

| | |
|---------------------|---|
| Zeitschrift: | Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV |
| Herausgeber: | Schweizerischer Juristenverein |
| Band: | 60 (1941) |
| Rubrik: | Protokoll der 75. Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins |

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 05.02.2026

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

Protokoll der 75. Jahresversammlung

des

Schweiz. Juristenvereins

abgehalten am 13.–15. September 1941 in Locarno.

Sitzung vom Sonntag, den 14. September 1941,

abgehalten

im Saale des Palazzo della Società Elettrica Sopracenerina.

Präsident:

Prof. Dr. August Simonius, Basel,
Präsident des Schweiz. Juristenvereins.

Der *Präsident* eröffnet die Sitzung um 9.15 Uhr, indem er seinen Jahresbericht verliest und die folgende Ansprache an die Versammlung hält:

I.

Jahresbericht des Präsidenten.

Hochgeehrte Herren Bundesräte!

Sehr verehrte Herren Kollegen!

Meine Damen und Herren!

Das Vereinsjahr, worüber der Sitte gemäß Ihr *Präsident* heute die Ehre hat, Ihnen zu berichten, ist das 80. Lebensjahr des Schweizerischen Juristenvereins.

Dass unser Verein in dieser ehrwürdigen und zugleich lieblichen Stadt an diesem herrlichen See in sein neuntes Jahrzehnt treten darf, inmitten unserer Tessiner Mit-eidgenossen, die Anhänglichkeit an altbewährte Sitte mit klarem Blick für die Gegenwart in überaus glücklicher Weise verbinden, deren klangvolles Sprechen gleichsam als beglückende Melodie den Eindruck des klaren äußeren Bildes durch ihren Wohllaut verstärkt, erscheint wie ein

gutes Vorzeichen, nicht für ein heiteres Greisenalter, denn das unerbittliche Gesetz des Alterns gilt nicht für juristische Personen, sondern für ein lebensvolles Weiterwirken auf der durch die Gründer gewiesenen Bahn: „Le jurisconsulte doit prendre position entre l'histoire et la philosophie“, sagte vor hundert Jahren ein Rechtsgelehrter. Jeden neuen Gedanken hat der Jurist mit Bewährtem zu vereinen, und Klarheit ist seit den Tagen eines Julian, eines Celsus, eines Papinian das erstrebte Ziel juristischer Darstellung.

Wir danken darum herzlich unseren Locarneser Freunden, daß sie uns in ihre Stadt geladen und, alle Schwierigkeiten überwindend, unsere Tagung vortrefflich vorbereitet haben.

Besondere Freude macht uns die dem Juristentag 1941 als Festschrift gewidmete Sondernummer des altberühmten „Repertorio di giurisprudenza patria“. Sie ist ein neuer, eindrücklicher Beweis für die juristische Begabung unserer Tessiner Miteidgenossen und somit auch dafür, daß unser Land neben dem Schrifttum deutscher und französischer Zunge auch eine Rechtsliteratur in italienischer Sprache besitzt, in der Sprache, deren hervorragende Eignung für die Erörterung juristischer Gegenstände sich unmittelbar auf die ehrwürdigste Tradition des Abendlandes, die römische, gründet.

Wir leben in einer Zeit, die nicht dazu angetan ist, Feste zu feiern. Erschüttert sind wir Zeugen unsagbaren menschlichen Leides, das in uns tiefes Mitgefühl und das Bedürfnis zu lindern weckt, soweit unsere schwachen Kräfte reichen. Wenn wir trotzdem unsere Tagung in herkömmlicher Weise abhalten, so geschieht es aus der Erwägung, daß gemeinsame Arbeit am Recht und Fühlungnahme mit Gleichgesinnten die Selbstbesinnung fördern kann, die uns diese Zeit auferlegt.

Der Vorstand hat seit der letzten Versammlung seine Geschäfte in fünf Sitzungen erledigt.

Seine Hauptarbeit bestand, wie immer, in der Auswahl wissenschaftlicher Themata für die Tagungen und

im Suchen von Referenten. Daß dies gegenwärtig eine leichte Sache sei, vermag ich nicht zu behaupten. Die Kriegszeit bringt den meisten unserer Mitglieder beträchtliche Vermehrung der zivilen und militärischen Aufgaben. Um so dankbarer sind wir den Referenten dieses Jahres. Infolge von Verschiebungen, die in letzter Stunde vorzunehmen waren, haben alle vier ihre Arbeit in der denkbar kürzesten Zeit abschließen müssen. Ihr großer Opfermut setzt uns in den Stand, auch an dieser Tagung anhand ausgezeichneter Referate einerseits am Ausbau der schweizerischen Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts mitzuwirken, andererseits einen Beitrag zur Gesetzgebung des Bundes zu leisten, der, nebenbei gesagt, dafür ein Zeugnis wird sein können, daß nach der Annahme des umstrittenen Strafgesetzbuches ehemalige Freunde und Gegner in gleicher eidgenössischer Treue bestrebt sind, die Einführung des Gesetzes zu erleichtern. Daß wir schon für 1942, ja sogar zum Teil für 1943, Zusagen besitzen, zeigt ebenfalls die dankenswerte Bereitschaft schweizerischer Juristen, trotz großer Belastung im Rahmen unseres Vereins in uneigennütziger Weise wertvolle wissenschaftliche Arbeit zu verrichten.

Ein weiterer Beweis für das Interesse an unseren Bestrebungen ist die ungewöhnlich hohe Zahl der eingelaufenen Preisschriften über den Versorgerschaden. Es sind deren acht, vier in deutscher, drei in französischer, eine in italienischer Sprache. Auf unsere Ausschreibungen in ruhigeren Jahren meldete sich nicht selten kein oder höchstens ein Bewerber. Eine entsprechend grössere Last hatte das Preisgericht zu bewältigen. Ich möchte an dieser Stelle den Herren Prof. Theo Guhl in Bern, Dr. Fritz Hagemann in Basel und Dr. René Desgouttes in Genf für ihre Mühe den Dank unseres Vereins aussprechen.

Der Ausweis über den Mitgliederbestand ist die dunkle Seite dieses Jahresberichts, 31 Todesfällen und 40 Austrittserklärungen stehen nur 10 Eintritte gegenüber. Die Mitgliederzahl ist daher zum erstenmal seit mehreren Jahren

erheblich zurückgegangen. Sie beträgt jetzt 1221 gegenüber 1282 vor einem Jahre. Viele jüngere Juristen sind anscheinend neben dem Aktivdienst durch vermehrte Berufssorgen zu sehr in Anspruch genommen, um an den Eintritt zu denken. Eine vor drei Jahren erfolgreich begonnene allgemeine Werbeaktion haben wir mit Rücksicht auf die Mobilmachung vorderhand stillgelegt. Ich darf jedoch alle Mitglieder auffordern, in ihrem Wirkungskreis für den Verein zu werben. In der Zahl der Austritte spiegeln sich leider die durch den Krieg hervorgerufenen wirtschaftlichen Nöte, denen auch unsere Mitglieder nicht entgehen.

Der Vorstand will Ihnen deshalb morgen einen Antrag auf Revision des Art. 4 der Statuten stellen, der ihn fortan ermächtigen soll, Mitglieder, die aus finanziellen Gründen auszutreten gezwungen wären, mit ihrem Einverständnis von der Zahlung des Beitrages auf Zeit zu befreien. Wir denken vor allem an Mitglieder, die jahrzehntelang dem Verein angehört haben und nun wegen der Teuerung ihre Unkosten vermindern müssen, dann aber auch an jüngere, die durch den Aktivdienst mehr als gewöhnlich belastet sind. Bei vorsichtiger Anwendung wird die neue Bestimmung unsere Finanzen nicht unerträglich beschweren. Wir glauben auch eine Inelegantia Juris, nämlich die Rückwirkung auf das abgelaufene Vereinsjahr 1940/41, Ihnen zuzumuten zu dürfen, da sie der Billigkeit entspricht.

Falls Sie unserem Antrag zustimmen, wird darum die Liste der Ausgetretenen eine Berichtigung erfahren. Im Einverständnis mit dem Vorstand sehe ich davon ab, sie heute zu verlesen. Die endgültige Liste erscheint dann im gedruckten Jahresbericht.

Liste der im Berichtsjahr 1940/41 erfolgten Austritte:

Eintritt:

| | | | |
|---------|----|--|------|
| Zürich: | 5. | Barth, Dr. Ignaz, Rechtsanwalt, Zürich 1 | 1937 |
| | | Beuttner, Dr. Karl, Rechtsanwalt, Zch. 1 | 1933 |
| | | Steinbuch, Dr. Walter, Rechtsanwalt, | |
| | | Zürich 1 | 1937 |

Eintritt:

| | | |
|--------------|---|------|
| Zürich: | Wreschner, Dr. Walter, Rechtsanwalt, Zürich 1 | 1930 |
| | Zöbeli, Hans, a. Oberrichter, Dielsdorf | 1907 |
| Bern: | 5. Bendheim, Dr. Erich, Bern | 1936 |
| | Brüstlein, Roland, Fürsprecher, Bern | 1920 |
| | Michel, Dr. Wilhelm, Fürsprecher, Inter- laken | 1935 |
| | Wildbolz, Louis, Notar, Bern | 1921 |
| | Wyler, Louis, Notar, Bern | 1933 |
| Luzern: | 2. Studer, Dr. Hans, Luzern | 1933 |
| | Mayr. v. Baldegg, Rudolf, a. Oberrichter, Luzern | 1902 |
| Schwyz: | 2. Hegner, Benedikt, Assessor, Schwyz | 1926 |
| | Marty, Josef, Kriminalgerichtsschreiber, Schwyz | 1926 |
| Fribourg: | 1. Vacheron, Max, ancien juge cantonal, Fribourg | 1924 |
| Basel-Stadt: | 2. Jung, Germain, Advokat, Basel | 1935 |
| | Maier, Dr. Gottlieb, Advokat, Basel | 1926 |
| St. Gallen: | 2. Eberle, Dr. Leo, Advokat, St. Gallen | 1921 |
| | Goldschmidt, Dr. Robert, Privatdozent, St. Gallen | 1937 |
| Aargau: | 2. Abt, Roman, Fürsprech, Wohlen | 1911 |
| | Bühler, Arthur, Verwalter, Rheinfelden | 1907 |
| Vaud: | 3. Steiner, Marguerite, cand. iur., Lausanne | 1934 |
| | Veyre, Victor, ancien notaire, Echallens | 1921 |
| | Vodoz, Antoine, Dr., conseiller d'Etat, Lausanne | 1934 |
| Valais: | 3. de Riedmatten, Louis, Dr., avocat, Sion | 1937 |
| | de Riedmatten, Michel, Dr., avocat et notaire, Sion | 1937 |
| | de Torrenté, Flavien, Dr., avocat | 1933 |
| Neuchâtel | 2. Hoffmann, Jean, avocat, La Chaux-de- Fonds | 1929 |
| | Jeanneret, Auguste, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds | 1904 |
| Genève: | 3. Baumgartner, Julien, notaire, Genève | 1934 |
| | DesGouttes, Paul, Dr., avocat, Genève | 1893 |
| | Feder, Ernest, Dr., Genève | 1938 |

Durch den Tod sind uns folgende Mitglieder entrissen worden. Der Vorstand hat beschlossen, in Zukunft, soweit

möglich, wenigstens die wichtigsten Tatsachen aus dem Leben der verstorbenen Mitglieder im gedruckten Jahresbericht wieder zu erwähnen.

