

<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>	57 (1938)
<b>Rubrik:</b>	Procès-verbal de la 73ème Assemblée annuelle de la Société Suisse des Juristes

### 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:** 29.12.2025

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

**Procès-verbal de la 73<sup>ème</sup> Assemblée annuelle  
de la  
Société Suisse des Juristes  
Congrès de Genève des 4, 5 et 6 septembre 1938.**

---

**Séance du lundi 5 septembre  
Palais des Congrès, Genève.**

*Présidence:*

Monsieur le Juge fédéral *Plinio Bolla*, Président de la Société Suisse des Juristes.

La séance est ouverte à 8 h. 50.

Sur la proposition du Comité, l'Assemblée désigne M. *Dr. Wilh. Birchmeier*, secrétaire au Tribunal fédéral, en qualité de secrétaire de langue allemande, et M. *Edmond Martin-Achard*, avocat à Genève, comme secrétaire de langue française.

*1. Rapport du Président.*

Monsieur le Juge fédéral *Bolla* lit tout d'abord son rapport sur l'année écoulée:

Messieurs et chers confrères,

Nos statuts nous obligent à vous présenter chaque année un rapport sur les affaires sociales.

Depuis la réunion de Sion, dont tous ceux qui y ont participé garderont longtemps le souvenir, notre société,

comme les peuples heureux, n'a pas eu d'histoire (au singulier, naturellement), si par histoire on n'entend que ce qui sort du rythme usuel de la vie.

C'est la loi de celle-ci que des cellules tombent, pour être remplacées par d'autres.

28 de nos sociétaires ont donné leur démission, la plupart ayant, pour cause d'âge, décidé de vivre non seulement *procul negotiis*, mais loin aussi de tout ce qui pourrait les leur rappeler. Une démission a été présentée pour des raisons plus originales, tirées des événements de la politique étrangère et de certaines répercussions qu'ils ont eues en Suisse, en dehors, cela va sans dire, de notre société; celle-ci, malgré son désir ardent de voir s'affirmer partout le prestige du droit, ne saurait se poser, comme le Chevalier de la Triste Figure, en redresseur de tous les torts qui se commettent, hélas! par le monde.

Voici les noms des démissionnaires:

*Bruno Honegger*, Rechtsanwalt, Zürich, Dr. *Eugen Hess*, Rechtsanwalt, Zürich, Dr. *Albert Sieber*, Rechtsanwalt, Zürich, *Hans Born*, Notar, Bern, *Paul Hofer*, Notar, Bern, *F. Louis Colomb*, avocat, Biel, Dr. *Charles Delessert*, Sektionschef beim eidg. Amt für Wasserwirtschaft, Bern, Dr. *Alfred Huber*, Fürsprecher, Bern, Dr. *Louis Jacot*, Bern, Dr. *Franz Jenny*, Adjunkt im eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Bern, *Robert Kunz*, Sektionschef beim eidg. Eisenbahndepartement, Bern, Dr. *A. Zäch*, Bern, Dr. *Ed. Eichholzer*, Sekretär des eidg. Volkswirtschaftsdepartements, Bern, Dr. *Robert Scherer-Ilgen*, Fürsprech, Luzern, *Rudolf Sidler*, a. Regierungsrat, Schwyz, Dr. *Karl Lichtenhahn*, Advokat, Basel, Dr. *E. Stöcklin-Seiler*, Advokat, Basel, Dr. *Hermann Eisenhut*, a. Waiseninspektor, Schaffhausen, *Theodor Lunke*, Rechtsanwalt, Schaffhausen, Dr. *Karl Meyer*, a. Obergerichtspräsident, Herisau, Dr. *Viktor Wellauer*, Advokat, St. Gallen, *Alphons Scroll*, Advokat, St. Gallen, Dr. *Paul Mettier*,

Advokat, Chur, Dr. *Angelo Bonzanigo*, ex-pretore, Bellinzona, Dr. *Edouard Dessauges*, Lausanne, *François Michaud*, notaire, Grandson, *Henri de Maillardoz*, secrétaire de l'administration spéciale du St-Siège, Rome, *Karl Haldimann*, Notar, Lützelflüh.

D'autres vides, hélas! plus nombreux et plus dououreux, ont été faits dans nos rangs par la mort.

C'est un petit cimetière, mais un cimetière d'élite, que je dois évoquer ici; un cimetière qui est un peu l'image de notre société, car le barreau et l'école, la magistrature judiciaire et la politique y ont leurs morts; sur les épitaphes des tombeaux je lis les noms de:

Dr. *Fritz Wegmann*, à Zurich.

*Hermann Lindt*, ancien président de la ville de Berne.

Dr. *Fritz Fleiner*, professeur à Zurich; au faîte de la renommée scientifique, il avait encore consenti à présenter à notre assemblée de Lausanne en 1934 un lumineux rapport sur le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge.

Dr. *Emil Zürcher*, avocat, ancien procureur public, à Zurich.

Dr. *Hermann Rauber*, président de la ville d'Aarau.

Dr. *Oscar Daeppen*, greffier du Tribunal fédéral, à Lausanne.

*Charles Rehfous*, juge à la Cour de Justice, à Genève.

*Thomas Dorta*, avocat, président de la commune de Samaden.

Dr. *Emil Göttisheim*, à Bâle, avocat, ancien conseiller national, juge suppléant au Tribunal fédéral; il avait présenté ici-même, à notre assemblée de 1910, un rapport remarquable sur la naturalisation des étrangers en Suisse.

Dr. *Walter Merz*, ancien juge cantonal, à Aarau, dès 1936 membre d'honneur de notre société, qui avait voulu marquer par cette nomination l'activité déployée

par lui comme membre dès 1888, puis comme président dès 1922 de notre commission pour la publication des sources du droit; la science juridique suisse lui doit la publication de sept volumes d' „Aargauische Stadtrechte“, en partie en collaboration avec le Dr. F. E. Welti (1898/1917), et de quatre volumes d' „Aargauische Landrechte“ (1922/33).

Dr. *Otto Meyer*, avocat, à Aarau.

Dr. *Hugo Spillmann*, avocat, ancien juge cantonal, à Soleure.

Dr. *Walter Lauterburg*, professeur, à Berne.

Dr. *Robert Herold*, ancien directeur d'arrondissement des CFF, à Berne.

Dr. *Hans Trüeb*, avocat, à Berne.

Dr. *Sidney Schopfer*, avocat, ancien conseiller national, ancien bâtonnier, à Lausanne.

Dr. *Alfred Silbernagel*, ancien président du tribunal de première instance, à Bâle.

*John Renaud*, avocat, ancien bâtonnier, à Genève.

Dr. *Otto Schärrer*, conseiller d'Etat, à Schaffhouse.

Dr. *Albert Grieder*, ancien conseiller d'Etat, à Liestal.

*Joh. Rebsamen*, avocat, à Wil.

*Karl Schultz*, juge cantonal, à Zurich.

*Alfred Brunner*, ancien procureur général, à Zurich.

Dr. *Walter Witzig*, avocat, à Winterthur.

Dr. *Hans Sträuli*, ancien président de la ville de Winterthur, ancien président du conseil national.

Dr. *Charles Secretan*, avocat, à Lausanne, caissier modèle de notre société de 1922 à 1928.

Je vous prie de vous lever pour honorer la mémoire de ces 27 collègues.

Ces vides ont été presque complètement comblés. Le Comité a procédé à l'admission, au cours de l'année, des candidats ci-après:

*Pierre Jaccoud*, avocat, Genève.  
*Aldo Camponovo*, cancellerie di Stato, Bellinzona.  
*Aldo Pedotti*, avvocato, Bellinzona.  
Dr. *Libero Olgati*, pretore, Giubiasco.  
*Gottardo Madonna*, Sekretär der Bundeskanzlei, Bern.  
Dr. *André Grisel*, président du tribunal, Le Locle.  
Dr. *André Baumgartner*, avocat, Lausanne.  
*Herbert Chervet*, Neuchâtel.  
*Pierre Nordmann*, avocat, Fribourg.  
Dr. *Hans H. Heitz*, Rechtsanwalt, Winterthur.  
*Walter Leuenberger*, juge fédéral, Lausanne.  
Dr. *Wilhelm Birchmeier*, secrétaire du Tribunal fédéral, Lausanne.  
Dr. *Ulisse Rezzonico*, secrétaire du Tribunal fédéral, Lausanne.  
Dr. *Henri Deschenaux*, secrétaire du Tribunal fédéral, Lausanne.  
Dr. *Bernhard Schatz*, Sekretär des eidg. Versicherungsgerichts, Luzern.  
Dr. *Viktor Rehsteiner*, Advokat, St. Gallen.  
Dr. *Jakob Meyer*, Kantonsrichter, St. Gallen.  
Dr. *Richard Suter*, Advokat, St. Gallen.  
Dr. *Josef Lenzlinger*, Kantonsrichter, St. Gallen.  
Dr. *Max Volland*, I. Staatsanwalt, St. Gallen.  
*Charles Cornu*, procureur général, Genève.  
Dr. *Edouard Folliet*, professeur, Genève.  
*Fernand Haissly*, avocat, Genève.  
*Marcel Guinand*, avocat, Genève.  
*Camille Binzegger*, avocat, Genève.  
*Alexandre Bernstein*, avocat, Genève.  
*Pierre Folliet*, avocat, Genève.  
*John Metzger*, avocat, Genève.  
*Gustave Duckert*, avocat, Genève.  
*Marc Cougnard*, avocat, Genève.  
*Antoine Hafner*, avocat, Genève.  
*Louis Bersot*, avocat, Genève.  
Dr. *Charles Lavanchy*, avocat, Genève.

*Georges Brosset*, avocat, Genève.

*Edouard Berthier*, avocat, Genève.

*Edmond Martin-Achard*, avocat, Genève.

*William Lenoir*, avocat, Genève.

*Marcel Sues*, Genève.

*Dr. Hans Karrer*, Rechtsanwalt, Zürich.

*Dr. F. F. Gubler-Corti*, Rechtsanwalt, Winterthur.

*Dr. Jean Chuard*, avocat, Lausanne.

*Dr. Mario Agustoni*, avvocato, Bellinzona.

*Dr. Raymond Jeanprêtre*, Auvernier.

*Max Benoit*, notaire, Les Ponts-de-Martel.

*Dr. Hanspeter Brunner*, Zürich.

*Otto Matter*, Redaktor, Zollikon.

*Louis Pictet*, notaire, Genève.

*Gaston de Haller*, Sekretär bei der Lonza, Basel.

*Pierre Mallet*, licencié en droit, Genève.

*Francis J. Peter*, conseiller à la Cour d'Appel Mixte, Alexandrie.

*Hans Bachmann*, Winterthur.

*Dr. Kurt Schirmer*, Advokat, St. Gallen.

*Dr. Jakob Graf*, auditeur au Tribunal cantonal, St-Gall.

Un nouveau candidat s'est présenté ce matin:

*Dr. Kurt Hünerwadel*, Polizeikommissär, Zürich.

L'assemblée décide de l'admettre.

55 de nos membres nous ayant ainsi quittés, 54 juristes étant venus par contre grossir nos rangs, notre effectif a diminué en définitive d'une unité. Depuis 1932 c'est la première fois que nous enregistrons une diminution, quoique minime. Aussi avons-nous pensé d'activer le recrutement en faisant imprimer une circulaire, en allemand et en français (ce n'est que pour des raisons d'économie que nous avons renoncé à l'italien et à la dernière venue de nos langues nationales, le romanche), circulaire qui rappelle l'existence de notre société, ses buts, les avantages qu'elle assure à ceux qui en font partie. La circulaire sera envoyée, par les membres du comité, aux juristes leur

paraissant avoir les qualités requises pour être des nôtres. Comme il s'agit d'une simple invitation à poser une candidature, le comité gardera le droit de ne pas agréer le postulant; d'après nos statuts, chacun des membres du comité a même, en cette matière, un droit de veto, sous réserve du recours du candidat évincé à l'assemblée générale. Par le moyen de cette circulaire, votre comité espère éliminer, en partie, les inconvénients du système actuel, d'après lequel l'enrôlement annuel est limité, en règle générale, au canton où nous tenons notre assemblée ordinaire; or, nous ne revenons qu'à d'assez longs intervalles dans le même canton; même les charmes de Genève n'ont pas empêché que nous en soyons restés éloignés, cette dernière fois, pendant 19 ans.

En lisant l'ordre du jour de notre assemblée, vous vous serez aperçus que, cette année encore, comme en 1937 déjà, nous avons pu nous passer de désigner un jury pour juger le concours ouvert par nous en exécution de l'article 9 des statuts. Le devoir du comité d'encourager les publications sur le droit suisse par le moyen de concours a été introduit dans nos statuts en 1877 et dès cette année il a été accompli presque chaque année. Il est déjà arrivé dans le passé que des mémoires n'aient pas été présentés. Cela ne s'était toutefois pas encore produit pendant deux années consécutives. Dans la période de 4 ans dès 1935, un seul travail nous a été soumis, en 1936. Et pourtant, les derniers sujets choisis ne semblaient pas manquer d'intérêt: en 1937, les effets accessoires du divorce en droit international privé; cette année, la meilleure manière d'organiser, *de lege ferenda*, le recours en réforme au Tribunal fédéral contre les jugements partiels et les jugements préjudiciaux cantonaux. Pour 1939, le choix a porté sur un thème auquel la récente révision de la seconde partie du code des obligations a redonné un caractère d'actualité: les rapports de droit entre les fondateurs et la société constituée. Le comité espère que le droit commercial exercera plus d'attrait et aura plus de succès que

le droit international privé et la procédure et qu'il se trouvera de jeunes juristes pour saisir cette occasion de montrer ce qu'ils peuvent, tout en rendant service à la science du droit. Si les lauriers, d'ailleurs modérément dorés, que nous réservons aux auteurs des mémoires couronnés continuaient à se couvrir de poussière dans les armoires de la société, il y aurait lieu d'en conclure que l'encombrement des professions libérales, contre lequel une lutte vient d'être organisée avec notre collaboration, n'est pas, dans les carrières juridiques tout au moins, aussi préoccupant qu'on le pense généralement.

Au mois de juin de cette année, le „Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund“ s'est adressé à la Légation de Suisse à Berlin, en la priant de lui procurer, en vue du „Tag des deutschen Rechts“ qui se tiendra cette année à Leipzig, „eine Darstellung der rechtspolitischen Lage und der Stellung des Juristen in der Schweiz und der schweizerischen Juristenorganisationen“. La requête ayant été transmise au Département fédéral de justice et police, celui-ci a demandé à notre société si elle entendait se charger du rapport désiré par l'association allemande. Notre société a toujours refusé jusqu'ici d'entrer comme telle en relation avec d'autres associations, nationales ou étrangères: le principe a été rappelé par M. le président Merz lors de l'assemblée de Schaffhouse de 1931 et, si une exception y a été faite depuis en faveur des juristes tchécoslovaques de langue allemande, M. le Président Guhl a affirmé avec force à l'assemblée d'Interlaken de 1935 qu'il y avait lieu de revenir à la règle. Nous y aurions dérogé en faisant une communication au „Tag des deutschen Rechts“. Aussi avons-nous répondu négativement au Département fédéral de justice et police. D'ailleurs, le „Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund“, dans sa lettre à notre Légation de Berlin, avait en vue un rapport émanant non pas d'une association telle que la nôtre, mais d'une personnalité du monde juridique suisse.

Si la vie de notre société a été sans histoire au cours de l'année écoulée, on ne saurait en dire autant de celle du droit dans notre pays.

Le 21 décembre 1937, les Chambres ont voté le Code pénal fédéral et leur vote a été ratifié par le peuple dans les comices du 3 juillet. Ce dernier acte d'exécution du programme d'unification juridique qui a été inséré dans la constitution fédérale en 1898, a donné lieu à une bataille ardente, dont les échos ne se sont pas encore tous tus.

Les juristes en général, nos membres tout particulièrement, se sont partagés entre les deux camps, je dirai même entre les deux états-majors.

D'aucuns auraient voulu qu'à la veille du scrutin votre comité sorte de sa réserve par un appel en faveur du code pénal fédéral.

Certes, c'est notre société qui a arboré l'étendard de l'unification pénale en Suisse.

En 1865 déjà, à Berne, elle réclame l'unification du droit pénal et la revision constitutionnelle nécessaire; en 1869, à St-Gall, elle affirme de nouveau l'utilité de cette unification; en 1887, à Bellinzona (et ce n'est pas sans émotion que je trouve sous le procès-verbal de cette assemblée, parmi les signatures des secrétaires, celle de mon père), en 1887, dis-je, notre société déclare l'unification du droit pénal nécessaire pour combattre avec succès la criminalité en Suisse et elle demande de hâter les travaux préparatoires dans ce but; en 1889, elle arrive à une entente avec le Conseil fédéral pour la publication d'une étude d'ensemble sur le droit pénal des cantons, et à cette entente nous devons les deux volumes du professeur Karl Stooss, parus en 1882, sous le titre de „Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts“ et qui forment le pendant de l'oeuvre magistrale d'Eugène Huber, „System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts“; en 1893, notre société, à Soleure, discute les principes fondamentaux de l'avant-projet du code pénal fédéral rédigé

par Stooss et exprime le voeu que la Confédération reçoive bientôt, par la constitution, la compétence nécessaire pour le transformer en loi.

Ce n'est donc pas sans raison que le professeur Delaquis pouvait parler, ici-même à Genève, dans notre assemblée de 1919, d'un „Patentrecht des schweizerischen Juristenvereins am Einheitsstrafrecht“.

Tout en ayant trouvé ce brevet dans ses archives, votre comité a cru devoir rester au-dessus de la mêlée.

Deux choses étaient en discussion le 3 juillet dernier: en instance d'appel, le principe même de l'unification du droit pénal en Suisse;

deuxièmement, un code pénal déterminé, avec ses mérites et ses défauts, ses lumières et ses ombres, ses solutions forcément discutables des questions du droit de punir, des éléments constitutifs des délits, du champ d'application de la sanction pénale.

La question de principe était essentiellement politique: l'unification du droit pénal était-elle de nature à troubler, sans motifs impérieux, en faveur de la force centripète, l'équilibre entre la Confédération et les cantons, équilibre nécessaire au maintien des climats divers qui forment notre existence nationale, équilibre sans lequel la Suisse ne saurait se présenter à l'extérieur, dans les convulsions de l'Europe actuelle, comme une nation intimement unie?

Loin de moi l'idée que la Société suisse des juristes doive râver le droit en le réduisant à une technique. Selon le mot de Ripert, le juriste digne de ce nom ne peut pas ne pas faire de politique.

Mais il y a des questions politiques qui, d'une façon toute particulière, mettent aux prises des préférences morales et ne mettent aux prises que des préférences morales, soit des choses qui, par essence, sont indémontrables et, par essence aussi, sont éminemment respectables: un de ces problèmes est la détermination du point d'équilibre entre le pouvoir fédéral et les pouvoirs cantonaux.

Ce point d'équilibre ne saurait d'ailleurs être invariable dans le temps. Et notre société ne saurait être, sans renier son caractère même de corporation savante, un séminaire de vérités toutes faites, de vérités peut-être mortes, un clan où la différence des esprits serait considérée comme un manquelement au culte des ancêtres.

Certes, si nous voulons faire du droit, nous ne pouvons pas ignorer la politique juridique. Mais les sociétés savantes pourraient adopter la devise de Sigismondo Malatesta: *tempus loquendi, tempus tacendi*. Et la veille des consultations populaires est, pour elles, à notre avis, un *tempus tacendi*. La fièvre électorale, qui est une maladie bénigne pour le citoyen, pourrait avoir pour elles des conséquences funestes.

Sous le prétexte de poursuivre, par des moyens d'ailleurs bien inefficaces, notre premier but statutaire, nous aurions certainement et sérieusement compromis la réalisation du second, le maintien entre les juristes suisses de relations amicales.

Je dis: sous le prétexte de poursuivre notre premier but statutaire, car celui-ci n'est pas l'unification législative, mais „de faire progresser en Suisse la science du droit et en particulier d'y développer la connaissance du droit fédéral et des législations cantonales“. Le progrès du droit, voilà le point visé. L'unification n'est qu'un moyen, un moyen qui s'impose dans certains cas, un moyen dont la nécessité est moins évidente dans d'autres, un moyen enfin dont l'emploi n'indique, dans une troisième série de matières, que paresse d'esprit ou manque d'imagination. Une loi fédérale n'est pas, de par sa nature même, supérieure, au point de vue de la science du droit, à une loi cantonale, sauf dans les domaines où l'étroitesse des frontières cantonales est un obstacle à la réalisation de formules rationnelles. La loi fédérale représente certes souvent, et même presque toujours, la solution la plus simple. Mais en Suisse, deux fois sur trois, la vertu est de tourner le dos à la facilité. Servir une nation de confessions

diverses, de quatre langues, de trois cultures, est une tâche peu aisée; elle n'en est que plus belle.

La neutralité de notre société dans la lutte qui s'annonçait autour du code pénal fédéral, vous l'avez d'ailleurs voulue implicitement vous-mêmes, en appelant au Comité une majorité d'adversaires de cette oeuvre législative, en appelant à le présider un magistrat de l'ordre judiciaire auquel ses fonctions interdisent de descendre dans l'arène politique et, en même temps, un représentant de la plus petite minorité ethnique du pays, de la plus susceptible, parce que la plus menacée non par la malice des hommes, mais par la force des choses.

Quoique je n'aie jamais caché ma profonde conviction que seul le maintien des cantons comme organismes vivants peut assurer le respect de nos différences nationales et partant du visage aimé de ma petite patrie, il se peut qu'il y ait eu de votre part, en ce qui me concerne, *error in persona*.

Le délai de l'article 31 CO n'est pas encore écoulé. Quoi qu'il en soit, du reste, je ne me barricaderai pas derrière la préemption, si le vice du consentement m'est signifié.

L'invalidation déployant ses effets *ex tunc*, elle portera aussi sur les quelques considérations personnelles que, obéissant à la coutume, je vais vous exposer. Elles déplairont probablement à tout le monde. C'est parfois la rançon de la sincérité.

La votation du 3 juillet dernier nous impose à tous des devoirs; il en découle pour nous tous une leçon.

Le devoir de la minorité est de s'incliner devant l'arrêt populaire avec l'esprit de discipline démocratique traditionnel chez nous et de contribuer, de toutes ses forces, à ce que le code pénal fédéral, aussi longtemps qu'il sera une loi du pays, soit appliqué de façon à ce que ce dernier en tire le maximum de bénéfices. Il se peut que le plus illustre citoyen de Genève, J. J. Rousseau, ait poussé un peu loin l'optimisme en écrivant que le peuple n'a jamais tort. Mais les récriminations ne conduisent

nulle part et on ne fait pas de bonne politique avec la rancune. N'oublions pas trop qu'en définitive, comme l'a dit un grand conservateur français, tout ce qui commence de naître a été accusé de faire mourir. Si, dans quelques années, l'opposition fédéraliste peut se dire qu'elle a contribué à faire démentir par les faits ses prévisions, elle aura gagné la plus noble des batailles. Je n'ajoute pas qu'elle aura donné une preuve des mobiles purement patriotiques qui ont dicté sa résistance: personne, en Suisse, ne devrait avoir besoin d'une telle preuve.

Mais la majorité aussi a des devoirs: des devoirs avant tout envers elle-même et envers son oeuvre. Chaque code commence à mourir le jour où il entre en vigueur. Le code pénal fédéral s'est, à ce point de vue, montré précoce. Une des conditions de la vitalité d'une loi d'une telle importance morale est en effet la preuve qu'elle est soutenue par le sentiment presque unanime de la nation: douze cantons et demi, la majorité des Etats fédérés, ont montré clairement qu'ils auraient préféré s'en tenir à leur législation pénale ou à l'absence d'une telle législation. Il y a lieu d'éviter tout ce qui pourrait affaiblir davantage l'autorité du nouveau venu dans la série de nos codes. Et cette autorité serait certainement affaiblie, si les autorités compétentes revenaient sur des promesses et sur des interprétations qui ont joué un rôle non indifférent dans la campagne qui a précédé le scrutin. Je fais allusion à la possibilité pour le procureur général de la Confédération de se pourvoir en nullité contre les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu rendus dans des affaires de droit pénal fédéral par les autorités cantonales: cette possibilité est donnée par la loi (art. 265, 270 al. 2 c. p. f., art. 365 al. 2 c. p. f.) notamment dans tous les cas où le prononcé doit être communiqué au Conseil fédéral en vertu d'une loi fédérale ou d'un arrêté pris par cette autorité: des assurances ont été données qu'aucun arrêté n'était à craindre étendant cette obligation à des prononcés concernant des matières dans lesquelles le

Conseil fédéral n'est pas appelé à exercer un pouvoir de haute surveillance. De même le Département fédéral de justice et police a interprété publiquement d'une façon très large l'article 335 c. p. f. en ce qu'il réserve aux cantons le droit d'édicter des peines pour les contraventions aux prescriptions du droit administratif cantonal. Enfin on a insisté sur le fait que l'unification porterait seulement sur les normes à appliquer, non sur leur application, laquelle est, en somme, l'essentiel en matière pénale et avec un code comme le nôtre, qui laisse au juge une très grande liberté d'appréciation. L'affirmation doit être quelque peu nuancée par le rappel de l'existence du pourvoi en nullité à la Cour de cassation pénale fédérale. Cette juridiction a déjà défini sa compétence telle qu'elle résulte de la procédure pénale fédérale du 5 juin 1934. Mais l'énorme extension de la juridiction pénale fédérale résultant de l'adoption du code pénal unique l'obligera à préciser sa définition en ce qui concerne le principal cas d'ouverture à cassation: la violation du droit fédéral. Ce cas implique le contrôle sur la qualification. C'est en effet une opération de droit que celle consistant à donner aux faits constatés leur nom juridique. Mais comment concilier le contrôle de la qualification avec la technique de cette dernière opération dans les juridictions opérant avec l'assistance du jury? Car ces juridictions survivront peut-être à la brillante attaque que vient de leur livrer notre rapporteur M. Graven. La réponse affirmative du jury sur une question posée dans les termes suivants: „L'inculpé a-t-il agi intentionnellement? ou sciemment? ou dans le dessein de...? ou par malveillance? ou de façon vile? ou méchamment? suffira-t-elle à justifier souverainement la qualification? Ce point d'interrogation démontre, à lui seul, les répercussions que la jurisprudence de la Cour de cassation pénale fédérale sur les limites de sa compétence pourra avoir, dans les cantons, sur la procédure pénale et sur l'organisation judiciaire. Qu'il me soit permis d'exprimer un voeu. En matière pénale, encore plus qu'en

matière civile, le fait et le droit apparaissent parfois difficilement séparables, comme l'envers et l'endroit, comme la forme et la substance. Qu'en traçant la ligne de démarcation là où elle est forcément arbitraire, la Cour de cassation pénale fédérale, chargée de juger non des procès, mais des jugements, n'oublie jamais que notre code a voulu que le criminel, plus que le crime, soit l'objet de l'arrêt: or, les juges de Mon Repos peuvent, sur la base des pièces du dossier, reconstituer le crime, ils ne peuvent voir du criminel que la photographie, lorsque le service anthropométrique a cru devoir enrichir ses archives. En refusant de se considérer comme un tribunal supérieur aux juridictions cantonales, investi du droit d'examiner les procès déjà jugés, la Cour de cassation pénale fédérale évitera en outre que l'entrée en vigueur du nouveau code ait comme corollaire une augmentation, en tout cas une augmentation trop considérable, du nombre des membres du Tribunal fédéral, institution qu'il y a lieu de tenir à l'abri de tout danger d'éléphantiasis, si besoin est par une révision de l'organisation judiciaire fédérale dans le sens d'un tri judicieux des différents pouvoirs de la Cour suprême.

Quant à la leçon qui découle du scrutin du 3 juillet dernier, elle me paraît claire et le Conseil fédéral l'a d'ailleurs immédiatement tirée. Il faut voir dans la statistique électorale autre chose que la souveraineté brutale d'un chiffre global. La majorité des cantons contre le code pénal fédéral, cela signifie qu'il y a lieu de s'en tenir au programme d'unification juridique approuvé par le peuple en 1898, sans essayer d'y englober, par une réforme constitutionnelle, la procédure et l'organisation judiciaire, soit civile, soit pénale.

Je n'ignore nullement que le premier voeu émis par notre assemblée en faveur de la réglementation uniforme d'une partie de la procédure remonte à l'année même de la naissance de notre société (1866). Je n'ignore nullement que ce voeu n'est pas resté le seul. En 1883, le professeur

Hilty demandait que la société entreprît les travaux préparatoires en vue de l'adoption, après celle d'un code civil suisse, d'une procédure civile suisse. En 1888, le président Zeerleder insistait sur la nécessité d'avoir, dans les divers cantons, des règles de procédure uniformes. En 1899, le professeur de Riedmatten demandait au comité de proposer à la société d'inviter le Conseil fédéral à préparer des projets de procédure civile et pénale, en même temps que celui d'un code civil. C'est à la suite de cette motion que l'assemblée de St-Gall de 1900 chargeait le comité d'entreprendre une étude comparative en vue de l'unification des deux procédures: d'où les trois volumes de Schurter et Fritzsche sur „Das Zivilprozessrecht der Schweiz“, parus en 1924, 1931 et 1933. Mais, à la parution du dernier volume, l'atmosphère n'est déjà plus la même qu'en 1900 et à l'assemblée de Lausanne de 1934, le président Béguin, après avoir rendu un hommage éclatant et mérité à la mémoire du juge fédéral Schurter et au professeur Fritzsche et montré l'intérêt de leur travail, formule le souhait „que l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons, dans la même mesure que par le passé, ainsi que le spécifie expressément l'art. 64 de la constitution fédérale.“

C'est une gloire, la gloire principale de notre association d'avoir su lancer et faire triompher l'idée des unifications nécessaires dans le domaine du droit.

Notre mérite n'en sera que plus grand si nous savons marquer nous-mêmes les limites au-delà desquelles l'unification, en méconnaissant les conditions inéluctables de l'existence de notre Etat, ferait de la Suisse fédérative une Suisse simplement décentralisée.

En matière de droit formel, une tâche s'offre à la Confédération: la révision de la loi surannée du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile. Si la nouvelle procédure civile fédérale s'impose, par ses qualités intrin-

sèques, comme un modèle, elle contribuera à réduire, au cours des années, les différences existant entre les législations cantonales, dans ce domaine.

Le code des obligations, le code civil, le code pénal, la législation sur la poursuite pour dettes, sur le contrat d'assurance, sur la propriété intellectuelle, sur la responsabilité civile des chemins de fer, des automobilistes, etc.: voilà une oeuvre immense, dont la conservation, l'amélioration, l'adaptation aux besoins sans cesse nouveaux suffiront à remplir les rares loisirs que les problèmes économiques et financiers et l'inquiétude des temps vont laisser au législateur fédéral dans les années à venir.

Etudier ce *corpus juris*, collaborer à son interprétation, en conseiller la réforme: voilà de quoi occuper noblement et utilement notre société.

