsfälle*, denn je mehr man das Bundesstrafgericht zuungunsten der Bundesassisen bevorzugen will, um so begründeter ist die Forderung der notwendigen Verteidi gung, während E. Art. 41 sie nur für Assisenfälle vorsieht.

*3. Ausschluss des Geschädigten vom eigentlichen Straf verfahren*. Diese Forderung richtet sich nicht gegen die

*Kontrollrechte des Geschädigten*, wohl aber gegen das ihm durch Art. 161 und 201 gewährte *Recht, sich zur Schuldfrage zu äussern*, ein Rückfall ins französische Schwurgerichtsverfahren, vor welchem schon die Erfahrungen im Fall Conradi hätten bewahren sollen. Ganz abgesehen davon, dass dem Angeklagten zwei Ankläger gegenüberstehen, was gegen das Prinzip der Waffengleichheit und des fair play verstößt, ist er auch insofern schlechter gestellt, als die Pflicht zur Objektivität, welche mit Recht vom Staatsanwalt verlangt wird, vom Geschädigten nicht verlangt werden kann.

4. *Beibehaltung des Kreuzverhörs*, das Zürich seit 1853 besitzt, ohne dass mit Wissen des Sprechenden je ein Antrag auf Abschaffung gestellt worden wäre. Es ist der typische Ausdruck des Parteiprozesses, wobei selbstverständlich eine Einvernahme des Angeklagten durch den Ankläger nicht begriffsnotwendig ist, wie der Referent anzunehmen scheint, denn der Angeklagte bleibt dem Kreuzverhör entzogen. Prof. Pfenninger wurde durch seine Erfahrungen als Ankläger vor Schwur- und Militärgericht, d. h. vor Gericht mit und ohne Kreuzverhör, in der Überzeugung gefestigt, dass das Kreuzverhör nicht nur wesentlich tauglicher zur Wahrheitserforschung ist als das Verhör durch den Präsidenten, sondern auch eine wesentliche Entlastung des Assisenpräsidenten darstellt, weil es ihm den nötigen Überblick über die Beweiserbringung verschafft und ihm eher ermöglicht, seine Unparteilichkeit zu wahren.

Zum Schlusse äussert Prof. Pfenninger in Berücksichtigung des Umstandes, dass die Gesetzesvorlagen kantonalen Regelungen als Vorbild dienen könnten, den Wunsch, in Art. 337 ff. des E. die *bedingte Verurteilung* statt des bedingten Strafvollzugs aufzunehmen, insbesondere aus dem Grund, weil erstere, im Unterschied zum letzteren, den wirklich grosszügigen Gedanken enthält, dass der Gestrauchelte durch Wohlverhalten während einer bestimmten Zeit sich völlig zu rehabilitieren vermöge.

Bleiben wir im Bundesstrafrecht bei der gegenwärtigen Regelung, bedeutet das nicht nur einen Rückschritt hinter manches kantonale Recht, sondern auch einen Verzicht auf die kriminalpolitische Erfahrung, dass die Hoffnung auf völlige Rehabilitation gerade beim Besserungsfähigen zu den stärksten Faktoren im Besserungsprozess gehört.

Der Votant beendet seine Ausführungen mit dem Wunsch, es möge der Bundesstrafprozess nicht nur zu einem möglichst zweckmässigen, sondern auch möglichst freiheitlich ausgestalteten Mittel der Wahrheitserforschung werden.

Herr *F. Wenger*, Rechtsanwalt, Zürich, postuliert, es möchten, entgegen der Ansicht des Herrn Bundesanwaltes, die Urteilsausfertigungen mit Angabe der für die Urteilsfindung massgebend gewesenen gesetzlichen Bestimmungen und mit Hinweis auf die Möglichkeit der Ergrifung von Rechtsmitteln den Parteien zugestellt werden. Die 90 Gesetze, aus denen in der Schweiz Straftatbestände abgeleitet werden können, kenne nicht jedermann genau. Das Postulat bezwecke Förderung der Sorgfalt und der Rechtssicherheit, könne aber auch aussichtsloser Weiterziehung an obere Instanzen vorbeugen.