Dr. Emil Hahnloser, Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins seit 1907, gestorben in New York am 3. Februar 1940, zuerst Advokat in Zürich, war sodann in kaufmännischer Stellung tätig, vor dem Weltkrieg im Hause P. Hahnloser & Cie. in Alexandrien, später in Zürich, in Paris und schliesslich in New York.

Dr. Lucius von Salis, Mitglied seit 1888, ursprünglich Advokat und Notar in Basel, hernach in Zürich, von Beginn der zwanziger Jahre an in Haldenstein, Graubünden, und zuletzt in Ponte.

Dr. Hugo Sigg, in Zürich, Mitglied seit 1939, ist als Leutnant im Dienste des Vaterlandes tödlich verunglückt.

Dr. Hans Hagmann, 1890—1940, Mitglied seit 1921, Auditor des Bezirksgerichtes Zürich von 1919 bis 1930, sodann Bezirksrichter, lebte nach seinem Rücktritt 1935 in Massagno, Kanton Tessin.

Jakob Hamann, Mitglied seit 1890, gestorben mit 76 Jahren, war zuerst Kanzlist am Bezirksgericht Zürich, wurde 1887 Audienz-Sekretär, 1892 Friedensrichter, 1895 Gerichtsschreiber der zweiten Abteilung des Bezirksgerichts und einige Jahre später Bezirksrichter.

Rudolf Hug, 1867—1940, Mitglied seit 1900, zuerst Advokat, seit 1904 Konkursbeamter in Rorschach, war daneben kurze Zeit Gerichtspräsident und amtete bis 1917 auch als Bezirksrichter.

Dr. Hermann Stumm, 1867—1940, Advokat und Notar in Basel, beteiligte sich in maßgebender Stellung an der Gründung und Leitung der schweizerischen Rheinsalinen, der schweizerischen Soda-fabrik und an anderen Unternehmungen. Während Jahrzehnten hielt er

Vorlesungen an den vom Erziehungsdepartement Basel-Stadt veranstalteten handelsrechtlichen Kursen. Kenner der bildenden Künste und der Musik, trat er lange Zeit auch als Verfasser von Konzertkritiken für die Presse hervor. Der Schweizerische Juristenverein, dem Dr. Stumm seit 1894 als Mitglied angehörte, hat ihm 1889 für die „Darstellung und Kritik der Bestimmungen des OR. über den Mietvertrag“ einen zweiten Preis verliehen.

Casimir Gicot, Mitglied seit 1929, gestorben mit 74 Jahren, Advokat und Notar in Landeron, Kanton Neuenburg, betätigte sich auch im politischen Leben seiner Gemeinde und seines Kantons. 1928—1929 war er Präsident des Neuenburger Großen Rates.

Dr. Fritz von Beust, 1886 bis 1940, Mitglied seit 1921, Rechtsanwalt in Zürich, bekundete sein Interesse für die Arbeitsverhältnisse des Theaterpersonals, mit denen sich schon seine Dissertation befaßt hatte, durch langjährige Tätigkeit als Sekretär der Deutschen Bühnengenossenschaft für die Schweiz und als Mitglied des Bühnenschiedsgerichtes.

Dr. Walter Gsell, Mitglied seit 1921, im 47. Altersjahr gestorben, war zuerst Gerichtsschreiber, nachher Rechtsanwalt in St. Gallen. Als Mitglied der freisinnig-demokratischen Partei betätigte er sich im politischen Leben der Stadt und des Kantons. Im Gemeinderat der Stadt St. Gallen führte er den Vorsitz der Geschäfts- und Rechnungsprüfungskommission.

Paul Koutaisoff, Mitglied seit 1933, in seinem 32. Altersjahr gestorben, russischen Ursprungs, war im Kanton Waadt aufgewachsen. Bürger geworden, Advokat und Privatdozent an der Universität Lausanne, veröffentlichte er mehrere Arbeiten auf dem Gebiete des Prozeßrechts und des internationalen Privatrechts.

Dr. Hans Kaufmann, 1871—1940, war Staatsschreiber, hernach Staatsarchivar des Kantons Solothurn, sodann,

von 1910 bis 1937, Mitglied des Regierungsrates. In Anerkennung seiner Arbeiten auf dem Gebiete des eidgenössischen und des kantonalen öffentlichen Rechts hat ihm die juristische Fakultät der Universität Zürich 1914 den juristischen Ehrendoktor verliehen. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins seit 1901, war er Sekretär der Jahresversammlung 1903 und hielt 1912 das Referat über „Die Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850“.

Louis Cartier, 1875—1940, Advokat in Genf, war vorher Präsident des Gerichtes erster Instanz und sodann juge à la Cour. Auch als Advokat wurde er später noch wiederholt zum Mitglied von Gerichten gewählt. 1935 beteiligte er sich an der Leitung der Saarabstimmung. Mitglied unseres Vereins war er seit 1919.

Dr. Alfons von Streng, 1852—1940, Mitglied seit 1899, in Sirnach, Sohn des thurgauischen Staatsmannes Johann Baptist von Streng, Vater des derzeitigen Bischofs von Basel und Lugano, von 1881 bis 1909 Gerichtspräsident in Münchwilen, trat als Vertreter der thurgauischen katholischen Volkspartei im öffentlichen Leben des Kantons und der Eidgenossenschaft hervor. Von 1886 bis 1929 war er Mitglied und mehrmals Präsident des thurgauischen Großen Rates, von 1900 bis zu seinem Tode Präsident des Kirchenrates, von 1908 bis 1937 Präsident der Vorsteuerschaft der thurgauischen Kantonalbank und von 1904 an während 31 Jahren Mitglied des Nationalrates. Er führte den Vorsitz in der katholisch-konservativen Fraktion und betätigte sich besonders auch in der Finanzkommission, die er zuletzt präsidierte.

Albert Villars, gestorben im 54. Altersjahr, war Advokat in Freiburg, wo er, von jurassischer Abstammung, seine Universitätsbildung erhalten hatte. 1924 wurde er Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins.

Angelo Tarchini, 1874—1941, Advokat in Balerna, war Sindaco dieser Stadt, Mitglied des tessinischen Grossen Rates, Präsident der katholisch-konservativen Partei des Kantons Tessin und wurde als Vertreter dieser Partei von 1914 bis 1940 wiederholt in den Nationalrat gewählt. Er ist der Verfasser der mehrbändigen „Raccolta delle leggi usuali del Cantone Ticino“. 1905 ist er unserem Verein beigetreten.

Dr. Karl Wilhelm Schlappner, Mitglied seit 1936, im Alter von 58 Jahren gestorben, bis 1929 Advokat in Olten, von 1929 bis 1935 Mitglied des vom Völkerbundsrat bestellten obersten Gerichtshofes des Saargebietes, trat 1937 in das Obergericht des Kantons Solothurn ein und wurde zugleich Mitglied des solothurnischen Versicherungsgerichts und des Schwurgerichtshofes.

Raoul Houriet, 1869—1941, von La Chaux-de-Fonds, betätigte sich bis 1903 als Advokat in dieser Stadt und amtete von 1903 bis 1908 als Sekretär des Bundesgerichts. 1908 erfolgte seine Ernennung zum Richter an den gemischten Gerichtshöfen in Aegypten. Seit 1929 war er Mitglied des gemischten Appellhofes in Kairo. Nach seinem Rücktritt nahm er 1937 seinen Wohnsitz in Lausanne. Er trat 1903 unserm Verein bei.

Paul Hafner, 1875—1941, Mitglied seit 1909, Sohn des Bundesrichters Heinrich Hafner, diente zuerst als Ingenieur der Jura-Simplon- und nachher der Nordostbahn; seit 1900 Inhaber des zürcherischen Anwaltspatentes, betätigte er sich im Rechtsbureau der Nordostbahn, später im eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum und im Rechtsbureau der Schweizerischen Bundesbahnen. Von 1911 bis 1916 war er Rechtskonsulent, von 1916 bis 1919 Generalsekretär der Schweizerischen Nationalbank. Advokat in Zürich und Vorsteher des Sekretariates der zürcherischen Kreditinstitute seit 1919, beteiligte er sich an der Gründung der Pensionskasse für Bankangestellte und an der Leitung industrieller Unternehmen.

Dr. Oskar Miller, 1888—1941, übte von 1917—1933 in Solothurn eine Praxis als Advokat aus, 1933 erfolgte seine Ernennung zum Sekretär der solothurnischen Handelskammer. In dieser Eigenschaft widmete er sich vorwiegend wirtschaftlichen Fragen. Seiner anhaltenden Neigung für das römische Recht gab er Ausdruck durch einen zum 1400. Jahrestage der Entstehung der Digesten veröffentlichten Vortrag. Im Juristenverein, dem er seit 1918 angehörte, ist er 1927 mit dem Referat „Der Boykott nach schweizerischem Zivilrecht“ hervorgetreten.

Eloi Corminbœuf, im Alter von 56 Jahren gestorben, war seit 1913 Notar in Domdidier, daneben receveur d'Etat und agent de la Banque d'Etat. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins wurde er 1924.

Dr. Viktor Emil Scherer, 1881—1941, in jungen Jahren Syndikus der Maschinenfabrik Buss AG., sodann Advokat in Basel, vertrat seit 1911 fast ohne Unterbrechung bis zu seinem Tode die freisinnig-demokratische Partei im Großen Rate, den er 1916 präsidierte, und trat nach einer kurzen Mitgliedschaft im Ständerat 1929 in den Nationalrat ein. Er war Referent der Kommission für die Revision des OR., in der er auch den Vorsitz führte, Präsident der Gruppe Schweiz der interparlamentarischen Union und bekundete sein Interesse für die unselbständig Erwerbenden durch Tätigkeit in den Verbänden der Angestellten, des kantonalen und des eidgenössischen Personals. 1905 erschien sein Buch über „Die Haftpflicht des Unternehmers auf Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes“. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins war er seit 1920.

Dr. Alfons Gmür, Mitglied seit 1908, im Alter von 63 Jahren gestorben, war zuerst Gerichtsschreiber, sodann während fünfunddreissig Jahren Advokat in Rapperswil. Von 1912—1938 gehörte er dem Großen Rate des Kantons St. Gallen an, dessen freisinnige Fraktion er eine Zeitlang präsidierte. Bis 1936 amtete er auch als Mitglied des Erziehungsrates.

Adolf Beerli, 1860—1941, von Mammern, liess sich 1885 als Fürsprech in Kreuzlingen nieder, wurde 1886 Gerichtsschreiber und war von 1897 bis 1935 Präsident des Bezirksgerichtes Kreuzlingen. Für die Dauer mehrerer Amtsperioden saß er als Vertreter der freisinnig-demokratischen Partei im Großen Rate des Kantons Thurgau und von 1899 an in der Schulvorsteherschaft von Kreuzlingen. Mitglied unseres Vereins ist er 1893 geworden.

Arthur Couchepin, 1869—1941, von Martigny, begann seine Laufbahn als Advokat in dieser Stadt, trat 1893 als Vertreter der liberal-radikalen Partei in den Grossen Rat und 1905 in die Regierung des Kantons Wallis ein. 1916 erfolgte seine Wahl in das Bundesgericht. Während zwanzig Jahren gehörte er der staatsrechtlichen Abteilung an. Als Präsident trat er 1936 in den Ruhestand und wurde im Bundesgericht durch seinen Sohn ersetzt. Die juristische Fakultät der Universität Bern verlieh ihm 1936 den juristischen Ehrendoktor. Er war Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins seit 1896.