Mon programme peut paraître conservateur; mais il suffit de regarder au-delà de nos frontières pour se convaincre que conserver peut être parfois synonyme de créer.

Ce n'est d'ailleurs un programme que pour ce qui reste du dernier quart du premier siècle d'existence de notre confrérie.

Mettre une hypothèque à plus longue échéance sur l'avenir, ce serait faire preuve de peu de sagesse, de cette sagesse qui ne manquera pas de présider, bien mieux que je ne saurais le faire, aux travaux de la 73ème assemblée de la Société suisse des juristes, qu'il m'échoit l'honneur de déclarer ouverte.

2. Monsieur le professeur *Carry*, doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Genève, prend ensuite la parole pour signaler les liens étroits qui unissent la Faculté de Droit de Genève et la Société suisse des juristes.

Il remet à Mr. *Häberlin*, ancien président de la Confédération Suisse, qui doit fêter le 6 septembre son 70ème anniversaire, l'exemplaire no 1 du Recueil de travaux publié à l'occasion du Congrès par la Faculté de Droit de

Genève et l'assure de toute sa reconnaissance pour l'activité féconde qu'il a déployée au Département fédéral de justice et police pendant 14 ans.

Mr. *Bolla* remercie Mr. le professeur *Carry* et la Faculté de Droit de l'Université de Genève pour le Recueil que cette dernière a fait paraître et présente également à Mr. *Häberlin*, membre honoraire de la Société suisse des juristes, toutes ses félicitations et ses remerciements pour les services qu'il a rendus au Département fédéral pendant de longues années.

### *3. Rapport du trésorier.*

Mr. *Petitpierre*, trésorier de la Société, donne lecture de son rapport annuel:

#### *1. Compte général.*

Les *Recettes* de l'exercice comparativement à celles de l'exercice précédent ont été les suivantes:

	1938	1937
Cotisations . . . . .	fr. 9,220.—	fr. 9,914.—
Vente de brochures . . .	„ 432.40	„ 151.20
Revenu net des titres . . .	„ 1,875.25	„ 1,394.40
	<hr/> fr. 11,527.65	<hr/> fr. 11,459.60

Les *Dépenses* ont été les suivantes:

Frais d'administration . .	fr. 3,055.—	fr. 4,142.20
Frais d'impression . . .	„ 6,465.20	„ 9,668.45
Prix de concours . . . .	„ —.—	„ 300.—
	<hr/> fr. 9,520.20	<hr/> fr. 14,110.65

L'*excédent des recettes* sur les dépenses pour 1937/38 est de *fr. 2,007.45*. En 1936/37, il a y eu un excédent de dépenses de *fr. 2,651.05*.

Le *Portefeuille* a bénéficié d'une plus-value de *fr. 793.30*.

La <i>Fortune</i> de la société qui s'élevait au 30 juin 1937 à . . . . .	fr. 50,132.95
s'est augmentée:	
de la plus-value sur les titres de . . . . .	„ 793.30
de l'excédent des recettes sur les dépenses	„ 2,007.45
Fortune de la société au 30 juin 1938 . . .	<u>fr. 52,933.70</u>

Cette fortune est représentée par:

Les titres déposés à la Banque Cantonale Vaudoise . . . . .	fr. 49,415.—
Le solde actif du compte de chèques postaux . . . . .	„ 565.—
Le solde actif du compte-courant de la Banque Cantonale Vaudoise . . . . .	<u>„ 6,993.20</u>
A reporter	fr. 56,973.20

Report fr. 56,973.20

moins:

le solde passif dû au cais- sier . . . . .	fr. 39.50
le solde de l'avance du compte spécial . . . . .	<u>„ 4,000.—</u>
total . . . . .	<u>„ 4,039.50</u>
<i>Fortune</i> au 30 juin 1938 . . . . .	<u>fr. 52,933.70</u>

## 2. *Fonds spécial pour la publication des sources du droit suisse.*

Les *Recettes* de l'exercice sont représentée exclusive-  
ment par les intérêts du portefeuille qui se sont élevés à  
fr. 5,087.50 contre fr. 4,993.35 pour l'exercice 1936/37.

Les *Dépenses* se sont élevées à fr. 5,318.25 montant  
payé pour l'impression du volume des sources de Frutigen.  
En 1936/37, il n'y avait pas eu de dépenses, aucune publi-  
cation n'ayant été faite.

Le montant du Fonds spécial était au	
30 juin 1937 de . . . . .	fr. 149,615.60
Il s'est augmenté:	
a) des intérêts du porte-	
feuille . . . . .	fr. 5,087.50
b) de la plus-value sur les	
titres . . . . .	<u>,, 2,108.85</u>
	fr. 7,196.35
Il s'est par contre diminué:	
des dépenses de l'exercice	<u>fr. 5,318.25</u>
Excédent des augmentations	<u>,, 1,878.10</u>
Montant du Fonds au 30 juin 1938 . . .	<u>fr. 151,493.70</u>

La fortune du Fonds est représentée par:

Les titres en dépôt à la Banque Cantonale

Vaudoise . . . . .	fr. 136,795.—
Un livret de dépôt de la Banque Cantonale	
Vaudoise . . . . .	,, 4,534.60
Solde du compte-courant de la Banque	
Cantonale Vaudoise . . . . .	,, 6,164.10
Solde de l'avance due par le compte général	
	<u>,, 4,000.—</u>
	<u>fr. 151,493.70</u>

L'avance du Fonds spécial au compte général, dont le solde figure pour *fr. 4000.—* au passif du compte général et à l'actif du Fonds spécial, représente un versement fait par le Fonds spécial au compte général au cours de l'exercice, le compte général étant débiteur à la Banque Cantonale Vaudoise, alors que le compte-courant du Fonds spécial était créancier. Il se justifiait de faire cette opération pour éviter le paiement d'intérêts débiteurs. Le solde de *fr. 4000.—* pourra être vraisemblablement remboursé au cours du présent exercice.

Les comptes n'appellent au surplus pas de commen-taires spéciaux.

Le caissier donne enfin connaissance à l'assemblée du détail des deux portefeuilles.

Le Président remercie le trésorier pour son excellent travail.

Le rapport des vérificateurs des comptes sera lu le lendemain.

#### *4. Discussion sur le sujet:*

„Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles.“

Mr. le Président *Bolla* donne la parole au rapporteur de langue allemande, Mr. le Dr. *Karl Oftinger*, qui résume comme suit son exposé déjà publié.

Der heutige Verhandlungsgegenstand führt mitten hinein in die Problematik der neueren Rechtsentwicklung, ja der Gegenwart überhaupt. Nachdem Herr Prof. Haab in seiner in weite Kreise gedrungenen Rektoratsrede auf die heute zur Diskussion stehenden Fragen hingewiesen hatte, musste es angebracht erscheinen, das Problem dem Gremium des Schweizerischen Juristenvereins vorzulegen. Erlauben Sie mir, Ihnen mit wenigen Strichen zu skizzieren, wie ich die mir gestellte Aufgabe aufgefasst habe. Ich möchte mich dabei möglichst kurz fassen und in der Hauptsache auf das gedruckte Referat verweisen. Der Gegenstand ist so weitläufig, dass ein breiteres Eingehen darauf sich von selber verbietet und ohnehin bloss eine mehr oder weniger willkürlich getroffene Auswahl ergeben würde.

Als Zivilrecht betrachte ich nicht eine gegebene Summe von Rechtssätzen, die im ZGB, im OR und andern herkömmlicherweise als zivilrechtlich bezeichneten Gesetzen enthalten sind. Ausgangspunkt ist mir vielmehr der Begriff der Privatautonomie, d. h. die Befugnis der Rechtsgenossen, ihre Beziehungen nach ihrem Gutdünken zu ordnen. Die Privatautonomie betätigt sich, abgesehen von den Rechtshandlungen, durch Rechtsgeschäfte. Das Zivil-

recht ist deshalb nichts anderes als eben das Gebiet, wo sich die Privatautonomie durch das Mittel des Rechtsgeschäftes auswirkt. Ich folge darin Gedankengängen, die Sie zum Teil in den Büchern von Herrn Prof. Burckhardt entwickelt finden. Die im Referat zu behandelnden „Eingriffe in das Zivilrecht“ stellen sich folglich dar als Beschränkungen der Privatautonomie, oder, mit andern Worten, als Beschränkungen der rechtsgeschäftlichen Freiheit.

Weiters war zu untersuchen, was alles Inhalt des Begriffs der rechtsgeschäftlichen Freiheit ist; von der Seite unseres Problems aus gesehen bedeutet das die Untersuchung, wo überall die Privatautonomie prinzipiell beschränkt werden kann. So ergab sich die Möglichkeit einer Beschränkung der Abschlussfreiheit, speziell hinsichtlich der Verträge; Abschlussfreiheit ist die Freiheit des Entschlusses, ob ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschliessen sei oder nicht. Es zeigte sich die Möglichkeit einer Beschränkung der Freiheit in der Wahl der Gegenpartei und vor allem die Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhaltes. Genau parallel zu diesen auf das Vertragsrecht bezüglichen Beschränkungen der Privatautonomie sind solche denkbar im Hinblick auf die sog. Assoziationsfreiheit. Denn die Privatautonomie wirkt sich nicht nur dahin aus, dass man Verträge schliessen und einseitige Rechtsgeschäfte eingehen, sondern auch, dass man Assoziationen gründen oder sich solchen anschliessen kann. Auch hier haben wir also die Möglichkeit von Beschränkungen der Privatautonomie. Ferner stehen in bestimmten notwendigen Beziehungen zum Begriff des Rechtsgeschäftes und folglich der Privatautonomie die Regeln über die Gültigkeitsvoraussetzungen des Vertragsschlusses oder der Assoziationsgründung, die Voraussetzungen des Erlöschens eines Vertrages oder einer Assoziation, die Um schreibung des Persönlichkeitsrechts und des dinglichen Rechts, vor allem des Eigentums. Überall sind hier Modifikationen des hergebrachten Zivilrechts, Eingriffe in dieses, denkbar.

Nach Aufstellung dieses Systems bestand die konkrete Erledigung der gestellten Aufgabe darin, zu prüfen, inwieweit die heutige Gesetzgebung im Rahmen dieser Kategorien in das Zivilrecht eingreift. Das Fazit liefert uns eine Bestandesaufnahme der durch die neuere Gesetzgebung vorgenommenen Eingriffe in das Zivilrecht.

Das soeben angedeutete System stellt, vorausgesetzt, dass es richtig ist, ein allgemeines System der Beziehungen zwischen öffentlichem und Zivilrecht dar. Erlauben Sie mir, noch einen Augenblick dabei zu verweilen. Das System sollte es erlauben, die einzelnen Vorschriften des öffentlichen Rechts in ihrer Bedeutung für das Zivilrecht zu erfassen, und zwar nicht nur im Hinblick auf die in diesem Referat behandelte Gesetzgebung, sondern überhaupt. Naturgemäß ist es vor allem das Verwaltungsrecht, dessen Beziehungen zum Zivilrecht zu schildern waren. Aber auch die Beziehungen des Vollstreckungsrechts, die des Zivilprozesses und sogar diejenigen des materiellen Strafrechts und des Strafprozesses spielen eine gewisse Rolle. Für manche Gebiete wären die angestellten Überlegungen des Ausbaues fähig, indem man auf breiterer Basis den konkreten Beziehungen zwischen öffentlichem und Zivilrecht nachginge.

Die Beschränkungen der Privatautonomie sind naturgemäß meist in Verbotsgesetzen enthalten. Hier stellt sich sofort die Frage der zivilistischen Wirkung eines Verbotsgesetzes. Ist das verbotswidrige Rechtsgeschäft gültig oder nichtig, wenn die betreffende Verbotsnorm darüber nichts sagt? Ist es einseitig unverbindlich? Oder entsteht eine Naturalobligation? Leider sprechen sich die zahlreichen im Referat aufgezählten Verbotsgesetze nur höchst selten darüber aus, obwohl nirgends mehr wie hier — wenn ich das berühmte Wort Kirchmanns abwandeln darf — ein einziger Federstrich des Gesetzgebers lange Seiten von Literatur ersparen könnte, z. B. die betreffenden Seiten meines Referates. Das Bundesgericht und mit ihm die Literatur, denen auch das welsche Referat

sich angeschlossen hat, nehmen beim Schweigen des Gesetzes folgenden Standpunkt ein: wo das Verbot sich nur an eine Partei richtet, sei der Vertrag gültig; wo es sich an beide Parteien richtet, sei das Geschäft nur nichtig, wenn sich dies aus dem Zweck des Verbotes ergebe. Diese Lösung scheint mir theoretisch und praktisch nicht befriedigend, vor allem deshalb, weil meist gerade fraglich ist, ob sich die Nichtigkeit aus dem Zwecke des Verbots gesetzes ergibt. Die im Referat erörterten Erlasse zeigen gelegentlich drastisch, dass das von der herrschenden Meinung verwendete Kriterium unbehelflich ist. Richtiger scheint mir deshalb, ein Geschäft sei immer dann als nichtig zu betrachten, wenn sich die Verbotswidrigkeit auf seinen Inhalt bezieht, was übrigens genau dem Wortlaut von Art. 20 OR entspricht, mit andern Worten, wenn sich die Verbotswidrigkeit entweder auf den Abschluss eines Vertrages bezieht oder auf das in ihm vorgesehene Verhalten. Gültig ist das Geschäft dagegen, wenn nur die subjektive Beteiligung einer Person verboten ist. Diese letztere Auffassung deckt sich der Formulierung nach mit derjenigen der herrschenden Meinung. Nur bin ich, wie im Referat näher ausgeführt, zur Meinung geführt worden, dass vielfach ein sich nur an eine Partei richtendes Verbot gesehen wurde, wo in Wirklichkeit der Inhalt des Vertrages betroffen worden ist. Diese Frage der zivilistischen Wirkung von Verbotsgesetzen ist einer der Punkte, auf die ich Ihre Aufmerksamkeit lenken möchte.

Eine etwas genauere Fassung, als sie bisher üblich war, habe ich auch für den Begriff der juristischen Unmöglichkeit vorgeschlagen; von juristischer Unmöglichkeit sollte man m. E. erst sprechen, wenn zur Verbotsnorm die tatsächliche Vorkehr zur Verhinderung der verbotswidrigen Handlung kommt. Andernfalls liegt bloss Widerrechtlichkeit vor. Wenn also beispielsweise eine Ware beschlagnahmt wird, so ist nur dann von juristischer Unmöglichkeit eines Verkaufes zu reden, wenn die Ware in amtlichen Gewahrsam genommen wird; andernfalls

liegt nur der Tatbestand der Widerrechtlichkeit vor. Diese Feststellungen dienen nicht nur der theoretischen Abklärung der einschlägigen Fragen, sondern haben eine eminent praktische Bedeutung.

Als Aufgabe des Referates ist vorhin die Bestandesaufnahme der heute vorhandenen Beschränkungen der Privatautonomie bezeichnet worden. Diese Bestandesaufnahme ist, wie das Referat zeigt, sehr umfangreich ausgefallen. Der Gang durch die Gesetzgebung der letzten 6 ½ Jahre, auf die beide Referenten in der Hauptsache ihre Ausführungen beschränkt haben, tut dar, dass die Zahl der Beschränkungen ungeahnt gross ist. Zahlreiche Verträge werden den Privaten aufgezwungen; statt Abschlussfreiheit haben wir Kontrahierungszwang. Direkt oder indirekt wird der Partei in ebenso vielen Fällen die andere Vertragspartei vorgeschrieben; statt Freiheit in der Wahl der Gegenpartei — Kontrahentenzwang. Der Inhalt der Verträge ist beschränkt durch vielfache Vorschriften, die bestimmte Geschäfte zu juristisch unmöglichen oder schlechthin widerrechtlichen machen. Es bestehen Preisvorschriften, die nach oben oder unten die Preisbildung regulieren; es sei nur an die Milchwirtschaft, das Vollbrot und die Uhrenindustrie erinnert. Die Abwertung des Schweizerfrankens, von deren zivilistischen Bedeutung letztes Jahr in dieser Versammlung die Rede war, hat den Anlass gegeben, diese Schranken des Vertragsinhalts vorübergehend auf praktisch alle Umsatzverträge, die wichtigsten Miet-, Pacht- und Werkverträge sowie Aufträge auszudehnen. Hieran knüpft sich übrigens das interessante Problem der zivilistischen Bedeutung einer vorschriftswidrigen Preisfestsetzung. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Literatur bin ich der Meinung, dass der Richter den Überpreis auf das erlaubte Mass herabsetzen soll, wobei der Vertrag im übrigen gültig bleibt. Nur glaube ich im Gegensatz zur sonst vertretenen Auffassung nicht, dass diese Frage eine solche der Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20

Abs. 2 OR ist, sondern vielmehr der richterlichen Lückenfüllung gemäss Art. 1 ZGB. Wie der Richter einen Überpreis herabsetzen kann, so kann er logischerweise einen vorschriftswidrigen Unterpreis heraufsetzen, eine Meinung, der sich der welsche Referent nicht angeschlossen hat. Preisvorschriften gegen unten sind vor allem in der Regelung der Uhrenindustrie von Bedeutung.

Die bisher aufgezählten Normengruppen sind nicht die einzigen, die den Vertragsinhalt beschränken. Eine sehr grosse Anzahl von Verträgen, vor allem aus dem Gebiet der Ein- und Ausfuhr, sind nur dann nicht rechtswidrig, wenn eine behördliche Bewilligung ihren Abschluss oder ihre Erfüllung erlaubt. Viele Waren unterstehen genauen Qualitätsvorschriften; ein Vertrag über Waren, die ihnen nicht entsprechen, ist rechtswidrig. Alle diese Vorschriften sehen eine sog. relative Widerrechtlichkeit vor; das besagt, dass die Widerrechtlichkeit durch eine behördliche Bewilligung aufgehoben werden kann, so dass bei deren Vorliegen der Zustand entsteht, der ohne das Verbot bestünde. Anders bei der absoluten Widerrechtlichkeit, wenn z. B. die Ausfuhr von Waffen nach Spanien verboten ist; sie besteht schlechthin. An diese Statuierung der Widerrechtlichkeit durch Verbotsgesetze knüpft sich bei jeder einzelnen Kategorie jeweils die Frage der zivilistischen Bedeutung des Verbotes, die ich schon berührt habe.

Die Eingriffe der ausserordentlichen Gesetzgebung beziehen sich aber nicht allein auf den Abschluss des Vertrages, die Wahl der Gegenpartei und den Vertragsinhalt. Auch die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit, also Gültigkeitsrequisite des Vertrages sind für bestimmte Personen, vor allem Nachlass-Schuldner reduziert worden. Im weitesten Umfang greift das Nachlassvertragsrecht der letzten Jahre in die zivilistischen Normen über den Bestand und Untergang der Forderungen ein. Anerkannte Regeln, wie jene der Gleichbehandlung der Nachlassvertragsgläubiger und der Nichteinbeziehung der Bürgen

in das Konkordat bedeuten ihm dabei kein Hindernis. Pfandrechte werden aufgehoben, Zinsschulden herabgesetzt, Bürgschaftsverpflichtungen gestrichen, Forderungen in Mitgliedschaftsrechte umgewandelt. Ja, Verwaltungsbehörden können, ungeachtet aller jahrhundertealten rechtsstaatlichen Tradition, Verträge und juristische Personen aufheben. Umgekehrt können die Angehörigen bestimmter Erwerbszweige durch direkten und indirekten Zwang zum Zusammenschluss veranlasst werden, was in der Milchwirtschaft durch das Mittel der Zwangskartellierung bestehenden Organisation eine Machtposition verschafft, die im Rahmen zivilistischer Konzeptionen einzigartig ist. Wie die soeben berührte Freiheit, sich zu organisieren, so beschlägt die Zwangsregelung gewisser Erwerbszweige auch die Freiheit der Privaten, ihre Assoziationen nach Gutdünken auszugestalten und aufzuheben. Dass das Persönlichkeitsrecht und namentlich das Eigentum beschränkt werden, verwundert nicht; es sei bloss an die Einschränkungen auf dem Gebiet der Hotel-, Uhren- und Schuhindustrie, des Schuhmachergewerbes, der Warenhäuser und Filialgeschäfte und namentlich der Landwirtschaft erinnert. Doch genug der Aufzählung: man sieht: Eingriffe in das Zivilrecht an allen Punkten, die solchen Eingriffen begrifflich überhaupt zugänglich sind.

Nach diesen gewissermassen quantitativen Feststellungen drängen sich die folgenden sozusagen qualitativen auf: die Privatautonomie wird nicht nur durchwegs reduziert, sondern diese Reduktion geschieht auf gewissen Gebieten sehr uneinheitlich: einseitig zu Lasten bestimmter Personengruppen oder zugunsten anderer, die auf diese Weise privilegiert werden. Das Postulat der Gleichheit vor dem Recht, dasjenige der Einheitlichkeit und Allgemeingültigkeit der Rechtsordnung verliert an Kraft. Auch der Rechtsschutz des Bürgers ist nur mangelhaft ausgebaut und die Gewaltentrennung vielfach beseitigt.

Die Eingriffe in das Zivilrecht, von denen bis jetzt die Rede war, erfolgen unmittelbar, durch zwingenden Rechts-

satz. Sie stellen aber nur die eine, wenn auch die wichtigere Form der Beschränkung der Privatautonomie dar. Der Staat setzt daneben noch einen indirekten Zwang ein, indem einer Person ein wirtschaftlicher Nachteil angedroht wird, falls sie sich nicht in einer bestimmten Weise verhält. So wird z. B. eine Einfuhrbewilligung für Speisekartoffeln nur erteilt, wenn der Importeur gleichzeitig inländische Speisekartoffeln zu behördlich festgesetzten Richtpreisen ankauf. Formell wird ihm also die Freiheit der Entscheidung gelassen, ob er solche Kartoffeln kaufen will; materiell ist er dazu gezwungen.

Zu den heute viel gehörten Schlagworten gehört dasjenige von der Selbstverwaltung der Wirtschaft. Man meint damit in der Hauptsache, dass bestimmte, primär staatliche Aufgaben privatrechtlichen Organisationen zugewiesen werden sollen. Der Befürworter dieser Richtung findet in der neueren Gesetzgebung zahlreiche Fälle, wo Assoziationen, die formell privatrechtlich gegründet und organisiert sind, öffentlich-rechtliche Funktionen ausüben. Ich erinnere, um nur einige zu nennen, an die Importzentralen, die milchwirtschaftlichen Organisationen, die in den Pfandnachlassverfahren mitwirkenden Organisationen, wie die Hoteltreuhandgesellschaft usw. Diese Assoziationen haben an ihrem Ort einen Teil der staatlichen Tätigkeit zu erfüllen, sind sogar gelegentlich mit staatlicher Befehlsgewalt ausgerüstet. Hier spielt sich in privatrechtlichen Formen ab, was in öffentlich-rechtliche gehört. Das führt zu zahlreichen Widersprüchen und Schwierigkeiten, auf die ich im schriftlichen Referat jeweils verwiesen habe. Mit einem Hinweis auf die Vorteile einer berufsständischen Ordnung werden sie nicht gelöst. Die Erscheinungen des indirekten Zwanges und der Übertragung öffentlicher Funktionen auf privatrechtliche Organisationen führten m. E. zu einer Aushöhlung des Privatrechts, indem die privatautonome Betätigung scheinbar frei, in Wirklichkeit aber aufgehoben ist.

Die neuere Gesetzgebung, die in den Ihnen vorgelegten Referaten untersucht worden ist, hat die Privatautonomie offenbar auf weiten Gebieten beschränkt. Wenn man die übernommene schweizerische Rechtsordnung als eine individualistische betrachtet, in der die Privatautonomie durch das Mittel des Rechtsgeschäfts in erster Linie die menschlichen Beziehungen ordnen sollte, so kann nicht übersehen werden, dass ihr Gehalt in bedeutendem Masse geändert worden ist. Das Verhältnis von Individuum und Kollektivität, das zu ordnen eine primäre Aufgabe jeder Rechtsordnung ist, wurde verschoben. Diese Tatsache ist unverkennbar; der Umfang der rechtsgeschäftlichen Freiheit, auf die sich Art. 19 OR bezieht, ist kleiner und kleiner geworden. Das gilt nicht allein für die Schweiz; es empfiehlt sich, gelegentlich einen Blick auf die Zustände und Bestrebungen in andern Ländern zu werfen. Wir erkennen dann klarer, gewissermassen wie der Naturwissenschaftler durch das Experiment, wo wir stehen. Wir können dann bemerken, dass die Entwicklung, in der wir uns befinden, auf eine immer grössere Eliminierung der Privatautonomie hinsteuert. Es ist die Pflicht des Juristen, auf diese Dinge hinzuweisen, in Erinnerung zu rufen, dass unsere übernommene Rechtsordnung ein grösseres Betätigungsgebiet der Privatautonomie voraussetzt, als ihr heute belassen ist. Ändert sich dies, so ändern sich damit die Voraussetzungen unserer Kultur.

Wie man die angedeutete Entwicklung beurteilt, ist keine Rechtsfrage, sondern eine solche der Weltanschauung. Ein abschliessendes Urteil über die grundlegende Frage, die der heutige Verhandlungsgegenstand in sich birgt, konnte denn auch nichts anderes sein als eine confessio.

Mr. le Président *Bolla* donne ensuite la parole à Mr. le Professeur *Comment*, rapporteur de langue française, qui ajoute à son rapport écrit les commentaires suivants:

Ainsi que nous l'avons relevé dans notre rapport écrit, nous avons tenu à vous présenter d'abord un tableau

synoptique des différentes mesures législatives que nécessita la législation économique de crise, objet exclusif de ce travail, tout en faisant ressortir à propos de chacune d'elles les atteintes les plus saillantes au droit civil. Ce travail accompli, il convient aujourd'hui d'essayer d'enfermer en un système le régime de ces atteintes au droit privé. Comme nous l'annoncions dans nos conclusions, nous grouperons toutes ces atteintes autour des trois notions fondamentales du droit privé: la personnalité, le contrat et la propriété.

En un mot, les atteintes au droit civil se résument facilement: des restrictions ou des suppressions de la liberté. Il n'en saurait être autrement, puisque le droit civil ou droit privé est le domaine de l'autonomie individuelle. Cette autonomie ne peut être attaquée, meurtrie que par des restrictions législatives, par un droit coercitif plus ou moins inexorable.

## I. La personnalité.

### *1. La personnalité individuelle.*

Le droit suisse, comme d'ailleurs les législations de la majeure partie des Etats européens séparent nettement l'individu de la collectivité. C'est une conséquence du principe fondamental de l'Etat de droit sur lequel reposent la Constitution fédérale que les différentes constitutions cantonales. L'individu n'est donc pas seulement un membre de la communauté, n'ayant que les droits que veut bien lui reconnaître cette dernière. Mais il est une entité, qui se dresse face à la communauté et face à ses semblables, qui possède certains droits que ceux-ci ne peuvent lui enlever et qu'au contraire ils doivent respecter. L'individu peut aussi contracter des obligations à l'égard de ses semblables et il est tenu de les exécuter.

L'ensemble de ces droits est résumé dans l'expression du C.C.S.: la personnalité, qui fait l'objet de son premier chapitre. Elle comprend la jouissance et l'exercice des

droits civils et elle est efficacement protégée par l'art. 27 du dit code qui interdit la renonciation même partielle tant à la jouissance qu'à l'exercice des droits civils et qui s'oppose à l'aliénation de la liberté et à ce qu'une personne s'en interdise l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux moeurs. Ces dispositions, on le voit, tendent à permettre le plein épanouissement de la personnalité civile dans la vie sociale. Elles font à l'individualisme une concession importante qui permet à l'individu de se mouvoir assez librement à côté de son semblable. Elles lui assurent les aptitudes d'avoir des droits et des obligations et de les exercer. Sans doute, le C. C. S. et le CO restreignent-ils déjà eux-mêmes ces droits et leur exercice, mais le catalogue en reste cependant assez copieux. En particulier, l'individu reste libre de contracter des dettes et de conclure des contrats, notamment ceux prévus dans le CO, et qui lui permettent d'assurer tous ses besoins économiques. Il n'a à se laisser imposer la tutelle de personne.

Mais ce régime de liberté qui remonte au milieu du siècle dernier et qui n'est que le corollaire sur le terrain du droit privé de la liberté du commerce et de l'industrie, a déchaîné l'égoïsme le plus féroce de la course à l'argent, au gain et bientôt les éléments économiquement faibles durent s'unir pour préserver leur existence de la concurrence ruineuse de plus puissants. A cela s'ajoutent les progrès énormes de la technique et le fait que le principe de la division du travail en masse a rendu les hommes extrêmement dépendants les uns des autres. Il en est résulté des organisations puissantes. La Suisse est super-organisée dans tous les domaines économiques importants. La conséquence, on la devine sans peine: un affaiblissement de la personnalité individuelle. L'individu renonce à contracter. Il abandonne ce soin aux associations dont il fait partie. Son initiative personnelle s'est muée en un sentiment d'obéissance et de respect pour les décisions de son association. Certes, les initiatives individuelles ne

sont-elles pas toutes étouffées et ci et là des rébarbatifs se récrient encore. Mais leurs voix faiblissent et leurs appels n'ont plus guère d'écho.

En résumé, bien que les dispositions légales sur la personnalité n'aient pas changé et que dès lors l'individu ait à sa disposition des droits très étendus, en réalité, il n'en fait usage que dans une faible mesure. Pour une grande partie de sa vie économique, il renonce à ses droits pour se soumettre aux directives de son association. L'association étouffe la personnalité. L'élément collectif tue l'élément individualiste. On en a un exemple frappant dans la jurisprudence en matière de boycott. Alors qu'au début celui-ci était illicite dès qu'il tendait à ruiner l'existence économique du lésé ou était de nature à amener ce résultat, aujourd'hui l'illicité n'existe plus que si le boycott porte atteinte aux bonnes moeurs; mais il est acquis qu'il peut aboutir à ruiner l'existence économique d'un individu.

Voilà la situation générale que le législateur fédéral a trouvée au début de la crise économique qui s'ouvrit en 1932. Il lui fut dès lors extrêmement facile de rogner les droits attachés à la personnalité de l'individu. Il suffisait en outre que les deniers de l'Etat fussent mis à contribution. Dès ce moment, le législateur avait le champ libre. Il ne renconterait plus d'opposition. Voyons plutôt quelles atteintes la personnalité a subies:

1. Le débiteur agricole qui a reçu des secours (autrement que par la voie de la procédure d'assainissement officielle) ne peut plus contracter de nouvelles dettes portant intérêt qu'avec l'autorisation de l'autorité de secours. Il devra prendre un engagement dans ce sens, car une autorité de concordat n'intervient pas.

2. Il ne peut plus cautionner. Il devra également renoncer au cautionnement et, aux termes de l'A. F. du 30 septembre 1932 (RO 48, 498), cette renonciation, comme la précédente, n'est pas limitée dans le temps.