Monsieur *Martin* expose qu'à Genève le Jury existe au correctionnel et que son activité a donné lieu à des expériences fâcheuses. Sa suppression doit être envisagée dans tous les cas au correctionnel. Il serait donc heureux qu'en procédure fédérale l'on n'augmente pas les compétences de cet organisme.

Monsieur Martin ajoute que depuis qu'à Genève le président prend part aux délibérations du Jury, il n'y a plus à regretter d'erreurs grossières.

En ce qui concerne l'instruction l'orateur se rallie à l'opinion de Mr. Pfenninger.

A Genève par exemple la loi est trop large, le Procureur craint à juste titre la publicité qui détruira les preuves. Il faudrait que les magistrats et les Juristes partent toujours de l'idée que le résultat à obtenir n'est pas une condamnation, mais la manifestation de la vérité.

Monsieur Martin par contre n'est pas d'accord avec Mr. Pfenninger en ce qui concerne la présence de la partie civile.

M. Piller, juge fédéral, est amené par le tour que prend la discussion à dire aussi sa pensée à propos du jury et en même temps au sujet de l'un ou l'autre des points qui viennent d'être touchés.

Il ne s'agit pas pour lui d'une question de principe. Il ne prétend pas que le souci d'une saine administration de la justice exige l'introduction du jury là où il n'existe pas; mais il ne saurait admettre que là où la constitution prévoit cette juridiction, on veuille lui soustraire les causes qui en relèvent et que l'on insinue que, tant que le jury existera, la justice ne pourra pas être bien rendue.

Une telle suspicion témoigne d'une méfiance injustifiée envers une institution qui peut facilement être défendue, ainsi que l'éloquente intervention de M. le Procureur général de Zurich vient de le démontrer. Aux données qu'il a tirées de son expérience, on peut ajouter, dans l'ordre des considérations générales, que le jury présente, au point de vue de l'intérêt social, cet avantage d'être plus sévère quant à la répression, et, au point de vue de l'accusé, d'être plus exigeant quant à la preuve, ceci par opposition au juge professionnel qui, entendant continuellement des défenses et voyant sans cesse de malheureux prévenus, devient, par la force même des choses, moins difficile quant à la preuve — rien ne ressemblant plus à une mauvaise défense qu'une bonne défense — et en même temps plus miséricordieux quant à la sanction, le contact journalier avec une partie pitoyable de l'humanité prédisposant à une certaine clémence.

Le bon fonctionnement du jury suppose évidemment certaines conditions qui sont d'ailleurs nécessaires dans la plupart des autres institutions publiques: il faut que les jurés soient bien choisis, parmi des hommes ayant le sens de la justice et conscients de leur responsabilité. Il faut que cette juridiction d'ordre exceptionnel soit réservée aux cas particulièrement graves socialement parlant. Il faut en outre que ceux qui doivent travailler avec les jurés aient conscience de leur rôle, ainsi que des difficultés de la tâche qui incombe au jury. Le président de la Cour, en particulier, veillera à ce que les questions posées soient claires et simples, et non, comme cela arrive généralement, complexes: on évitera avec un soin tout spécial les termes obscurs, qui prêtent à confusion, ou les termes techniques, en particulier ce que l'on pourrait appeler le charabia juridique. — Les avocats se souviendront que leur fonction sociale consiste essentiellement à être des collaborateurs de la justice. C'est là leur seule raison d'être. Ils ne céderont dès lors jamais à la tentation — pas plus devant le jury qu'ailleurs — de se comporter comme des factotums de leurs clients, préoccupés uniquement d'obtenir l'arrêt qui leur convienne le mieux.

Chaque fois que les juristes s'efforcent de collaborer avec les jurés dans l'administration de la justice, on constate que le jury fonctionne d'une manière satisfaisante. Les erreurs qu'il peut commettre ne sont pas sensiblement plus nombreuses que celle de la justice ordinaire.

A propos de la question des voies de recours, M. Piller ne peut se rallier au point de vue de M. Gmür, et ceci pour une raison sur laquelle M. Staempfli a déjà insisté, à savoir la nécessité d'une répartition nette des compétences et d'une délimitation précise des attributions et des responsabilités. Il faut, en matière pénale plus encore peut-être qu'ailleurs, ne pas éparpiller les responsabilités et éviter ce qui paraît être le propre du système parlementaire tel qu'il se pratique de nos jours.