Francis Peter, 1876—1941, Mitglied seit 1938, geboren in Neapel, in Alexandrien gestorben, zuerst Substitut des Genfer Staatsanwaltes, von 1907 an Advokat in Genf, war Mitglied des Großen Rates als Vertreter der Radikalen. 1912 wurde er zum Richter der gemischten Gerichtshöfe in Aegypten ernannt, führte später deren Vorsitz und gehörte zuletzt dem gemischten Appellhof an.

Dr. Paul Ronus, 1883—1941, Mitglied seit 1939, von 1913 an Advokat und Notar in Basel, daneben längere Zeit Statthalter des Strafgerichts, trat im politischen Leben des Kantons als Angehöriger der liberalen Partei hervor. Er war während 25 Jahren mit einer kurzen Unterbrechung Mitglied des Grossen Rates, in dem er 1921 den Vorsitz führte und seit einigen Jahren die Rechnungskommission präsidierte. In gemeinnützigen Werken tätig, stand er der Allgemeinen Armenpflege vor. Er komman-

diente, nachdem er wiederholt im Generalstab Dienst getan hatte, als Oberst der Infanterie eine Auszugsbrigade.

André Wavre, 1874—1941, docteur en droit, seit 1899 Advokat, von 1902 an Notar in Neuenburg, beteiligte sich auch an der Leitung mehrerer industrieller Unternehmungen und gehörte dem Verwaltungsrat des Schweizerischen Bankvereins und des Crédit foncier neuchâtelois an. Er war Gérant des Hôpital Pourtalès. Oberstleutnant der Artillerie, diente er seit Beginn des Krieges bei einem Territorialkommando. In den Schweizerischen Juristenverein ist er 1897 eingetreten.

Dr. Emil Guggenheim, im 73. Altersjahr gestorben, Fürsprech und Notar in Baden, war als Angehöriger der freisinnigen Partei und als Präsident des Ortsbürgervereins zugleich politisch tätig. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins wurde er 1894.

Emile Gaudard, 1856—1941, Mitglied des Juristenvereins seit 1891, war bis 1911 als Advokat in Vevey tätig und nahm starken Anteil am politischen Leben seiner Stadt, seines Kantons und der Eidgenossenschaft. Er wurde als Liberaler 1882 in den Gemeinderat, 1883 in den Grossen Rat und 1884 in den Verfassungsrat gewählt. Als Vertreter der radikal-demokratischen Partei, deren Präsident er später war, kehrte er in den Grossen Rat zurück. 1894 erfolgte seine Wahl in den Nationalrat, dem er bis 1925 angehörte und in dem er sich vor allem finanziellen Fragen widmete. Er war bis 1937 Präsident des Verwaltungsrates der Schweizerischen Bundesbahnen, saß auch lange Jahre im Bankrat der Schweizerischen Nationalbank und im Conseil général der waadtländischen Kantonalfank. Auch an der Leitung privater Unternehmen beteiligte er sich. Er wurde 1896 zum Ersatzrichter des Bundesgerichtes ernannt und 1925 als Mitglied der schweizerischen Delegation für die Völkerbundsversammlung bestimmt. Seit 1899 abbé-président de la Confrérie des vignerons de Vevey, leitete er die Winzerfeste von 1905 und 1927.

Louis Willemin, 1863—1941, Advokat in Genf, gründete daselbst die jungradikale Partei, wurde 1907 Mitglied des Großen Rates, 1911 Maire von Plainpalais und trat dann auch in den Nationalrat ein. Seit 1921 widmete er sich ausschließlich seiner Praxis. 1891 wurde er Mitglied unseres Vereins und amtete im gleichen Jahre als Sekretär der Versammlung in Genf.

Ich bitte die Versammlung, sich zu Ehren der Verstorbenen zu erheben.

Seit der letzten Versammlung hat der Vorstand folgende Herren aufgenommen:

- Zürich: 1. Renold, Dr. Pierre, Fürsprech, Leiter der Juristischen und Schaden-Abteilung der DAS, La Défense Automobile et Sportive, Zürich.
- Bern: 1. Waiblinger, Dr. Max, Staatsanwalt, Privatdozent an der Universität Bern, Bern.
- Luzern: 2. Scherer, Dr. C. W., Rechtsanwalt, Luzern.
Ehret, Dr. Peter, Rechtsanwalt, Sursee.
- Basel-Stadt: 1. Jann, Dr. Adolf, Sekretär der Schweiz. Bankiervereinigung, St. Albangraben 3, Basel.
- Ticino: 1. Zeli, Spartaco, dottore in legge, avvocato e notaio, Bellinzona.
- Neuchâtel: 3. Hänni, André, La Chaux-de-Fonds.
Jeanneret, Jean-S., docteur en droit, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds.
Knapp, Charles, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel.
- Genève: 1. de Loës, Charles, docteur en droit, associé à la Maison de Banque Hentsch & Cie, Genève.

Sehr verehrte liebe Herren Kollegen!

In besonderer Weise bedeutsam ist dieser Juristentag, weil 1941 unsere Eidgenossenschaft die 650 Jahre ihres Bestandes feiert.

Für alle hier Versammelten wird dieser Umstand ein Anlaß sein, in ihrem Herzen das Versprechen unerschütterlicher Liebe und Treue zum Vaterland zu erneuern, und der unermeßlichen Dankesschuld zu gedenken, in der den Vorfahren, vor allem jedoch der gnädigen göttlichen Vorsehung gegenüber die Eidgenossen stehen.

Als Juristen aber fühlen wir uns noch gedrungen, die Frage zu stellen, in welchem Verhältnis der erste statutarische Zweck unseres Vereins, die Pflege der Rechtswissenschaft, zum Dienste am Vaterlande steht, den wir heute von neuem geloben.

Dabei denke ich nicht an die unmittelbare Mitwirkung des Vereins am Ausbau der Gesetzgebung und an der Gestaltung der Rechtspflege. Mehrere meiner Vorgänger haben die unbestrittenen Verdienste auf diesen Gebieten vor trefflich gewürdigt, als in früheren Jahren sich berechtigter Anlass dafür bot. Dass der Schweizerische Juristenverein aus dem Rechtsleben der Schweiz während der letzten 80 Jahre nicht wegzudenken ist, bedeutet keine Uebertreibung.

Heute, im Jubiläumsjahr der Eidgenossenschaft, ist es wohl gerechtfertigt, die aufgeworfene Frage auf die Pflege der Rechtswissenschaft schlechthin zu beziehen, auf die Mitarbeit an einer universellen Aufgabe, die schon vor der Entstehung der Eidgenossenschaft gestellt war und deren Erfüllung über die Grenzen unseres Staates hinausreicht. Diese Mitarbeit haben die Gründer von uns verlangt, als sie neben der Verbreitung der Kenntnis des eidgenössischen Rechts und der kantonalen Rechte die Pflege der Rechtswissenschaft in der Schweiz zum Zwecke des Vereins erhoben.

Eigenartig ist die Stellung der Rechtswissenschaft im Kreise der anderen Wissenschaften. Sie ist Erkenntnis ei-

ner Tatsache, des geltenden oder positiven Rechts und, als Rechtsgeschichte, seiner Vorläufer. Sie ist aber auch Bewertung dieses Rechts und gibt den Anstoß zu dessen Veränderung und Verbesserung auf ein Ziel hin, die Gerechtigkeit. Daher werden zwei Richtungen der Rechtswissenschaft unterschieden: Wissenschaft *de lege lata* und Wissenschaft *de lege ferenda*, und damit zwei Aufgaben gekennzeichnet.

Beide Betrachtungsweisen stehen oft miteinander in engster Verbindung. Die Erkenntnis geltender Rechtssätze geschieht durch eine Auslegung, die zwar den bei der Aufstellung der Sätze gewollten Sinn zu erfassen sucht, die aber, da sie die Anwendung vorbereitet, schließlich darauf ausgeht, eine möglichst gerechte Regel zu gewinnen. Das geltende Recht in seiner Gesamtheit ist der Niederschlag früherer Werturteile. Diese werden nicht nur festgestellt, sondern auch nachgeprüft.

So findet die Rechtswissenschaft, wiederum eine Eigentümlichkeit, in ihrem Gegenstande selbst die Spuren ihres eigenen Wirkens. Eine Begriffsbestimmung, die das geltende Recht nicht bloss in den Formen des Gesetzes und des Gerichtsgebrauches, die gegenwärtig vorherrschen, sondern in allen denkbaren Erscheinungsarten erfassen und gegenüber anderen Regeln abgrenzen will, muß darum geradezu auf die notwendige Beziehung zur Rechtswissenschaft abstellen. Erst als ein Teil der gesellschaftlichen Ordnung Gegenstand einer praktischen Wissenschaft geworden war, bildete das alte Rom dafür den Begriff des *Jus*. In allen modernen Sprachen hat der Begriff „Recht“ den doppelten Sinn sowohl der geltenden als auch der richtigen Ordnung und drückt damit die allerdings oft nur dunkel geahnte, unlösbare Verbindung mit einer bewertenden Tätigkeit aus, deren Richtschnur das verwandte Wort „Gerechtigkeit“ bezeichnet.

Die Feststellung, dass die Rechtswissenschaft eigentlich nichts anderes sein kann als ein für die Funktion des Rechts unentbehrliches Glied desselben, wäre schon eine Antwort auf die gestellte Frage; doch wird an der Richtig-

keit dieser Feststellung von manchen gezweifelt; wiederholt haben Lehren Einfluß gewonnen, die das Wesen der Rechtswissenschaft erkennen. Diese hat wie gesagt zugleich Erkenntnis- und Bewertungsprobleme zu bewältigen und in beiden Richtungen zu ganzen Lösungen vorzudringen.

So haben schon ihre Begründer, die Juristen Roms, die von der geltenden Rechtsordnung geschaffenen tatsächlichen Beziehungen unter den Menschen erfaßt, dafür die Begriffe der einzelnen Rechtsverhältnisse geprägt und auf Grund der von ihnen beobachteten allgemeinen Strukturunterschiede dieser Rechtsverhältnisse ein System des Privatrechts gefunden, das, nur mit Abweichungen im einzelnen, unser Zivilgesetzbuch und andere europäische Kodifikationen noch heute verwenden. Gleichzeitig haben sie die Rechtsätze und die durch sie bedingte Gestaltung der Rechtsverhältnisse fortwährend der Kritik unterzogen; sie haben beständig zur Annäherung an die Gerechtigkeit angeregt, so daß sie, über das Wesen ihrer Arbeit befragt, diese als „ars aequi et boni“ zu bezeichnen vermochten. Letzter Zweck der Begriffs- und Systembildung war für sie die Anwendung des geltenden Rechts.

In neuerer Zeit dagegen ist es nicht selten, unter gleichzeitiger Belebung der einen Betrachtungsweise, zur Verkennung, ja sogar, wenn auch nur in Postulaten, zur Ausschaltung der anderen gekommen, als ob der menschliche Geist in seinem zuweilen, aber nicht durchweg berechtigten Drange zur Einheit bei gründlicher Besinnung am zweispältigen Wesen der Rechtswissenschaft Anstoß nehmen müßte.