Quant aux débiteurs agricole, hôtelier ou brodeur, secourus ensuite de procédures d'assainissement officielles, ils sont également victimes de l'interdiction du cautionnement, mais pour un temps déterminé que fixe l'autorité d'homologation de l'assainissement et que dans l'assainissement agricole, elle peut d'ailleurs modifier ultérieurement. Cette conséquence dérive directement de la loi, du jugement homologuant l'assainissement, sans que le débiteur prenne à cet égard un engagement quelconque.

On pourrait peut-être déduire de notre rapport écrit que de *lege lata*, nous avons nié la nullité d'un cautionnement contracté par un débiteur assaini avec un créancier de bonne foi qui a ignoré l'assainissement (cf. p. 442a, 429a et 450a). Ces considérations doivent s'entendre de *lege ferenda*. De *lege lata*, la clarté des textes légaux s'oppose à la validité de ces actes, que l'on y voie une restriction à la jouissance ou à l'exercice des droits civils ou encore un contenu illicite du contrat. Cette situation n'est toutefois pas satisfaisante à raison spécialement du fait que l'assainissement agricole ne s'étend pas de plein droit à la Suisse entière, mais seulement aux cantons qui ont créé l'oeuvre de secours. Il y aura donc dans ces cantons des débiteurs assainis qui ne pourront plus cautionner et d'autres dans les autres cantons, qui auront eu recours au concordat ordinaire ou par abandon d'actif, qui le pourront encore. Et puis, l'imperfection du système de contrôle peut créer les plus graves méprises au créancier de bonne foi.

3. Dans le domaine contractuel en outre, le fabricant d'horlogerie ne peut livrer gratuitement des fournitures. La donation est défendue; seule la vente entre en ligne de compte (art. 6, 5ème al. O. du D. E. P. du 30 décembre 1937).

4. Le débiteur agricole assaini peut se voir également placé sous curatelle ou sous conseil légal (art. 34 A. F. du 28 septembre 1934). Mais il faut que par ailleurs les conditions d'application des art. 393 et 395 C.C.S. soient

réalisées. L'assainissement comme tel n'est pas une cause de mise sous tutelle ou sous conseil légal; il faut que les conditions ordinaires soient données. Mais l'autorité d'homologation a le droit, sous cette réserve, de proposer cette mesure, ce que ne prévoit pas le droit civil.

5. Un des droits importants attachés à la personnalité est celui de grever ses biens de droits réels. Même le propriétaire d'un immeuble constitué en gage ne peut renoncer valablement à la faculté de le grever d'autres droits réels (art. 812, 1er al. C.C.S.). Ces principes sont battus en brèche par le droit exceptionnel. Le débiteur agricole assaini ne peut plus ni engager du bétail, ni constituer des gages ou grever ses immeubles, ni même aliéner des immeubles sans le consentement de l'institution de secours et l'art. 812, 1er al. leg. cit. est mis hors d'application, le tout pendant la période fixée par l'autorité (art. 34 A. F. du 28 décembre 1934). Le débiteur brodeur ou hôtelier n'est soumis au consentement de la fiduciaire que pour grever d'une nouvelle charge les immeubles dépendant de l'entreprise. La restriction va donc un peu moins loin que pour le débiteur agricole.

6. En principe, les inscriptions au registre foncier s'opèrent sur la déclaration écrite du propriétaire de l'immeuble auquel se rapporte leur objet, tandis que radiations et modifications ne peuvent être faites que sur déclaration écrite de ceux auxquels l'inscription confère des droits (art. 963 et 964 C.C.S.). La législation sur les assainissements agricoles, hôteliers et de la broderie a enlevé au débiteur assaini une partie de ces droits pour les confier au commissaire qui doit pourvoir aux radiations nécessaires au registre foncier et à l'inscription des nouveaux droits de gage en faveur de l'établissement de secours. Il doit même, cas échéant, procéder lui-même à la constitution des nouveaux gages (art. 38 A. F. du 28 septembre 1934 et 46 A. F. du 21 juin 1935).

La personnalité individuelle sort dès lors anémiée et diminuée de cette législation de crise.

*2. La personne morale.*

Nous avons déjà signalé l'importance économique considérable des associations dans cette période de crise. Leur but tend nettement à l'accaparement total du marché, à l'adaptation de la production à la consommation et au maintien d'un standard de vie acquis. Pour atteindre ce but, elles sollicitent l'appui de l'Etat qui le leur accorde. Cet appui de l'Etat dérive de nombreuses aides financières qu'il a dû consentir à ces différentes branches d'activité. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui l'Etat s'intéresse activement à l'économie. Il ne l'abandonne plus à son sort. Le régime du laissez-faire, laissez-passer a vécu. Mais ce processus d'intervention en est à ses débuts. Il se dessine assez nettement jusqu'ici de la manière suivante. La Confédération redoute de créer les services nécessaires pour prendre la direction des différentes branches économiques. Il résulte des messages du C. F. qu'elle veut abandonner ce soin à l'initiative privée, tout en lui assurant son appui. Tantôt elle se sert d'organismes déjà existants, tantôt elle en provoque la création et elle leur répartit les tâches, qui lui incombent, à elles qui sont toutes, en la forme, des réunions de personnes ou des personnes morales de droit privé. Jusqu'à présent, le nombre de ces dernières est déjà respectable. Citons: l'Union centrale des producteurs suisses de lait, ses membres et ses sections, les associations horlogères, les centrales d'importation, la centrale suisse pour le service volontaire de travail et ses membres qui organisent les camps de travail, la commission paritaire en matière d'autorisation d'ouverture ou d'agrandissement de grandes entreprises, la fiduciaire hôtelière, la coopérative fiduciaire de la broderie, l'institution de secours agricole etc. C'est probablement la plus grosse innovation de droit de crise.

Mais cette idée n'en est qu'à ses débuts. Elle est loin d'avoir trouvé sa réalisation complète. L'innovation n'en est d'ailleurs pas moins saisissante, si l'on songe que tout ce développement s'est fait en marge de la législation

normale, sous l'empire de la nécessité, sans que le peuple suisse ait eu l'occasion de donner son opinion à ce sujet.

Dès l'instant où le législateur choisissait ce moyen de l'association de droit privé pour accomplir des tâches de l'Etat, il devait songer à réglementer, d'une part, les rapports de ces organismes avec ceux qui en dépendent et, d'autre part, les rapports de ces organismes avec l'Etat. Jusqu'à présent, les pouvoirs publics se sont bornés à s'assurer une représentation dans les conseils d'administration, le contrôle de leurs finances, le droit de provoquer la dissolution de ces organismes et c'est à peu près tout. Une grande tâche reste à accomplir. Dans les rapports avec les individus, il faut en effet que l'Etat se prononce sur le point de savoir s'il veut abandonner à ces organismes une partie de son *imperium* en quoi il s'expose à devoir avec les années se défendre contre leur emprise, ou s'il veut les réduire à de simples organes d'exécution, la grosse besogne devant lui incomber dans ce cas et l'avantage de l'organisation nouvelle étant minime. Si, en effet, l'Union centrale doit assurer le ravitaillement du pays en lait de consommation à un prix équitable (art. 10 O. du 30 avril 1937), il faut lui en donner la possibilité en édictant elle-même des règles qui obligent les dissidents (contingentement, adaptation de la production aux fourrages, etc.) et quant aux prestations financières, il faut reconnaître que ses décisions auront la valeur de jugements exécutoires. Si l'on ne veut pas aller jusque là, il faut alors la décharger de cette obligation qu'elle ne peut exécuter que trop imparfaitement. De même, on ne sait nullement de quelle nature est le conflit s'élevant entre l'organisme et l'intéressé, soit au sujet des permis d'importation ou du contingent, de la rétribution du chômeur au camp de travail, soit au sujet du dommage causé par une délivrance tardive d'autorisation. On ne sait rien non plus de la responsabilité de ces organismes. Quel élément prévaut ici ? L'élément formel de l'organisation sur la base privée ou plutôt

l'accomplissement de la tâche sociale. Une future législation économique doit résoudre ces questions.

Dans les rapports des organismes avec l'Etat, la législation exceptionnelle est pour ainsi dire muette et cependant des conflits peuvent surgir. Il faut en régler le détail.

En attendant, la Confédération favorise le développement de cette personne morale nouveau modèle, prélude de la corporation, de deux manières bien visibles en favorisant l'entrée dans les sociétés et en aggravant la sortie, d'une part; en accordant force obligatoire à leurs décisions d'autre part. Tandis que l'Union centrale et ses sections bénéficient particulièrement du premier mode d'appui, les organisations horlogères et hôtelières (au sujet du pourboire) sont l'exemple classique du second. Nous renvoyons à notre rapport écrit. C'est le cartel imposé en formation.

Le législateur est même allé plus loin. Il fait bénéficier les membres d'associations d'avantages considérables en les soustrayant à l'emprise de la justice, même pénale, de l'Etat. Tandis que l'horloger conventionnel qui enfreint la convention horlogère n'est puni que des peines d'amendes conventionnelles infligées par le Tribunal arbitral, le dissident se voit traduit en justice et peut encourir non seulement des amendes, mais dans certains cas des peines d'emprisonnement qui seront consignées sur son casier judiciaire. Une différence pareille de traitement entre citoyens d'un même pays est à la longue inadmissible.

Sans doute, est-il facile de critiquer, après étude dans le silence du cabinet, les mesures que le législateur a dû prendre rapidement pour faire face à un besoin urgent. Nous avons pleine compréhension pour cette situation que connaît souvent aussi le juge qui doit appliquer à brûle pourpoint la loi à des états de fait pour lesquels elle n'a pas été créée. Mais à l'occasion du débat sur les articles économiques de la Constitution fédérale, il faut se rendre compte dès le début du chemin que l'on va suivre et voir

si l'on veut intégrer ces associations dans la vie de l'Etat. Avec le rapporteur de langue allemande, nous avons l'impression, que le moyen terme choisi de l'association privée remplissant une tâche de l'Etat mine les fondements du droit privé. Il faudra ou bien opter pour la corporation de droit public ou revenir en arrière et confier à l'Etat lui-même la direction de l'économie. Quoi qu'il en soit, à notre avis, la déclaration de force obligatoire des décisions d'associations est préférable à la coercition pour l'entrée et la sortie des sociétés. Cette dernière institution nous paraît diamétralement opposée aux principes généraux du droit privé suisse actuel.

En résumé, à l'inverse de la personnalité individuelle, la personnalité collective sort de la législation exceptionnelle de crise, vivifiée, fortifiée, renouvelée. Un nouvel élément vient s'ajouter entre la personne physique et la personne morale de droit privé: l'association de droit privé remplissant des tâches de l'Etat.

Dans un cas spécial, l'Etat se réserve un droit de contrôle sur les associations de pur droit privé. L'art. 24 de l'O. C. F. du 30 avril 1937 sur la production, le commerce et l'utilisation du lait permet au D. E. P. de dissoudre les entreprises qui ont pour effet d'éviter les dispositions de l'ordonnance ou de celle du 23 avril 1937 sur la perception de redevances sur le lait de consommation. Nous renvoyons à notre rapport écrit au sujet de la valeur de ce moyen.

## II. Le contrat.

### A. Dispositions générales.

Le contrat est l'acte juridique par excellence du droit privé, dans notre législation comme dans celles de la plupart des pays européens. Il est le pivot du droit privé. Son développement indique sans autre celui du droit civil dans un pays. En droit suisse, le législateur laisse aux individus pour ainsi dire un maximum de liberté. Ils

peuvent conclure tous contrats qui leur plaisent, sauf lorsque la loi édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux moeurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité (art. 19 CO). Le CO prévoit un certain nombre de contrats; mais l'énumération n'en est qu'exemplaire. Les individus peuvent conclure d'autres contrats. La loi ne trouve application qu'en l'absence de conventions des parties ou pour combler les lacunes de celles-ci. Ce système légal suppose non seulement la liberté juridique, mais encore la liberté économique des contractants. Depuis longtemps déjà, cette dernière fait défaut chez la grande masse. De nos jours, l'individu dépend plus que jamais de son voisin. La division du travail, favorisée par le développement prodigieux de la technique, a rendu les hommes dépendant les uns des autres. Le professeur d'université, l'ouvrier de fabrique doivent contracter pour vivre. Ils ne sont pas en mesure de débattre librement les conditions du contrat. Et comme, en matière économique, tout est dans les mains des associations, le plus souvent l'individu doit accepter sans discuter les conditions du contrat que lui propose le cocontractant plus fort que lui. Celui qui emprunte à la banque ou lui prête ne peut généralement poser aucune condition. Il doit accepter celles de la banque ou ne pas contracter. Le fumeur ne peut pas conclure librement le contrat d'achat de cigares avec son fournisseur. Il devra payer pour son paquet de cigares le même prix dans toute la Suisse ou ne pas contracter. Ce nouveau genre de contrat, que l'on nomme le contrat d'adhésion, prend un développement de plus en plus grand.

De plus, autrefois le principe de la fidélité au contrat était pour ainsi dire intangible. Ce que les contractants avaient voulu, c'était la loi. Inutile de chercher après coup à revenir sur ce qui était conclu. Quoi qu'il en coûte aux parties, même si la ruine de l'une d'elles devait être la rançon du principe, on y restait fidèle. Peu à peu se sont

infiltrés dans la législation des principes inspirés de justice peut-être plus humanitaire qui ont permis d'obtenir des atténuations au principe rigide de la fidélité au contrat, lorsque des circonstances d'équité le demandaient. On peut citer à cet égard l'institution de la lésion (art. 21 CO), de la réduction des peines conventionnelles et du salaire du courtier, lorsqu'ils sont excessifs (art. 163 et 417 CO). La *clausula rebus sic stantibus* est venue encore s'ajouter à ces principes nouveaux et la jurisprudence la plus récente ne lui accorde plus seulement l'effet annulatoire du contrat, mais déjà l'effet modificatif. Le juge n'annule plus le contrat; il le corrige et il n'est plus même nécessaire comme au début que les circonstances nouvelles aient pour conséquence la ruine économique du contractant.

Voilà la notion affaiblie du contrat que le législateur de la période de crise a trouvée. Les circonstances aidant (notamment la nécessité d'adapter la production à la consommation, d'empêcher un renchérissement général de la vie à la suite de la dévaluation, d'assurer dans certaines branches des conditions de travail meilleures et de diminuer les charges financières de certains débiteurs aux abois), le législateur a rogné à belles dents dans toutes ces parcelles de liberté que comprend la liberté générale de contracter, et qui sont la liberté de la forme, du choix du cocontractant, du contenu du contrat et il a créé des modes d'extinction nouveaux des obligations contractuelles à côté de deux prévus par le CO et par la L. P. Une rapide revue de ces innovations doit attester la justesse de ces assertions.

### *1. Liberté dans la forme.*

La législation ordinaire a déjà introduit pour certaines espèces de contrats des formes qualifiées comme l'acte authentique et la forme écrite. Mais la forme verbale prédomine encore dans la grande majorité des cas, notamment en matière de vente mobilière, de bail, de contrat de travail.

La législation de crise a touché quelque peu à ce principe:

a) Sous le régime de l'A. F. du 28 mars 1934 sur les mesures prises pour atténuer la crise agricole, pour être valables les contrats de livraison de lait doivent avoir été approuvés par la division de l'agriculture du D. E. P. et le C. F. pouvait soumettre à cette procédure les contrats de livraison de crème (art. 7). Mais, depuis l'A. F. du 18 mars 1937 qui n'a pas repris cette disposition, cette prescription n'est plus applicable. (Le rapporteur de langue allemande paraît admettre le contraire, p. 589a.)

b) Sous le régime de l'O. XI du D. E. P. du 25 février 1937, on pouvait se demander si les baux au sujet d'immeubles non affermés avant le 28 septembre 1936, mais conclus après cette date, n'étaient pas soumis à titre de forme à l'approbation de l'autorité administrative compétente, et ce au vu de la teneur négative du texte de l'art. 2, 3ème al. de cette ordonnance (391a). Ces doutes sont aujourd'hui levés par la nouvelle O. XIa du 11 juillet 1938, publiée depuis la parution de notre rapport écrit (RO 1938, p. 350) et qui abroge l'O. XI précitée. Cette O. en effet emploie la forme positive et dispose qu'une autorisation officielle est nécessaire pour la fixation des fermages dans les cas qui y sont énumérés et qui comprennent aussi bien les baux conclus pour la première fois après le 28 février 1936 que ceux dont le fermage est simplement relevé après cette date. Elle y englobe en outre les baux conclus lorsqu'il a y changement de propriétaire du bien fonds ou en cas de dénonciation du bail, même si le fermage ne subit aucun changement.

Ce texte rapproché de celui de l'art. 10 en vertu duquel il n'y a pas d'obligation juridique pour la part du fermage fixé contrairement aux dispositions de l'ordonnance montre que le contrat conclu entre parties est en soi valable et que l'autorité administrative peut le modifier. Dans les cas, où son intervention est nécessaire, nous refuserions cependant au bail non approuvé par cette

autorité la valeur d'un titre pouvant justifier la mainlevée provisoire d'opposition. Le contrat est bien valable; il n'est point nul. Mais il n'est pas un titre complètement idoine au sens de l'art. 82 L. P., car on ne peut pas dire, si l'autorisation nécessaire fait défaut, que le créancier a exécuté toutes ses obligations, ainsi que la jurisprudence le veut.

### *2. Liberté dans le choix du cocontractant.*

Elle est restreinte par les dispositions législatives exceptionnelles, notamment en matière agricole et horlogère:

a) L'O. C. F. du 30 avril 1937 (celle du 25 avril 1938 également) impose aux acheteurs de lait la prise en charge du lait livré par les producteurs du bassin de ravitaillement (art. 11) et il défend à ces derniers la vente directe du lait et la vente à domicile; dans les deux cas des dérogations peuvent être consenties par la division de l'agriculture.

b) L'A. C. F. du 29 décembre 1937 tendant à protéger l'industrie horlogère suisse interdit de vendre ou de remettre à une personne dont le nom et le domicile commercial sont inconnus du vendeur ou d'expédier à un tiers sur l'ordre d'une telle personne, des marchandises dont l'exportation est subordonnée à un permis d'exportation.

### *3. Liberté dans l'objet et le contenu du contrat.*

L'intervention législative exceptionnelle se précise déjà davantage.

a) On pouvait d'abord se demander si les restrictions à l'importation et à l'exportation portaient atteintes à la liberté de contracter, de passer contrat. Les rapporteurs arrivent à la conclusion affirmative en ce qui concerne les importations défendues par des motifs d'ordre général, par exemple, en relation avec la police des épizooties (Ct 310a, Oft. 553a); le rapporteur allemand dans tous les cas, car il y voit un acte défendu.

En revanche, les deux rapporteurs sont d'accord que la liberté contractuelle n'est pas visée par la procédure des autorisations d'importation et d'exportation. Les contrats de vente intervenus au mépris de l'observation de cette procédure sont valables et non illicites (Oft. 591a; Ct 312a). Le rapporteur de langue allemande fait une exception pour l'exportation en horlogerie, Oft. 593a, tandis que nous n'en faisons pas 291a.

b) Les prescriptions sur le service volontaire de travail établissent dans le détail la presque totalité des dispositions ayant leur place dans un contrat de travail. Nous estimons qu'elles n'enlèvent rien à la liberté juridique des contractants qui pourraient conclure valablement un autre contrat de travail, cela n'étant nulle part défendu. La seule sanction serait la privation des subventions des pouvoirs publics à l'institution du service de travail. Mais le contrat passé avec le chômeur ne serait pas nul.

c) Un groupe important de dispositions subordonne l'ouverture et l'agrandissement d'exploitations à une autorisation de l'autorité administrative. C'est le cas dans les exploitations laitières, pour les porcheries, les entreprises horlogères, hôtelières, les grands magasins, les entreprises de chaussures, les ateliers de réparation de chaussures etc. Sont considérés comme ouvertures: a) de grands magasins, le fait de transformer ou d'agrandir un magasin qui n'est pas soumis à l'arrêté et qui, par cette opération, devient un grand magasin; b) la reprise par une grande entreprise industrielle d'un établissement autonome ou d'une succursale d'une autre entreprise; c) le déplacement d'un établissement soumis à l'arrêté (A. F. du 28 octobre 1937). L'A. F. du 23 décembre 1936 sur la protection du métier de cordonnier contient des dispositions semblables. La notion de l'agrandissement est en outre circonscrite dans ces arrêtés, ainsi que dans celui du 30 décembre 1935 concernant l'industrie de la chaussure. On y fait généralement rentrer l'extension des locaux d'exploitation, le

développement de l'outillage, l'augmentation du nombre des personnes occupées dans l'exploitation.

La question se pose alors de savoir si les contrats ayant pour effet une ouverture ou un agrandissement sont nuls en l'absence de l'autorisation nécessaire. La loi ne résoud pas la question. Les rapporteurs ont cherché à la résoudre sur la base de la doctrine et de la jurisprudence. Ils sont tous deux arrivés (Oft. 549a; Ct 265a) à la conclusion que lorsque seule la participation subjective au contrat n'est défendue qu'à une partie, le contrat doit être valable par égard pour l'autre; que par contre la nullité du contrat conformément à l'art. 20 CO s'impose dès que la conclusion du contrat est défendue aux deux parties et que cette nullité est voulue par le but et la ratio de l'acte législatif.

Mais il ne tombent pas d'accord dans leurs conclusions quant aux solutions à donner aux problèmes concrets, parce qu'ils apprécient différemment la notion de la participation subjective. Tandis que le rapporteur de langue allemande voit dans tous ces contrats (construction de bâtiment à destination d'hôtels, de grands magasins, de porcheries, location de nouveaux locaux, engagement de personnel supplémentaire, achat de bétail surnuméraire) des contrats illicites parce que comportant des prestations défendues (Oft, 674a), nous y voyons des contrats valables parce que défendus à un seul des contractants et pas à l'autre. Nous avons soigneusement étudié les objections de Mr. le Dr. Oftinger à la jurisprudence et à la doctrine dominante. Nous comprenons cette tendance qui voudrait réaliser l'accord entre le droit civil, d'une part, le droit pénal et administratif, d'autre part. Comment admettre, par exemple, que le juge punisse le propriétaire d'un hôtel qui a construit sans autorisation ou que l'autorité cantonale lui fasse démolir son hôtel jusqu'aux proportions qu'il avait avant l'agrandissement, alors que le juge civil protégera éventuellement son action contre l'entrepreneur tendant à la terminaison du bâtiment. Il y a là une dis-

cordance que nous avons constatée dans nos conclusions, p. 474a. Mais, d'autre part, il ne faut pas oublier que le principe plus général à la base de notre droit contractuel est d'assurer par cet acte juridique la sécurité des transactions entre les individus. Admis encore que l'entrepreneur de la construction d'un hôtel peut se rendre compte qu'il va s'agir de l'ouverture d'un hôtel qui ne sera pas possible, comment le bailleur de locaux ou l'ouvrier qui s'engage, le vendeur de porcs sur la foire, se rendront-ils compte que pour le cocontractant il y a illicéité du contrat? Exposer ces contractants à une nullité de contrat paraît absolument inadmissible, d'autant plus que l'objet du contrat n'est pas défendu comme tel, mais qu'il a simplement pour conséquence un état de fait exigeant simplement une autorisation de l'autorité administrative pour que tout soit en ordre. Et, si encore, cette autorisation était érigée en une condition de validité des contrats; mais ce n'est pas le cas. Bien plus, elle n'est même pas toujours du ressort de l'autorité administrative, mais très souvent d'un organe de droit privé (par exemple commission arbitrale en vertu de la convention du 30 novembre 1937) qui ne statue pas même si la demande d'ouverture ou d'agrandissement ne rencontre pas d'opposition. L'entreprise est sans autre autorisée à ouvrir ou à agrandir. En matière de production laitière, cette autorisation n'est pas nécessaire pour la livraison de lait à la clientèle lorsqu'il y a entente avec les autorités communales, le commerce du lait intéressé et la fédération laitière du bassin de ravitaillement (art. 12 4ème al. O. C. F. du 30 avril 1937). Enfin, dans ce dernier domaine, l'art. 24 ord. précitée met obstacle à la nullité du contrat, ce que Mr. le Dr. Oftinger admet également (p. 527a). Pourquoi le régime serait-il différent en matière de production laitière et dans les autres domaines?

Pour remédier à cette situation, il suffit que le législateur précise que les actes juridiques ayant pour effet d'éviter ces prescriptions d'autorisation sont nuls de plein

droit et toute discussion sera close. Si l'économie dirigée apparaît un jour, il faudra probablement arriver à ce résultat. L'intérêt du cocontractant devra céder devant celui de la corporation. Ce n'est pas encore ainsi aujourd'hui.

d) Dans un cas spécial, le législateur a été catégorique dans le sens où nous le préconisons ci-dessus, à propos de l'aliénation des immeubles agricoles. En modification de l'art. 218 CO, les immeubles agricoles acquis après le 1er janvier 1934 ne peuvent être aliénés, ni en entier ni par parcelles pendant 6 ans à compter de l'inscription de l'acquisition sur le registre foncier et toute opération qui contrevient à ces dispositions ou vise à les éluder est nulle et ne peut être inscrite sur le registre foncier (A. C. F. du 16 octobre 1936). Ici, le contenu du contrat est illicite ou impossible (Oft. 529a) et la sanction complète. L'art. 20 CO reçoit un cas spécial d'application intéressant. C'est un des rares. Il y en a cependant encore d'autres.

e) Les fournitures d'horlogerie ne peuvent faire l'objet d'un contrat de donation, mais seulement d'un contrat de vente (art. 6 5ème al. O. D. E. P. du 30 décembre 1937).

f) L'A. C. F. du 19 juin 1936 tendant à protéger la monnaie nationale interdit l'achat et la vente d'or à terme, l'octroi d'avances sur devises ou sur or, l'acquisition de devises à termes, si elle ne se fonde pas sur une opération commerciale qui puisse la justifier, en un mot la spéculation sur la monnaie nationale. De pareilles conventions ne donnent droit à aucune créance. Le législateur s'est saisi de la même expression qu'à l'art. 513 CO. La nullité conformément à l'art. 20 CO eût été acquise sans autre. En tout cas, la répétition est exclue dans le sens de l'art. 66 CO.

g) Nous envisageons que les conventions entre créanciers et débiteurs, contraires à la décision de l'assemblée des créanciers dans les cas où il existe une communauté de créanciers, ou contraires au plan d'assainissement

dans le désendettement hôtelier, agricole et bancaire, conventions comportant des avantages spéciaux accordés à certains créanciers contrairement au plan d'assainissement, sont nulles. Si elles ne sont pas expressément interdites par un texte légal, elles nous paraissent contraires au but de ces institutions d'assainissement et aux bonnes moeurs dans le sens de l'art. 20 CO. Par ailleurs, l'art. 314 L. P. pourrait trouver application analogique.

h) L'O. VII du D. E. P. du 22 octobre 1936 dérivant de l'A. C. F. du 27 septembre 1936 sur la dévaluation institue le séquestre des marchandises; cette mesure a pour effet d'enlever au propriétaire le droit d'en disposer. Qu'en est-il dès lors des contrats conclus en violation de ce texte légal? Ils ne peuvent être valables puisque le propriétaire n'a plus le droit de disposition sur ses biens. Mais voilà qu'aux termes de l'art. 7 de la même ordonnance, seuls les contrats de vente ou d'échange relatifs à des marchandises séquestrées sont annulés, sauf dans la mesure où ils seraient déjà exécutés par des prestations réciproques. Se fondant sur la ratio de cet acte législatif et sur le principe: *in dubio pro liberate*, Mr. le Dr. Oftinger arrive à la conclusion que l'art. 7 tempère les effets de l'art. 3 et que dès lors seuls ces contrats de vente et d'échange sont nuls, mais pas ceux de donation, de pacte successoral avec transfert de biens entre vifs, etc., qui ont également pour conséquence un transfert de propriété. Dans notre rapport écrit (p. 396/397a), nous avons cru apercevoir dans cette disposition de l'art. 7 uniquement une disposition transitoire ayant force rétroactive à l'encontre des contrats déjà conclus lorsque le séquestre est pratiqué. Nous sommes aujourd'hui encore de cet avis pour plusieurs raisons: il est absolument incompréhensible que le séquestre opéré, deux seuls modes d'aliénation soient prohibés. Ceux qui restent permis, la donation en particulier, suffisent pour anéantir complètement l'effet salutaire de la mesure envisagée. De plus, le texte français de l'art. 7 dispose que ces contrats sont annulés et non pas

qu'ils sont nuls de plein droit, ce qui suppose leur validité originale. Enfin, il serait incompréhensible que l'on ait renoncé à la nullité, dans la mesure où ces contrats seraient déjà exécutés par des prestations réciproques. Ce serait, en fait, renoncer à la mesure, tandis que, d'autre part, la disposition a toute sa valeur comme disposition transitoire. Si l'on accepte notre manière de voir, l'art. 3 de l'O. conserve toute sa valeur et les dispositions de l'art. 933 et suiv. C.C.S. ne peuvent protéger le possesseur de bonne foi, car c'est en vertu du droit public, dans l'intérêt général, que le séquestre est intervenu. Si l'on estime que l'art. 7 a une portée tout à fait générale, l'opinion de Mr. le Dr. Oftinger nous paraît juste. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'O. VII prête le flanc à la critique au point de vue de sa conception juridique. On peut cependant s'en consoler facilement à la pensée que jusqu'à présent, cette O. n'a reçu aucune application.

i) Parmi les éléments du contrat, celui qui est le plus mis en danger dans la législation exceptionnelle de crise est le *prix*. De plus en plus, la notion de prix de l'économie libérale — résultante de l'offre et de la demande — est battue en brèche. Les associations économiques veulent assurer de prime abord au producteur un prix qui couvre ses frais de production et aux intermédiaires leur existence, au commerce un revenu correspondant aux risques assumés et au travail fourni par ceux qui s'y livrent. Voilà pourquoi dans l'industrie horlogère, dans l'industrie radio-phonique et dans celle des allumettes, partout des prix minima sont prévus. L'agriculture a tout à fait des tendances semblables. Il n'a toutefois pas été nécessaire jusqu'à présent de fixer par des actes législatifs les prix minima du lait, du beurre et du fromage, car l'Union centrale qui englobe la presque totalité des producteurs de lait est assez forte pour faire respecter ses directives sur le terrain du droit privé. C'est d'ailleurs elle qui garantit toute seule ce prix minimum qui en pratique devient le prix maximum.

Mais parallèlement à ce mouvement, et depuis la dévaluation, un autre s'est dessiné, celui qui tend à empêcher le renchérissement de la vie à l'intérieur en vertu du fameux et dangereux principe: le franc reste le franc. Soutenu par une douzaine d'O. du D. E. P. faisant suite à l'arrêté sur la dévaluation, il interdit à partir du 28 septembre 1936 des majorations de prix des marchandises, différents tarifs des loyers et des honoraires. Aujourd'hui, il est limité aux tarifs d'hôtel, du gaz, de l'électricité, des baux à loyer et à ferme (droits de pacage et d'estivage).

D'autre part, le prix de la farine intégrale et du pain complet sont fixés d'après un système de prix maxima (Ct 377/378a).