Sous cet angle, il se justifie de s'en tenir à la cassation dans son type classique pur et de ne pas y introduire des éléments empruntés à l'appel.

Au sujet des droits de la partie civile, il faut rappeler que l'action pénale est essentiellement une action publique. C'est dire qu'elle n'appartient qu'à l'Etat et qu'elle ne peut pas être poursuivie par le lésé. Que l'on donne au lésé, par des raisons d'opportunité, la possibilité de faire valoir ses droits propres devant le juge pénal, il n'y a rien à redire à cela. Mais qu'il s'en tienne là et qu'il ne s'immisce pas dans l'action publique, qui ne relève que du représentant de la société.

Herr Dr. F. Trüssel, Fürsprech in Bern, kommt auf die militärstrafrechtlichen Delegationsfälle zu sprechen. Art. 220 und 221 MStG sehen, ähnlich wie bei den bürgerlichen Delegationsfällen des Entwurfes zum Bundesstrafprozess, eine Übertragung der Beurteilung durch Bundesratsbeschluss an die bürgerlichen Gerichte vor.

Art. 220 handelt von der Beteiligung von Militär- und Zivilpersonen an einem gemeinen Delikt, also ein Fall der Teilnahme. Hier ist die Möglichkeit vorgesehen, auch die Militärpersonen dem bürgerlichen Strafrichter zu unterstellen. Auf die Zivilpersonen findet das bürgerliche Recht, auf die Militärpersonen das Militärstrafrecht Anwendung.

Art. 221 handelt von der Konkurrenz mehrerer Delikte bei einer Militärperson, die teils dem bürgerlichen, teils dem militärischen Strafrecht angehören. Der Bundesrat kann in einem solchen Falle die ausschliessliche Beurteilung der Militärperson dem bürgerlichen Strafgericht übertragen. Auf die bürgerlichen Delikte findet das bürgerliche Recht, auf die Militärdelikte das Militärstrafrecht Anwendung.

Nun enthält das MStG keine Bestimmung über das zu beobachtende Verfahren und über die gegen die Urteile der bürgerlichen Gerichte gegebenen kantonalen und eid-

genössischen Rechtsmittel. Es fehlen Bestimmungen über die Pflicht des Kantons zur Verfolgung (Art. 255 Entw.), über die Kollisionsnorm (Art. 252), über die Tragung der Kosten und den Einzug der Bussen (Art. 257 und 258) und schliesslich über die Rechtsmittel.

Wenn nun der Bundesrat unter Anwendung der erwähnten Bestimmungen einen Militärstraffall dem bürgerlichen Gerichte zuweist, so bekundet er damit, dass keine militärischen Interessen bestehen. Deshalb ist es gerechtfertigt und logisch, diese Fälle gleich zu behandeln wie die Delegationsfälle des bürgerlichen Rechtes, d. h. die Bestimmungen des Entwurfes über diese letzteren, ohne weiteres auch anwendbar zu erklären auf die ersteren.

Das Militärkassationsgericht zur Beurteilung von Nichtigkeitsklagen wegen Verletzung eidgenössischen Rechtes zuständig zu erklären, ist wohl kaum angängig, da an das MKG nur gegen Urteile der Militärgerichte die Nichtigkeitsklage gegeben erscheint. Übrigens würde diese Regelung zur Folge haben, dass gegen ein Urteil eines bürgerlichen Strafgerichtes, insoweit es nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafrechtes dieses Recht angewandt hat, die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht, und insoweit es das Militärstrafrecht anwandte, das Militärkassationsgericht angerufen werden müsste. Richtigerweise muss eine solche Nichtigkeitsbeschwerde von dem gleichen eidgenössischen Gerichte beurteilt werden, und als solches erscheint, da ein militärisches Interesse fehlt, das Bundesgericht als die zutreffende Instanz.