Allbekannt ist die Mißachtung der bewertenden Tätigkeit durch die historische Rechtsschule, die neben einer Vertiefung der Kenntnis der geltenden Rechte und ihres Ursprunges einhergeht. Begreiflich, daß diese Schule eine Epoche des Positivismus einleitet, die in der Forderung der vollständigen Unterwerfung des Juristen unter das geltende Recht und der Beschränkung auf die Wissenschaft de lege

lata gipfelt. Das Programm der historischen Rechtsschule wandte sich ursprünglich gegen eine Uebertreibung in der entgegengesetzten Richtung, gegen das Naturrecht, wie es hieß, in Wahrheit allerdings nicht gegen die wirklichen Lehrer des Naturrechts, die dieses sehr wohl als Inbegriff der für die Beurteilung des positiven Rechts maßgebenden Grundsätze zu verstehen wussten, sondern gegen die am Ende des achtzehnten Jahrhunderts in oberflächlichen Köpfen verbreitete Ansicht, daß die Gesamtheit der Rechtsordnung sich aus den durch die Vernunft zu gewinnenden Grundsätzen einfach ableiten lasse, was Anerkennung nur noch der Bewertung und nicht mehr der Erkenntnis als Aufgabe der Rechtswissenschaft bedeutete.

In anderem Gewande hat sich die gegensätzliche Ueberbetonung einer Betrachtungsweise der Rechtswissenschaft bis auf den heutigen Tag fortgesetzt.

Den Fehler der historischen Rechtsschule und des Positivismus begeht später eine Soziologie, die das Recht mit allen anderen gesellschaftlichen Erscheinungen in einen vermeintlich durch unerbittliches Kausalgesetz bestimmten Naturverlauf einstellen will und damit die Rechtswissenschaft in die Naturwissenschaft einreihet, wie sie der Vorstellung vieler ihrer Vertreter damals und bis in die jüngste Zeit hinein entsprach.

Verkennung der Erkenntnisaufgabe der Rechtswissenschaft andererseits liegt in dem, in verschiedener Art unternommenen Versuch, das Recht als Ganzes einer der Welt des Seins, d. h. der Natur, entgegengesetzten Welt des Sollens zuzuweisen. Grundsätzlich wird damit allein die Bewertung als juristische Betrachtungsweise angesehen. Daß die Rechtswissenschaft im geltenden Rechte eine Tatsache des gesellschaftlichen Lebens zu erkennen habe, wird geleugnet. Deshalb verdrängt die an sich berechtigte Frage nach der Gültigkeit oder Verfassungsmäßigkeit des positiven Rechts gänzlich die Untersuchung der zur Entstehung dieses Rechts führenden geschichtlichen Vorgänge. Die Rechtsbegriffe, die vom geltenden Recht geschaffene Ver-

hältnisse bezeichnen, werden durch angeblich allgemeingültige und von einer letzten Sollensnorm abgeleitete Begriffe ersetzt, deren Bedeutung für gerechte Entscheidungen aber ebenso zweifelhaft sein dürfte, wie deren Wert für die Erkenntnis des geltenden Rechts. So tritt in die Stellung und in den Rang der alten Rechtswissenschaft eine sogenannte „reine Rechtslehre“.

Der Drang nach Einheit aber, wodurch der menschliche Geist den Weg zur tieferen Einsicht oft sich versperrt, ist wohl kaum die einzige Ursache dieser einseitigen und darum falschen Vorstellungen über das Wesen der Rechtswissenschaft. Sicherlich hat auch die Verwirrung dazu beigetragen, die seit Beginn des neunzehnten Jahrhunderts in den Ansichten über das Ziel der Rechtsentwicklung, über den Grundsatz der Gerechtigkeit, herrscht. Diese Verwirrung ist eine Folge der allgemeinen, nach den Umwälzungen der vorletzten Jahrhundertwende verständlichen Enttäuschung über eine schließlich nur noch negativ auf die Freiheit des Menschen abstellende Formulierung des Prinzips.

Flucht vor der unbequemen Frage nach dem Inhalt der Gerechtigkeit ist die Einstellung der historischen Rechtsschule, des Positivismus und der naturwissenschaftlich gerichteten Soziologie, aber auch, wie mir scheint, derjenigen Richtungen, die ich unter dem Namen reine Rechtslehre zusammengefaßt habe, obwohl sie gerade die Erkenntnisaufgabe der Rechtswissenschaft hintanstellen und im Grunde nur die wertende Tätigkeit für berechtigt halten. Das Ziel dieser Tätigkeit ist für sie eine bloß formale Rechtsidee und bleibt deshalb völlig im Dunkel. Dient nicht dieses System allgemeingültiger Begriffe, die im leeren Raum zwischen der Rechtsidee und dem geltenden Recht schweben, gewissermassen als Ersatz für den fehlenden Inhalt der Idee? Denn durch Anpassung an dieses System soll, wenn es auch nicht deutlich gesagt wird, das geltende Recht der Rechtsidee irgendwie näher kommen.

Nur ein Grundsatz mit bestimmtem Inhalt vermag einen Maßstab für die Werturteile abzugeben und damit eine

abschließende Einsicht in das Wesen der Rechtswissenschaft zu vermitteln.

Wenden wir noch einmal den Blick auf unsere ersten Lehrmeister, auf die Juristen Roms. Den Antrieb zu ihrer „ars aequi et boni“ gab ihnen eine bestimmte Vorstellung von der Gerechtigkeit. Hätten sie die nicht gehabt, wären sie nicht zum Aufbau eines Privatrechts fähig gewesen, dem für alle Zeiten die Bewunderung der Nachwelt gesichert ist, und das in seinen Intentionen so seltsam gegen die harte Wirklichkeit seiner Entstehungszeit absticht. Als die römische Rechtswissenschaft sich anschickte, ihren großen Flug zu nehmen, hat Cicero dem Gedanken der Gerechtigkeit beredten Ausdruck gegeben: „Natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum juris est“: „Die Natur hat uns dazu geschaffen, die Menschen zu lieben, und das ist die Grundlage des Rechts“, oder: „Cum animus, cognitis virtutibus, societatem caritatis coierit cum suis, quid eo excogitari poterit beatius?“: „Wenn der Geist nach Erkenntnis der Tugenden, mit den Mitmenschen eine Gesellschaft der Liebe eingeht, was könnte man Glücklicheres ausdenken?“

Wird der Wille zur Gerechtigkeit von der Liebe zum Menschen getragen, so ist gerecht eine Ordnung, die dem Menschen die Stellung anweist, die ihm als Mensch gebührt.

Wenn die Juristen später die Gerechtigkeit als „perpetua voluntas sui cuique tribuendi“ definierten, so ließen sie die zur Ergänzung dieser Begriffsbestimmung unentbehrliche letzte Norm, welche festsetzt, was für jeden das Seine sei, unausgesprochen, nicht weil sie von Cicero abwichen, sondern weil sie etwas Selbstverständliches zu sagen sich scheut.

Das Christentum hat diesen Gedanken der Gerechtigkeit aufgenommen. Es hat aber dem Gebot der Liebe stärkeren Nachdruck verliehen und die Würde des Menschen und damit die Pflicht zur Gerechtigkeit tiefer begründet, als die Philosophen zu tun vermochten. Allerdings hat es den Menschen zugleich gelehrt, bescheiden zu sein und nicht

zu vergessen, daß zur vollen Verwirklichung der Gerechtigkeit seine Kraft allein nicht ausreicht. Damit ist für Jahrhunderte eine bestimmte Auffassung der Gerechtigkeit gegeben. Sie tritt uns im Mittelalter entgegen, das im „*bonum commune*“ den Zweck des Rechtes erblickt. Wir finden sie bei den Denkern des jüngeren Naturrechts und schließlich noch als berechtigten Kern in der Lehre von den Menschenrechten.

Liegt nun auch die letzte metaphysische Begründung der Gerechtigkeit jenseits des Tätigkeitsfeldes des Juristen, so hat die Rechtswissenschaft selbst zum mindesten bis an die Stelle vorzudringen, an der Cicero und die ihm folgenden Juristen standen. Da alles Recht das Zusammenleben der Menschen ordnet, mündet die Bewertung in die Frage, ob es den Menschen befähigt, seine Aufgabe als Mensch zu erfüllen, „*de pouvoir faire ce que l'on doit vouloir*“, wie Montesquieu vortrefflich sagt.

Diese Frage demnach haben wir als Juristen an das geltende Recht zu stellen. Ob wir, indem wir das tun, auch unsere Pflicht dem Vaterlande gegenüber erfüllen, ist darum schließlich festzustellen.

Die Eidgenossenschaft beruht auf dem Willen zusammenzustehen, der sich sozusagen täglich erneuern muß, was nur aus der Ueberzeugung geschehen kann, daß im gemeinsamen Vaterlande jeder Eidgenosse seiner Berufung als Mensch gerecht zu werden vermag. Eingedenk dieser Berufung sind 1291 die Männer der Waldstätte vor Gott getreten, um sich auf ewige Zeiten nicht nur Hilfe, sondern gegenseitige Liebe und Achtung zu versprechen und dies durch ihren Eid zu bekräftigen. Daß auch in der Gegenwart der Bund keinen anderen Grund hat, anerkennt schon das geltende Recht durch die Souveränität der Kantone vor allem, die Individualrechte der Verfassung und das Persönlichkeitsrecht des Zivilgesetzbuches.

Weil dem so ist, bedeutet Besinnung auf die Gerechtigkeit, die dem Juristen von Berufs wegen obliegt, zugleich Besinnung auf die Grundlage unseres Staates.

In einer Zeit der Not besonders, da die Bewahrung des Lebens zuweilen Einbrüche in ehrwürdige Regeln des bisher geltenden Rechts und, wenn auch vorübergehende, so doch schmerzliche Beschränkungen der überlieferten Freiheit erfordert, muß der Jurist, den das Altertum einen „sacerdos“ nannte, sich dafür einsetzen, dass der Geist der Eidgenossenschaft nicht nur in die Zukunft sich rette, sondern auch fernerhin entfalte. Dann mag man ihn zu den „prudentiores“ rechnen, denen der erste Bundesbrief die Schlichtung von Streit unter den Eidgenossen vorbehielt, und deren unsere Schweiz als eines öffentlichen Gewissens dringend bedarf.

Wahre Pflege der Rechtswissenschaft ist nicht bloss ein Vorteil; auf ihr ruht der Bestand unseres Vaterlandes.

Auf Antrag des *Präsidenten* beschliesst die Versammlung, den Herren *alt Bundesrat Dr. J. Baumann*, in Bern, und *Ständerat Frédéric Martin*, in Genf, welche zum allgemeinen Bedauern an der Teilnahme am Juristentag verhindert sind, auf telegraphischem Wege ihre Grüße zu entbieten.

II.

Aufnahme neuer Mitglieder.

Es haben folgende Damen und Herren ein Gesuch um Aufnahme in den Schweizerischen Juristenverein gestellt:

Aebli, Dr. Dietgen, Bezirksgericht, Horgen.
Aufranc, Adolf, Gerichtspräsident und Regierungsstattleiter, Nidau-Biel.
Battaglini, Carlo, avvocato, Pretore di Lugano, Lugano.
Bertschinger, Dr. Hans, Advokat, Biel.
Bolla, Dr. jur. Augusto, Bellinzona.
Caroni, Dott. Arrigo, avvocato, Locarno.
Des Gouttes, Dr. René, avocat, Genève.
Feer, Dr. Hans, c/o Bezirksgericht, Horgen.
Furler, Frl. Elly, Sekretärin am Obergericht, Bern.
Gay, Dr. Edmond, avocat et notaire, Sion.
Gianella, dott. Alberto, avvocato, Locarno.
Hauser, Dr. Mark, Bezirksgericht, Horgen.
Herzfeld, Dr. Ignaz, Advokat und Notar, Basel.
Imboden, Dr. Max, Gerichtssubstitut, Horgen.
Jobé, Jean, avocat, Greffier à la Cour suprême, Bern.
Leu, Werner, notaire, Biel.
Loder, Robert, Oberrichter, Bern.
Luchsinger, Dr. Kurt, Bezirksgericht, Horgen.
Maire, Frl. Dr. Aimée, Basel.
Mariotti, Dott. Giacomo, avvocato, Locarno.
Mayr von Baldegg, Dr. Bernhard, Luzern.