Les rapporteurs se sont préoccupés de ces prescriptions. Mr. le Dr. Oftinger, p. 568a, après avoir analysé la solution de la nullité partielle du contrat, telle qu'elle résulte de la doctrine et la jurisprudence du T. F. dans 47 II 464, la rejette en tant qu'elle serait fondée sur les art. 20, 2ème al. et 21 CO, mais il l'accepte en vertu de l'art. 1 c. c. s. pour combler une lacune, car il la trouve pratique. Mais il réclame l'application de ce principe également dans le cas des prix minima et admet que le juge peut, ici, sur requête augmenter les prix.

Quant à nous, nous avons adopté une solution différente suivant qu'il s'agit de la défense d'augmentation des prix ou des prix minima. Dans le premier cas, nous sommes pour la nullité partielle du contrat, en tant qu'il viole les dispositions légales pour les raisons indiquées par la jurisprudence. On peut en effet douter pour les motifs juridiques avancés par Mr. le Dr. Oftinger que l'art. 20 II ou 21 CO trouvent application en l'espèce, bien que, d'autre part, l'application analogique de l'art. 20, 2ème al. ne réclame pas un effort insurmontable. Mais il suffit de prendre en considération l'art. 8 de l'O. XI ou l'art. 10 de l'O. XIa établis pour le cas spécial des fermages, droits de pacage et d'estivage, et de l'appliquer par analogie aux cas généraux. Il saute aux yeux, par ailleurs, que les

contrats en question ne peuvent pas être nuls, comme ayant un contenu illicite, puisqu'ils concernent des objets nécessaires à la vie de l'homme, le logement à l'hôtel, l'abonnement au gaz, à l'électricité, le logement du fermier. Seul l'intervention de l'autorité peut corriger la convention des parties quant aux prix et le surplus de ce qui est convenu est nul. L'intérêt public à empêcher une majoration de l'existence est ainsi pleinement satisfait.

Dans le cas des prix minima, en revanche, nous avons retenu que la nullité des conventions contraires n'est exprimée nulle part, ni la nullité partielle, ni la nullité totale; que, d'autre part, elle n'est pas dans l'intérêt général du pays le groupe le plus fort, celui du consommateur ayant intérêt à payer des prix bas, mais uniquement dans l'intérêt des branches économiques intéressées, non encore reconnues comme corporations de droit public; que dès lors les conventions fixant des prix plus bas que les prix minima ne sont pas nulles, étant inadmissible qu'en l'absence de textes positifs, le juge ou l'autorité administrative viennent modifier une convention valable (cf. p. 294/295a; 361a; 367a; 475a). Du même coup, nous avons reconnu le désaccord qui existe dès lors entre le droit civil et le droit pénal sur cette question, l'un protégeant les conventions de ce genre, l'autre les réprimant, et exprimé l'avis que le législateur y mette ordre. Pour cela, il faut faire un pas de plus vers la reconnaissance de l'ordre corporatif.

Ce qui vaut pour le prix, s'applique aux conditions de vente et de paiement.

k) Si le contrat individuel paraît diminuer d'importance, vu le grand nombre d'influences du droit coercitif que décèle le droit de crise, le contrat collectif, en revanche, prend un développement nouveau, sinon inquiétant. Dans la production horlogère, il reçoit une consécration définitive par la déclaration obligatoire, à l'égard de la dissidence, de toutes les conventions intervenues entre les organisations professionnelles au sujet

des conditions de livraison, des prix des fournitures et des pièces de la montre.

La législation sur le contrôle des prix et sur la dévaluation connaît cette institution et la favorise (art. 8 litt. b O. C. F. du 29 juin 1936; O. nº 3 du D. E. P. du 10 août 1936; art. 11, litt. b O. I D. E. P. du 27 septembre 1936), de même que celle sur l'aide aux brodeurs-façonniers suisses sur machine à navette (RO 48, 858, art. 10 A. F. du 29 décembre 1932).

L'A. F. du 5 avril 1935 permit au Conseil fédéral d'accorder force obligatoire à la convention qui viendrait à être conclue entre les associations d'employeurs et d'employés de l'hôtellerie au sujet de la réglementation du pourboire, ce qui fut fait dans la suite (422a).

Une convention du 30 novembre 1937 (acceptée par la Confédération) entre les plus grandes organisations à base coopérative de la Suisse, d'une part, et l'Union suisse des arts et métiers, d'autre part, remet valablement à une commission arbitrale le soin d'accorder les autorisations d'ouvrir ou d'agrandir des grands magasins ou succursales de ceux-ci.

Tout récemment encore, l'O. C. F. du 25 avril 1938 sur la production laitière disposait que les producteurs de lait non affiliés à une section de l'Union centrale sont soumis en principe aux mêmes dispositions que les membres de fédérations laitières et sont contrôlés par ces dernières (art. 10). C'est dans des institutions de ce genre que réside le berceau de l'organisation corporative que d'aucuns souhaitent si ardemment.

4. Dans le *domaine de l'exécution des contrats* le droit exceptionnel de crise a fait également de sérieux ravages:

a) Certes, l'arrêté général sur la dévaluation n'a pas exercé d'effet rétroactif sur les contrats déjà conclus, mais plusieurs des O. d'exécution: L'O. XI à l'art. 9 et l'O. VII à l'art. 7; de même l'A. C. F. sur le commerce des immeubles agricoles du 16 octobre 1936, ainsi que les arrêtés instituant des restrictions d'importation ou d'exportation

et les décisions sur le contrôle des prix conformément à l'A. C. F. du 20 juin 1936 et à l'O. C. F. du 24 juin suivant. Si pareille restriction intervient, elle peut constituer une cause d'extinction de l'obligation dans le sens de l'art. 119 CO si elle n'était pas prévisible; dans le cas contraire, si elle n'a pas été réservée par les parties contractantes, elle ne sera en règle générale qu'une cause d'inexécution dans le sens des art. 97 et suiv. CO. L'O. XIa du 11 juillet 1938 porte également atteinte aux contrats de bail à ferme déjà conclus avant le 28 septembre 1936, en permettant au fermier de solliciter l'intervention administrative pour abaisser le fermage manifestement exagéré.

b) Mais l'exécution des contrats est encore troublée par toutes les dispositions sur le désendettement. Déjà l'ordonnance du 20 février 1918 avait réuni en une communauté les créanciers d'emprunts par obligations soumis à des conditions uniformes, émis par un débiteur ayant en Suisse un domicile ou un établissement commerciale ou industriel. Dans les emprunts les plus considérables, la communauté existait d'office; dans les autres, elle devait être constituée expressément. Le régime fut étendu plus tard aux obligations de caisse et de bons de caisse et aux emprunts d'entreprises de chemins de fer ou de navigation. Il prévoyait déjà des mesures incisives pour les créanciers individuels, notamment des prorogations de remboursement tant du capital que des intérêts, ainsi que des réductions de taux d'intérêt, le remplacement d'intérêts fixes par des intérêts variables et la transformation d'obligations en actions privilégiées.

Le droit exceptionnel de crise a accentué encore cette protection du débiteur en l'étendant d'abord aux emprunts des corporations de droit public des cantons et des communes. Puis, en faveur des débiteurs privés, il a étendu le principe de la communauté des créanciers aux propriétaires d'immeubles hôteliers, aux entreprises de broderie et d'industrie horlogère, de même qu'aux propriétaires d'exploitations dépendant exclusivement ou

essentiellement du tourisme. Quant aux mesures d'allègement, il a étendu les délais de prorogation prévus par l'O. de 1918 et ses compléments, affaibli le quorum exigé par ces dernières dispositions en le ramenant des  $\frac{3}{4}$  au  $\frac{2}{3}$  du capital en circulation, permis d'englober dans l'assainissement d'autres créances que celles des obligataires et la transformation d'obligations ou fractions d'icelles, non seulement en actions privilégiées, mais aussi en actions non privilégiées. Pour donner aux créanciers l'assurance que ces allègements ne sont pas préjudiciables à leurs intérêts généraux, l'assemblée de la communauté des créanciers a été placée sous la direction du T. F. qui exerce une influence effective sur les différentes phases de la procédure d'assainissement.

Quant aux corporations de droit public, elles sont soumises également à la vigilance du T. F. et les mesures d'allègement se bornent dans l'ensemble à des prorogations de remboursement. Mais ce qui marque tous ces arrêtés d'un sceau particulier, c'est le fait que sur la simple admission des propositions du débiteur par la majorité absolue du capital en circulation, donc pas même du quorum réduit des  $\frac{2}{3}$ , le T. F. peut homologuer l'assainissement, s'il le trouve dans l'intérêt du débiteur et de l'ensemble des créanciers. L'affaiblissement de cet élément individualiste du droit est frappant.

c) Les dispositions législatives sur les assainissements dans l'industrie hôtelière, de la broderie, dans les entreprises agricoles comportent une série de mesures analogues, sursis au remboursement des capitaux, réduction du taux d'intérêt, élimination du gage pour une partie de la dette, etc. L'assainissement des banques permet encore de plus gros allègements du débiteur et de plus grosses réductions des droits des créanciers. Le quorum des créanciers nécessaire pour que l'assainissement soit mis sur pied est considérablement affaibli comparativement aux dispositions de la L. P. sur le concordat et le T. F. surveille d'un oeil vigilant l'aboutissement honnête de la procédure. Il

n'en résulte pas moins que les créanciers ont une influence personnelle considérablement réduite sur l'aboutissement de ces mesures et qu'ils ne peuvent plus disposer que dans une faible mesure de leurs créances contractuelles.

d) Dans le même chapitre rentrent les dispositions permettant de proroger, avec ou contre le gré du bailleur, le bail à ferme hôtelier ou agricole, la prolongation du délai d'expulsion, la prorogation du fermage pendant un certain temps et la réduction du fermage. Elles affirment une fois de plus l'affaiblissement de la force du contrat individuel au profit de l'intervention de l'autorité.

5. *L'extinction des obligations* est magnifiquement représentée dans le droit exceptionnel de crise par une nouvelle cause: la décision de la communauté des créanciers et de l'autorité. Cette cause n'est pas entièrement nouvelle, car la L. P. la connaît déjà. Mais elle a acquis dans le droit exceptionnel de crise une importance particulière:

a) Les dispositions sur la communauté des créanciers permettent non seulement des atténuations des engagements du débiteur, mais des extinctions de créances comme la remise totale des intérêts pendant 5 ans au plus et la mesure est renouvelable.

b) Les prescriptions sur les assainissements hôteliers, de la broderie et agricole permettent également l'extinction contre le gré du créancier individuel de certaines créances d'intérêt, lorsque le capital n'est pas couvert par le gage et l'extinction de la dette d'intérêts couverts par le paiement d'un certain pourcent de ceux-ci.

c) L'assainissement des banques dans le sens de l'A. C. F. du 17 avril 1936 peut entraîner pour le créancier jusqu'à la disparition de sa créance en tout ou en partie ou sa transformation complète en action de participation à une nouvelle société (Auffanggesellschaft).

d) Enfin, dans le domaine de la production laitière, le D. E. P. a le pouvoir d'annuler toutes les conventions, contrats et accords qui ont pour effet d'éviter les dis-

positions sur la production, le commerce et l'utilisation du lait, ou sur la perception des redevances sur le lait de consommation, ainsi que les décisions d'espèce fondées sur ces dispositions (Art. 24 O. C. F. du 30 avril 1937). Nous nous sommes exprimé dans notre rapport écrit, p. 266a. Peut-être ce point soulèvera-t-il une discussion.

### B. Les différentes espèces de contrats.

Nous nous contenterons de traiter ici le contrat de travail et celui de cautionnement.

#### 1. *Le contrat de travail.*

a) Le contrat individuel se développe davantage du côté de l'élément social. En matière horlogère, le travail à domicile des petites exploitations et des exploitations familiales est réglé par le menu sur le modèle de la réglementation de la loi sur les fabriques. Ici encore, l'individualisme du patron disparaît au profit du bien-être des ouvriers dans leur ensemble, donc de l'élément collectif. Des dispositions impératives sur la durée du travail, l'âge des ouvriers, le paiement du salaire voient le jour. Le domaine des art. 319 et suiv. CO est restreint d'autant. Sans doute, le contrat contraire à ces prescriptions n'est-il pas illicite dans le sens de l'art. 20 CO parce que les restrictions et les défenses qu'elles édictent ne frappent que l'employeur, sauf l'interdiction, dans les petits établissements et les exploitations familiales, de faire de l'ouvrage hors des heures de travail (art. 29 A. C. F. du 9 octobre 1936). Ct 302/303a. Il n'en résulte pas moins une grave atteinte à la liberté contractuelle.

b) Dans la broderie, des dispositions impératives sont aussi adoptées relativement à l'organisation et la durée du travail (Ct 424a).

c) L'organisation du service volontaire de travail en faveur surtout des jeunes chômeurs fait un pas considérable vers la réglementation d'un droit au travail coercitif. Le chômeur est encore juridiquement — économiquement,

c'est douteux — libre de s'engager au camp de travail. Dès qu'il s'est engagé, tout le contrat est réglé par des dispositions impératives. La liberté est réduite à un minimum.

d) Le contrat collectif de travail, sommairement réglé dans le CO, voit son influence accrue par la législation exceptionnelle de crise du fait que le D. E. P. reçoit les pouvoirs d'arbitrer d'office et sans appel les conflits de salaires collectifs (art. 1 A. C. F. du 27 septembre 1936 et du 10 novembre 1936). C'est une institution nouvelle dans l'ordre juridique suisse qui, étendue à d'autres contrats, anéantirait pratiquement la liberté contractuelle individuelle dans le contrat de travail (Ct p. 398a/399a). Nous n'en sommes pas adversaire dans l'intérêt de la paix sociale, mais elle devrait être placée dans les mains de l'autorité judiciaire ou d'arbitres privés.

Dans l'ensemble, le droit coercitif augmente de plus en plus en cette matière aux dépens de la liberté individuelle. Le rythme de cette transformation est lent, mais régulier (Ct 476a).

2. Quant au *cautionnement*, il subit les contre-coups des allègements institués en faveur des débiteurs dans l'industrie hôtelière, de la broderie et du débiteur agricole.

a) *Cautionnements du débiteur assaini.* Seul l'A. F. sur les assainissements agricoles en fait mention. Généralement, ils sont éteints par l'attribution du dividende afférent aux dettes chirographaires. Mais l'autorité de concordat a le droit d'éliminer les cautionnements du concordat, s'il est improbable qu'à défaut de la procédure d'assainissement, la caution eût dû s'exécuter, de lui attribuer un dividende réduit ou même de le déclarer étaint sans dividende. Elle tient compte des circonstances, en particulier des répercussions auxquelles sont exposés le débiteur principal et les cautions conjointes, ainsi que de l'origine du cautionnement (art. 21). De plus, si le créancier-gagiste participe au concordat pour la partie non couverte de sa créance en capital, la caution a droit

à une réduction convenable de sa responsabilité en tant que l'exige sa propre capacité restreinte. L'autorité de concordat en fixe le montant, tandis que le juge civil se prononce sur le principe de l'existence de la créance contre la caution.

b) *Cautions du débiteur assaini* dans les assainissements hôtelier (industrie de la broderie) et agricole.

aa) *Rapports avec le créancier.*

*La caution simple* ne peut être recherchée dans le sens de l'art. 495 CO qu'à l'expiration du sursis au remboursement des capitaux et dans l'assainissement hôtelier en outre qu'à l'expiration du sursis ultérieur au paiement des intérêts (Ct 430a).

*La caution solidaire* peut bénéficier du même sursis que le débiteur et le créancier est tenu de signaler les cautionnements au commissaire, le sursis ne s'étend toutefois qu'au remboursement des capitaux; il est cependant possible à la caution aussi pour le paiement ultérieur des intérêts dans le sens des art. 50 et suiv. A. F. du 21 juin 1935 (art. 52, 4ème al.).

D'autre part, en dérogation aux dispositions de la L. P. qu'elles aient adhéré ou non au concordat, les cautions répondent envers le créancier-gagiste du dommage qu'il subit ensuite du concordat, sauf certaines exceptions (art. 23 A. F. du 21 juin 1935 et art. 23 A. F. du 28 septembre 1934).

Pendant la durée du sursis au remboursement des capitaux, respectivement du sursis ultérieur au paiement des intérêts, les cautions ne peuvent user des droits que leur confèrent les art. 502 et 503 CO.

bb) *Rapports avec le débiteur.*

L'exercice du droit de recours, assez étendu à teneur des art. 505 et suiv. CO, est rendu plus difficile. Pendant le sursis au remboursement des capitaux, de même que pendant le sursis ultérieur au paiement des intérêts, il ne peut être exercé; postérieurement au sursis au rembourse-

ment des capitaux, il n'est admissible qu'à condition de prouver que, depuis la clôture de la procédure de concordat, le débiteur est revenu à meilleure fortune ou réalise des gains suffisants, et cela nécessite une nouvelle procédure devant l'autorité qui avait homologué le concordat. Ces règles n'existent que dans le concordat hôtelier et de la broderie. En revanche, l'assainissement agricole a ceci de commun avec les précédents que pendant le sursis au remboursement des capitaux, les droits assurés par l'art. 512 CO à la caution contre le débiteur ne peuvent être exercés. Ce contrat de cautionnement est donc sensiblement affaibli dans ses effets, tant à l'égard du créancier principal que de la caution dans ses rapports avec le débiteur.

c) La *caution* du fermier bénéficie de la réduction du fermage consentie à ce dernier par l'autorité administrative sur un bail conclu avant le 28 septembre 1936 (art. 3, 2ème al., O.XIa du 11 juillet 1938).

### C. Le domaine quasi contractuel.

Nous avons relevé dans notre rapport écrit que l'Etat assure à l'individu, dans certaines branches d'activité économique, notamment pour favoriser la production, des prestations importants. Citons à cet égard la garantie du risque à l'exportation, les subsides de fabrication, de création de possibilités de travail, l'indemnité aux meuniers qui fabriquent de la farine complète. D'après la jurisprudence actuelle dans des cas présentant quelque analogie (A. T. F. 50 II 295; 62 II 298), on ne se trouvera vraisemblablement pas en présence de rapports de droit civil, mais dans le domaine de la subvention, ce qui exclut l'intervention du juge civil dans les contestations qui peuvent surgir entre ces intéressés et les pouvoirs publics. Nous nous rendons compte qu'on ne saurait parler ici de rapports contractuels dans le vrai sens du terme. Et cependant, la promesse de la Confédération d'allouer une garantie, sur la base de laquelle le producteur a fait des dépenses, a eu des frais,

s'est mis en mesure de livrer la commande, devrait être tenue comme un engagement plaçant le producteur et la Confédération sur pied d'égalité, sur le pied du droit civil. Une difficulté surgissant entre eux au sujet de dommages-intérêts, à raison du refus final de la subvention, devrait être susceptible de la juridiction du juge civil, d'un organe neutre, en particulier lorsqu'il s'agirait de la restitution des dites sommes revendiquées par la Confédération contre un particulier qui les aurait reçues à tort. L'arrêt 50 II 295 place l'individu dans une position de trop grande insécurité à l'égard de l'Etat. Il est livré au bon plaisir de ce dernier. A tout le moins, l'art. 48 O. J. F. devrait-il trouver application à pareille matière.

### III. La propriété privée.

C'est également une des colonnes maîtresses de l'édifice juridique suisse. Les pays étrangers, notamment ceux du continent européen, reconnaissent et protègent la propriété privée. Les législations des pays qui nous environnent lui font cependant depuis un certain nombre d'année des amputations assez sérieuses au profit de la collectivité.

En Suisse, cette notion a été resserrée dans une assez forte mesure par le C.C.S. qui prévoit un grand nombre de restrictions à ce droit. Le droit public de la Confédération et des cantons est venu et vient tous les jours compléter l'amputation. La législation exceptionnelle de crise a porté atteinte au droit de propriété, notamment dans l'O. C. F. du 6 août 1935 sur la production animale qui permet l'expropriation du bétail en surnombre dans des conditions que nous jugeons incompatibles avec l'Etat de droit. L'O. VII du D. E. P. du 22 octobre 1936 permettant le séquestre des marchandises porterait également atteinte à ce droit. Mais toutes les deux n'ont pas reçu application jusqu'à ce jour. En revanche, la loi fédérale du 1er avril 1938 tendant à assurer l'approvisionnement du

pays en marchandises indispensables, entrée en vigueur le 20 juillet écoulé restreindra également ce droit dans l'intérêt public.

Le droit de disposer de sa chose est restreint au propriétaire en outre par toutes les restrictions contractuelles analysées plus haut, en particulier par l'O. C. F. du 16 octobre 1936, sur le commerce des immeubles. Nous n'y reviendrons pas.

On se souvient, cependant, que les immeubles agricoles ne peuvent être aliénés qu'après un certain délai; que le débiteur hôtelier, brodeur, agricole assaini ne peut plus librement constituer des gages sur ses immeubles; que des restrictions au droit d'aliéner sont annotées à ce propos au registre foncier; qu'en revanche, l'établissement de secours ou fiduciaire peut prendre des gages sur les immeubles pour l'argent qu'il avance et que c'est le commissaire et non pas le débiteur qui fait opérer les inscriptions nécessaires au registre foncier.

#### IV. Conclusions.

La question qui fait l'objet des délibérations de ce jour peut se poser dans tous les pays qui possèdent un ordre juridique. Elle n'est jamais résolue définitivement; sitôt résolue pour une période écoulée, elle se pose à nouveau pour le futur. C'est celle de la lutte entre le droit privé et le droit public ou si l'on veut celle de la liberté de l'individu et de la coercition étatique. Elle a toujours existé et elle existera toujours. Pour qu'elle n'existe plus, il faudrait que l'Etat abandonnât tout à l'individu ou qu'il ne lui laissât plus rien: deux états juridiques impossibles à réaliser en pratique. Dès que l'un des domaines du droit prend un nouveau développement, l'autre se voit diminué dans son influence. Depuis plusieurs décennies, dans tous les pays européens, la pendule bat fort dans le sens du développement du droit public, donc dans le sens du rétrécissement du champ d'action du droit privé. Les

délibérations de notre société sur les droits individuels il y a deux ans à Soleure, ont nettement dégagé cette idée pour le droit public suisse.

Pendant la crise, ce courant a encore été facilité par plusieurs circonstances: d'abord le développement des associations professionnelles, en particulier dans l'agriculture, qui sont devenues de véritables puissances et qui veulent jouer leur rôle dans l'Etat en accaparant le marché et en introduisant de nouvelles notions économiques: adaptation de la production à la consommation et fixation d'une nouvelle notion du juste prix. Le second élément qui a favorisé le développement du droit public est la nécessité de réglementer l'économie sur le terrain national, au vu des difficultés d'ordre international et de la fermeture partielle du marché mondial à l'économie suisse. Le troisième est la nécessité de favoriser le désendettement de certaines classes économiques particulièrement obérées pour leur permettre de continuer à vivre et la quatrième celle d'empêcher le renchérissement de la vie en Suisse ensuite de la dévaluation. Si les choses continuent de ce pas, ce même courant sera encore activé par la nécessité dans laquelle se trouvera l'Etat de restreindre l'activité et le droit des individus pour consolider ses finances mises à rude épreuve par toutes les mesures envisagées et celles déjà prises (impôt sur le tabac, sur les boissons, impôt de crise).

En résumé, c'est tout le problème du rôle de l'Etat qui est en jeu ici: s'il continue à assumer de nouvelles tâches économiques ou sociales, ou même s'il développe sous forme de corporations les associations économiques existantes, il devra inévitablement restreindre encore l'autonomie des individus. Il semble vouloir s'y décider. Les nouveaux articles économiques que le C. F. propose d'insérer dans la Constitution fédérale, le projet de désendettement agricole déjà soumis aux commissions parlementaires en sont une preuve tangible. Est-ce heureux ou pas? L'avenir le dira. Mais pour l'instant, il semble

que ce soit la seule idée qui ait des chances de trouver grâce devant une partie importante de la population.

C'est donc dans le droit l'élément collectif qui se développe au préjudice de l'élément individuel. Le droit exceptionnel de crise a accentué sensiblement le mouvement en développant des institutions déjà existantes, contrat collectif, sacrifices imposés au créancier, contrat de travail réglé d'une manière impérative et en introduisant de nouvelles: le cartel imposé dans l'agriculture et les sociétés de droit privé remplissant des tâches de droit public. Mais ces institutions sont encore imparfaites. Elles devront être mieux adaptées à l'ordre juridique. Une nouvelle harmonie doit être créée entre le droit civil d'une part, le droit pénal et administratif d'autre part.

Nous nous sommes permis certaines critiques à l'adresse de quelques dispositions législatives. Mais nous n'avons voulu faire aucun reproche personnel. Nous nous rendons compte que la critique est aisée et que l'art est difficile, notamment lorsqu'il s'agissait de faire face d'un jour à l'autre à des besoins nouveaux. La tâche du législateur d'une période troublée est difficile et nous voulons le reconnaître sans détour. On voudra donc bien ne voir dans nos critiques que le côté objectif de la question.

Le régime juridique sous lequel nous vivons, édifié sur la Constitution fédérale et sur nos lois civiles fondamentales, est celui d'une période de prospérité économique, où chacun a sa place au soleil et où le pays vit en paix à l'intérieur et à l'extérieur. Dans les temps troublés, il ne suffit plus et doit être complété. On l'a vu pendant la guerre, et la crise économique a attesté une fois de plus ce fait. Si l'avenir réserve à notre pays une période de paix, le développement de nos institutions vers une plus large part de l'élément collectif continuera à se faire dans le calme; si un nouveau bouleversement général devait revenir, ce développement se fera à un rythme plus accentué sans exclure la possibilité d'infiltrations de conceptions étrangères nouvelles. Mais nous voulons espérer que dans

les deux cas, ceux qui auront la responsabilité de cette orientation nouvelle se souviendront toujours qu'il est des droits imprescriptibles de l'individu qu'il faut respecter et des atteintes à la personnalité qu'il ne faut pas commettre pour ne pas faire revivre les anciennes luttes pour la liberté. Nous avons confiance qu'en Suisse, l'édifice de notre droit privé, bien que menacé comme dans tous les pays qui nous environnent et déjà atteint par l'élément dynamique du droit moderne, reposera pour longtemps encore sur les colonnes fondamentales sur lesquelles l'ont placé nos pères: la force de la personnalité, du contrat et de la propriété privée. Et ce sera heureux, car le bonheur du peuple, nous en sommes convaincu, sera toujours plus volontiers l'hôte d'une législation qui met un accent prononcé sur une forte personnalité individuelle que de celle qui nivelle et sacrifie complètement l'individualisme à l'élément collectif.

Mr. le Président *Bolla*, après avoir remercié les rapporteurs pour leurs exposés clairs et remarquables, ouvre la discussion.

Mr. le Dr. *Kuhn*, chef de la Section de justice du Département fédéral de justice et police:

Die Durchleuchtung der jüngsten Notgesetzgebung des Bundes hat kein restlos erfreuliches Bild ergeben. Sie zeigt, dass der Individualismus durch ein kollektivistisches Element, das Zivilrecht durch das öffentliche Recht Schritt für Schritt zurückgedrängt wird. Die dagegen geäusserte Kritik ist zum Teil recht scharf ausgefallen und kann nicht verwundern, wenn man vom Standpunkt des Zivilisten ausgeht. Ich will für diese Notgesetzgebung keine Verteidigungsrede halten. Wenn ich es täte, müsste ich mildernde Umstände geltend machen, deren Ursache in der ausserordentlich schwierigen Situation zu suchen ist, in welche sich die Bundesbehörden gestellt sehen. Es darf nicht vergessen werden, welche Aufgaben die Gesetzgebung zu lösen hatte. Es ist nicht dasselbe, wenn die

gesetzgebenden Behörden eine gesetzgeberische Arbeit in aller Ruhe lösen können, oder wenn sie unter gestörten Verhältnissen arbeiten und sich sagen müssen, dass das Untätigsein noch schlimmere Folgen haben würde. Man hat mit Recht darauf hingewiesen, dass gewisse wirtschaftliche Verbände schon lange vor der Krisengesetzgebung eine ausserordentliche Macht gewonnen haben. Das Bestreben nach Zusammenfassung und Einordnung in grössere Verbände hat sich seither noch weiter ausgebretet. Wir müssen uns heute damit abfinden. Ich weise Sie in diesem Zusammenhang auf eine Parallele im revidierten Obligationenrecht hin: der Vergleich mit gewissen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes zeigt, dass auch dort das kollektivistische Moment, das vom öffentlichen in das private Recht hineingetragen wird, privatrechtliche Prinzipien zurückgedrängt hat. Diese Tendenz liegt im Zuge der Zeit, und der Jurist wird sich damit abfinden müssen.

Die Referate führen aus, dass durch die Krisengesetzgebung dem Betroffenen der Rechtsschutz nicht gewährleistet sei, und es ist richtig, dass der Richter gegen diese Eingriffe nicht angerufen werden kann. Indes ist heute ein gegenüber früher merklich gebesserter Zustand festzustellen. Durch die Verwaltungsrechtspflege ist erreicht worden, dass im Falle eines Rekurses an den Bundesrat ein neues Verfahren Platz greift. Die streitigen Fragen werden durch das Justizdepartement selbstständig geprüft; es findet ein Schriftenwechsel statt und je nach den Umständen kommen dazu weitere Massnahmen (wie Augenschein, Verhandlung usw.).

Wenn beabsichtigt wäre, die Diskussion in eine Resolution ausmünden zu lassen, so glaube ich beifügen zu sollen, dass es dem Verwaltungsjuristen nur recht sein kann, wenn der Schweizerische Juristenverein mit dem Gewicht seiner Autorität dafür einsteht, dass künftige dauernde Lösungen auf geordneter und sicherer Rechtsgrundlage beruhen.

Mr. le Professeur *Eugène Borel*:

Les excellents rapports présentés à la Société vont demeurer en mains de ses membres un guide précieux dans le dédale toujours plus vaste des ordonnances fédérales.

Que nos rapporteurs hésitent à conclure, on le comprend, et il ne faut pas jeter la pierre au législateur et à l'administration. La responsabilité remonte à notre peuple, au sein duquel se révèle un fléchissement des plus graves. La liberté que, chez nous, on continue à célébrer en termes emphatiques, ne va pas sans le courage de chacun en face des difficultés de l'existence. Or, ce que nous voyons aujourd'hui, c'est qu'au lieu de lutter soi-même contre ces difficultés on réclame la protection de l'Etat sans songer que l'on se place ainsi sous la dépendance du dispensateur des deniers publics. Elles sont toujours plus nombreuses les mains tendues vers la manne fédérale et le régime de subventions, conçu d'abord sous l'égide de la solidarité, tourne aujourd'hui à l'abus manifeste. Attendre ainsi tout de l'Etat, c'est renoncer à l'indépendance et, par là-même, aux libertés qu'elle nous garantissait. Voilà où réside le danger et, pour rappeler un mot d'Emile Welti, nous devons prendre garde de ne pas vendre notre patrimoine pour un plat de lentilles.