Herr Staatsanwalt Dr. Eugster (Zürich) führt aus, es finde das Schwurgerichtsproblem in der einfachen Formel, Gefühlsentscheid oder Rechtsanwendung, Ausdruck. Durch die politische Zusammensetzung des Schwurgerichtes ist der Gedanke aufgekommen, der Geschworene sei souverain und dürfe sich über das Gesetz hinwegsetzen. Ein Beweis dafür ist folgendes Beispiel: Im Kanton Zürich, welcher für Diebstähle über Fr. 500.— eine schwerere

Strafe vorsieht als für einen solchen unter diesem Betrag, wurde ein Dienstmädchen wegen Entwendung einer Banknote von Fr. 1000.— vor Geschworenengericht gestellt. Um nun der Delinquentin die mildere Bestrafung zuteil werden zu lassen, nahmen die Geschworenen an, das Mädchen habe nur Fr. 500.— stehlen wollen, habe aber notgedrungen die restierenden Fr. 500.— auch mitnehmen müssen. Mit der Einführung des Geschworenengerichts wollte Front gemacht werden gegen die Kabinettsjustiz. Allmählich wurde aber das Recht auf die Seite gestellt und nun macht sich an Stelle der Willkür der Kabinettsjustiz die Volkswillkür geltend. Es muss daher heute eine Mittellinie gesucht und gefunden werden, wonach die beiden Tendenzen (Einfluss des Volkswillens auf die Urteilsfällung und Mitwirkung des Fachmanns), zur Geltung kommen können. Um im Sinne der Sicherung der Rechtsanwendung zu diesem Ziel zu gelangen, ist eine Verfassungsrevision in Kauf zu nehmen.

Herr Professor Thormann hält die Revision des Art. 112 Bundesverfassung als sehr wünschenswert. Nicht nur ist die Umschreibung der Fälle in den Ziffern 1—4 sehr mangelhaft abgefasst, woraus sich zum Beispiel die Kontroverse über die Auslegung der Ziffer 4 ergibt (vgl. Referat S. 22a), auch der Eingang des Artikels stellt sich jeder vernünftigen Reform des Schwurgerichtes entgegen mit den Worten: „Das Bundesgericht urteilt mit Zuziehung von Geschworenen, welche über die Tatfrage absprechen u. s. f.“ Es ist noch keiner Gesetzgebung gelungen, das Verdikt der Geschworenen wirklich auf die Tatfrage einzuschränken und die Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage durchzuführen. In Wirklichkeit entscheiden die Geschworenen über die wichtigsten Rechtsfragen, nämlich die Tatbestandsmässigkeit der begangenen Tat. So auch nach Art. 197 des Entwurfes; man könnte sogar die Frage aufwerfen, ob die Worte in Art. 197, „und ob sie die gesetzlichen Merkmale des Vergehens enthalte“, mit der Bundesverfas-

sung, Art. 112, welcher den Geschworenen nur die Tatfrage zuweist, übereinstimmen. Hier kann nur eine Reform des Geschworenengerichts helfen. Die Begeisterung, mit welcher einige Vorredner für das alte Geschworenengericht mit der Teilung der Urteilsaufgabe (sog. französisches Schwurgericht) eingetreten sind, wäre vor 100 Jahren vielleicht am Platze gewesen, heute ist sie nicht mehr verständlich auf Grund der gemachten Erfahrungen. Professor Thormann weist auf die Reformbestrebungen bezüglich des Schwurgerichts in England, Deutschland und der Schweiz hin. In der Schweiz schreitet die Bewegung im Sinne der Zurückdrängung des Geschworenengerichts nach französischem Vorbilde vorwärts. (Der Redner macht auf die Strafprozessreform in verschiedenen Kantonen aufmerksam.) Die neue Ordnung in Bern 1928 sieht eine gemeinsame Beratung der acht Geschworenen und der drei Mitglieder der Kriminalkammer vor. Diese neue Ordnung war in Bern dadurch ermöglicht worden, dass die Kantonsverfassung von 1893, revidiert 1907, die Organisation der Geschworenengerichte dem Gesetz überliess, während Art. 112 Bundesverfassung dies leider nicht tut. Entgegen den Ausführungen Prof. Pfenningers hält es der Sprechende für durchaus zulässig, ein solches Gericht, in welchem Geschworene sitzen, auch Geschworenengerichte zu nennen, während die deutsche Literatur die Bezeichnung „grosses Schöffengericht“ vorzieht. Das Schöffengericht ist aber eine altgermanische Einrichtung, die mit diesem modernen Geschworenengericht nichts gemein hat. Die gemeinsame Beurteilung der Fälle durch Geschworene und Richter gibt den Geschworenen die gewünschte Gelegenheit, sich direkt zur Straffrage äussern zu können, die sie weit mehr interessiert als alles andere. Nach dem alten System beantworten sie die Schuldfrage ganz willkürlich, nur um die Strafzumessung zu beeinflussen. (Redner gibt ein Beispiel aus der früheren bernischen Praxis.) Die Reform hat sich im Kanton Bern durchaus bewährt, die Geschworenen arbeiten mit In-

teresse mit, während einsichtige Geschworene früher oft über die ihnen zugemutete moralische Verantwortlichkeit klagten.