Marcionni, Pietro, avvocato, Ascona.
Moser, Dr. René, Advokat, St. Gallen.
Müller, Dr. Beat, Advokat, Langenthal.
Pedrotta, Fausto, avvocato, Locarno.
Petitpierre, Claudio, licencé en droit, Neggio (Tessin).
Scazziga, Dott. Francesco, avvocato, Locarno-Muralto.
Schech, Dr. Gregor, Gerichtsschreiber, Zug.
Terrier, Paul, avocat, Porrentruy.
Verda, Dott. Plinio, avvocato e notaio, Bellinzona.
Volonterio, Luciano, avvocato, Locarno.
Wuarin, Dr. Jean, avocat, docteur en droit, Genève.
Zanolini, Mario, avvocato, Locarno-Muralto.

Sämtliche Bewerber werden von der Versammlung
stillschweigend und einstimmig aufgenommen.

III.

Ernennung der Sekretäre.

Auf Vorschlag des *Präsidenten* wählt die Versammlung
folgende Herren als Sekretäre:

Cavalli, Dr. Remo, avvocato e notaio, Locarno,
Schmid, Dr. Hans Peter, Advokat und Notar, Basel,
Jobé, Dr. Jean, Greffier à la Cour suprême du Canton de
Berne, Bern

IV.

Jahresbericht des Kassiers.

Herr *Dr. Riccardo Jagmetti*, Kassier des Juristen-
vereins, verliest seinen Bericht:

Rapport du Caissier
pour l'exercice du 1er juillet 1940 au 30 juin 1941.

1. Compte général.

Les *recettes* de l'exercice, comparées à celles de l'exercice précédent ont été les suivantes:

| | 1940/1941 | 1939/1940 |
|---|-----------------|----------------|
| | fr. | fr. |
| Cotisations | 10,157.— | 6,510.— |
| (La différence en plus s'explique par l'augmentation de la cotisation de fr. 5.- à fr. 8.-) | | |
| Intérêts | | |
| du compte de chèques postaux | 2.80 | 8.30 |
| du compte-courant à la Banque Cantonale Vaudoise . . | 58.75 | 9.80 |
| des titres en dépôt à la Banque Cantonale Vaudoise . . . | 1,399.90 | 1,756.65 |
| Remboursement de ports . . . | 62.— | 47.05 |
| | <hr/> 11,680.45 | <hr/> 8,331.80 |

Les *dépenses* ont été les suivantes:

| | 1940/1941 | 1939/1940 |
|------------------------------|----------------|----------------|
| | fr. | fr. |
| Frais généraux | 6,305.30 | 1,521.60 |
| Frais d'impression | 721.40 | 3,007.60 |
| | <hr/> 7,026.70 | <hr/> 4,529.20 |

(La différence en plus sur les frais généraux s'explique surtout

1. par les dépenses occasionnées par la Réunion de la Société Suisse des Juristes, à Zurich, en 1940,
2. par l'impression d'un nouvel Etat des membres au 31 janvier 1941,
3. par l'allocation d'une somme de fr. 500.— au Don National suisse,
4. par l'allocation d'une somme de fr. 1000.— à la Commission pour la publication des sources du droit.

La différence en moins sur les frais d'impression s'explique par le fait que l'imprimeur ne nous a pas encore envoyé la facture pour l'impression des rapports pour la Réunion de 1941.)

8

*L'excédent des recettes sur les dépenses pour 1940/41 est de fr. 4,653.75, alors qu'en 1939/40 il y avait un excé-
dent des recettes de fr. 3,802.60.*

Au 30 juin 1941 il y a une *plus-value sur les titres* de fr. 2,986.—.

La *fortune* de la Société qui s'élevait au

| | |
|--|----------------------|
| 30 juin 1940 à | fr. 46,915.40 |
| s'est augmentée | |
| de l'excédent des recettes sur les dépenses | ,, 4,653.75 |
| de la plus-value sur les titres. | ,, 2,986.— |
| Au 30 juin 1941, cette fortune s'élève à . . . | <u>fr. 54,555.15</u> |

Elle est représentée par

| | |
|--|----------------------|
| a) les titres en dépôt à la Banque Cantonale Vaudoise | fr. 40,922.— |
| b) le solde actif du compte-courant à la Banque Cantonale Vaudoise | ,, 7,593.30 |
| c) le solde actif du compte de chèques postaux | ,, 5,819.85 |
| d) le solde actif du caissier | ,, 220.— |
| Somme égale à la fortune du Compte gén. | <u>fr. 54,555.15</u> |

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

Les *recettes* de l'exercice sont représentées par le revenu des titres, du compte-courant et du livret de dépôt de la Banque Cantonale Vaudoise ainsi que par un versement du Compte général de fr. 1000.—.

| | | |
|--|-----|-----------------|
| Ces recettes s'élèvent à | fr. | 6,082.90 |
| contre fr. 6,304.90 pour l'exercice précédent. Aucune publication n'ayant été faite, il n'y a eu, comme dépenses que les frais de banque s'élèvant à | „ | <u>104.35</u> |
| L'excédent des recettes sur les dépenses est de | fr. | <u>5,978.55</u> |

| | | |
|--|-----|------------------|
| Il y avait, en 1939/40, un excédent des recettes de | fr. | 2,189.50 |
| La plus-value sur les titres au 30 juin 1941 représente | fr. | 9,555.— |
| Le montant du fonds spécial au 30 juin 1940 était de | fr. | 136,951.45 |
| Il s'est augmenté de l'excédent des recettes sur les dépenses de | „ | <u>5,978.55</u> |
| et de la plus-value sur les titres de | „ | <u>9,555.—</u> |
| Le montant du Fonds spécial au 30 juin 1941 est ainsi de | fr. | <u>152,485.—</u> |

Cette somme est représentée par

| | | |
|--|-----|------------------|
| a) les titres en dépôt à la Banque Cantonale Vaudoise | fr. | 139,807.— |
| b) le livret de dépôts No. 49473 de la Banque Cantonale Vaudoise | „ | 4,812.10 |
| c) le solde actif du compte-courant à la Banque Cantonale Vaudoise | „ | <u>7,865.90</u> |
| Somme égale à la fortune du fonds spécial | fr. | <u>152,485.—</u> |

Der Jahresbericht des Kassiers wird vom Präsidenten bestens verdankt und von der Versammlung stillschweigend genehmigt.

V.

*Bericht der Rechtsquellenkommission
über das Jahr 1940/1941.*

Folgender Bericht wird verlesen:

„Die Rechtsquellenkommission mußte infolge des Ausscheidens zweier hochverdienter Mitglieder ergänzt werden. Wie schon im letzten Jahresbericht erwähnt, ist Herr Dr. jur. und Dr. phil. h. c. Friedrich Emil Welti uns am 8. März 1940 durch den Tod entrissen worden; seine großen Verdienste um die Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen in Vergangenheit und Zukunft seien auch hier nochmals dankbar erwähnt. Herr Notar Emile Rivoire, Genf, der Herausgeber der Genfer Rechtsquellen, ist altershalber zurückgetreten; auch ihm sei an dieser Stelle aufs beste gedankt! Außerdem war Herr Prof. Petitpierre, der Delegierte des Vorstandes des Vereins in der Rechtsquellenkommission, zu ersetzen, nachdem der neue Vorstand gewählt worden war. Die Rechtsquellenkommission besteht nun aus folgenden Mitgliedern:

1. Prof. Dr. Hans Fehr, Muri bei Bern.
2. Dr. Riccardo Jagmetti, Zürich, als Delegierter des Vorstandes.
3. Dr. C. Moser-Nef, St. Gallen.
4. Prof. Dr. J. Wackernagel, Basel.
5. Prof. Dr. H. Rennefahrt, Bern.

Der Vorstand des Juristenvereins schlägt ferner auf Anregung der Rechtsquellenkommission vor:

6. Prof. Dr. W. Liebeskind, Genf.

Im Berichtsjahr konnte leider keine neue Quellenausgabe erscheinen.

In Vorbereitung sind:

1. Die Freiburger Notariatsformulare (Herausgeber: Dr. A. Bruckner, Reinach bei Basel).
2. Das Schaffhauser Stadtbuch, mit Zunftbriefen (Dr. K. Schib, Schaffhausen).
3. Glarner Rechtsquellen (Prof. W. Liebeskind, Genf).
4. Rechtsquellen der Landschaft des Kantons Zürich (Dr. A. Largiadèr, Zürich).
5. Solothurner Rechtsquellen (Dr. A. Kocher und Dr. Chr. Studer, Solothurn).
6. Tessiner Rechtsquellen (Dr. Fausto Pedrotta, Locarno).
7. Rechtsquellen der Waadt (Dr. Favay und Prof. Fleury, Lausanne).
8. Rechtsquellen von Interlaken (Bern) (Frau Dr. M. Graf-Fuchs, Wengen).
9. Rechtsquellen von Wangen und Aarwangen (Dr. Leist, Langenthal).
10. Rechtsquellen von Neuenstadt und Tessenberg (Oberrichter Dr. Fl. Imer, Bern).
11. Rechtsquellen weiterer freiburgischer Städte (Dr. B. de Vevey, Freiburg).
12. Rechtsquellen des Kantons Thurgau (Bearbeiter: Dr. Bruno Meyer, Frauenfeld, in Verbindung mit Dr. Scheiwiler, Frauenfeld, und Dr. Buck, Kreuzlingen).
13. Rechtsquellen von Saanen (Prof. Rennefahrt, Bern).
14. Rechtsquellen des Fürstbistums Basel (Prof. Rennefahrt in Verbindung mit dem bernischen Staatsarchiv, Herrn Membrez).

Es wäre sehr zu begrüßen, wenn die Rechtsquellen der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Luzern, Zug, Basel-Stadt und -Land, Graubünden, Neuenburg und Wallis ebenfalls in Angriff genommen würden.

Hiermit wird der Schweizerische Juristenverein ersucht, dem Fonds für die Herausgabe der schweizerischen Rechtsquellen den früher üblichen Jahresbeitrag von

Fr. 1000.— auch für das kommende Vereinsjahr wieder zuzuwenden.“

Auf Vorschlag des *Vorstandes* werden zu neuen Mitgliedern der Rechtsquellenkommission einstimmig gewählt die Herren:

Prof. Dr. W. Liebeskind, Genf, und
Dr. Fausto Pedrotta, avvocato e notaio, Locarno.

Der übliche Jahresbeitrag von Fr. 1000.— wird dem Fonds für die Herausgabe der schweiz. Rechtsquellen gewährt und der Bericht der Kommission bestens verdankt und genehmigt.

VI.