Le rapporteur Mr. le Dr. *Oftinger* reprend la parole pour présenter quelques observations finales:

Bei der Frage der Nichtigkeit halte ich im Gegensatz zur Auffassung des Herrn Korreferenten dafür, dass nicht zu sehr darauf abgestellt werden dürfe, ob es sich um eine Ausnahmegesetzgebung handle und ob der Gesetzgeber zur Frage ausdrücklich Stellung genommen habe, wobei, wie der Herr Korreferent meint, aus dem Schweigen des Gesetzes zu schliessen wäre, dass die Nichtigkeit nicht die vom Gesetz gewollte Konsequenz eines verbotswidrigen Geschäftes sei. Ohne dass ich persönlich in die Art und Weise des Zustandekommens dieser Krisengesetze Ein-

blick habe, stehe ich unter dem Eindruck, dass es mehr oder weniger eine Sache des Zufalls sei, ob die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäftes ausdrücklich angeordnet sei oder nicht. Es bleibt daher der Rechtsprechung und Wissenschaft anheimgestellt, zu prüfen, welche Rechtsfolge bei Nichtbeachtung eines Verbotsgegesetzes eintrete. Wenn man der ausserordentlichen Gesetzgebung zivilistische Sanktionen verweigert, könnte das sonst als eine Strafe dafür erscheinen, dass der in Frage stehende Erlass geschaffen wurde. Dem Verbotsgegesetz fehlt der Sinn, wenn man seiner Übertretung die Sanktion versagt. Durch das eindrückliche Votum des Herrn Prof. Borel bin ich im übrigen der Pflicht enthoben worden, auf die Ausführungen des Herrn Dr. Kuhn eingehend zu antworten. Über die Schwierigkeiten der Behörden, die beim Erlass und der Fassung von Krisengesetzen bestehen, gebe ich mir Rechenschaft. Dagegen vermisste ich etwas den Blick auf das Ganze. Vom Ausbau des Rechtsschutzes habe ich mit Befriedigung Kenntnis genommen.

Mr. le Président *Bolla* estime que la Société pourrait formuler un voeu.

L'assemblée décide de voter la résolution suivante:  
 „L'Assemblée générale annuelle de la Société suisse des juristes formule le voeu que l'Etat s'abstienne, sauf nécessité absolue, de porter atteinte au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles.“

### Séance du mardi 6 septembre 1938

Palais des Congrès, Genève.

Présidence:

Mr. le Juge fédéral *Bolla*.

#### 1. *Rapport des vérificateurs des comptes.*

Mr. le Président *Bolla* ouvre la séance à 9 h. et donne immédiatement la parole aux vérificateurs des comptes.

En leur nom, Mr. Georges Capitaine, avocat, à Genève, lit le rapport suivant:

Les soussignés, en exécution du mandat qui leur a été conféré, ont procédé le 4 crt. à la revision des comptes de la Société suisse des juristes.

Ils ont pointé et vérifié toutes les pièces relatives aux recettes et aux dépenses de l'exercice clôturé au 30 juin 1938, tant en ce qui concerne le compte général que le compte spécial et en ont constaté la parfaite conformité avec les livres.

Les titres constituant la fortune de la société ont été constatés existants par les récépissés y relatifs de la Banque cantonale vaudoise à Lausanne.

Nous proposons en conséquence l'adoption des comptes au 30 juin 1938, dont il vous a été donné lecture par le caissier, Mr. Max Petitpierre, avec remerciements à ce dernier, ainsi qu'à Mr. Duttweiler, son adjoint, pour leur excellent travail. Nous proposons donc de leur donner décharge pour ledit exercice.

Cette proposition est votée à l'unanimité par l'assemblée.

## 2. *Rapport de la Commission des Sources du Droit.*

L'on entend ensuite le rapport de la Commission des sources du droit de Mr. Rennefahrt, qui est lu par le secrétaire suisse allemand. Ce rapport, qui est accepté, est rédigé comme suit:

Am 24. Februar 1938 ist der langjährige Präsident der Rechtsquellenkommission, Herr Dr. jur. et phil. h. c. Walther Merz-Diebold, alt Oberrichter, in Aarau verstorben. Die Kommission hat der Familie des verdienstvollen Herausgebers einer ganzen Anzahl Bände der Aargauer Rechtsquellen ihr Beileid ausgesprochen und gedenkt seiner ehrend auch hier.

Im Laufe des Berichtjahres ist *erschienen* der zweite Band der bernischen Rechtsquellen, II. Teil Landschaft: Statutarrecht der Landschaft Frutigen.

Im *Druck* sind gegenwärtig:

1. von den Freiburger Rechtsquellen: das Stadtrecht von Greyerz (Herausgeber: Dr. B. de Vevey, Freiburg).
2. von den Berner Rechtsquellen (Stadtrecht): die Stadtsatzung nach dem wiederaufgefundenen „Wiener Codex“ und das „Polizei-, Eid- und Spruchbuch“, soweit es bernisches Stadtrecht betrifft (Herausgeber: Dr. F. E. Welti).

In *Vorbereitung* sind:

1. die Freiburger Notariatsformulare (Dr. A. Bruckner).
2. das Schaffhauser Stadtbuch des 14. und 15. Jahrhunderts (Dr. K. Schib).
3. die Glarner Rechtsquellen, wofür der Herausgeber zwei Bände vorsieht (Prof. Liebeskind).
4. Rechtsquellen der Landschaft des Kantons Zürich (Dr. A. Largiadèr).
5. Solothurner Rechtsquellen (Dr. A. Kocher und Dr. Studer).
6. von den Rechtsquellen der bernischen Landschaft diejenigen von Saanen (Dr. H. Rennefahrt).
7. vom Berner Jura: die Ordnungen der Fürstbischöfe (Dr. H. Rennefahrt mit Hilfe des Staatsarchivs).

Es sind Unterhandlungen angeknüpft worden, damit die Herausgabe der Rechtsquellen der Kantone Graubünden, Tessin und Waadt in Angriff genommen wird.

Die Kommission ersucht den Schweizerischen Juristenverein, ihr den üblichen Jahresbeitrag von Fr. 1000.— zu gewähren; ferner wird darum ersucht, der Vorstand möchte beim hohen Bundesrat Schritte tun, dass er die Ausgabe der Rechtsquellen, die doch wohl der geistigen Landesverteidigung zu dienen vermögen, wie früher wieder unterstützt, wogegen der Bundesverwaltung weiterhin die bisher

üblichen Freiexemplare der Neuerscheinungen zugestellt würden.

Mr. *Ernest Béguin* prend la parole à propos de ce rapport, insiste sur le fait qu'il ne faut pas compter sur une subvention fédérale.

L'assemblée est d'accord pour charger le Comité d'étudier la proposition de la Commission des Sources du Droit.

### 3. Nouveaux membres.

Mr. le Président *Bolla* donne ensuite la liste de six nouveaux candidats qui demandent d'être admis dans la Société:

MM. *Schucani, Ernest*, avocat, Genève.

*Tcheraz, René*, notaire, Genève.

*Ceppi, Pierre*, Juge à la Cour suprême, Berne.

*Desert, Edmond-Lucien*, notaire, Genève.

*Gaulis, Eugène*, avocat, Genève.

*Borel, Alfred*, avocat, Genève.

L'assemblée décide de les admettre.

La Société a ainsi admis en tout 60 nouveaux membres et en a perdu 55, comme il l'a été indiqué dans le rapport présidentiel.

### 4. Discussion du sujet:

„Jury et tribunaux d'échevins en Suisse.“

Mr. le Président donne la parole au rapporteur de langue française, Mr. *Jean Graven*, Dr. en droit, greffier du Tribunal fédéral des assurances, qui introduit en ces termes la discussion sur le sujet:

La Société suisse des juristes a bien voulu m'appeler à l'honneur d'introduire ce débat, et je l'en remercie. Mais je crois qu'elle me saura gré à son tour de m'acquitter de cet honneur avec brièveté.

Le rapport français écrit pour guider la discussion est en effet déjà volumineux. Il n'a fallu toutefois en dire

autant que pour qu'on soit, si possible, dispensé d'en reparler. Je n'ai désiré rassembler tous les éléments du procès que pour qu'il puisse être enfin clos.

D'ailleurs, ce rapport est encore incomplet, il est court, tant la matière est vaste, tant on a écrit et disputé, tant il y aurait à dire sur le jury.

Je me garde de dire d'emblée: contre le jury. Car l'honorable corapporteur, Mr. le professeur Pfenninger, a déjà jugé le réquisitoire impitoyable. Je n'étais que juste. Il a cru trouver dans ce rapport comme une certaine complaisance à multiplier les citations sévères. J'avoue que c'est pour n'en avoir guère rencontré d'autres. Et j'assure que j'ai au contraire dû me borner sans cesse et imposer silence à mes auteurs, que je n'ai fait qu'entr'ouvrir mon dossier. Je précise, enfin, que j'ai cité des faits, plus que des opinions. Ai-je étouffé la voix favorable? Je crois avoir pris soin de la faire entendre tout la première, et sans escamoter un de ses arguments essentiels. En tout cas, Mr. le rapporteur de langue allemande a mis toute son autorité et tout son talent au service de la cause, aujourd'hui bien abandonnée — et qui en avait du reste le plus grand besoin, il faut le reconnaître — du jury.

On a donc entendu les deux sons de cloche et il semble qu'on puisse arriver, non seulement à terminer, mais à conclure le débat.

1. Le rapport allemand ramène celui-ci à une simple et rigoureuse alternative: il s'agirait de décider si la participation de l'élément laïque à l'administration de la justice pénale doit se faire de préférence sous la forme de la cour d'assises ou du tribunal échevinal. Ce serait là le problème central.

Je l'envisage un peu différemment. Il me paraît au contraire n'être pas ainsi circonscrit. La question capitale, qui domine et précède les deux autres, est de savoir avant tout si cette participation des laïques elle-même est préférable, chez nous, à leur exclusion. Ce n'est que pour l'hypothèse où on la résoudrait affirmativement qu'il

conviendrait de voir comment on pourrait réaliser le mieux — ou, plus exactement, le moins mal — cette participation.

„Chez nous“, ai-je dit. Cela ne veut pas signifier qu'il faudrait en conséquence se désintéresser, se détourner des expériences étrangères, pour ne s'occuper que de ce qui s'est fait, observé, écrit en Suisse.

Ce n'est que par la pénétration la plus large possible d'un sujet que nous nous instruisons. Réduire ainsi le problème serait non seulement le minimiser, mais, il me semble, en fausser les données. Si c'est aux fruits qu'on connaît la plante, il faut voir ceux qu'elle a portés quasi constamment dans des conditions constantes, et non pas uniquement dans une serre et une saison données, par le miracle, qui ne se renouvellera probablement pas, de conditions toutes favorables, et les soins d'un jardinier savant — je pense au jardinier zurichois qu'on a vanté.

Il ne faut donc pas se boucher les yeux devant la leçon universelle, mais bien plutôt les ouvrir, pour s'en éclairer. Au surplus, ceux qui ne veulent pas de cette étude et de ces comparaisons, parce que les expériences française, allemande, italienne, autrichienne etc. accablent si durement l'institution, invoquent eux-mêmes toujours, pour prouver sa valeur, le modèle étranger — mais le modèle anglo-saxon.

Or, je le demande: la comparaison ne doit-elle pas se faire avec ceux des pays, nos voisins, dont les institutions, les traditions, les moeurs et les caractères répondent le plus aux nôtres? Que vaut la comparaison avec l'Angleterre, où le choix et la mentalité des jurés, leur tâche, sa préparation et ses conditions, le rôle du juge, les moyens de réparer l'erreur de la sentence, sont si différents qu'en réalité les institutions elles-mêmes ne se ressemblent, ne correspondent plus du tout?

Et puis enfin, si ce prétendu modèle lui-même a démerité, ne satisfait plus, a besoin d'être réadapté, est partiellement abandonné et a dû être revisé sur plus d'un

point par ceux-là mêmes, à qui, malgré toutes nos différences, nous croyions bon de l'emprunter ?

2. Pourtant, si le jury n'était pas une excellente institution, aurait-il conquis le monde? objecte-t-on. Aurait-il été introduit si généralement et progressivement durant plus d'un siècle? Serait-il devenu l'un des biens communs de notre civilisation?

Mais au contraire, répondrai-je, s'il était vraiment une bonne institution, aurait-il été répudié, aboli, réformé, modifié, mutilé par tous ceux qui l'avaient adopté, prôné, consacré? Aurait-il perdu si profondément et si universellement son empire?

A peu près tous les pays d'Europe et, chez nous, Genève, Vaud, Berne, Fribourg, Neuchâtel, la Confédération, Zurich, Thurgovie, Argovie, Soleure et le Tessin l'ont successivement introduit? C'est exact. Mais qu'est-ce que cela prouve, sinon l'engouement qu'ont eu certains pour les idées anglaises, d'autres pour celles de la révolution française, et un peu tout le monde, à un moment donné, pour celles du romantisme politique? Qu'est-ce que cela prouve, sinon la puissance et l'amplitude de la réaction contre le vieux système de la procédure inquisitoriale, écrite et secrète après 1789, le prestige de l'ordre et des codes napoléoniens après 1808, la force de la vague libérale et démocratique après 1830 et 1848, l'esprit d'imitation et d'émulation, pour se croire avancés et à la hauteur des institutions modernes, des derniers venus (le Japon, par exemple), au tournant du siècle?

Mais le jury a été controversé, contesté, attaqué (hors des pays anglo-saxons où il est chez lui) absolument partout où il avait été introduit. Son rôle, comme la peau de chagrin, s'est de plus en plus rétréci, parallèlement à son existence. Il a été partout de plus en plus dépossédé. Il a été profondément modifié (dans le sens de la collaboration avec les juristes) par Genève (1890), la Belgique (1919), la France et la Roumanie (1932), la Grèce (1934). Il a été remplacé (dans le sens de la fusion avec les juristes,

soit de l'échevinage) par le Tessin (1893), la Russie (1917), l'Allemagne (1924), Berne (1928), l'Italie (1931), Neuchâtel (1938), et se trouve en cours de revision en Tchécoslovaquie et dans les cantons de Vaud et Soleure. Il a été aboli par la Hollande (1813), le Luxembourg (1814), le Danemark (après 1878), la Confédération, dans le domaine militaire (1889), la Hongrie (1919), la Bulgarie (1922), l'Espagne (1923), le Portugal (1926), la Yougoslavie (1929), sans parler de la Lettonie, de la Lituanie et de l'Estonie. L'Angleterre elle-même a abandonné toute une partie de l'institution (jury d'accusation, jury civil), très considérablement restreint la fonction de l'autre (jury de jugement), et en a d'ailleurs complètement changé l'aspect et la signification par la création de l'appel.

C'est ainsi et je n'y puis rien. Ce n'est pas l'exposé d'une thèse et rien ne pourra faire que ce ne soit pas ainsi. Ce sont là des *faits*, contre lesquels les mots, si éloquents et pressants soient-ils, ne sauraient prévaloir.

Et cela prouve que la pratique n'a pas répondu à la théorie, et la réalité aux espérances. Cela prouve que partout l'expérience fut décevante; que la confiance si généreusement accordée a été trompée; que la nature des choses a, tout naturellement et comme toujours, pris sa revanche sur les idéologies; que les désavantages du système ont été plus forts que le désir qu'on en avait, que les chimériques et définitifs avantages qu'on s'en promettait. La leçon des faits est sans réplique.

3. En relevant que le jury, adopté en Suisse, par 10 cantons et dans le domaine fédéral, entre 1844 et 1862, dans le soubresaut d'exaltation politique de cette époque, n'est pas une institution suisse, je n'entends nullement dire qu'il faut le honnir et le bannir *parce* qu'il est une importation étrangère, mais s'il est démontré qu'il est une *fâcheuse* importation, que nous n'avons nul besoin de lui, et nul intérêt à l'importer. Ou, plus justement, je pense que nous ne devrions avoir nulle peine et nulle hésitation à nous en détacher, la preuve faite de sa super-

fluité sinon de sa nocuité, du moment qu'il n'est pas mêlé à nos racines et n'est consubstancial ni à notre vie, ni à notre génie national.

En soi, l'origine d'une institution n'enlève et n'ajoute rien à sa valeur propre, c'est entendu. Mais je subordonnerai, en tant qu'Etat, son adoption à l'examen et à la preuve de cette valeur, et de son importance réelle pour moi, précisément. J'ai accueilli et assimilé le système bicaméral, c'est vrai. J'ouvre grandes mes portes aux tribunaux d'enfants, et c'est bien. Mais je discute la condamnation conditionnelle, et c'est légitime. Et je repousse la pendaison, le fouet et les châtiments corporels, après en avoir exposé mes raisons.

L'échevinage, tel qu'on l'envisage aujourd'hui et qu'on l'oppose au jury, n'est pas d'origine suisse non plus, me dites-vous ? Il est en tout cas dans le droit fil de toute notre tradition ethnique et historique; il est cousin germain de nos tribunaux mixtes actuels de juristes et de laïques, et j'inclinerai donc et réussirai plus aisément à l'accimiler si je lui trouve des avantages sensibles et une véritable utilité. Il a pour lui, de ce point de vue, le préjugé favorable. C'est quelque chose. C'est même beaucoup. Mais je ne m'abstiendrai évidemment pas non plus d'examiner avant tout, ici aussi, l'institution sur sa valeur et sa nécessité.

4. La participation des laïques à la justice pénale est-elle donc nécessaire ? Est-elle du moins utile et a-t-elle des avantages certains ?

Il est indéniable et n'est pas nié qu'elle en *eut*.

J'admets la présence et le rôle du laïque, juré, assesseur, échevin ou prud'homme, lorsqu'il devait servir de témoin et d'instrument de preuve, et substituer le combat judiciaire, les épreuves de l'eau et du feu, ou la torture, comme en Angleterre; d'indicateur et de certificateur de la coutume ou du droit, de garant de la sentence et de son exécution, comme dans les institutions carolingiennes et germaniques; de contrepoids au pouvoir pratiquement

sans réserve et sans contrôle d'un juge de caste, création et instrument du pouvoir politique, comme dans les états monarchiques ou oligarchiques de l'ancien régime; lorsqu'enfin la participation du laïque était la condition à peu près indispensable de la publicité et de l'oralité du procès, de l'administration directe et libre de la preuve, et devait servir à l'abolition du système du secret, de l'inquisition et de la preuve légale.

Je comprends qu'on ait tenu à l'introduire lorsque la Suisse pouvait être, au jugement de Tocqueville, rappelé par His<sup>1)</sup>, „de tous les pays d'Europe, celui peut-être où la justice s'est le plus confondue avec le pouvoir politique et est devenue le plus complètement un de ses attributs“. Ou lorsque, comme au moment de la République helvétique, on relevait à la commission du Sénat, ainsi que je l'ai déjà rappelé, que si, partout en Europe, le procédure s'était humanisée, la Suisse était encore le dernier asile de la torture et de l'arbitraire.

Mais ces temps sont révolus. Ces conditions sont changées. Ces abus sont morts et ces progrès réalisés. Ce rôle du laïque est épuisé et n'a plus de raison d'être. On peut faire mérite à ce dernier des résultats acquis, mais non se servir de l'argument pour réclamer la persistance, dans des conditions modifiées, d'un état de choses désormais périmé et sans utilité. Le juré, l'échevin, n'est aujourd'hui plus rien de ce pourquoi on l'avait institué. Admis dans la place à d'autres fins, il a usurpé en réalité le rôle du juge normal, du juge compétent, du véritable juge. Ce n'est plus qu'un coucou qui perturbe le nid dans lequel on l'a subrepticement introduit.

Ce malentendu fondamental doit être bien vu et vidé. Un débat utile et clair ne peut se fonder sur une équivoque.

5. Or, de ce juge de hasard, improvisé et incomptént, je crois réellement — je l'ai dit, et, me semble-t-il, dé-

---

<sup>1)</sup> Geschichte des neuen schweiz. Staatsrechts, Bâle 1929,  
II p. 333.

montré — que nous n'avons nul besoin. Et, si on nous l'impose ou si on le conserve malgré tout, qu'il n'y a nullement à s'en féliciter.

Partout on a réclamé et préconisé en premier lieu la participation des laïques à la justice criminelle pour lui donner une base *populaire*, pour faire accéder le sentiment populaire à son administration. Cela n'est pas contesté. Mais, chez nous, où tous les degrés de la justice sont accessibles à tous, et en fait souvent occupés par des laïques, le principe est trop communément admis et appliqué pour qu'il vaille de s'y arrêter. Ce serait, comme on l'a justement dit de l'autre côté même de la barre, porter des chouettes à Athènes que de discuter encore ces évidences. Nos juges, juges locaux toujours, sont des juges populaires, qui connaissent, éprouvent, incarnent même les manières de penser et de sentir de leurs concitoyens, avec lesquels, non seulement ils sont en contact quotidien, mais s'identifient parfaitement. Nommés par le peuple, comme les jurés, ou par sa représentation, soumis à l'élection périodique et renouvelés au besoin par elle, ils méritent la confiance populaire et la possèdent effectivement. Cela non plus n'est pas contesté. Cette confiance, les tribunaux d'assises ne la méritent et ne la possèdent pas *davantage* que les tribunaux ordinaires. His le reconnaît, entre autres, aussi.

Il faut donc bien constater qu'un des plus forts arguments des partisans du jury et de l'échevinage tombe, dans les démocraties suisses, absolument à vide. C'est du reste manifestement la raison, et Mr. le rapporteur Pfenninger y souscrit, pour laquelle la majorité de nos cantons imbus de démocratie, n'a eu nul besoin et nulle envie d'y recourir.

Ajoutons pour finir que la sentence du jury, lui-même souvent divisé, n'est pas du tout davantage que le serait celle des juges, l'expression du sentiment populaire, comme le prouve la révolte de l'opinion contre tant de verdicts.

Est de même sans véritable pertinence cette autre raison, elle aussi décisive ailleurs, que la participation des laïques assurerait une justice plus *indépendante* que celle rendue par le juge ordinaire. Valable où le juge est en effet dépendant du pouvoir qui le nomme, le déplace, assure son avancement, peut briser sa carrière, et ne recule d'ailleurs pas à l'inspirer ou l'influencer à l'occasion, l'argument n'a pas cours en Suisse, où l'indépendance du pouvoir judiciaire est, on peut le dire, totale, et représente non seulement un article fondamental de toutes les constitutions, mais un axiome admis par tous les esprits.

La pratique a au contraire démontré que l'élément laïque, généralement élu par les partis et partialement trié, par le jeu des récusions, pour l'affaire spéciale à juger, donne moins de garantie d'indépendance et d'impartialité véritable que le collège ordinaire des juges, beaucoup plus loin de l'action directe des courants politiques. La preuve en est soulignée par le fait que plusieurs cantons à jury ont refusé, précisément, de soumettre au jury les délits politiques et de presse, pour lesquels on invoque ailleurs son excellence et sa justification particulières. Mr. le rapporteur de langue allemande n'a également pas fait difficulté de l'admettre.

6. Reste que le laïque siégeant occasionnellement remplirait *mieux* que le juge professionnel certaines tâches, ou certaines parties de la tâche proposée.

Mais on peut et doit se demander pourquoi et comment cela serait, du moment que l'art de juger est difficile, et que ce juge éphémère désigné par le „sac à loto“ (comme on l'a dit à Neuchâtel) n'a reçu aucune préparation, ne s'est acquis aucune des connaissances, aucune des qualités nécessaires à cet effet. Ce n'est pas l'inexpérience, conjuguée au sentiment et aggravée par la présomption, qui doit rendre habile à décider de la réalisation d'un état de faits pénal, de la culpabilité d'un accusé et de la qualité de la sanction convenable. C'est plus fort que moi, je ne puis trouver bon et favorable à la justice un système, qui,

par son jeu normal, appelle à se prononcer sur le tort résultant de la contestation d'une toile de Léonard de Vinci, douze citoyens qui déclarent unanimement n'avoir jamais entendu parler de Léonard de Vinci (comme cela a été le cas, en Amérique, en 1929, dans le procès intenté par Mrs. Hahn à un fameux marchand de tableaux). Je me refuse à voir faire peut-être décisivement pencher la balance, ou, à lui seul (dans le système anglo-saxon), mettre en échec tout le reste du jury, un de ces citoyens-juges improvisé, tombé de la lune, qui se sera montré uniquement préoccupé, indifférent à tout ce qui se passait autour de lui (ce fut le cas à la session du jury de la Seine en octobre 1929), de mesurer la hauteur du pied des chaises avec un mètre à ruban!

Résumons nos répliques en ces quelques aphorismes:

Il est purement gratuit, il me semble contestable en raison et en expérience, il est certainement inexact d'affirmer que le rôle du juré ne requiert aucune qualité, aucune capacité spéciale, que n'importe qui soit apte à le remplir, que l'exercice de la justice criminelle, d'une des tâches sociales essentielles, puisse être remis à „l'impression“ du premier venu, qu'on puisse passer sans transition du banc de l'école primaire (quand ce n'est pas de celui des accusés) au banc du juge.

L'habitude d'une fonction ne rend pas nécessairement moins, mais en général, au contraire, plus apte à l'exercer. Si l'habitude de juger émousse à la longue, peut-être, la sensibilité du juge (tout comme celle de l'échevin, d'ailleurs), il ne faut pas oublier que la fonction de juger n'est avant tout pas affaire de sentiment, mais affaire de raison. La sensibilité du juré, sa crédulité, sont au contraire un piège, et les plus réels écueils d'une saine et vraie justice.

L'attention plus vive qu'apporte, par l'attrait de la curiosité et l'effet de la nouveauté, à sa tâche occasionnelle, le juge improvisé, n'est de nul avantage s'il est finalement tout de même impropre à bien juger. Elle est du reste

compensée (si elle ne tombe pas après les premières heures), et avantageusement, chez le juge ordinaire, par la plus grande aptitude à discerner et saisir rapidement, à retenir et apprécier pertinemment l'essentiel.

L'ignorance du dossier n'est *pas* un avantage, mais une lacune et un regrettable défaut, car, pour bien juger, il faut connaître le mieux et le plus complètement possible tous les tenants et aboutissants, toutes les „composantes“ tous les linéaments et les dessous du procès. Ce sont les actes et procès-verbaux de l'instruction — établis par des fonctionnaires dont rien n'autorise à mettre en doute, de parti pris, la compétence, la conscience et le soin — ce sont les faits relevés et les dépositions faites et notées dans toute la fraîcheur de l'événement, qui en donnent la meilleure image, et je partage là-dessus l'avis de bon sens que Mr. Schweizer vient d'émettre dans le dernier numéro de la Revue suisse de jurisprudence<sup>1)</sup>). Je serais juge, j'aurais le plus grave scrupule à trancher une cause sans autre connaissance que celle — combien incomplète, teintée et déformée par toutes sortes d'incidences, et, pour tout dire, insuffisante, superficielle et factice — que donne le débat. Je ne vois pas qu'il faille, parce qu'il y a eu lieu de réagir contre certains abus de la procédure écrite, tenir systématiquement toute procédure écrite pour nulle et non avenue, ne plus s'en remettre (des semaines, des mois et même des années plus tard) qu'à la procédure orale, en s'exposant à l'abus contraire de tous ses hasards. Ce n'est pas, il me semble, un argument contre l'échevinage, mais en sa faveur, que quelques-uns des juges au moins y aient, de l'affaire, la connaissance intégrale et profonde qu'exige un juste jugement.

La procédure orale administrée devant le jury ne me paraît en effet pas du tout la plus soigneuse, la plus sûre et la plus parfaite, comme on l'a dit. Bien loin de là: elle est combien de fois réduite à un schéma par la répétition

<sup>1)</sup> Dr. A. Schweizer, Zur Revision im Schwurgerichtsprozess, fasc. 4/5, 1<sup>er</sup> septembre 1938, p. 69.

des mêmes questions, bousculée et précipitée à cause de leur interminable et monotone succession, obscurcie par les digressions, troublée par les incidents etc. Je crois qu'on peut bien mieux élucider et mûrir une affaire importante dans le recueillement du prétoire que dans l'atmosphère agitée du forum.

Le faisceau des connaissances et de l'expérience diverses des jurés ne suffit aucunement à les rendre propres à une fonction qui leur est étrangère, et supérieurs en cela aux juges. Les décisions des assemblées, comités, clubs et tribunaux populaires n'ont nullement brillé, au cours de l'histoire, et ne brillent toujours pas, que je sache, par leur clarté, leur cohérence, leur intelligence et leur pondération. Elles furent au contraire souvent exécrables, en dépit de la qualité particulière de ceux qui purent y avoir part. Il est même devenu banal de constater quel maigre et souvent décevant résultat peut sortir des palabres et votes d'hommes en soi non sans mérite et même distingués.

Le jury corrige la loi au besoin, comme on l'a dit si souvent à sa décharge? Il n'a pas à la corriger mais à l'appliquer et à en assurer le respect, et il manque à son devoir, à sa fonction et à son serment en ne l'appliquant pas. Qu'on pense ce que l'on veut de tel verdict d'acquittement, le jury n'a à exercer ni le droit de législation ni le droit de grâce, et il n'y a pas à sortir de là.

Sa juridiction, en supprimant l'appel (ce qui devient, du reste, de moins en moins le cas), soulage l'appareil judiciaire? Il ne s'agit pas que celui-ci soit soulagé, mais qu'il fonctionne aussi régulièrement et parfaitement que possible, qu'il remplisse l'office pour lequel on l'a institué, et qui est uniquement, non pas de permettre qu'on rende moins de sentences, mais qu'on les rende bonnes.

La révision assure la réparation des verdicts réellement injustes? Mais (sans parler de ceux d'acquittement qui sont généralement acquis et peuvent n'en être pas moins injustes — et *toute* injustice est déplorable) c'est bien plutôt le contraire qui est vrai, comme l'a encore

montré Mr. Schweizer<sup>1)</sup> dans la note que je viens de citer: Un nouveau jugement, intervenant après des années, risque beaucoup plus que le premier, risque infiniment d'être un jugement erroné, et il le risque d'autant plus que le délit est plus grave et la sanction qu'il entraînerait plus sévère, le délinquant plus endurci, les témoins plus scrupuleux, le défenseur plus habile, les nouveaux jurés plus ignorants du premier procès, l'affaire plus compliquée, et le temps écoulé plus long.

Si, enfin, la justice populaire était vraiment la meilleure forme de la justice répressive, on pécherait contre la justice, on serait impardonnable en ne l'appliquant qu'à de très rares exceptions, en lui soustrayant sans cesse, légalement ou illégalement, ses justiciables, en l'excluant pour l'immense majorité des délits. Quelle réponse que les 98,000 condamnations prononcées en une seule année (1924), par les tribunaux correctionnels, en France, où demeurent (du moins le pensais-je) les derniers et plus ardents promoteurs et défenseurs du jury!

7. Pour moi, je ne conçois pas qu'on s'accorde — encore moins qu'on se loue — d'un système qui risque d'aboutir chaque fois et qui aboutit en fait si souvent à la violation formelle et à l'inapplication de la loi; d'un système qui se traduit, en définitive, par le fourmillement, dans la presse quotidienne, des rubriques hélas classiques: le droit de tuer . . . un nouveau verdict scandaleux . . . une nouvelle erreur du jury . . . un acquittement sensationnel etc.<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> M. Schweizer avait en vue la reprise, après quatre ans, de l'affaire Naef — lequel vient en effet, depuis, d'être acquitté, du chef de meurtre de sa femme, par un nouveau jury.