Es ist auch unrichtig, anzunehmen, dass die selbständige Jury eine besondere Garantie gegen ungerechte Verurteilungen begründe; wenn der Beweis fraglich wird, entscheidet die Jury oft nach dem Gefühl, unter Umständen also auch zum Nachteil des Angeklagten. Es wäre daher grundsätzlich wünschbar, die Bundesassisten in diesem Sinne reformieren zu können; dem steht aber zurzeit der Wortlaut des Art. 112 der Bundesverfassung entgegen. Dagegen wollte der Entwurf in Art. 203 Absatz 2 das sog. Genfer System einführen, wonach der Präsident des Gerichts der Beratung der Geschworenen beiwohnt, um Aufklärungen, die von ihm erbeten werden, im Rahmen der Rechtsbelehrung zu geben. Wir hören und glauben es auch, dass dieses System gute Resultate gezeigt hat. Leider hat die Nationalratskommission diese kleine Teilreform dahin abgeschwächt, dass dies nur durch ausdrücklichen Beschluss der Jury erfolgen kann. Ein solcher Beschluss wird wohl nur sehr selten vorkommen, da die Geschworenen sich scheuen werden, dadurch ihre Unsicherheit oder Unwissenheit in Rechtsfragen kundzutun, und es übrigens viel Einsicht voraussetzt, um einzusehen, dass man etwas nicht versteht. Es erscheint wünschbar, wenn die grosse Reform in der ausgeführten Richtung nicht durchführbar sein sollte, doch wenigstens zum Entwurf des Bundesrates (Art. 203) zurückzukehren.

Durch Einführung der qualifizierten Mehrheit beim Geschworenenverdikt hat die Nationalratskommission nach Ansicht des Redners eine unglückliche Lösung getroffen (Art. 205). Der Entwurf des Bundesrates sah die einfache Mehrheit und bei gleich geteilten Stimmen die dem Angeklagten günstigere Lösung vor. Die Erfahrungen sprechen gegen das qualifizierte Mehr, das als etwas Unnatürliches und Gekünsteltes erscheint. Es ist auffallend, dass Anhänger der sog. Selbständigkeit der Jury dieses

qualifizierte Mehr verlangen, das doch nur mit dem Misstrauen in die Einsicht der Geschworenen begründet werden kann. Im geltenden kantonalen Prozessrecht kennen nur noch die Gesetze von Zürich, Aargau, Thurgau, Solothurn und Waadt das qualifizierte Mehr.

Es ist Aufgabe jeder modernen Gesetzgebung, Fehlerquellen nachzuforschen und die erkannten Fehler zu beseitigen. Zu diesen Fehlern gehört die Teilung der Urteilsaufgabe in Tat- und Rechtsfrage, oder auch Schuld- und Straffrage.

Herr Bundesanwalt *Stämpfli* gibt in seinem Schlusswort seiner Freude über die anregende Wirkung des Referates Ausdruck und weist darauf hin, dass es für den Bundesgesetzgeber sehr wichtig sei, die Stimmen aus den Kantonen zu vernehmen. Er bedauert, wegen der vorgerückten Zeit nur auf einige Bemerkungen antworten zu können.