Diskussion über das Thema:
„Die Aufspaltung des Vertrages bezüglich seiner Wirkungen im schweizerischen internationalen Obligationenrecht.“

Der *Präsident* erteilt das Wort an den Referenten deutscher Sprache, *Dr. Werner Niederer*, Advokat und Privatdozent in Zürich, zur Zusammenfassung seiner bereits veröffentlichten Ausführungen:

Gestatten Sie mir, daß ich Ihnen in erster Linie für die Ehre danke, heute vor Ihnen sprechen zu dürfen. Ich möchte Ihnen auch dafür danken, daß Sie an diesem schweizerischen Juristentag trotz der Ungunst der Zeit ein Thema aus dem internationalen Privatrecht zu Worte kommen lassen.

Bei dem zur Diskussion gestellten Problem handelt es sich um eine Spezialfrage aus dem ohnehin umstrittenen Gebiet des internationalen Obligationenrechts, und zwar um eine Spezialfrage, die schon seit einem Jahrhundert als ungelöst gelten kann. Die Referenten hatten also keine

leichte Aufgabe gestellt erhalten. Um so interessanter sind die Ergebnisse, zu denen die beiden Ihnen bereits gedruckt vorliegenden Referate gelangen.

Bevor wir aber im einzelnen auf diese Ergebnisse eingehen, gestatten Sie mir noch einige kurze einleitende Bemerkungen:

Es sind nun 16 Jahre her, seit fast gleichzeitig drei grundlegende Publikationen über das schweizerische internationale Obligationenrecht erschienen sind. Die eine davon ist die bekannte Zusammenfassung und Kritik der bundesgerichtlichen Praxis durch Herrn Prof. Homberger und die andern beiden sind die Referate des schweizerischen Juristentages 1925 von den Herren Prof. Fritzsche und Sauser-Hall. Die Ergebnisse dieser drei Arbeiten haben seither nicht nur in der einschlägigen Literatur die gebührende Beachtung gefunden, sondern sie sind weitgehend von der Praxis als Ausdruck des schweizerischen internationalen OR betrachtet worden. Ja, sie haben (neben einigen Spezialarbeiten) sogar ihrerseits auf die einzige Rechtsquelle des internationalen OR in der Schweiz, nämlich auf die bundesgerichtliche Praxis, einen nachweisbaren Einfluß ausgeübt.

Allerdings sind die zum Teil sehr weitgehenden Erwartungen nicht in Erfüllung gegangen, die im Anschluß an die beiden Referate von Fritzsche und Sauser-Hall in der bekannten Davoser-Resolution des schweizerischen Juristenvereins ihren Ausdruck gefunden haben. Jene Resolution enthielt zwei Postulate, die bis heute nicht verwirklicht worden sind:

1. Das Postulat der Ueberprüfung der Anwendung ausländischen Rechts durch das Bundesgericht und
2. das Postulat einer Revision der Gesetzgebung des schweizerischen IPR unter Einschluß des IOR.

Daß vom Bundesgericht bis heute die Ueberprüfung der Anwendung ausländischen Rechts gestützt auf

eine allzu enge Interpretation von Art. 57 des Organisationsgesetzes abgelehnt wird, finden wir noch ebenso bedauerlich wie dies der Schweizerische Juristenverein im Jahre 1925 getan hat, und zwar ist das Bedauern um so größer, als für eine Änderung der diesbezüglichen Praxis u. E. keine Revision des OG, sondern nur eine weitherzige Interpretation von Art. 57 notwendig wäre. Das Bedauern ist auch um so größer, als wir immer wieder feststellen können, daß gerade vom Bundesgericht auf dem schwierigen Gebiete der internationalen Rechtsprechung in jeder Beziehung sowohl in kollisionsrechtlicher wie in materiell-rechtlicher Hinsicht Hervorragendes geleistet wird.

Daß dem zweiten Postulat, der Forderung nach einer Revision des schweizerischen IPR unter Einschluß des IOR, keine Verwirklichung zuteil geworden ist, scheint mir dagegen kein großes Unglück zu sein. Im Gegenteil, das Zurückstellen dieser legislatorischen Aufgabe hat dem BG gestattet, neue wesentliche Ergebnisse auf dem Gebiete des vertraglichen Kollisionsrechts herauszuarbeiten. Ich erinnere Sie u. a. nur an die neue Auffassung des Begriffes des *ordre public* in der Rechtsprechung der letzten Jahre, oder etwa an die Tendenz, den Erfüllungsort zu Gunsten eines übergeordneten allgemeinen Prinzips der engsten räumlichen Beziehung abzuschwächen, usw. Eine Kodifikation dieser Materie erscheint daher immer noch als verfrüht.

Wenn heute im Rahmen der 76. Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins eine Spezialfrage aus dem IOR zur Diskussion steht, wie sie das von uns zu behandelnde Thema der Spaltungstheorie darstellt, dann liegt darin ein stillschweigender Verzicht unserer Vereinigung auf die seinerzeit postulierte Kodifikation. M. a. W., wir überlassen mit der Behandlung dieses Spezialthemas das Gesamtgebiet des IOR stillschweigend der bundesgerichtlichen Praxis, und begnügen uns damit, in einzelnen Fragen zu den Ergebnissen dieser Praxis Stellung zu nehmen.

Im folgenden werden viele Ergebnisse der bundesgerichtlichen Praxis einer gewissen Kritik unterzogen. Darin soll nicht eine Verkennung der großen Verdienste liegen, die das BG für seine rechtsschöpferische Tätigkeit auf dem Gebiete des Vertrags-Kollisionsrechts für sich in Anspruch nehmen kann. Unsere Kritik soll nur den Sinn eines bescheidenen Beitrags zum weiteren Ausbau des vom BG geschaffenen Systems haben.

Und nun zum Thema selbst:

In erster Linie möchte ich auf mein ausführliches schriftliches Referat verweisen. Ich werde das dort Ausgeführte hier nicht wiederholen, sondern mich darauf beschränken, die Ergebnisse zusammenzufassen.

Das Kernproblem der Spaltung ist Ihnen klar: Die im IOR zur Verfügung stehenden Anknüpfungsbegriffe beziehen sich inhaltlich teilweise auf den ganzen Vertrag (wie z. B. *lex loci contractus*), zum Teil aber nur auf eine Vertragspartei oder Parteiverpflichtung (z. B. *lex domicilii* oder *lex solutionis*). Bei diesen letzteren entsteht im synallagmatischen Vertrag aus der Natur des Anknüpfungsbegriffs heraus die sogenannte Spaltung, indem der Anknüpfungsbegriff in jeder Vertragspartei konkretisierbar ist. (Zwei Wohnsitze der Vertragsparteien, zwei Erfüllungsorte der Parteiverpflichtungen usw.)

Als „Spaltungs-Theorie“ bezeichnen wir nun lediglich ein Sichabfinden mit diesem Phänomen der doppelten Anknüpfung im Vertragsrecht. Den Vertretern der Spaltungstheorie stehen sodann die Spaltungsgegner gegenüber, die auf irgend einem Wege das Phänomen der doppelten Anknüpfung verhindern wollen.

Unsere Untersuchungen gingen nun vor allem in drei Richtungen:

Erstens versuchten wir einen zusammenfassenden Ueberblick über die gesamte in- und ausländische Doktrin zu erhalten.

Zweitens versuchten wir eine lückenlose Analyse der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis hinsichtlich des Spaltungs-Phänomens zu geben.

Drittens haben wir eine kritische Untersuchung der Problemstellung vorgenommen, und auf dieser kritischen Untersuchung liegt natürlich das Hauptgewicht.

Die Ergebnisse unserer Untersuchungen sind die folgenden:

1. Die Untersuchung der Doktrin ergibt deutlich eine der Spaltung ablehnend gegenüberstehende Mehrheit. Zwar haben sich einige berühmte Romanisten und Internationalisten von der römisch-rechtlichen Vorstellung der obligatio ausgehend für die Spaltung ausgesprochen. Der Vertrag erscheint ihnen nur als eine Zusammensetzung aus den natürlichen Elementen der einzelnen Parteiverpflichtungen, der einzelnen obligationes (Savigny, Mitteis, Windscheid, v. Bar, Zitelmann, Frankenstein).

Der Großteil der deutschen Doktrin und die romanesche Doktrin fast einheitlich haben sich aber gegen die Spaltung ausgesprochen. Ebenso ist auch die schweizerische Literatur fast einheitlich ablehnend. Und zwar geht die ablehnende Doktrin von einem theoretischen und einem praktischen Argument aus, nämlich vom Widerspruch der Spaltung zum Prinzip des Parteiwillens einerseits und von der Störung des vertraglichen Gleichgewichts anderseits. (Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Doktrin die Spaltung mehrheitlich ablehnt und sich dadurch in bewußten Widerspruch stellt zur Gerichtspraxis, dort wo diese sich, vor allem vom Erfüllungsort ausgehend, für die Spaltung ausgesprochen hat.)

2. Die Untersuchung der bundesgerichtlichen Praxis ergibt ein eigenartiges Bild: Zusammenfassend können wir feststellen, daß die bundesgerichtliche Praxis sich zwar kollisionsrechtlich für die Spaltung ausspricht, daß sie die Spaltung aber materiellrechtlich nie durchführt. Wir haben in unserem schriftlichen Referat ausführlich an-

hand der einzelnen Entscheide nachgewiesen, wie die kollisionsrechtlichen Erwägungen des BG fast stereotyp auf die Anknüpfung der einzelnen Verpflichtung hinausgehen, und wie in der Mehrzahl der praktisch vorkommenden Spaltungsfälle die Annahme der Spaltung ausdrücklich bejaht wird.

Wir haben aber auch den Nachweis leisten können, daß in der materiellen Rechtsanwendung das BG jeweils das als zuständig erklärte Recht auf den ganzen Vertrag zur Anwendung bringt.

Besonders beim Kaufvertrag wird dies augenfällig: Je nachdem es sich um die Verpflichtung des Warenschuldners oder des Preisschuldners handelt, wird an den einen oder andern Erfüllungsort angeknüpft. Das so als zuständig gefundene Recht wird in den materiellrechtlichen Erwägungen dann aber für die Beurteilung der Verpflichtungen bei der Vertragsparteien gleicherweise zur Anwendung gebracht.

Das BG bejaht also sozusagen formell die Spaltung, führt sie aber materiell nicht durch.

3. Unsere kritische Untersuchung, auf die wir im Referat das Hauptgewicht verlegt haben, führt nun zu ganz eindeutigen Ergebnissen:

Die Spaltung ist rechtslogisch und praktisch undurchführbar.

Die Spaltung setzt sich in Widerspruch zum Begriff der Anknüpfung und vor allem zu der auch unser Recht beherrschenden Herleitung der obligationenrechtlichen Anknüpfung aus dem Parteiwillen: Wenn der Erfüllungsort als Derivat des Parteiwillens betrachtet wird, ist die Spaltung bereits theoretisch erledigt, wie übrigens schon eine Reihe von Autoren, auch in der Schweiz, mit Nachdruck festgestellt haben.

Das Wesentlichste aber ist die durch die Spaltung hervorgerufene Störung des materiellrechtlichen Gleichgewichts. Wir haben an einer Reihe von Beispielen aus dem materiellen Recht (Gefahrtragung, Män-

gelänge, Differenzschaden im kaufmännischen Kauf) nachgewiesen, daß die Spaltung bis hinab zu den kleinsten und unbedeutendsten Einzelheiten der materiellen Rechtsanwendung einen unüberbrückbaren Pflichten-Konflikt auslöst. Wenn wir eine auch noch so nebensächliche Rechtspflicht einer Vertragspartei nach dem einen Recht beurteilen, haben wir das Berechtigungskorrelat der andern Partei damit präjudiziert. Ueberall, wo in den verschiedenen materiellen Rechtsordnungen nicht zufällig Rechte und Pflichten einzelner Vertragsverhältnisse die gleichen sind, entstehen daher unüberbrückbare Konflikte: Sobald wir für die Entscheidung einer korrekten Fragestellung das für die eine Partei zuständige materielle Recht zur Anwendung bringen, vergewaltigen wir damit automatisch auch schon das Recht der andern Partei.