<sup>2)</sup> Note de l'auteur: Puisqu'on plaide non coupable, il faut bien insister: En janvier 1931, le journal *Excelsior* publiait le tableau des principaux acquittements, et pour les crimes de sang seulement, d'une année (et c'était ainsi chaque année): 6 janvier, 17 janvier, 18 janvier, 22 janvier, 22 janvier, 28 janvier, 18 février, 7 avril, 3 mai, 20 mai, 20 mai, 26 mai, 4 juin, 21 juin, 30 juin, 2 juillet, 22 juillet, 1<sup>er</sup> octobre, 3 octobre, 24 octobre, 25 octobre,

On arguera que, *cela*, c'est ailleurs, qu'en Suisse les jurés sont mieux choisis et mieux inspirés. Mais, *cela*, c'est le résultat naturel et commun — bien que porté jusqu'à l'odieux, je le reconnais — du système, et chez nous aussi on a dû déplorer la série des verdicts (*genevois*,

20 décembre, 9 janvier, 19 janvier . . . Paris, Saintes, Paris, Evreux, Douai, Guéret, Laon, Paris, Marseille, Foix, Laon, Versailles, Paris, Le Puy, Saint-Brieuc, Le Mans, Paris, Paris, Aix-en-Provence, Paris, Paris . . . Un amant qui abattit son rival, un fiancé qui tua sa fiancée, une femme qui tira six balles sur son mari, un amant meurtrier de son rival, un père qui abattit son fils d'un coup de fusil, un fils qui tua son père, un garçon qui tua son camarade, un personnage irascible qui tua d'un coup de couteau un de ses concitoyens lui devant 12 francs, une femme qui tua son mari, un mari qui tua sa femme, un meurtrier, un joueur qui, au cours d'une partie de cartes, tua son partenaire, une femme meurtrière de son mari, un père meurtrier de son fils, deux soeurs qui avaient assommé et étouffé leur père âgé de 76 ans, une fille qui laissa mourir son dernier-né sur un tas de paille, une femme qui tua deux de ses enfants, un fils qui tua sa mère, une femme qui tua son mari à coups de bouteille, un mari qui tua sa femme, une fille qui tua son enfant, un jaloux qui tua son rival, un père qui tua son fils pendant son sommeil . . . partout, toujours (et non seulement aux assises de la Seine, comme on se plaît sans cesse à l'objecter), acquittés, acquittés, acquittés . . .

Il y avait des „circonstances atténuantes“, je le sais bien, on en trouve toujours: l'un était infidèle, l'autre buvait, le troisième était brutal, là le repentir était touchant, ici la peine aurait été un peu dure. Mais quelles sanglantes éphémérides, quel document à la honte d'un temps qui se flatte d'avoir rompu avec la barbarie et d'une institution qui prétend représenter la fleur de la civilisation!

Je crois plutôt que Bonald voyait juste, qui écrivait: „. . . Qu'un propriétaire qui vient de mesurer son blé et de soigner ses troupeaux, un homme de plaisir qui sort du spectacle ou d'une partie de jeu, un poète encore tout échauffé de la composition de quelques scènes de comédie, aillent, sans autre préparation, siéger sur un tribunal pour y condamner à mort, que cette terrible fonction soit ainsi mise en circulation générale et pour ainsi dire en loterie, et arrive comme un accident tantôt à l'un, tantôt à l'autre; tout cela, il y a quelques années, aurait paru absurde et même sauvage. Ce que c'est que le progrès des lumières!“ (Pensées sur divers sujets.)

tessinois, vaudois, bernois, sans parler des autres) qui crièrent au ciel et qui ont fini par emporter la réforme ou en tout cas par multiplier les projets de réforme du jury. Dans nos journaux aussi on peut lire (comme p. ex. en mars 1932): „A. M., qui, en gare de Lausanne, tua son ami, le caporal de gendarmerie R., a été acquittée. Cet acquittement scandaleux montre une fois de plus l'inconscience et l'incompétence du jury.“

Non, on aura beau dire et beau faire, le jury n'est pas un instrument de justice satisfaisant, le jury n'est pas une institution de progrès. Le jury, c'est la foule, et la foule ne fait pas un juge, ou elle fait un juge détestable.

Mr. le rapporteur de langue allemande s'est chargé de la défense, éloquente, habile, généreuse surtout, trop généreuse, du jury mis en accusation. La valeur de sa défense réussira-t-elle à emporter notre adhésion, à nous arracher un acquittement? C'est la valeur *de l'institution* qui importe! Et nous ne sommes pas des jurés, justement... Je m'incline devant sa science de la matière, sa longue expérience pratique de défenseur, d'avocat général, d'auditeur et de juge. Je n'aurais pas la présomption, n'ayant aucune semblable qualité, de lui opposer mon avis personnel, de quelques raisons que je me sois efforcé de l'étayer. Mais il me permettra de demander à quelqu'un dont personne ne récusera l'éminente autorité et l'incomparable connaissance du problème, de lui répondre à ma place. Et c'est l'ancien bâtonnier Henri-Robert, membre de l'Académie française, „le plus glorieux des avocats d'assises“. Lorsque, en 1932, la France se décida à une réforme du jury en réalisant enfin la collaboration partielle entre la cour et les jurés, Me Henri-Robert a publiquement salué cette réforme, en rappelant qu'il n'avait jamais cessé de la réclamer, à la barre, par des conférences et dans la presse, depuis 30 ans, et en se disant certain qu'elle allait endiguer enfin le mascaret des erreurs et des abus. Et il évoquait à ce propos une session d'assises de province où, les jurés ayant acquitté

systématiquement tous les accusés sans exception, parce que, le premier jour, la cour ne s'était pas montrée assez indulgente à leurs yeux, le président, après avoir annoncé au dernier accusé: „Vous êtes libre“, ajouta, d'une voix stridente, à l'adresse des jurés: „Vous aussi, Messieurs!“

Nous serons moins indulgents, et nous les condamnons. Nous avons, nous, la possibilité, l'occasion et le devoir de le faire. Les jurés doivent disparaître, le jury doit être abandonné.

8. Qu'on admette, passagèrement ou non, ce compromis qu'est l'échevinage, si on le tient vraiment pour „l'oeuf de Colomb“, si l'opinion le réclame réellement, ou si l'on ne veut pas abjurer en plein les illusions et l'erreur du siècle dernier, je le veux bien. Qu'on le dise franchement alors, pourtant — et je suis heureux de me rencontrer, ici, avec Mr. le rapporteur de langue allemande — au lieu de s'évertuer à jouer au plus fin avec l'opinion, à trouver des accommodements avec la constitution, au lieu de loger à l'enseigne de la „cour d'assises“ les nouveaux tribunaux échevinaux et de baptiser, pour apaiser quelque scrupule, carpe, le lapin et „jurés“ les échevins.

Mais je ne suis pas éloigné de croire, d'accord aussi avec Mr. le professeur Pfenninger, que l'échevinage n'a de sens, en dernière analyse, et ne remplit sa mission, qu'en tant que les échevins se rangent, dans les questions de fait et de droit, à la direction des juristes, c'est-à-dire qu'à la condition de faire la preuve de leur superfluité.

J'observerai pourtant simplement que, si l'échevin qui se laisse convaincre est un esprit raisonnable et indépendant, apparemment l'avis du juge était bon et convaincant. Si, au contraire, c'est un esprit obtus et moutonnier, il est infiniment préférable qu'il suive le juge éclairé et compétent, plutôt qu'un meneur ou qu'un bavard quelconque, ou que ses propres inspirations hasardeuses.

Quelle que soit l'alternative, je doute qu'il y ait un réel avantage au système, et de bons observateurs, qui

l'ont vu fonctionner depuis longtemps, notamment au Tessin, sont arrivés à la même conviction.

9. Dans le récent fascicule de la Revue suisse de jurisprudence où j'ai déjà puisé, Mr. Max Huth<sup>1)</sup>, reconnaissant lui aussi qu'il importe hautement de détruire, d'extirper avant tout de l'opinion commune le vieux dogme du jury omniscient, infaillible et tout-puissant, et de le remplacer par une vue raisonnable et objective du caractère et des exigences d'une véritable justice pénale, a proposé une forme intermédiaire, une forme moderne et, si je puis dire, „rationnelle“ de jury, faisant du concile des jurés un véritable „tribunal pénal“.

Six jurés, choisis aussi bien qu'on le voudra (ou le pourra), siégeant sous la présidence d'un juriste expérimenté, participant activement, comme des juges ordinaires, aux débats, éclairés autant qu'il le faudrait par le président (mais sous certaines conditions de contrôle), se prononceraient, seuls, sur la culpabilité.

Leur verdict n'est cependant plus la seule expression arbitraire de leur „intime conviction“. Toutes les cautèles utiles (indispensables!) sont prises. Ils ne peuvent admettre (comme c'est presque toujours le cas) une vague excuse légale ou des circonstances atténuantes générales, mais doivent déterminer précisément le motif excluant ou tempérant la culpabilité, en se tenant à la question afférente du juge ou moyennant l'indication des conditions et raisons du motif spécial qu'ils ont reconnu. Et ils sont à cet égard strictement liés à la loi. Ils ont d'ailleurs l'obligation de se prononcer sur toutes les questions, d'aller jusqu'au bout de leur devoir, et un renvoi de la procédure ne pourrait avoir lieu par le fait qu'ils ne se seraient pas mis d'accord dans un laps de temps donné. Toutefois, pour éviter des acquittements injustifiés, il leur est d'autre part loisible de ne répondre à une question, et spécialement à la question principale, que de façon

<sup>1)</sup> Vom alten zu einem neuen Schwurgericht. Ein Beitrag zur Reform des Schwurgerichtes, loc. cit. p. 62.

partielle, en se bornant à noter l'état de faits retenu par eux, et en laissant la qualification définitive au juge. Le verdict de culpabilité, qu'il est impossible à des laïques, ignorant la loi, de motiver, reste non motivé, s'il n'en est pas ainsi de celui de non-culpabilité, dont ils sont capables d'indiquer les motifs de fait. Cette dernière astreinte les amène à se persuader qu'un acquittement constitue, lui aussi, une décision grave, en même temps qu'elle fournit la base claire d'une cassation éventuelle.

Mais, davantage, leur prononcé n'est plus un jugement, il est désormais simplement une *proposition* de jugement. Seule la constatation du juge, après un examen approfondi en tous sens, que cette proposition est bien conforme au droit, en fait un jugement régulier. Si certaines parties en sont erronées, elles sont rectifiées. Si tout le verdict est faux, ou fait intentionnellement une entorse à la loi, que ce soit un verdict affirmatif ou négatif, le juge, d'office, *l'annule* (et non seulement le repousse), avec motifs à l'appui, et renvoie l'affaire à d'autres jurés. Si le verdict est reconnu juste et admis, le juge et les six jurés déterminent la peine d'un commun accord, suivant le système échevinal.

C'est là une ingénieuse construction de l'esprit, et qui représenterait certes un progrès pour la justice (comme, apparemment, toute réforme du système élémentaire et classique du jury continental). Mais on peut se demander si ce serait un réel progrès des institutions judiciaires. Un tel tribunal, tenant de la cour d'assises par la désignation des jurés et leur avis sur la question de culpabilité, du tribunal échevinal par la collaboration étroite et constante avec le juge et la fixation commune de la peine, du tribunal ordinaire par le pouvoir effectif de l'élément juriste et la soumission expresse des juges laïques à la loi, tribunal complexe, à la fonction infiniment compliquée, risque de ne satisfaire ni les partisans du jury, ni ceux de l'échevinage, ni ceux des tribunaux réguliers.

La solution sera pratiquement, en définitive, dans la main du président-juriste, vu les compétences extrêmes, et quasi dictatoriales, que son rôle ainsi défini nécessite. Et, si tel n'était par hypothèse pas le cas, on n'en aurait pas moins un mécanisme où la décision principale, devant commander l'application de la loi pénale, appartiendrait à l'élément n'ayant ni la connaissance de cette loi, ni la capacité de l'appliquer — tout comme dans le système du jury actuel que l'auteur du nouveau plan reconnaît être un anachronisme néfaste, un édifice branlant et peu sûr qui doit être abattu.

Tout ce plan suppose du reste que la fameuse „division du travail“ (dont les propositions faites, elles-mêmes, montrent au surplus combien c'est un postulat peu réalisable en pratique, derrière la façade de convention maintenue), que cette dissociation soit un avantage, ce dont nous avons les plus fortes raisons de douter, et qu'elle ne doit pas être reléguée, elle aussi, au musée des vieilles lunes — ce que nous avons les meilleures raisons de croire au contraire, puisque c'est elle qui fausse et compromet par la base toute l'unité du jugement pénal.

10. La meilleure solution, en Suisse en tout cas, consiste donc, selon nous, à remettre aux ministres de la justice, c'est-à-dire au juge ordinaire — à ce juge populaire, indépendant, consciencieux, compétent et jouissant de la confiance générale, nous l'avons vu, et qui aura tout de même voix et influence prépondérantes, sinon décisives, dans les divers systèmes de collaboration actuellement en faveur — l'administration de la justice. C'est son rôle, et il y suffit. N'appelons pas le savetier à remplir la charge du financier. Ne contribuons pas à maintenir et à aggraver ce „grand effort dans le sens inverse de la nature“, dont Bergson a taxé la démocratie. On ne peut plus dire que seul „le peuple“ devrait être appelé à juger et à punir les crimes les plus graves, comme pouvant seul porter la responsabilité des condamnations capitales, puisque désormais la peine capitale a disparu de notre code pénal. On

ne saurait davantage invoquer décisivement l'exemple de l'Allemagne, où certains avis tout récents (suivant le compte rendu de Mr. le professeur Pfenninger sur la thèse de Mr. Cavin, dans le même dernier numéro de la Revue de jurisprudence<sup>1)</sup>, interviendraient aussi en faveur de la participation des laïques, même dans la forme occasionnelle, à la justice pénale. Ce voeu ne serait que trop compréhensible dans un Etat où les juges (et probablement aussi les échevins) sont, comme jamais peut-être encore, dans la main du pouvoir et même du „parti“, qui les embrique et dont ils portent l'uniforme. Il n'y a pas de comparaison possible avec la Suisse. Cette participation peut être „nécessaire, utile et désirable“ en Allemagne, pour sa valeur politique ou électorale, ou pour toute autre raison de programme. Mais elle ne l'est certainement pas pour sa valeur intrinsèque, pour sa valeur judiciaire propre.

La justice criminelle administrée par les juges professionnels du 16e au 18e siècles a été peu réjouissante, c'est exact. Il y a eu les procès d'hérésie et de sorcellerie, les procès contre des animaux et des cadavres, les tortures, les exécutions capitales en masse, il y a eu les affaires Calas et La Barre, il y a eu les plaintes, les libelles, les révoltes contre la Faculté et les Parlements. Ce n'est toutefois pas parce que la justice était rendue par des juges qu'elle a été nécessairement mauvaise, mais parce qu'étaient mauvaises les conditions dans lesquelles étaient nommés et fonctionnaient ces juges. Qu'il y ait eu de terribles abus, qui le nie? Mais que la rudesse du temps, l'état des croyances, des moeurs et des institutions, y aient été pour beaucoup, qui le contesterait? Et que la situation eût été différente si les juges avaient été, non des juristes, mais des laïques, qui pourrait l'assurer? Les bûchers n'ont-ils pas flambé haut, les cris des pauvres gens, mis à la question, retenti sans fin dans nos vallées, là aussi où la justice criminelle était aux mains du peuple? J'ai eu sous les yeux trop de sentences criminelles rendues

<sup>1)</sup> 1<sup>er</sup> septembre 1938, p. 79.

par des tribunaux d'„hommes libres“, citoyens et paysans, dans le même temps, pour garder la moindre illusion à cet égard. Le sort des accusés de magie, de sacrilège, d'inceste, de crime contre Dieu ou contre l'Etat, n'y a certes pas été meilleur.

En tout état de cause, cette controverse est vaine. L'argument a perdu tout son tranchant. Ces griefs sont éteints. Nous ne sommes plus au 16e siècle, il ne s'agit plus du passé, mais du présent. Pas plus que je ne condamne le jury sur les erreurs qu'il aurait pu commettre dans l'Angleterre de la guerre des Deux Roses, ou dans la France révolutionnaire des Sans-culottes, mais sur sa fonction actuelle, je ne propose de confier le soin de la justice pénale aux juges de la Constitution criminelle de Charles-Quint ou de l'Ordonnance royale française de 1670, mais à nos juges cantonaux et fédéraux actuels — dont aucun sans doute ne pensera jamais à ressusciter les méthodes de l'absolutisme, de l'arbitraire et du secret . . .

Je conclus, en m'excusant d'avoir retenu trop long-temps votre attention: Ce qui importe, c'est de savoir non pas si une institution est plus ou moins belle et généreuse en théorie, convenable pour les temps de l'Age d'or ou les conditions de l'Etat d'Utopie, mais ce qu'elle „rend“ en pratique, ce qu'elle vaut pour les besoins de chacun de nous.

Or, le jury est inutile et franchement nuisible. Il est condamnable. L'échevinage est simplement inutile, à supposer qu'il fonctionne bien. Il est tolérable. Nos tribunaux ordinaires sont parfaitement propres à remplir leur office. Leur juridiction est souhaitable.

Je laisse le soin d'en tirer les conséquences pratiques, et, si j'avais la faveur de voir partagé mon avis (qui est d'ailleurs fait de cent avis autorisés, divers mais concordants), je serais heureux, pour le progrès de nos institutions judiciaires, que la Société suisse des juristes voulût bien l'indiquer clairement.

Le corapporteur, Mr. le prof. Dr. *Pfenninger*, complète comme suit son rapport écrit:

Es sind heute mehr als 70 Jahre her, dass in Wien Julius Glaser, einer der grössten deutschen Strafprozessualisten, der Schöpfer der bedeutenden österreichischen Strafprozessordnung vom Jahre 1873, den Ausspruch tat, es sei nicht mehr angebracht, vor Juristen die Gründe für und wider die Jury gegeneinander abzuwägen; denn unter Juristen könne über diese Frage nicht mehr diskutiert, sondern nur noch abgestimmt werden, indem niemand mehr hoffen könne, andere zu seiner Meinung zu bekehren.

Diese Auffassung war insofern falsch, als bis heute in allen Ländern recht interessante und fruchtbare Diskussionen über das Schwurgericht stattgefunden haben; aber sie war doch insofern richtig, dass es sich bei der Stellungnahme zum Problem des Schwurgerichtes fast ebensosehr wie bei der Stellungnahme zum Problem der Todesstrafe um eine Art Weltanschauungsfrage handelt, bei der nicht nur juristische und auch nicht bloss politische Überlegungen, sondern die Einstellung des Einzelnen zur Volksgemeinschaft im allgemeinen eine Rolle spielen, die Frage, inwieweit eine engere Verbindung zwischen dieser und der Strafrechtspflege wünschbar sei, und ob und inwieweit diese Verbindung durch Beteiligung der Laien an der Strafrechtspflege gefördert werden könne oder gar gefördert werden müsse. Ist die Bekämpfung des Verbrechens Sache eines bestimmten Standes, des Juristen oder im speziellen des Kriminalisten, oder ist sie Sache des gesamten Volkes und ist daher dieses in möglichst weitem Umfange zur Bekämpfung heranzuziehen?

Gerade weil die Frage für oder wider das Schwurgericht eine Art Weltanschauungsfrage ist und nicht nur mit Überlegungen juristischer Technik beantwortet werden kann, ist es so ausserordentlich schwierig, den Andersdenkenden nicht nur vom eigenen Standpunkt, sondern auch von der Vertretbarkeit dieses Standpunktes und

davon zu überzeugen, dass man ihn nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse der Strafrechtspflege einnimmt. Dazu hat sich auf dem europäischen Kontinent eine z. B. in England ganz unbekannte Animosität zwischen Richter und Geschworenen oder zwischen Juristen und Geschworenen herausgebildet, als ob das Schwurgericht je den Juristen überflüssig gemacht hätte; ist doch gerade umgekehrt die Mitwirkung tüchtiger Kriminalisten notwendige Voraussetzung eines wirksamen schwurgerichtlichen Verfahrens.

Mein Votum ist aus all diesen Gründen kein Bekehrungsversuch. Es soll lediglich ein Bekenntnis zum Schwurgericht sein, dem ich die schönsten Stunden meiner beruflichen Tätigkeit verdanke und in welchem ich die bisher vollkommenste Form der Strafjustiz erblicke. Gerade weil heute die Tendenz offenkundig dahin geht, das Schwurgericht durch ständige Gerichte oder wenigstens durch Schöffengerichte zu ersetzen, halte ich mich für verpflichtet, Ihnen dieses Bekenntnis als Frucht theoretischer Überlegungen und praktischer Erfahrung abzulegen.

Betrachten wir zunächst das Problem des Schwurgerichtes entwicklungsgeschichtlich, muss ich es als unwissenschaftliche Übertreibung zurückweisen, wenn der französische Rechtsanwalt André Toulemon in seiner 1930 erschienenen Kampfschrift gegen das Schwurgericht behauptet, das Schwurgericht sei in England an die Stelle der Gottesurteile getreten und weise auch heute noch durchaus die Charakterzüge der Ordalien auf: sowohl die Zwölfzahl der Geschworenen, die der Zwölfzahl der Apostel entspreche, als ihre Bestimmung durch das Los, ihr Schwur, die Einstimmigkeit ihres Verdiktes und dessen Nichtbegründung seien nur zu verstehen, wenn man im Verdikt auch heute noch ein Gottesurteil erblicke. Es ist zwar richtig, dass in England das Aufkommen des Schwurgerichtes ungefähr in die Zeit fällt, wo die christliche Kirche den Unfug der Gottesurteile verboten hat,

und es mag sein, dass das Schwurgericht gerade deshalb manches religiöse Moment mitübernahm, damit der Übergang vom Volke nicht allzu schroff empfunden werde. Aber es ist ein starkes Stück, aus diesem Ursprung und aus diesen Formen zu schliessen, in England oder auf dem Kontinent spiele auch heute noch die Vorstellung eine irgendwie entscheidende Rolle, der Spruch der zwölf Männer aus dem Voke sei eine Art Gottesurteil. Wir wissen zwar, dass die Engländer oft mit rührender Pietät, speziell in ihren staatlichen Institutionen, alten Formen treu bleiben; wir wissen aber auch, dass sie zu keiner Zeit Sklaven dieser Formen gewesen sind, sondern es auch in der Rechtspflege stets verstanden haben, älteste Formen mit eminent modernem Geiste zu erfüllen. England und die Welt des englisch-amerikanischen Rechtes, die heute noch überall unentwegt zum Schwurgericht hält, ist bekanntlich auf dem Gebiete der Kriminalpolitik im 19. Jahrhundert fast überall bahnbrechend gewesen — von den Reformen im Strafvollzug, die fast ausnahmslos aus diesem Rechtskreis hervorgingen, über den Gedanken der bedingten Verurteilung und der Rehabilitation bis zu den neuen Ideen des Jugendstrafrechts — und es ist von vornehmerein nicht denkbar, dass gerade dieser Rechtskreis im Strafverfahren Formen beibehalten hätte, die lediglich aus dem Aberglauben an die Gottesurteile ihre Berechtigung ableiten könnten.

Es ist aber wohl auch nicht richtig, wenn der Referent, Herr Dr. Graven, die beispiellose Verbreitung, welche der Jury-Gedanke im 19. Jahrhundert gefunden hat, fast ausschliesslich auf die Anglomanie der französischen Revolution und auf den Charakter des Schwurgerichtes als Idol der Demokratie zurückzuföhren versucht. Selbstverständlich haben beide Momente ihrer Einführung Vorschub geleistet; aber ganz abgesehen davon, dass der Mann, der schliesslich in Frankreich den Ausschlag gab, Napoleon I., weder angloman noch Demokrat war, wäre es auf alle Fälle falsch, wollte man den Eindruck erwecken,

als sei die Einführung des Schwurgerichtes auf dem Kontinent lediglich eine Folge bestimmter Modeströmungen und nicht ohne genaue Prüfung erfolgt. Dafür, dass bei der Einführung der Jury nicht irgendwelche Schlagworte oder politische Programmpunkte entscheidend waren, sondern die Mangelhaftigkeit der bisherigen Strafrechtspflege und die Vorzüge der Neuerung, soweit man sie schon an der Arbeit sehen konnte, ist nichts so bezeichnend wie die Haltung jener preussischen Justiz-Immediat-Kommission, die 1816 eingesetzt worden war, um die Rechtsverhältnisse in den Rheinlanden dem übrigen Preussen anzugleichen, die weder aus Anglomanen noch Demokraten, sondern aus preussischen konservativen Juristen bestand, die aber nach eingehender Prüfung des damals schon in den Rheinlanden eingeführten französischen Schwurgerichtsverfahrens an Ort und Stelle zu dessen überzeugten Befürwortern wurden. Aber auch bei uns in der Schweiz, in Zürich wie in andern Kantonen, sind der Einführung schwere Meinungskämpfe vorausgegangen. Man hat sich genau erkundigt, wie das Schwurgericht in England, Frankreich und den Rheinlanden funktioniere, und es haben speziell in Zürich Theoretiker, wie Rüttimann, Escher und von Orelli, gemeinsam mit Praktikern, wie Jakob Dubs, schliesslich dem Volke die Einführung empfohlen, und zwar nicht wegen seiner englischen Herkunft und noch viel weniger wegen seiner Befürwortung durch die französische Revolution, sondern wegen seines eigenen Wertes als beste Form einer wirklich volkstümlichen Strafrechtspflege.

Ich selbst habe aus der Entwicklungsgeschichte des Schwurgerichtes stets zwei Lehren gezogen, die m. E. für Freunde und Gegner bei der Behandlung dieser Frage bestimmend sein sollten: wir schulden dem Schwurgericht Ehrfurcht und wir schulden ihm Dank.

Wir schulden dem Schwurgericht Ehrfurcht, nicht nur, weil es sich um eine Weltrechtsinstitution handelt, deren Verbreitung unter den zivilisierten Völkern noch

heute die seinerzeitige Verbreitung des römischen Rechts übertrifft und zu der sich im französischen wie im deutschen Rechtsgebiet beste Strafprozessualisten, wie Faustin Hélie in Frankreich, Julius Glaser in Österreich, Mittermaier, Birckmaier, Kahl, Oetker, Liszt, Liepmann und jüngst noch Gerland in Deutschland bekannt haben, sondern wir schulden ihm auch Ehrfurcht als der Schöpfung jenes Landes, von dem Guizot gesagt hat, es sei „le boulevard de la liberté et de la dignité humaine“. Die Engländer, die man wohl mit Recht als das nach den Römern juristisch begabteste Volk bezeichnet hat, haben die Jury im Laufe der Jahrhunderte zu ihrer heutigen Form entwickelt. Sie haben ihrem Volke damit im Mittelalter die Greuel der Inquisition und der Tortur erspart und sie halten am Schwurgericht als ihrem obersten Kriminalgericht noch heute fest. Wenn nun allerdings andere Völker neben andern Institutionen der modernen Demokratie auch die Jury von England tel quel übernahmen, konnte das nur dort wohl geraten, wo auch ihre Voraussetzungen mitübernommen wurden oder schon vorhanden waren, nämlich das ausgeprägte Gefühl des Engländers für die Freiheitsrechte des einzelnen Bürgers und sein Verantwortlichkeitsgefühl gegenüber dem Volksganzen, d. h. jene Voraussetzungen, die in Gottfried Kellers „Fähnlein der sieben Aufrechten“ Schneidermeister Heidiger in die Worte fasst, „dass keine Regierung und keine Bataillone Recht und Freiheit zu schützen vermögen, wo der Bürger selber nicht imstande ist, vor die Haustüre zu treten und nachzusehen, was es gibt“.

Wir schulden dem Schwurgericht aber auch Dank, weil es zu den Haupttriebkräften gehört, die unsere Strafrechtspflege den Verirrungen des Inquisitionsprozesses mit seinen bekannten Begleiterscheinungen der Tortur, Heimlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens, der gesetzlichen Beweistheorie, den Lügenstrafen und sonstiger Rechtlosigkeit des Angeklagten entrissen haben. Gewiss, wir hätten uns vielleicht auch ohne Schwurgericht

zu den Grundsätzen des modernen Anklageprozesses durchgerungen, aber tatsächlich ist die radikale Loslösung vom Inquisitionsprozess in den Staaten um uns, aber auch in unsern Schwurgerichtskantonen erst infolge der Einführung der Jury erfolgt, und wenn sich schliesslich auch die Kantone, welche das Schwurgericht nie eingeführt haben, zu diesen Grundsätzen bekennen, geschieht dies zumeist, weil sie ihre Berechtigung im Verfahren der Schwurgerichtskantone erkannt haben.

Dem Dank, den unsere staatliche Rechtspflege dem Schwurgericht schuldet, möchte ich schliesslich noch meinen persönlichen Dank beifügen. Denn nie empfand ich grössere berufliche Befriedigung, als wenn ich vor Schwurgericht tätig sein durfte; nicht, weil die Geschworenen stets meinen Anklagen zugestimmt hätten, sondern weil nirgends so gründlich mit den modernsten Hilfsmitteln der kriminalistischen Technik der Einzelfall nach den Grundsätzen des modernen Anklageprozesses zur Kenntnis des Gerichtes gebracht werden konnte, wie in der schwurgerichtlichen Hauptverhandlung.

Gehen wir von diesen mehr entwicklungsgeschichtlichen Erörterungen auf die Hauptfrage über, kann unser Thema: „Schwur- oder Schöffengericht?“ erst beantwortet werden, wenn wir die Vorfrage behandelt haben: „Ist die Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege überhaupt wünschbar, und wenn ja, ist die Beteiligung nichtständiger Laien der Beteiligung ständiger Laienrichter vorzuziehen?“

Die Frage der Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege hat in den letzten Jahren speziell in Frankreich grundsätzliche Gegner gefunden, die der Jury mit Professor Larnaude nicht nur den Grundsatz der „permanence“, sondern auch jenen der „professionalisation“ entgegenhalten, d. h. ständige Juristengerichte fordern. Das trifft auch zu vom neuesten Bearbeiter der Materie, Pierre Cavin, in seiner Lausanner Dissertation „Du jury à l'échevinage“. Diese Gegnerschaft stellt offenkundig

nur auf die technische Vollkommenheit ab; sie vergisst entwicklungsgeschichtlich, dass gerade die ständigen Juristengerichte des 17. und 18. Jahrhunderts zu einem heute kaum mehr vorstellbaren Tiefstand der Strafrechtspflege geführt haben, und sie ignoriert gänzlich die Frage, ob nicht gerade die Strafrechtspflege eine möglichst enge Verbindung mit der Volksgemeinschaft pflegen soll.