Die Behauptung, dass sich im Prozessentwurf eine antidemokratische Tendenz bemerkbar mache, weist der Referent zurück. Es sei selbstverständlich, dass bei der jetzigen Revision der Strafgerichtsorganisation des Bundes, wo nicht bloss die Bundesassisen, sondern auch das Bundesstrafgericht bestehen, genau untersucht werde, welche Vergehen gemäss der Verfassung den Bundesassisen zugewiesen werden müssen und welche Delikte dem Bundesstrafgericht übertragen werden können. Der Entwurf folge dabei der bestehenden Überweisungspraxis, die sich eng an die Verfassung hält und Art. 73 BStR einschränkt (z. B. in bezug auf die Wahldelikte). Alle politischen Parteien hatten der neuen Organisation zugestimmt. Die Annahme von Prof. Pfenninger, dass mit dem Ausschluss der Beamten und Angestellten von den Funktionen eines Geschworenen eine bestimmte Partei getroffen werden sollte, sei unrichtig; dieser Ausschluss bestehe schon im gegenwärtigen Organisationsgesetz und sei schon im Organisationsgesetz von 1849 enthalten. Eine Notwendigkeit,

die Geschworenen mit Rücksicht auf das Mündlichkeitsprinzip beizubehalten, besteht nicht. Vor dem Bundesstrafgericht werde das Beweisverfahren in breitester Form durchgeführt. Eine Abhängigkeit der Richter von den Untersuchungsakten sei nicht festgestellt worden.

Die heutige Diskussion habe gezeigt, dass der Bundesrat gut getan hat, im Prozessentwurf die notwendige Reform des Verfahrens zu bringen und die Frage, ob mit einer Revision des Art. 112 BV die Bundesassisen abgeschafft oder umgestaltet werden sollen, der zukünftigen Entwicklung zu überlassen.

Auch das Schlusswort des Herrn Nationalrat *A. Rais* wendet sich gegen die Behauptung, die Beschränkung der Bundesassisen sei undemokratisch.

Der Vorsitzende stellt in einem Schlusswort fest: Es herrsche Einigkeit darüber, dass die Zuständigkeiten des Bundesgerichtes und der eidgenössischen Geschworenen in Strafsachen neu geordnet werden sollten. Auch das Verfahren sollte ohne Rücksicht auf das schweizerische Strafgesetzbuch den neueren Auffassungen unter Berücksichtigung der Erfahrungen angepasst werden. Eine Berufung, ähnlich derjenigen in der Zivilrechtflege, sei wohl untunlich, man müsse sich mit der Nichtigkeitsbeschwerde begnügen, die aber näher auszugestalten sei. Er fasst das Ergebnis der Verhandlungen in folgende Sätze zusammen:

1. Art. 112 BV steht einer zweckmässigen Strafgerichtsorganisation entgegen und sollte revidiert werden.
2. Es ist zu begrüssen, dass der, namentlich in der Voruntersuchung veraltete Bundesstrafprozess schon vor dem Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzes revidiert wird.
3. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Entscheide an das Bundesgericht ist für die Wahrung der einheitlichen Anwendung des schweizerischen Strafrechts unentbehrlich.

Auf Antrag des Vorsitzenden wird sodann beschlossen: Es seien die Referate und das Protokoll über die Verhandlungen dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zur Kenntnisnahme und zur gutfindenden Benützung zu übermitteln.

## XII.

Es folgt die *Wahl des Vorstandes*:

Übungsgemäss treten der Vorsitzende, Herr Bundesrichter Dr. V. *Merz*, und der Sekretär, Herr Prof. Dr. *Mutzner* (Zürich), nach zwei Amtsperioden (sechs Jahren) als Vorstandsmitglieder zurück.

Als neue Vorstandsmitglieder werden auf Vorschlag der Vorstandes gewählt: Herr Dr. *Georg Leuch*, Bundesrichter, Lausanne, und Herr Dr. *Theodor Guhl*, Professor in Bern. Die übrigen Mitglieder, welche sich erst eine Amtsperiode im Vorstand befinden, die Herren *Ernest Béguin*, Staatsrat, Neuenburg, *Frédéric Martin*, Staatsrat, Genf, Dr. *Hans Abt*, Appellationsgerichtspräsident, Basel, Dr. *Leonhard Gmür*, St. Gallen, und *Aldo Veladini*, Rechtsanwalt, Lugano, werden auf weitere drei Jahre bestätigt.

Zum Präsidenten wird unter Akklamation gewählt: der Vizepräsident Herr *Ernest Béguin*, Staatsrat, Neuenburg (1931—1934).

Schluss 11.50 Uhr.

Die Sekretäre:

Dr. *G. Schoch*.      *A. de Coulon*.