Besonders bei der Gefahrtragung wird die völlige Unmöglichkeit der Durchführung der Spaltung klar: Wenn die eine Rechtsordnung die Gefahr z. B. dem Käufer, die andere dem Verkäufer aufbürdet, dann ist der Konflikt unlösbar. Ist im Prozeß z. B. die Verpflichtung des Verkäufers zu überprüfen und finden wir, daß das Recht seines Erfüllungsortes die Gefahr dem Käufer auferlegt, dann werden wir die Pflicht des Verkäufers für nachträgliche Lieferung der untergegangenen Ware verneinen, trotzdem er den Kaufpreis bereits erhalten hat. Damit präjudizieren wir aber bereits die Stellung des Käufers: Dieser hat nach dem Recht seines Erfüllungsortes Anspruch auf Lieferung oder Rückerstattung des Kaufpreises, da er die Gefahr nicht tragen muß. Wir vergewaltigen also den Käufer, wenn wir auf den Verkäufer dessen Recht zur Anwendung bringen, und umgekehrt. Eine Lösung ist nicht möglich.

Wir kommen also zum Schluß, daß die Spaltung praktisch und rechtslogisch undurchführbar ist.

Nach diesen Ergebnissen drängt sich die Frage auf. warum wir uns überhaupt mit dem Spaltungsproblem befassen sollen, wenn es doch materiell gar nicht existiert?

M. a. W., handelt es sich hier nicht um eine Problemstellung, die sich von selbst erledigt?

Dies trifft nicht zu. Die scheinbare Durchführung der Spaltung bedeutet nichts anderes, als eine alternative Rechtsanwendung; d. h. es werden ganz zufällig, je nachdem in einem bestimmten Prozeß die Verpflichtung der einen oder diejenige der andern Partei in Frage steht, jeweils alternativ die Normen der einen oder der andern Rechtsordnung angewendet.

Es entsteht also eine oszillierende Rechtsanwendung, je nachdem zufällig die Verpflichtung der einen oder der andern Partei im Streite steht.

Daß diese alternative oder oszillierende Rechtsanwendung unter allen Umständen vermieden werden muß, ist auch vom BG im Entscheid 63 II 385 eindeutig (allerdings in anderem Zusammenhang) festgestellt worden.

Es handelt sich also beim Kampf um die Spaltungstheorie um einen Kampf für die Rechtssicherheit, d. h. gegen eine vom Zufall diktierte alternative Rechtsanwendung.

Die Lösung des Spaltungsproblems ist auf drei verschiedenen Wegen möglich:

1. Durch Änderung des Anknüpfungsbegriffs, indem z. B. die Anknüpfung der *lex solutionis* zu Gunsten der Anknüpfung an die *lex loci contractus* fallen gelassen wird.
2. Durch Schaffung der Priorität der Anknüpfung der einen Vertragspartei für den ganzen Vertrag, also die Anknüpfung des ganzen Vertrags an die „*obligation principale*“, z. B. an den Erfüllungsort des typisch Verpflichteten usw.
3. Durch eine einheitliche autonome Anwendung des Begriffes des Erfüllungsortes (Neuner), was aber praktisch eigentlich auf ein Fallenlassen des Begriffs des Erfüllungsortes hinauskommt.

Welche von diesen Lösungen ist für die schweizerische Praxis gangbar.

Ein Fallenlassen des Erfüllungsortes kommt meines Erachtens nicht in Frage, dieser Begriff hat sich in unserm Rechtsleben zu stark eingebürgert.

Eine autonome Qualifikation des Erfüllungsortes ist schon im Hinblick auf die vom BG allgemein anerkannte Theorie der Qualifikation nach der *lex fori* nicht möglich.

Es bleibt also nur die Priorität eines der beiden Erfüllungsorte für den ganzen Vertrag.

Dabei können wir an das vom BG in neuester Zeit immer mehr in den Vordergrund gestellte Prinzip der Anknüpfung an die engste räumliche Beziehung anknüpfen: d. h. in denjenigen Fällen, wo der Erfüllungsort zur Anwendung gelangt, soll derjenige Erfüllungsort auf den ganzen Vertrag zur Anwendung gelangen, der im konkreten Fall auch sonst die engste räumliche Beziehung zum gesamten Vertragsverhältnis aufweist.

Zum Schluß muß ich nochmals im Zusammenhang mit der Lösung des Spaltungsproblems zurückkommen auf das alte Postulat der Ueberprüfung des ausländischen Rechts durch das BG.

Ich bin der Ueberzeugung, daß die Spaltung von selbst verschwinden würde, sobald das BG die Anwendung des materiellen ausländischen Rechts zu überprüfen hätte.

Wir haben in unserem Referat nachgewiesen, daß in den weitaus meisten Fällen, in denen das BG die Spaltung direkt oder indirekt in seinen kollisionsrechtlichen Erwägungen bejaht, gar keine materielle Rechtsanwendung stattfindet, weil ausländisches Recht zur Anwendung käme. Heute kann das BG in den meisten Fällen den bequemen Weg gehen, sich auf die kollisionsrechtlichen Erwägungen zu beschränken und sich für die materielle Rechtsanwendung als unzuständig zu erklären.

Wenn das BG das ausländische Recht überprüfen müßte, dann würde die theoretisch in den kollisionsrecht-

lichen Erwägungen aufrecht erhaltene Fiktion der Spaltungstheorie bei dem großen Wirklichkeitssinn des schweizerischen Richters an der harten Wirklichkeit der materiellen Rechtsanwendung wohl bald Schiffbruch erleiden.

Ich möchte daher abschließend die beiden Postulate, nämlich dasjenige auf Fallenlassen der Spaltungstheorie und dasjenige auf Ueberprüfung des ausländischen Rechts miteinander verbinden.

Ob nun aber die Revision des OG die vom Schweiz. Juristenverein schon längst gewünschte Erweiterung von Art. 57 bringe oder nicht, hoffen wir, daß das BG von sich aus in seiner zukünftigen Praxis die Spaltungstheorie fallen lassen wird.

Hierauf ergreift der Referent französischer Sprache, *Prof. Dr. Charles Knapp*, Neuenburg, das Wort, um seinem gedruckten Bericht folgende Ausführungen hinzuzufügen:

Le texte du rapport, délibérément bref et concentré, suppose connues généralement les grandes controverses qui, dans le monde, se sont élevées entre les auteurs cités à l'appendice bibliographique. Aussi allons-nous entrer immédiatement dans le vif du sujet tel qu'il se présente aux jurisconsultes suisses. Après avoir repris la question dans l'état actuel de la jurisprudence et rejeté le remède objectif que la doctrine propose d'apporter au mal qu'est, quant au droit applicable, la division des effets contractuels, nous entendons insister particulièrement sur le point fondamental: Le problème de la division ne peut, en vérité, se poser dans le système juridique de la Suisse. Voici nos développements:

Le principe de l'autonomie de la volonté permet une référence à des règles de droit étrangères. La référence peut être comprise de deux manières différentes. La doctrine a établi une distinction importante que nul ne peut ignorer:

- a) la référence constitue un moyen de modeler le contenu du contrat, en transformant les dispositions étrangères en dispositions conventionnelles; il y a référence de droit interne ou, par adaptation de l'allemand, de droit dit matériel;
- b) la référence représente un moyen de soumettre le contrat à l'empire d'un droit, en faisant de la volonté des partenaires une circonstance de rattachement pour la détermination de ce droit; il y a référence de droit international ou, par inspiration de l'allemand, de droit dit des conflits.

A laquelle de ces deux références avons-nous affaire dans le système juridique de notre pays? Certes, les avis peuvent être partagés; mais, après avoir pesé tous les éléments du problème, nous nous prononçons en faveur de la première.

Chez nous, l'autonomie de la volonté des contractants ne porte pas sur l'ensemble du contrat. Les parties n'ont pas la faculté d'élire souverainement le droit qui gouvernera la convention dans sa formation et sa validité. Ce droit est celui qui est en vigueur au lieu où la convention est conclue. La compétence du *jus loci conclusionis* est, en effet, posée objectivement par le Tribunal fédéral qui, faisant, *in silentio legis*, l'œuvre du législateur a résolu un problème de droit international, le seul qui doive être tranché. Ce problème est celui de la localisation même du contrat pris comme tel. Ainsi, les partenaires n'ont plus que la concession de développer leur pouvoir législatif dans le cadre des dispositions cogentes d'un droit fixé d'avance. Comme ils n'ont plus la puissance de choisir, en dénouant un conflit de droits, le système juridique qu'ils tiennent pour internationalement compétent, les contractants ont simplement la liberté limitée d'aménager techniquement le contenu de leur convention.

Les règles établies par les partenaires forment le *jus contractus*. Celui-ci est librement élaboré. Il produira

ses effets propres. Cependant, une réserve s'impose. Les dispositions impératives et prohibitives contenues dans les ordres juridiques avec lesquels la convention entre en contact devront être obéies. En vérité, ces dispositions ne dominent pas le contrat comme font celles du droit du lieu de la conclusion, qui est le droit principal du contrat. Elles tiennent uniquement en échec telle ou telle règle du *jus contractus* qui leur est contraire.

Comment le *jus contractus* s'élabore-t-il ? Les contractants ont la faculté d'utiliser différentes méthodes. Nous supposons présentement que la référence est expresse, voire tacite. Elle est, alors, susceptible de se présenter sous trois aspects: édification de règles entièrement originales; reproduction de règles relevant d'un système juridique; combinaison de règles tirées des systèmes les plus divers, vivants ou morts.

La dernière possibilité a, aux fins de la démonstration que nous poursuivons, une importance capitale. Qui a le pouvoir d'empêcher les partenaires d'amalgamer, avec un bonheur plus ou moins grand, les dispositions des droits portugais, suédois, roumain ou même tessinois, lucernois ou écossais ? L'interdépendance des obligations réciproques paraîtra présenter un équilibre déroutant. Et, cependant, cet équilibre existe. A tout prendre, il n'a pas une nature moins curieuse dans l'hypothèse, où les règles contractuelles proviennent de systèmes différents que dans le cas, où lesdites règles sont celles d'un système forgé de toutes pièces. Les deux éventualités sont même rigoureusement identiques. Le *jus contractus* est, ici comme là, une construction originale. Dans le creuset législatif des parties, les règles de droit, qu'elles sortent du cerveau des contractants ou du cerveau d'autrui, se fondent en un système un et indivisible. La cohésion *sui generis* de ces règles doit être présumée. Elle est digne de respect, en tant qu'elle ne se révèle pas immorale. Généralement, elle ne sera, d'ailleurs, pas examinée par le juge. Celui-ci a pour unique mission de trancher un point litigieux. A cette fin,

il se limite à l'application de la règle qui vise ce point-là. Et, si deux ou plusieurs questions pendantes doivent être vidées, le magistrat se borne à appliquer les règles qui ont trait à ces questions. En principe, chacune de celles-ci sera résolue pour soi, indépendamment des autres. Dans le seul cas, moins fréquent que les théoriciens ne le supposent, où les points à trancher sont connexes, la cour de justice doit procéder à l'harmonisation éventuelle de règles divergentes, voire contradictoires. Une solution raisonnable peut alors être trouvée. L'équité est propre à améliorer le droit. L'*aequum* et le *bonum* permettent l'adaptation désirable que les contractants eux-mêmes sont présumés avoir désirée.