Ich stehe nicht an, diese Frage in vollem Umfang zu bejahen. Das Recht zur Strafe ist heute endgültig vom einzelnen Verletzten auf die Volksgemeinschaft, den Staat, übergegangen; ganz anders als im Zivilrecht ist jeder einzelne Bürger daran interessiert, dass bestraft wird und dass gerecht und zweckmässig bestraft wird. Gleich dem *civis romanus* darf auch der *civis helveticus* sagen: „*Res tua agitur.*“ Da ist es von vornherein nicht angängig — und wird von uns in der Schweiz ja auch für die Zivilrechtspflege abgelehnt —, dass man die Rechtspflege einem einzelnen Berufsstand, den Juristen, überliesse. Die Tatsache, dass der Grundsatz der „professionalisation“ auch von Schweizern unterstützt wird, ist um so überraschender zu einer Zeit, da sogar im autoritären Deutschland der Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege unbedingt das Wort geredet wird.

In der Tat hat Staatssekretär Dr. Freisler, der führende Mann auf diesem Gebiet im Dritten Reich, bereits im Oktober 1936 im „Deutschen Strafrecht“ NF 3 S. 312 ausgeführt, es sei das Bekenntnis zu einem volksfremden Juristenrecht, wenn man glaube, zur Rechtsfindung könne nur der beruflich vorgebildete Richter beitragen; entscheidend sei, dass eine Entfremdung zwischen Berufsrichter und Volk von vornherein verhindert werden müsse und dass es kein besseres Mittel gebe, das Volk die Rechtspflege als unmittelbare Äusserung des eigenen Lebens empfinden, ja erleben zu lassen, als die Beteiligung nichtgelehrter Richter an der Rechtspflege. Diesem Gedanken ist Dr. Freisler auch in der Gemeinschaftsarbeit treu geblieben, die er mit andern unter dem Titel: „Der

Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege“ (Berlin 1937) herausgab und in der u. a. der Satz steht: „Nichts ist geeigneter, solches Verständnis und Vertrauen zu wecken und zu pflegen, als die Teilnahme an der Tagesarbeit der Rechtspflege.“

So wenig ich in andern Punkten die Ideen des Nationalsozialismus teile, so gerne anerkenne ich, dass er gegenüber den Predigern des Klassenkampfes und des Klassenhasses die Idee der Volksgemeinschaft und der Verantwortlichkeit des Einzelnen für diese wieder zu Ehren gebracht hat, womit er übrigens nur auf Ideen zurückgriff, die bereits im republikanischen Athen und in Rom, vor allem aber in England vollen Kurs hatten.

Huldigt man aber mit mir der Auffassung, es soll im Interesse der Strafrechtspflege eine möglichst enge Verbindung zwischen ihr und der Volksgemeinschaft hergestellt werden, und es sei diese Verbindung am ehesten so erreichbar, dass man den einzelnen Bürger in möglichst grossem Umfang zur aktiven Mitwirkung an der Strafrechtspflege heranziehe, wird man sich zunächst sowohl gegen den Grundsatz der „professionalisation“ als gegen den Grundsatz der „permanence“ auszusprechen haben. Denn sowohl ständige Juristen- wie ständige Laienrichter sind nicht nur in ihrer Existenz von ihren Wahlkörpern abhängig, während die Wahl zum nichtständigen Laienrichter keine Existenzfrage ist, sie gleichen sich mit den Jahren auch in ihrem Denken sehr stark dem Berufe an, in den sie gewählt worden sind, und können trotz Volkswahl nicht mehr als Exponenten des ausserhalb der Rechtspflege stehenden Volkes bezeichnet werden. Eine wirkliche Laienbeteiligung ist daher auch bei uns nur möglich in der Form der Beteiligung nichtständiger Laien, und es fragt sich nun ganz allgemein, ob diese möglich ist, ohne dass die Verbrechensbekämpfung darunter leidet.

Ich habe in meinem Referat die Frage untersucht, inwieweit der Laie bei der Lösung der Urteilsaufgabe von Wert sein kann. Ich bin zum Resultat gekommen, dass

dies für die Wertung des Tatbestandes durchaus bejaht werden dürfe, während allerdings der Jurist in der Lösung von Rechtsfragen einen nicht zu bestreitenden Vorsprung besitze. Wäre nun richtig, wie man früher annahm, dass man eine Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage vornehmen könne, so wäre die Lösung sehr einfach. Dem ist aber eben nicht so. Es sind vielmehr die meisten Gesetzgebungen zur Zweiteilung zwischen Schuld- und Straffrage übergegangen; hier ist zu sagen, dass die Lösung der Schuldfrage immer auch jene von Rechtsfragen in sich schliesst. Der nichtständige Laie wird somit die Schuldfrage nur dann lösen und damit in die Strafjustiz eingebaut werden können, wenn ihm auf irgendeine Weise auch die Lösung von Rechtsfragen ermöglicht wird.

Die beiden Formen, welche diesen Einbau bisher versucht haben, sind das Schwur- und das Schöffengericht. Es fragt sich, welchem System der Einbau besser gelungen ist. Die Anhänger beider Systeme befürworten die Beteiligung nichtständiger Laien an der Strafrechtspflege als wertvoll. Es müssen daher von vornherein jene Anhänger des Schöffengerichtes beiseite gelassen werden, die es lediglich als das kleinere Übel dem Schwurgericht vorziehen und die bestimmt erwarten, dass es notwendigerweise zum ständigen Strafgericht führen wird.

Die Anhänger des Schöffengerichtes sind nun der Auffassung, dass dieser Einbau nicht anders denkbar sei als in der Form der Zusammenarbeit zwischen ständigen und nichtständigen Richtern, indem beide gemeinsam Schuld- und Straffrage beantworten, wobei die Schöffen ihre praktischen Erfahrungen, die ständigen Richter ihr Rechtswissen und ihre Gerichtserfahrung verwerten. Ge- wiss ist Zusammenarbeit notwendig; fraglich ist aber, ob diese Zusammenarbeit nur in gemeinsamer Beantwortung von Schuld- und Straffrage bestehen soll, oder ob sie nicht besser organisiert werden kann. Die Organisation des Schöffengerichtes leidet nämlich an folgenden Mängeln:

1. Sie nimmt den nichtständigen Richtern die alleinige Verantwortlichkeit für einen Teil der Urteilsfällung und muss notwendigerweise dazu führen, auch das Pflichtbewusstsein der Schöffen zu mindern, indem diese leicht geneigt sein werden, auf die Bildung eines eigenen Urteils zu verzichten und die Verantwortung ganz den ständigen Richtern zu überlassen. Wie überall wächst der Mensch auch hier mit der Aufgabe, die man ihm stellt.

2. Eine Zusammenarbeit ist nur möglich zwischen Gleichgestellten. Nach der allgemeinen Organisation des Schöffengerichtes sind aber die Schöffen den ständigen Richtern nicht gleichgestellt: in tatsächlicher Beziehung, indem die ständigen Richter oder jedenfalls der Vorsitzende nicht nur auf Grundlage der Hauptverhandlung ihr Urteil bilden, sondern auch auf Grundlage der vorher ergangenen Akten, während die Schöffen lediglich auf die Ergebnisse der Hauptverhandlung angewiesen sind, so dass wir Richter mit und solche ohne Aktenkenntnis haben. Damit wird nicht nur eine Verschiedenheit der Urteilsgrundlagen erzielt, sondern auch dem Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zuwider gehandelt. In rechtlicher Beziehung fehlt es an der Gleichstellung, indem juristisch vorgebildete ständige Richter rechtlich nicht gebildeten nichtständigen Richtern gegenüberstehen, die Zusammenarbeit höchst einseitig in der Belehrung der einen durch die andern bestehen wird, und zwar ohne Kontrolle der Öffentlichkeit oder der Parteien. Man braucht dabei durchaus nicht zu befürchten, es gebe ständige Richter, welche bewusst falsche Auskunft geben; aber die Versuchung liegt doch ausserordentlich nahe, den eigenen Standpunkt in der Schuldfrage dadurch zu verstärken, dass man einen Rechtsstandpunkt als communis opinio oder konstante Praxis darstellt, während man hierüber auch unter Juristen in guten Treuen verschiedener Meinung sein kann. Es besteht auf alle Fälle die Gefahr des Missbrauches, und diese Gefahr sollte vermieden werden.

3. Die ganze Organisation des Schöffengerichtes ist — wie übrigens auch die Delegation des Schwurgerichtsvorsitzenden in den Beratungssaal — eine Massnahme der Bevormundung und des Misstrauens und eigentlich nur vom Standpunkt jener gerechtfertigt, die in ihr das kleinere Übel oder gar die Überleitung zum ständigen Strafgericht erblicken. Man muss die Beteiligung nichtständiger Laien zulassen, weil sie, wie Dr. Graven sich ausdrückt, entweder von der Verfassung oder von der öffentlichen Meinung gefordert wird, aber man verspricht sich von dieser Beteiligung eigentlich nur Schlimmes, weshalb man versucht, die Gefahr durch Zusammenspannen mit ständigen Richtern nach Möglichkeit zu bannen. Wer mit derartigem Misstrauen trotzdem für das Schöffen-gericht eintritt, gehört eigentlich zu seinen grössten Gegnern und wünscht ihm innerlich, dass es verschwinde.

Mit Recht hat John das Schöffengericht ein verwerfliches Scheinwesen genannt: „Will man Richter aus dem Volk nicht urteilen lassen, hat man Grund, anzunehmen, dass diese Urteile der Rechtspflege schädlich seien, so spreche man diesen Gedanken klar aus und gebe ihm seine entsprechende tatsächliche Konsequenz. Will man aber Richter aus dem Volke, so möge man dasjenige, was man will, auch ehrlich wollen und die diesem ehrlichen Wollen entsprechende Gestaltung des Strafprozesses zu finden bemüht sein. Die Schöffengerichte aber sind in sich unwahr. Sie wollen den Schein erwecken, als seien sie eine Einrichtung, durch welche die Volksgerichtsbarkeit eine entscheidende Bedeutsamkeit erlangen könnte, und doch dienen sie nur dazu, durch Herabdrückung der Volksgerichtsbarkeit zu voller Bedeutungslosigkeit dem Urteil des rechtsgelehrten Richters auf alle Fälle den entscheidenden Einfluss zu sichern.“

Auch die Anhänger des Schwurgerichtes bejahren die Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen den Geschworenen und den übrigen beteiligten Organen der Strafrechtspflege. Der Unterschied zwischen ihnen und

den Anhängern des Schöffengerichtes besteht nur darin, dass sie die Organisation dieser Zusammenarbeit im Schwurgericht jener im Schöffengericht vorziehen. Worin besteht nun aber in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung diese Zusammenarbeit?

1. In tatsächlicher Beziehung leiden die Geschworenen naturgemäß unter dem Mangel, dass viele von ihnen keine Übung im Erfassen von Tatbeständen besitzen und oft erst aus den Plädoyers der Parteien ersehen, worauf es im allgemeinen und worauf es den Parteien ankommt. Hier sehen die meisten Schwurgerichtsgesetze folgende Möglichkeiten der Zusammenarbeit vor:

a) mit den Parteien, indem z. B. in Zürich § 232 StPO bestimmt, dass sowohl Staatsanwalt wie Verteidiger den Geschworenen vor der Zeugeneinvernahme auseinandersetzen können, auf welche Tatsachen es für die Anklage oder die Verteidigung ankommt oder für welche Tatsachen ein Zeuge im speziellen angerufen wird. Leider wird dieses Recht der Parteien bis heute zu wenig benutzt;

b) mit dem Schwurgerichtsvorsitzenden durch das Resumé, das dieser seiner Rechtsbelehrung folgen lassen kann. Ich weiss, dass in Frankreich dieses Resumé zur Beeinflussung der Geschworenen missbraucht worden ist und deshalb den Vorsitzenden entzogen wurde. Das Resumé gehört in der Tat zu den schwierigsten Aufgaben, die dem Vorsitzenden gestellt werden und in der er seine Eignung zu erweisen vermag. Wer aber etwa die Resumés des Zürcher Oberrichters Fehr oder jene des verstorbenen Otto Lang gehört hat, der weiss, dass es durchaus möglich ist, den Geschworenen eine Übersicht über die Ergebnisse des Beweisverfahrens zu geben, unter Berücksichtigung der Belastungs- und Entlastungsmomente, ohne dass daraus eine Beeinflussung der Geschworenen würde. Sie gibt dem Vorsitzenden auch Gelegenheit, offenkundige Übertreibungen oder gar Unwahrheiten der Parteien richtigzustellen und zu verhüten, dass daraus Schaden erwachse.

Von diesen beiden Hilfen der Zusammenarbeit wäre die erste auch vor Schöffengericht möglich, würde aber dort noch mehr unterlassen als vor Schwurgericht, weil die Parteien mehr als dort auf die Fähigkeit und Erfahrung der ständigen Richter abstellen, während die zweite Hilfe nur dem Schwurgericht eigentlich bleiben wird.

2. In rechtlicher Beziehung werden die Geschworenen über ihre Aufgabe orientiert und in der Lösung der Rechtsfrage unterstützt:

a) durch den einleitenden Vortrag des Schwurgerichtsvorsitzenden, mit welchem bei uns jede Session eröffnet wird und in welcher die Geschworenen möglichst eingehend über ihre Rechte und Pflichten orientiert werden;

b) durch die Plädoyers der Parteien, wobei sowohl vom Staatsanwalt wie vom Verteidiger gefordert werden muss, dass sie sachlich plädieren und sich offenkundiger Übertreibungen oder gar der Unwahrheit enthalten. Wenn es tatsächlich richtig ist, wie Herr Dr. Graven erzählt, dass der berühmte französische Verteidiger Lachaud Freisprechungen durch gefälschte Briefe, fingierte Verwandte oder offenkundige Lügen erzielt hat, dann gehört er m. E. selbst auf die Anklagebank, und ich frage mich, wie ein solcher Verteidiger auch nur einen Tag länger Mitglied des französischen Barreau sein konnte;

c) durch die Fragestellung und Rechtsbelehrung des Schwurgerichtsvorsitzenden, die öffentlich und in Gegenwart der Parteien erfolgt und die vor der Rechtsbelehrung, welche den Schöffen im Beratungszimmer zuteil wird, den Vorzug hat, dass einmal durch die Fragestellung genau gesagt wird, worauf es rechtlich ankommt, dass sie obligatorisch ist und sich unter der Kritik der Parteien in voller Öffentlichkeit vollzieht. Gewiss kann man jemanden, der keine oder wenig Rechtskenntnisse besitzt, durch eine solche Rechtsbelehrung noch nicht zum vollendeten Juristen machen. Aber schon Kahl hat darauf hingewiesen, dass keinem Geschworenen die Rechts-

begriffe ganz fehlen und dass es sich nur darum handeln kann, den Geschworenen das Rüstzeug für den einzelnen Fall zu geben. Kahl fügt mit Recht bei: „Wenn das nicht gelingt, so liegt es meist nicht am Intellekt der Geschworenen, sondern an einem Defekt des Belehrenden, welcher nicht gelernt hat, Rechtsfragen in volkstümlicher Weise vorzutragen;“

d) durch nachträgliche Erläuterung während der Beratung, die richtigerweise vor versammeltem Schwurgericht in Gegenwart der Parteien zu erteilen ist (vgl. zürch. StPO § 264), im Beratungszimmer höchstens dann, wenn dies ebenfalls in Gegenwart der Parteien erfolgt und der Schwurgerichtsvorsitzende das Beratungszimmer sofort nach der Erläuterung wieder verlässt;

e) durch Rückweisung der Fragen an die Geschworenen, wenn die Antworten widerspruchsvoll, unvollständig oder undeutlich waren (zürch. StPO § 268).

Ich halte dafür, dass alle diese Hilfen einen normalen Geschworenen durchaus befähigen sollten, die Schuldfrage in ihrem rechtlichen und tatsächlichen Teil zu lösen und dass sie in ihrer Öffentlichkeit der Strafrechtspflege zuträglicher sind, als wenn sie Geschworenen oder Schöffen erst im Beratungszimmer geboten würden.

Welche Bedeutung hat nun diese Organisation für die Strafrechtspflege?

1. Indem sie den Entscheid über die Schuldfrage in die Hände des Volkes, bzw. seiner Repräsentanten, der Geschworenen, legt, stellt sie den Grundsatz auf, dass in Strafsachen ein so starker Beweis für die Schuld erforderlich sei, dass 12 redliche, schlichte Männer durch diesen Beweis von der Schuld des Angeklagten überzeugt werden. „Wenn“, sagt Rüttimann, „die Gründe des Richters so fein sind, dass er sie einer aus ganz gewöhnlichen Menschen bestehenden Jury nicht völlig klar und deutlich machen kann, ist es besser, dass der Zweifel zugunsten des Angeklagten entschieden werde.“

2. Um diesen Mehrbeweis zu erbringen, sind die Organe der Strafrechtspflege zu ganz besonderer Gründlichkeit und Sorgfalt in der Erbringung des Schuldbeweises verpflichtet.

3. Da die Geschworenen für den wichtigsten Teil des Urteils, die Schuldfrage, die alleinige Verantwortung tragen, müssen sie und werden sie mit äusserstem Pflichtbewusstsein an ihre Aufgabe herantreten und ihr Bestes geben.

4. Die Tatsache, dass alle Beteiligten ihre Pflicht bis zum Letzten erfüllen müssen, kann auf das Ergebnis nur günstig wirken und wird das Vertrauen des Volkes zur Strafrechtspflege erhöhen.

Wir haben also im Gegensatz zum Schöffengericht volle Verantwortung der ständigen Organe der Strafrechtspflege für die Vorführung und Abgrenzung des Entscheidungsstoffes in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung und volle Verantwortung der Laienrichter für den Entscheid über die Schuldfrage. Dem Schöffengericht aber fehlt beides; es fehlt ihm vor allem die volle Selbstständigkeit und Verantwortung der nichtständigen Laienrichter.

Wie kommt es aber, wird man fragen, dass bei diesen Vorteilen des Schwurgerichtes allüberall mit dieser Institution so schlechte Erfahrungen gemacht werden? Während man von den Schöffengerichten nur Gutes hört, wird von den Schwurgerichten behauptet, ihre Rechtsprechung sei eine Lotterie, sie arbeite nicht nach Gesetz und Vernunftgründen, sondern nach dem Gefühl und scheue sich nicht, das Gesetz wissentlich zu verletzen.

Die gute Note, welche die Schöffengerichte in unserer juristischen Literatur erhalten, röhrt m. E. zum grossen Teil daher, dass die Schöffen trotz ihrer Überzahl in der Regel der Auffassung der ständigen Richter beistimmen, so dass die Rechtsprechung nicht anders ist, als wenn sie von ständigen Strafgerichten ausginge. Das hat Prof. von Hentig für Deutschland bezeugt, das wird für die Kantone

Tessin, Bern und Neuenburg nicht anders sein. Sind die Volksrichter aber lediglich Statisten der ständigen Richter, so verlieren sie wesentlich an ihrem Eigenwert und es kann ebensogut auf sie verzichtet werden.

Die Beschwerden gegen die Geschworenen kann ich nur nach meinen eigenen Erfahrungen prüfen und soweit mir Einzelfälle genau bezeichnet worden sind. Dabei möchte ich erklären, dass ich vor Schwurgericht nie das Gefühl hatte, einer Lotterie oder dem blinden Walten des Zufalls gegenüberzustehen, während ich umgekehrt dieses Gefühl schon lebhaft empfand, wenn ich als Verteidiger, Staatsanwalt oder Ersatzrichter z. B. mit dem zürcherischen Kassationsgericht zu tun hatte. Ich habe es auch nicht als Nachteil empfunden, wenn die Geschworenen stärker mit dem Gefühl als mit der Logik arbeiten, denn gerade beim Indizienbeweis, mit dem es unsere Schwurgerichte ja in der Regel zu tun haben, bleibt stets ein letztes Etwas, das mit der Vernunft allein nicht mehr erfasst werden kann, bei dem man vielmehr auch als Richter lediglich fragen muss: „Habe ich die conviction intime oder habe ich sie nicht?“, jene innere Gewissheit, die nur erfühlt, nicht begründet werden kann. Weil dem so ist, habe ich auch den Mangel der Urteilsgründe nie als Mangel des Schwurgerichtsverfahrens empfunden und ich fühle mich in dieser Auffassung bestärkt durch den zürcherischen Schwurgerichtsfall Naef, einem Fall des typischen Indizienbeweises, den die Mehrheit des Kassationsgerichtes nicht als geleistet erachtete, von welchem Standpunkt sie sich auch nicht abbringen liess durch eine sehr sorgfältige, mehr als 200 Seiten umfassende Urteilsbegründung des zürcherischen Obergerichtes.

Ich halte somit dafür, dass es beim Indizienbeweis tatsächlich auf das Gefühl ankommt — beim Berufsrichter wie beim Geschworenen —, und dass dabei weiter für den Geschworenen spricht, dass erfahrungsgemäss der Laie dem Indizienbeweis mit weit mehr Misstrauen gegen-

übersteht, als der auf Übung und Erfahrung bauende Berufsrichter. Das mag manchem als Vorsicht oder gar Furchtsamkeit erscheinen, stimmt aber durchaus mit der Forderung überein, dass nur bei überzeugendem Schuld beweis eine Verurteilung erfolgen soll.

Es ist endlich richtig, dass sich Schwurgerichte mehr als andere Gerichte über das Gesetz hinwegsetzen, und zwar vor allem in zwei Fällen: wenn sie glauben, dass dem Angeklagten unter den besonderen Verhältnissen ein anderes Verhalten nicht zuzumuten war — z. B. bei Leidenschaftsverbrechen, auch aber bei Kindsmord und Abtreibung — oder wenn mit der Tat zwingend eine Strafe oder ein Strafmaß verbunden war, die dem Volksrichter als unbillig erschien. In beiden Fällen aber darf man sich mit Birckmaier fragen, ob die Geschworenen mit ihrem gegen das Gesetz verstossenden Wahrspruch nicht vielleicht eine Forderung der höheren materiellen Gerechtigkeit erfüllt haben. Ich verweise darauf, dass man für die ersten Fälle dogmatisch auch unter Juristen den Grundsatz der Nichtzumutbarkeit oder die Theorie übergesetzlicher Rechtfertigungsgründe aufstellte und dass es sich bei der zweiten Kategorie meist um Fälle handelt, bei denen der Gesetzgeber selbst nachträglich seinen Fehler eingesehen hat: so in England, wo jeder Diebstahl im Betrage von 40 Schilling und darüber mit dem Tode bestraft wurde und die Geschworenen so lange nur auf 39 Schilling verurteilten, bis der Gesetzgeber die Frage der Todesstrafe nicht mehr von der Äusserlichkeit des Deliktsbetrages abhängig machte; so auch bei uns, wo ebenfalls hohe Strafminima lediglich vom Deliktsbetrag abhängig gemacht wurden, bis der Gesetzgeber auch hier zur Einsicht kam, dass diese Kriminalpolitik ein Unsinn sei. In all diesen Fällen fehlt es überdies den Geschworenen nicht an Wissen und Können, sondern am Willen, und weil sie merkwürdigerweise zumeist Recht behalten im Sinne der materiellen Gerechtigkeit, hat ihr gesetzwidriges Urteil nur Gutes bewirkt.

Es ist übrigens interessant, wie leicht man dazu neigt, das Fehlurteil des Geschworenengerichtes der Institution selbst zur Last zu legen, während man bei ständigen Gerichten richtigerweise in erster Linie das fehlbare Gericht belastet. So haben wir es in Zürich im Falle Wüthrich erlebt, dass einem vom Schwurgericht Verurteilten zu Unrecht die Wiederaufnahme gewährt wurde und ein Fehler der Staatsanwaltschaft, des Obergerichtes und wohl auch des Kassationsgerichtes dazu führte, dass der nach aller Auffassung zu Recht Verurteilte schliesslich aus formellen Gründen freigesprochen und noch mit einigen hundert Franken entschädigt werden musste. Niemandem ist es aber eingefallen, deswegen die Abschaffung des Obergerichtes, der Staatsanwaltschaft oder des Kassationsgerichtes zu verlangen, wie es auch in Zürich sehr viele Juristen gibt, die zwar jederzeit gegen das Schwurgericht zum Angriff blasen, denen es aber noch nie eingefallen ist, für die viel dringendere Reform des bezirksgerichtlichen Strafverfahrens einen Finger zu rühren.

Halten Sie, wird man mich schliesslich fragen, das Schwurgericht nicht aber doch wenigstens für reformbedürftig?

Ich muss gestehen, so sehr ich kriminalpolitischen Reformen im allgemeinen zugetan bin, so konservativ bin ich hier; nicht weil ich die jetzige Form für sakrosankt und vollkommen hielte, sondern weil ich in den bisher vorgeschlagenen Reformen keine Vervollkommnung zu erblicken vermag. Das gilt in erster Linie für die Umwandlung in ein Schöffengericht, die ich der Aufhebung gleichstelle, das gilt aber auch für den Vorschlag des qualifizierten Obmanns oder gar der Leitung der Urteilsberatung durch den Schwurgerichtsvorsitzenden; das gilt schliesslich auch für den Vorschlag von cand. jur. Max Huth in der Schweiz. Juristenzeitung (Bd. 35 S. 62ff.); denn dort wird eine derart weitgehende Kontrolle durch den Schwurgerichtsvorsitzenden beantragt, dass sie der Bevormundung im Schöffengericht sehr nahekommt. Indifferent stehe ich

der gemeinsamen Beratung über die Straffrage gegenüber; ich halte sie nicht für notwendig, aber auch nicht für besonders schädlich, sofern sie nicht etwa, nach dem Vorschlag Huths, zur Aushorchung der Geschworenen über ihre Urteilsgründe verwendet wird. Dagegen unterstütze ich das Bestreben, nur schwere Verbrechen vor Schwurgericht zu bringen, die Bestellung der Geschworenen nach Möglichkeit zu verbessern und durch Verbesserung der allgemeinen Strafrechtpflege auch das Niveau des Schwurgerichtsverfahrens zu heben. Dabei ist interessant, festzustellen, dass die Geschworenen den Fortschritten der Kriminalistik — z. B. dem Identitätsnachweis durch Daktyloskopie oder Blutgruppenbestimmung — viel aufgeklärter gegenüberstehen als die ständigen Strafrichter, wie ich dies selbst verschiedentlich erfahren konnte und wie dies für Frankreich der bekannte Lyoner Kriminalist Locard bezeugt.

Zusammenfassend stelle ich fest: Das Schwurgericht ist nicht veraltet, sondern das für die schweren Vergehen durchaus geeignete Verfahren, indem es nicht nur die grösstmögliche Beteiligung des Volkes an der Strafrechtpflege zulässt, sondern diese selbst dadurch hebt, dass es die Organe der Strafrechtpflege zu grösstmöglichster Kraftentfaltung und Gründlichkeit veranlasst und die restlose Anwendung der Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit geradezu erzwingt. Es sichert dem Volke einen angemessenen Anteil an der Strafrechtpflege, ohne die Verbrechensbekämpfung zu schwächen, und erhält der Strafrechtpflege mehr als jede andere Gerichtsform das Vertrauen des Volkes.

M. le Président *Bolla* remercie les rapporteurs de leurs exposés savants et captivants, et il ouvre la discussion générale sur le sujet à l'ordre du jour.

Mr. le Dr. *Thormann*, empêché de participer à la réunion, a envoyé sur le sujet traité le rapport écrit suivant, qui est lu par le secrétaire de langue allemande:

Die Problemstellung ist durch die Fassung „Schwur- und Schöffengericht“ einigermassen präjudiziert, stellt doch diese Fassung auf die Gegenüberstellung ab, wie sie in Deutschland seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts gebräuchlich geworden ist. Der Gegensatz heisst jetzt vielmehr „altes und neues Geschworenengericht“. Die Bezeichnung Schöffengericht für das Gericht, „in welchem die ungeteilte Urteilsaufgabe von der Gesamtheit der ständigen und nichtständigen Rechtsprecher gelöst wird“ (siehe Korreferat des Herrn Prof. Pfenninger, S. 703a), ist freilich in der deutschen Literatur üblich, aber gleichwohl anfechtbar, da darin eine Veränderung des Sinnes des Wortes Schöffengericht liegt. Das Schöffengericht im althergebrachten, historischen Sinn ist vielmehr ein Gericht, in welchem das Urteil von Schöffen (Urteilsfindern) gefällt wird, während der Vorsitzende als Gerichtsherr oder dessen Vertreter nur die Prozessleitung ausübt. Diese Gerichtsform ist im heutigen Recht verschwunden, indem der Vorsitzende heute in allen Kollegialgerichten an der Urteilsfällung mitwirkt, ja oft eine ausschlaggebende Stellung einnimmt. Die Schöffen pflegten auch nicht im einzelnen Fall, sondern auf längere Zeit ihre Funktionen, die sich zum Amt ausbildeten, auszuüben. Da wir in der Schweiz die Gerichtsform des Schöffengerichtes im Sinne der neuen deutschen Literatur nicht kannten, ist der Ausdruck „Schöffe“ in der schweizerischen Rechtssprache nicht gebräuchlich. Es ist deshalb wohl ohne weiteres erklärlich, dass in der Schweiz für den nichtständigen Laienrichter die Bezeichnung „Geschworener“ beibehalten wurde, ohne dass damit die Art seiner Beteiligung an der Rechtsprechung festgelegt war. Dass ein wesentlich aus Geschworenen zusammengesetztes Gericht „Geschworenengericht“ genannt werden darf, ist doch selbstverständlich. Der Herr Korreferent scheint nach seiner auf S. 702a angegebenen Umschreibung des Schwurgerichtes anzunehmen, dass es nur den von ihm dort erwähnten Typus gibt; ich möchte

der Bezeichnung Geschworenengericht aber einen weitern Sinn geben, der alle historischen Erscheinungsformen umfasst; es gibt u. a. ein attisches, römisches, englisches, schottisches, nordamerikanisches Geschworenengericht, dann das französische mit seinen vielfachen Nachbildungen, endlich das genferische Geschworenengericht usw. Auch das gegenwärtige französische Geschworenengericht entspricht nicht mehr der früheren klassischen Formel: Trennung von Schuld- und Straffrage (ursprünglich Tat- und Rechtsfrage), wird aber doch vom Herrn Korreferenten des Namens „Schwurgericht“ für würdig gehalten. So kann es endlich auch ein modernes Geschworenengericht geben, das die Aufgabe der Geschworenen anders auffasst, als dies in den früheren Rechten der Fall war.

Voraussetzung für die Verwendung der Bezeichnung Geschworenengericht für diese moderne Form der Laienbeteiligung ohne Teilung der Urteilsaufgabe ist natürlich, dass dadurch nicht verfassungsrechtliche Bestimmungen verletzt werden. So war es bei der Revision des Bundesstrafprozesses nicht möglich, das Geschworenengericht zu reformieren, weil Art. 112 BV die Tätigkeit der Geschworenen mit den Worten: „Geschworene, welche über die Tatfrage absprechen“ umschreibt. Die Art. 194 ff. des Bundesstrafprozesses von 1934 gehen freilich über diesen Wortlaut hinaus und geben ausserdem den Geschworenen die Befugnis, über eine Anzahl von Rechtsfragen zu entscheiden, da es nie gelungen ist, die reine Tatfrage von den Rechtsfragen vollständig zu lösen. Im Gegensatz dazu spricht die bernische Staatsverfassung von 1893, Art. 62, teilweise abgeändert 1907, Art. 61 und 62, von Geschworenengerichten, deren Organisation durch das Gericht bestimmt wird. Damit war verfassungsrechtlich der Weg für die Neuordnung geöffnet. Ungeübterweise spricht der Herr Korreferent bei seiner Kritik der bernischen Gesetzgebung vom „Schwurgericht“, während die Bezeichnung immer Geschworenengericht lautet. Irreführend ist die Darstellung auf S. 704a, wo-

nach die deutsche Reform von 1924 einen Einfluss auf den bernischen Gesetzgeber ausgeübt hätte. Diese Reform war schon im Vorentwurf des bernischen Strafprozesses von 1907 enthalten und wurde auch in den Kommissionsberatungen von 1911 gebilligt. Die Neubildung des Geschworenengerichtes war von Anfang an ein Hauptrevisionspunkt und ist dem Volke bei jeder Gelegenheit klargemacht worden. Es muss also der Darstellung des Korreferates auf S. 705a mit aller Entschiedenheit entgegentreten werden.

Mehr als dieser Streit um den Namen dürfte aber die Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins interessieren, welche Erfahrungen mit dem neuen Geschworenengericht gemacht worden sind. Ich kann in dieser Beziehung bestätigen, was Herr Dr. Graven auf S. 163a seines Referates sagt. Ich habe keine einzige Stimme gehört, die die Rückkehr zum alten System gewünscht hätte; in der Öffentlichkeit ist seit zehn Jahren darüber nicht mehr diskutiert worden. Urteile, die allgemeinen Widerspruch hervorriefen, wie das früher hie und da der Fall war, sind m. W. keine bekannt geworden. Während es früher vorkam, dass gewissenhafte Geschworene ihre Verantwortlichkeit schwer empfanden und ihre Isoliertheit beklagten, kommt ihr Einfluss jetzt viel natürlicher zur Geltung. Der Geschworene kann unter Umständen dem Berufsrichter in bezug auf die Beweiswürdigung überlegen sein, infolge seiner näheren Verbundenheit mit dem Volk und seiner Lebensgewohnheiten; andererseits fühlt er sich oft in Rechtsfragen unsicher und nimmt gerne eine Belehrung entgegen, aber lieber eine Belehrung durch die Mitrichter als durch die Parteien. Die Meinungen gehen oft auseinander, wie das übrigens auch unter Juristen zu geschehen pflegt; nur sehr selten stellen sich die Geschworenen geschlossen gegen die Berufsrichter. Die Freiheit der Meinungsäusserung hat nicht gelitten; die Geschworenen fühlen sich schon infolge ihrer starken, zahlenmässigen Mehrheit (8 gegen 3) als gleichberechtigte

Glieder des Gerichtes. Als Vorteil des neuen Systems kann auch erwähnt werden, dass die ständigen Richter viel intensiver den Verhandlungen zu folgen genötigt sind, als dies früher bei den Beisitzern der Fall war, die sich nur noch zur Strafe zu äussern hatten. Endlich interessiert den Geschworenen die Ausmessung der Strafe begreiflicherweise viel mehr als die Schuldigerklärung, ein Interesse, das er früher nur unter Zuhilfenahme aller möglichen Schliche und eventuell auch Rechtsbeugungen befriedigen konnte.

Grundsätzlich kann, jedenfalls in der Schweiz, die Beteiligung der Laien an der Rechtsprechung nicht angefochten werden, sind doch unsere meisten erstinstanzlichen Gerichte (aber auch einige oberinstanzliche) nicht mit juristisch ausgebildeten Richtern besetzt. Darum handelt es sich bei der heutigen Diskussion wohl kaum, da diese Beteiligung nicht die breite Masse des Volkes heranzieht, sondern immer die Auswahl einzelner Befähigter voraussetzt. Auf breiterer Basis kann diese Beteiligung nur durch das Geschworenensystem durchgeführt werden, in dem nichtständige Volksrichter im einzelnen Fall (oder einer kleinen Anzahl einzelner Fälle) zugezogen werden. Dass diese Zuziehung im Interesse einer gesunden Rechtsprechung liegt, ist für mich zweifellos, ebenso aber auch, dass das alte Verfahren mit seiner Trennung der Urteilskompetenz eine ungesunde und unnatürliche Form darstellt. Ich halte auch heute noch durchaus aufrecht, was ich früher, in meiner Rektoratsrede 1933, sagte: „Wenn man zum Schluss die verschiedenen Vor- und Nachteile der Volksrichter und der Berufsrichter einander gegenüberstellt, so wird man sehen, dass sie sich gegenseitig aufheben: der Berufsrichter ergänzt die fehlende Rechtskenntnis des Volksrichters, der letztere vermittelt dem Gesamtgericht möglicherweise ein vollständigeres Bild des Vorfalls, er betrachtet ihn als allein zu beachtende Erscheinung, während die Erfahrung des Berufsrichters ihn in den Zusammen-

hang der kriminellen Erscheinungen überhaupt stellt. Lohnt es sich da nicht, den Versuch zu machen, beide Elemente in gleicher Rechtsstellung innerhalb des gleichen Gerichtskollegiums zu vereinigen?"

Heute bin ich nach den bei uns gemachten zehnjährigen Erfahrungen der bestimmten Ansicht, dass diese Vereinigung von Berufsrichtern und nichtständigen Volksrichtern dem ältern System der Trennung der Urteilsaufgabe entschieden vorzuziehen ist. Ich erblicke in diesem modernen Geschworenengericht das Geschworenengericht, dem die Zukunft gehört.

Mr. le Dr. *H. Seeger*, avocat et secrétaire de tribunal à Weinfelden, ancien juge cantonal:

Ich komme aus dem Kanton Thurgau, der das Schwurgericht noch in unverfälschter Form besitzt. Als Mitglied der Kriminalkammer und Schwurgerichtsvorsitzender hatte ich während zehn Jahren Gelegenheit, das Schwurgericht kennenzulernen. Dass wir mit den Schwurgerichten schlechte Erfahrungen gemacht hätten, möchte ich nicht behaupten, aber auch nicht das gegenteilige Urteil darüber abgegeben haben.

Aus dem Referat konnten Sie entnehmen, dass die Tätigkeit des Schwurgerichtes im Kanton Thurgau stark zurückgegangen ist. Es gab in der Tat verschiedene Jahre, wo keine Schwurgerichtssession stattfand. Das hatte den Nachteil, dass die Geschworenenbank gelegentlich mit Leuten ohne Erfahrung besetzt werden musste. Dieser Rückgang des Schwurgerichtes ist auf zwei Ursachen zurückzuführen: die Erhöhung der korrektionellen Kompetenz bei allen Vermögensdelikten und den Umstand, dass die Staatsanwaltschaft am Geschworenengericht keinen Geschmack findet. So kommt es, dass mitunter Fälle, die früher dem Schwurgericht überwiesen wurden, heute mangels genügenden Schuldbeweises niedergeschlagen werden, weil man in der Schuldfrage zweifelhafte Fälle nicht gern vor das kostspielige Schwurgericht bringt.

Um über den Wert des Schwurgerichtes ein Urteil abgeben zu können, ist es notwendig, sich über die Aufgabe der Geschworenen klarzuwerden und sich zu fragen, ob sie dazu befähigt seien.

Die Geschworenen sind Richter über die Schuld und damit an der Subsumtion massgebend beteiligt. Es wäre falsch, zu sagen, die Geschworenen hätten über die Tatfrage zu entscheiden: denn die Schuldfrage ist Rechtsfrage. In der Schwierigkeit der Entscheidung der Rechtsfrage durch rechtsunkundige und ungeübte Männer liegen die hauptsächlichen Mängel der Institution. Die Rechtsbelehrung vermag nur unvollständig Abhilfe zu schaffen. Denn es ist dem gelehrten Richter auch bei grosser Lebenserfahrung nicht möglich, sich vollständig in die Gedankenwelt der Geschworenen zu versetzen und alle Zweifel und Irrtümer über Rechtsbegriffe vorauszusehen. Der Vorsitzende kennt auch die Fassungskraft der Geschworenen nicht, und es ist für ihn zuletzt nicht leicht, unparteiisch zu bleiben. Er hat die Akten studiert, und es ist ausgeschlossen, dass er sich nicht ein bestimmtes Bild von der Sache gemacht hat, an dem festzuhalten er geneigt sein wird, sofern nicht das Beweisergebnis von jenem der Untersuchung abweicht, was selten der Fall ist. Er wird dieses Bild absichtlich oder unabsichtlich in die Rechtsbelehrung einbeziehen. Es ist das mit der Pflicht des Vorsitzenden auch gar nicht unvereinbar, namentlich wenn Staatsanwaltschaft und Verteidigung die Sache zerzaust haben. In vielen Fällen ist aber die Rechtsbelehrung nicht geeignet, den Geschworenen bei der Lösung ihrer Aufgabe zu helfen. Während diese in einfachen Fällen ihre Aufgabe lösen können, treffen sie in schwierigen Fällen nicht immer das Richtige; entscheiden sie richtig, so oft mehr aus Instinkt oder mit Rücksicht auf die Anleitung des Vorsitzenden. Es ist daher bedenklich, schwierige Entscheidungen des Strafrechts Rechtsunkundigen, den leichteren Teil aber dem geschulten Richter zu überlassen. Es ist aber auch bedenklich, den Entscheid über die Schuld-

frage Männern zu überlassen, die die Gründe des Urteils nicht anzugeben vermögen, und gerade für schwere Straffälle von der Urteilsbegründung abzusehen. Gelegentlich setzt der Entscheid der Geschworenen auch die Strafkammer in schwierige Situationen (Entscheidung bezüglich der Kosten, der Haftentschädigung usw.). Ein weiterer Mangel besteht darin, dass den Geschworenen die Beweis- und die Subsumtionsfrage ungetrennt unterbreitet werden, während sie sicher nicht beide Fragen getrennt behandeln.

Der Institution des Schwurgerichtes ist die Tendenz der ungerechtfertigten Freisprechung fast immanent. Schuld- und Straffrage können praktisch nicht wohl getrennt werden. Daher ist das Schwurgericht verwerflich. Der Spruch über die Schuld- und Straffrage kann nur gerecht sein, wenn er ein einheitlicher ist. Wir erleben es nicht selten, dass beide Sprüche sich widerstreiten. Man beobachtet gelegentlich auch die Tendenz, dass die Geschworenen schon vor dem Wahrspruch wissen wollen, welche Strafe der Angeklagte im Falle der Verurteilung zu gewärtigen hat, und dass sie unbefriedigt sind, dass sie darauf keinen Einfluss haben. Das ist sogar gelegentlich für das Verdikt massgebend und die Quelle von Freisprüchen. Auf alle Fälle ist das Verdikt für den Richter unbefriedigend, wenn er es als unrichtig erachtet: es ist ihm dann fast nicht möglich, das Strafmaß richtig zu bestimmen. Das Gesetz zwingt ihn zur Fiktion einer bestimmten Schuld und macht ihn zugleich für eine gerechte Strafe verantwortlich.

Man hat dem Schwurgericht nicht mit Unrecht vorgeworfen, dass es ein Begnadigungsrecht usurpiere. Es ist sicher, dass die Geschworenen der Versuchung nicht immer widerstehen, nach Gnade zu entscheiden. Wenn diese Tendenz besteht, hilft keine Rechtsbelehrung. Wenn sie nicht freisprechen, nehmen sie nicht selten Privilegierung oder Schuldausschliessungsgründe an, wo keine sind. Es besteht die Gefahr, dass das Gefühl schlechthin zur

Grundlage des Verdiktes gemacht wird. Auch ein Urteil ist bedenklich, das einen Ausgleich sucht, wenn das positive Recht an sich oder im Einzelfall der materiellen Gerechtigkeit widerstreitet. Denn wichtiger als die Gerechtigkeit im Einzelfall bleibt die Herrschaft und Autorität des Gesetzes. Dem Geschworenen fällt es leichter als dem Richter, sich über das Gesetz hinwegzusetzen. Er fühlt sich nicht verantwortlich und wird nicht nach den Gründen seines Urteils gefragt. Ich habe früher mehr als heute die Ungebundenheit des Geschworenen als Vorteil des Geschworenengerichtes betrachtet, wenn veraltete Strafgesetze die Quelle materieller Unrichtigkeit sind. Darauf spekulieren auch die Verteidiger. Vor den Gefahren einer solchen Mentalität darf man die Augen nicht verschliessen: sie führt zu Ungleichheiten und Ungerechtigkeiten, weil das ungerechte Gesetz in andern Fällen doch angewendet wird. Eine solche Zufallsjustiz erschwert das Vertrauen in die Gerechtigkeit.

Der Kernpunkt des Schwurgerichtsverfahrens liegt in der Fragestellung. Von ihr hängt oft der Prozessausgang ab. Für die Geschworenen sind die Fragen eine steife und unwandelbare Form. Oft müssen komplizierte Tatbestände in die Fragen aufgenommen werden. Es kann auch vorkommen, dass in der Rechtsbelehrung irgendein Punkt nicht berührt wird, der dann den Geschworenen viel zu schaffen macht; sie hängen oft an Kleinigkeiten, an die der Vorsitzende nicht denkt, weil sie für die Beurteilung unerheblich sind. Das Kollegium von Berufsrichtern findet sich in dieser Beziehung in besserer Situation; es kann die Beratung frei gestalten und ist nicht an starre Fragen gebunden. Schwierigkeiten entstehen aber namentlich, wenn Eventual- und Nebenfragen gestellt werden: sie scheitern oft schon am Abstimmungsmodus. Will man am Schwurgericht festhalten, muss man beim Beratungszimmer einsetzen: man gebe ihnen die Kriminalkammer mit und lasse diese bei der Entscheidung der Rechtsfrage mitwirken. Alle sollen sich frei aus-

sprechen können. Man darf nicht den schwierigeren Teil der Aufgaben ungeübten und rechtsunkundigen Männern überlassen: anderseits soll der Laie auch an der Lösung der Straffrage beteiligt sein. Bei der Bemessung der Strafe wird er es eher wagen, sich ein selbständiges Urteil zu bilden. Die gemeinsame Beratung ist aber nichts anderes als die Beseitigung des Schwurgerichtes in einer weniger auffälligen Form. Darum war sie im Kanton Bern so leicht möglich.

Auch mit der Unabhängigkeit der Geschworenen ist es nicht weit her. Der Berufsrichter muss als mindestens so unabhängig gelten wie der Geschworene. Dieser ist weniger imstande, das Verhandlungsbild von äussern Einflüssen freizuhalten.

Ich würde, weil jede andere Reform die Mängel nicht an der Wurzel fasst, die Schwurgerichte überhaupt beseitigen und die Kriminaljustiz einem aus Juristen und Laien zusammengesetzten Gericht überlassen. Die kriminellen Verbrechen sollten von einer einzigen Instanz nach den Regeln des korrektionellen Prozesses mit unmittelbarer Beweisabnahme erledigt werden. Damit hätten wir die Vorteile der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit gewahrt.

Mr. le Dr. *Ems*, de Morat, remercie Mr. Graven d'avoir si admirablement exposé le problème. Il estime que le jury pratiqué à Berne est la véritable solution pour la Suisse. Il serait faux d'abandonner cette institution dans un pays démocratique. Il faut faire délibérer ensemble le jury et les juges sur les questions de fait et de droit. La délibération commune des non-juristes et des juristes a donné de très bons résultats à Morat.

Pour les questions de droit, les laïques sont éclairés par les juristes. Pour M. Ems, c'est dans ces délibérations communes qu'une solution doit être trouvée.

Mr. le Professeur *Eugène Borel* estime qu'en Angleterre, le Jury fonctionne très bien, mais qu'en voulant

introduire cette institution en Europe, on a fait fausse route. Le régime de Berne et de Neuchâtel est la bonne solution. Il ne faut pas supprimer toute participation populaire, car elle est nécessaire pour l'autorité de la justice, mais il ne faut pas la faire dépendre du tirage au sort. L'on crée ainsi une justice d'occasion. Les jurés deviendraient meilleurs par la pratique, s'ils ont l'occasion de juger à plusieurs reprises. A cet égard, l'expérience faite avec nos tribunaux militaires est un exemple à suivre.

Mr. le Dr. *Jos. Kaufmann*, avocat, à Zurich:

Für die Strafrechtspflege stellt die Zusammenarbeit des juristisch geschulten Berufsrichters mit dem (ständigen) Laienrichter die beste Lösung dar (Entscheidung der Schuld- und Straffrage durch das gleiche Kollegium); auch für die Rechtsmittelinstanz kommt sie in Frage, wie das Beispiel von St. Gallen zeigt. Leider sind die Verhältnisse schon innerhalb der einzelnen Kantone sehr verschieden. Im Kanton Zürich z. B. haben wir drei ideal zusammengesetzte Bezirksgerichte, die aus einem juristisch geschulten Vorsitzenden und vier ständigen Laienrichtern bestehen. Diese ständigen Laienrichter sind im Hauptberuf Landwirte, Gewerbetreibende usw. und dürfen daher nicht als „Beamte“ im gewöhnlichen Sinne bezeichnet werden. Sie schöpfen aus ihrer praktischen Erfahrung in ihrem Berufsleben und stehen, im Gegensatz zu den Geschworenen und Schöffen, mit den Richtern und der Rechtspflege in dauerndem Kontakt; solche ständige Laienrichter können sehr wertvolle Elemente der Rechtspflege sein.

Das Lob des Referenten Prof. Pfenninger auf das Schwurgericht kann ich nicht teilen. Im Kanton Zürich sind viele Fehlentscheidungen vorgekommen. Es gab eine Zeit, wo in jedem Abtreibungsprozess freigesprochen wurde, nicht wegen fehlender Schuld oder weil die Frucht nicht gelebt habe, sondern aus weltanschaulichen Gründen. Es

wurde also aus einer gesetzwidrigen Einstellung freigesprochen, und der Staatsanwalt hatte keine Möglichkeit, durch eine Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht das Fehlurteil des Schwurgerichtes zu korrigieren, weil die Gründe der Geschworenen nicht bekanntgegeben werden. Umgekehrt ist die Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg zulässig, wenn im Laufe des schwurgerichtlichen Verfahrens irgendein kleiner formeller Verstoss zum Nachteil des Angeklagten vorgekommen ist. In der Nichtbegründung des Wahrspruchs der Geschworenen und seiner Nichtkorrigierbarkeit auch bei offensichtlicher Gesetzesverletzung liegt ein grosser Fehler des schwurgerichtlichen Systems. Der jetzige Zustand in den Schwurgerichtskantonen ist eines Rechtsstaates nicht würdig. Wir müssen eine Lösung finden, die die Zusammenarbeit der Juristen- und Laienrichter bei der Entscheidung der Schuld- und der Straffrage ermöglicht.

Mr. le Dr. von Overbeck, professeur à Fribourg:

Die künftigen Reformen der kantonalen Strafrechtspflege werden durch das neue eidg. Strafgesetzbuch weitgehend beeinflusst sein müssen, zumal dasselbe eine Reihe prozessualer Bestimmungen enthält. Die Aufgaben des Strafrichters haben sich gegenüber früher verändert und vermehrt: die Strafrahmen sind im neuen Strafgesetzbuch ausserordentlich weit gezogen, und es bleibt ein grosses Feld richterlichen Ermessens. Zudem handelt es sich nicht mehr um die Schuld- und Straffrage allein, sondern die Frage der im neuen StGB sehr wichtigen sichernden und vorsorglichen Massnahmen tritt als dritte hinzu. Die Auseinanderreissung der verschiedenen Fragen würde mir ganz besonders bedenklich erscheinen. Denn wenn die Geschworenen die Schuldfrage bejahen, kann das Gericht innerhalb sehr weit gesteckter Grenzen die Strafgrösse festsetzen, bzw. in sehr vielen Fällen auf eine minimale Strafe erkennen. Die Trennung von Schuld- und Straffrage ist sehr schwer durchzuführen: Tat- und Rechtsfrage

lassen sich nicht trennen. Bei der Behandlung der Schuldfrage stellen sich wichtige Rechtsfragen. Umgekehrt spielen, wie man seltener betont hat, bei der Straffrage reine Tatfragen die entscheidende Rolle. Das gleiche gilt von der Verhängung sichernder Massnahmen. Man sollte daher die nichtständigen Richter von diesen Entscheidungen nicht ausschliessen. Unter dem neuen StGB wird somit das System der Mitwirkung ständiger und nichtständiger Richter im gleichen Kollegium sicher das Geeignetere sein. Im übrigen möchte ich heute über die künftige Weiterentwicklung der kantonalen Strafprozessrechte noch kein abschliessendes Urteil fällen.

Mr. le Dr. W. Egloff, juge cantonal à Zurich:

In den Jahren 1924—1935 habe ich rund 1000 Fälle als Gerichtsschreiber im Schwurgericht mitgemacht und in diesen Jahren eine Anzahl von Fehlentscheidungen miterlebt, denen auf den Grund zu gehen ich mir die Mühe genommen habe. Das gelang mir auch in vielen Fällen. Diese Fehlentscheidungen haben drei Quellen: einige Male spielte die Politik eine Rolle, sei es mit Rücksicht auf die Zusammensetzung der Geschworenenbank, sei es mit Rücksicht auf den Einzelfall. In andern Fällen sind die Gründe mehr persönlicher Art: die Person des Obmannes der Geschworenen, des Staatsanwaltes, des Verteidigers oder des Angeklagten ist von Einfluss. Selbst rein äussere Umstände wie das Wetter sind nicht ganz bedeutungslos. Oft sind die rechtlichen Fragen den Geschworenen nicht klar, wobei selbst das Fragerecht, das das zürcherische Gesetz den Geschworenen einräumt, diesen Mangel nicht ganz zu beheben vermag, weil sich diese scheuen, von ihrem Recht bei voller Tribüne Gebrauch zu machen.

Persönlich erscheint mir die Mitwirkung des Laienelementes in der Strafrechtspflege als absolut notwendig. Ich habe im Laufe der Jahre konstatiert, dass die Geschworenen es mit ihrer Aufgabe, abgesehen von wenigen Fällen, ernst nehmen. Ich weiss aber von den Geschwore-

nen, dass sie wünschen, mit dem Gerichtshof zusammen über Schuld und Strafe entscheiden zu können. Auffällig ist es, dass die Geschworenen selber diese Änderung der Gesetzgebung wünschen. Da scheint es mir doch das Gegebene zu sein, dass das System des Kantons Bern, wie in andern Kantonen auch im Kanton Zürich zur Anwendung gelangen sollte.

Mr. le Dr. Graven, pour conclure, prend acte que Mr. le rapporteur de langue allemande lui-même admet qu'il faut restreindre la fonction du jury, et la réserver aux quelques crimes très graves. Mais est-ce la peine d'avoir un tribunal pour devoir en arriver en fait, comme cela s'est produit dans certains cantons, à *supprimer*, à force de restrictions, sa fonction pendant des années? Quelle est encore son utilité?

Le rapporteur de langue française prend également acte et remercie Mr. Seeger des renseignements qu'il a apportés sur la fonction du jury dans le canton de Thurgovie. Ils sont d'autant plus importants que ce canton était le seul sur lequel n'avaient pu porter ses informations personnelles, et qu'ils se fondent sur une connaissance approfondie et de première main. Or, les expériences faites dans ce canton ne sont pas différentes de celles qui ont été observées ailleurs, et elles confirment, comme toutes les autres, les conclusions sévères du rapporteur.

Il se dégage de la discussion l'indication que la majorité des auditeurs condamne en principe le jury. On semble cependant apercevoir son remède, et la solution souhaitable, dans la réforme qui prévoit, comme à Berne et au Tessin, la collaboration complète des juges et des jurés, soit dans le système de l'échevinage ou de l'assessorat. Mr. Graven rappelle qu'en effet ce système a également donné des résultats satisfaisants, et a été reconnu comme un réel progrès sur le jury, en Italie et dans toutes celles des colonies françaises où il a été introduit.

Si donc on tient absolument à la collaboration des laïques avec les juges pour des raisons sentimentales et quoique les juges ordinaires soient en Suisse des juges populaires, la Société suisse des juristes pourrait approuver le principe de cette collaboration complète.

Mr. le Prof. Dr. *Pfenninger* conclut à son tour:

Ich kann mich leider nicht, wie der Herr Referent, auf die Zustimmung der Diskussion berufen, aber ich darf immerhin feststellen, dass sie im Gegensatz zur Auffassung des Referenten fast einhellig die Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege für wertvoll betrachtete, wenn auch alle Votanten darin übereinstimmten, dass diese in Form der Schöffengerichte erfolgen sollte. Ich selbst kann mich dieser Auffassung ebensowenig anschliessen wie der Auffassung meines verehrten Kollegen Herrn Prof. Thormann, wonach man zwischen Schwurgericht, Geschworenengericht und Schöffengericht unterscheiden sollte, eine Unterscheidung, die im Schrifttum zweifellos neu ist. Mir selbst erscheint die Einführung der Schöffengerichte als eine Etappe der Umwandlung der Schwurgerichte in ständige Gerichte oder gar in reine Juristengerichte, und als solche wird sie ja auch von vielen ihrer Anhänger angesehen. Ich bin weiter, im Gegensatz zu Herrn Prof. Borel, der Überzeugung, dass unsere schweizerische Mentalität von der englischen nicht derart verschieden ist, dass das Schwurgericht nicht auch für uns tragbar wäre, gebe aber allerdings zu, dass dazu die verständnisvolle Zusammenarbeit von Juristen und Geschworenen nötig ist, wie sie leider noch nicht überall besteht und wie sie vor allem dort in Frage gestellt wird, wo, wie dies im Kanton Thurgau der Fall zu sein scheint, die Haltung der Staatsanwaltschaft oder der Juristen im allgemeinen das Schwurgericht fast gänzlich aus der Übung gebracht hat und wohl von vornherein diese durchaus notwendige Zusammenarbeit unmöglich. Wie sehr man im übrigen die Tätigkeit des gleichen Schwurgerichtes verschieden betrachten kann,

zeigt die Divergenz zwischen Herrn Oberrichter Dr. Egloff und mir; denn wir hatten jahrelang das gleiche Objekt der Beobachtung und sind doch zu ganz verschiedenen „Erfahrungen“ gelangt, wobei ich bei den „Bekenntnissen“, welche Herr Dr. Egloff als damaliger Schwurgerichtssekretär von Geschworenen erhalten haben will, doch die Bemerkung nicht unterdrücken kann, dass sie nur in Verletzung des Beratungsgeheimnisses erfolgt sein können und daher kaum von Geschworenen herrühren, die ihrer Pflichten bewusst waren und beanspruchen dürften, als Verkörperung des normalen, pflichtgetreuen Geschworenen gewertet zu werden.

Was nun die vorgeschlagene Resolution betrifft, lehne ich sie selbstverständlich inhaltlich in allen Teilen ab. Ohne aber auf die Thesen im einzelnen einzugehen, möchte ich Ihnen beantragen, überhaupt keine Resolution zu fassen. Denn einmal überlässt bekanntlich Art. 64bis BV die Gerichtsorganisation wie bisher den Kantonen, weil die Verfassung von der durchaus richtigen Auffassung ausgeht, dass die Eigenart und Verschiedenheit unserer Stände gerade hier am kräftigsten zum Ausdruck kommt und dass es daher kaum angeht, sowohl Städte- wie Länderkantonen eine bestimmte Gerichtsform als Mustergericht in Vorschlag zu bringen. Auch scheint mir, wäre es kaum angängig, die Beschlussfassung der heutigen Versammlung als die Meinung des Schweizerischen Juristenvereins zu erklären, denn dazu sind wir im Vergleich zur Gesamtheit der Mitglieder zu gering an Zahl, und auch in der Zusammensetzung dadurch charakterisiert, dass die welschen Mitglieder überwiegen, was insofern von Bedeutung ist, als gegenwärtig vor allem in der welschen Schweiz ein besonders scharfer Wind gegen das Schwurgericht weht. Ich halte somit dafür, dass es sich hier um eine Frage handelt, mit der sich jeder Kanton selber wird abfinden müssen und dass es daher nicht Sache des Schweizerischen Juristenvereins sein kann, darüber allgemeine Thesen aufzustellen. Halten Sie aber entgegen

diesen Erwägungen eine Resolution für angebracht, schlage ich Ihnen vor, nicht einfach den Entscheid zwischen Schwur- und Schöffengericht zu fällen, was ein falsches oder jedenfalls unvollständiges Bild der Meinungen ergäbe, sondern durch Abstimmung festzustellen, wie viele Anwesende die vollkommenste Form des Strafgerichtes im reinen Juristengericht, im Kollegium ständiger Richter, im Schöffen- oder im Schwurgericht erblicken, wobei eine solche Abstimmung an Wert natürlich nur gewinnen könnte, wenn sie in Form einer Urabstimmung aller Mitglieder des Vereins vorgenommen würde. Wollen Sie das aber nicht, beantrage ich Ihnen, aus den soeben genannten Gründen, von einer Resolution überhaupt Umgang zu nehmen.

Mr. le Président *Bolla* rappelle que Mr. Pfenninger a proposé que la société ne prenne pas de résolution, tandis que M. Graven est d'un avis contraire.

Le Président pense que la Société suisse des juristes peut donner des indications aux législateurs cantonaux, tout au moins sur la question de la suppression du jury, sinon sur celle du choix entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux d'échevins.

Mr. le Juge fédéral *Stauffer*:

Ich hätte das Hohelied für das bernische Schöffengericht kräftig mitangestimmt, wenn ich mich zum Worte gemeldet hätte, und ich hätte auch einige Vermutungen des Herrn Korreferenten als unrichtig dartun müssen. Es ist insbesondere nicht so, als ob die neuen bernischen Geschworenen Statisten wären. Wir sind in Bern froh über das Schwurgerichtsverfahren, wissen aber nicht, ob es für jeden Kanton und jede Zeit passt. Es kommt auch darauf etwas an, in welchem Vertrauensverhältnis die Geschworenen zu den übrigen Richtern stehen. Sicherlich werden die Referate wie die gefallenen Voten dem Gesetzgeber für seine Aufgabe wertvolle Winke geben. Ich hätte

allen Anlass, einer Resolution im Sinne der Anträge des Referenten zuzustimmen, möchte aber aus den erwähnten Gründen vorziehen, dass davon Umgang genommen würde.

Mr. le Président *Bolla* demande à l'assemblée si elle veut procéder à une votation et émettre un voeu au nom de la Société. La majorité se déclare opposée à cette proposition.

*5. Prochaine assemblée.*

Mr. le Président *Bolla* traite ensuite la question de la prochaine assemblée. Les membres acceptent la proposition de Mr. le Dr. Jagmetti qui les invite à siéger l'année prochaine à Zurich à l'occasion de l'exposition nationale.

A 12 h 05, la réunion est déclarée close.

---