Ces points étant acquis, voyons comment se fait la référence expresse ou tacite, destinée à fondre en un droit conventionnel les règles provenant des systèmes juridiques les plus divers. Plusieurs procédés sont imaginables. Voici le plus direct: Les parties recopient purement et simplement les règles. Ainsi le juge n'aura jamais le soupçon d'appliquer une disposition du droit norvégien ou une autre du droit hollandais. Supposé qu'il ait, par hasard ce soupçon, celui-ci ne serait pas fondé. En vérité, le magistrat n'applique plus désormais qu'un *jus contractus*, droit interne des parties. Or, ces dernières ont la faculté de ne pas reprendre de bout en bout les règles étrangères dans leur convention. *Brevitatis causa*, elles peuvent se référer aux systèmes nommément désignés qui fournissent ces règles: L'une des obligations, celle du mandant, est soumise au droit espagnol; l'autre des obligations, celle du mandataire, est assujettie au droit brésilien. Ce qui revient à recopier *in extenso* les dispositions de ces droits. Comme si elles avaient été reprises mot par mot, celles-ci deviennent le *jus contractus*. Le même phénomène de naturalisation globale se produit, lorsque les contractants se réfèrent, plus simplement encore, aux systèmes juridiques qui sont en vigueur en un lieu ou même en des lieux déterminés ou déterminables. Le contrat contient cette phrase:

Chacun des deux engagements est régi par le droit du domicile de l'obligé ou par le droit du lieu où l'obligé doit accomplir sa prestation. Ou, en un raccourci expressif, la convention porte: Le contrat est gouverné par le droit du lieu de l'exécution. Et celui-ci est double. Comment interdire ces clauses? Qu'elles soient pratiquement rares, il n'importe. Il suffit que leur existence soit possible. Elles conduisent au résultat précis que les parties auraient obtenu en reprenant textuellement et en les ordonnant, les règles se trouvant aux systèmes ainsi désignés.

Quel que soit donc le procédé de reproduction législative, les partenaires convertissent, par la reproduction matérielle ou intellectuelle, les règles étrangères en règles conventionnelles. Le tribunal saisi d'un différend est, dès lors, tenu d'appliquer d'office le *jus contractus* sans pouvoir dire qu'il s'agit de règles prétendument étrangères, dont la connaissance lui échappe. Evidemment, l'application de règles découlant d'un droit étranger peut offrir certaines difficultés quand, la référence à ces règles étant générale, celles-ci ne sont pas suffisamment connues de la cour de justice. Le problème n'est, toutefois, pas insoluble. Le juge doit avoir la ressource d'exiger des plaideurs le texte complet des règles qui entrent en ligne de compte. En vérité, nous n'entendons pas aborder présentement les modalités de ce problème délicat. Est-il, notamment, indispensable de procéder en Suisse à une modification de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire? Il se peut qu'oui, mais il n'importe. Qu'il nous suffise de dire ici qu'en principe, le *jus contractus* doit de *lege ferenda*, sinon de *lege lata*, être considéré au fond.

Cependant, ne faisons pas une confusion grave. Le *jus contractus* n'est pas plus suisse qu'étranger. Il s'interprète selon ses règles propres. Où trouver celles-ci? Derechef, la volonté des parties doit être considérée. De deux solutions l'une: 1. Les parties peuvent disposer que leurs règles contractuelles s'interpréteront à la lumière du droit ou des droits, d'où elles sont tirées. La convention

est bâtie de règles provenant des systèmes allemand et italien; elle est complétée par cette règle expresse, voire tacite, qui est, elle aussi, règle du *jus contractus*: L'interprétation se fera selon le droit allemand, pour telle disposition, et le droit italien, pour telle disposition. 2. Les parties peuvent prévoir que leurs règles contractuelles s'interpréteront à la lumière d'un droit autre que celui ou ceux d'où elles sont tirées. La convention est bâtie de règles provenant des systèmes français et polonais; elle est complétée par cette règle expresse, voire tacite, qui est, elle aussi, règle du *jus contractus*: Pour toutes les dispositions, l'interprétation se fera selon le droit argentin ou selon le droit suisse.

Ainsi, la règle d'interprétation même est intégrée dans le contrat par une référence de droit interne de nature identique à la référence qui porte sur les autres règles ci-devant étrangères. Les contractants n'ont-ils pas la faculté de poser eux-mêmes leurs propres règles d'interprétation dans le domaine des règles qu'ils établissent eux-mêmes et de toutes pièces? Qui s'aviserait alors de prétendre qu'elles ne sont pas règles du *jus contractus*?

D'où il suit qu'aucune convention ne peut s'interpréter autrement que par elle-même. Prenons un exemple: Deux Français, domiciliés en Suisse, font un contrat de bail à loyer de trois ans portant sur un immeuble situé en Allemagne. Le loyer est payable dans une banque du Reich. Ils conviennent, reprenant la disposition des art. 1595, 2e al., et 1165 du ci-devant code civil italien que, si l'une des parties manque à ses obligations principales, l'autre pourra demander au juge la résiliation du contrat. L'interprétation se fera selon le droit suisse. Or, il arrive que le preneur ne paie plus le loyer depuis deux échéances. Le bailleur répond en résiliant purement et simplement le contrat. Un procès s'ouvre devant un tribunal suisse. Le preneur invoque la disposition contractuelle incontestablement violée. Le bailleur appelle à son secours le § 554 du code civil allemand qui l'autorise à dénoncer le contrat immédiatement.

ment et sans formalité judiciaire. Que va faire le juge helvétique ? Il est lié par le *jus contractus*. Celui-ci n'est entamé par la disposition contraire du § 554 BGB que si ce texte est de droit impératif et confère au bailleur une faculté à laquelle il ne peut valablement renoncer. Alors le droit allemand s'applique, en son texte cogent, parce que la convention est, par le lieu où elle doit s'exécuter, en contact avec l'ordre juridique allemand. Or le § 554 n'est pas de droit strict. Toute dérogation conventionnelle est admise. Le magistrat peut-il alors se fonder sur l'art. 265 du code suisse des obligations ? Celui-ci oblige le bailleur à subordonner la résiliation à l'assignation d'un délai de paiement de trente jours. Cette obligation doit être retenue par le juge. Les parties étant convenues de soumettre l'interprétation de leurs règles au droit helvétique, celui-ci dira les circonstances en lesquelles la résiliation du contrat pourra être demandée au magistrat. Le bailleur ne sera, dès lors, fondé à s'adresser aux tribunaux qu'après les trois décades fatidiques. Celles-ci sont, au surplus, impérativement prévues dans le droit suisse, *jus loci conclusionis*, qui domine le contrat.

Abandonnons, maintenant, l'hypothèse sur laquelle nous avons raisonné jusqu'ici, où les partenaires ont expressément, voire tacitement, posé leurs règles contractuelles, y compris celle d'interprétation, selon les procédés — divers dans la forme, mais identiques dans le fond — que nous avons vus. *Quid juris*, quand les contractants sont demeurés complètement ou partiellement muets ? Si nous écoutons la doctrine — et, particulièrement, les auteurs étrangers — le silence impénétrable des parties doit normalement imposer au juge l'application des dispositions supplétives du droit principal de la convention. Sur le plan international, l'unité du droit s'impose. Les contractants, apprenons-nous, n'ont pas usé de leur pouvoir de créer le droit. Ils se sont donc implicitement remis aux textes facultatifs de l'ordre juridique qui, internationalement, domine le contrat, dans sa formation et sa validité. Cette solution, irréprochablement logique, est la seule défendable.

D'où il suit que, dans le système suisse de droit international, les règles facultatives du *jus loci conclusionis* s'appliquent en vertu de leur autorité propre. Celles-ci prennent alors, *in casu*, le caractère de règles impératives pour combler le vide contractuel qui, sans elles, ne pourrait être rempli. Cette conception nous apparaît erronée. Elle n'est juste que dans les systèmes juridiques, où l'ensemble des règles contractuelles, y compris celles qui régissent la formation et la validité de la convention, est donnée par une référence dite de droit international. Dans le silence épais des contractants, le magistrat n'a, alors, aucune raison décisive de soumettre la convention à des droits différents, selon que sont en jeu, la formation et la validité, d'une part, et les effets, d'autre part. Pour la détermination du droit unique qui gouverne l'ensemble du contrat, la circonstance subjective de rattachement qu'aurait été, si elle s'était exprimée, la volonté des partenaires, est remplacée par la circonstance objective de rattachement qu'a élue le législateur ou le juge qui tient lieu de ce dernier. Or, nous l'avons vu, la référence nous apparaît être, dans le système suisse, de droit dit interne. Il suit de là que si les parties n'ont pas elles-mêmes modelé le contenu de leur convention, le magistrat doit faire à leur place l'aménagement dont il s'agit. L'idée qui le dirigera est celle-ci: Quoiqu'elle n'ait pas été donnée expressément ou tacitement la volonté législative des partenaires existe. Puisqu'ils ont fait un contrat, ils n'ont pas pu ne pas vouloir les règles qui régiront les effets de ce contrat. Le point est uniquement de savoir de quel système tirer ces règles. Comme les parties ont une liberté entière, le juge qui les supplée a la même liberté. Il fait, lui aussi, une référence de droit interne. Dès lors et par principe, les règles du *jus contractus* ne sont jamais, comme telles, celles du système qui qualifie la convention dans son existence, sa validité et sa nature. Deux exemples vont le démontrer.

Deux Suisses, domiciliés en Suisse, concluent à Marseille, où ils se trouvent en voyage d'affaires, un contrat de

vente portant sur des biens mobiliers sis en Suisse, où le prix doit être payé. Deux Espagnols, domiciliés en Espagne, conlquent à Porto, où ils séjournent pour leur agrément, un contrat de prêt portant sur une somme d'argent déposée auprès d'un banquier espagnol, entre les mains duquel le remboursement devra se faire. Une contestation s'élève, relativement à l'exécution de l'une ou de l'autre des obligations. Le différend est porté devant un tribunal suisse. Que dira le magistrat? A coup sûr, jamais ceci: Les parties n'ont pas établi leurs règles conventionnelles d'une manière expresse ou tacite. Le droit appelé à les fournir internationalement est celui du lieu de la conclusion. Les parties s'y sont implicitement référées, parce que ce droit est, selon le système suisse de droit international privé, celui qui domine le contrat dans sa formation et sa validité. La conséquence en est que le droit français, dans la première hypothèse, et le droit portugais, dans la seconde hypothèse, doivent fournir nécessairement les règles supplétivement applicables. Non. Jamais une cour de justice de chez nous ne raisonnera de la sorte. Elle retiendra instinctivement le droit suisse, dans le premier cas, et le droit espagnol, dans le second cas. Pourquoi? Parce que ladite cour, ayant examiné, même rapidement, les éléments intrinsèques et extrinsèques de la cause, constatera que l'ensemble des circonstances données par ces éléments désignent indubitablement les droits suisse et espagnol comme sources des règles contractuelles. Le juge ne fait que de suppléer les parties dans la référence de droit interne qu'elles ont omis de préciser. Ainsi, que les doctrinaires le veuillent ou ne le veuillent pas, le magistrat ne peut que se fonder sur la volonté supposée des partenaires pour justifier sa propre référence. Et, dans les deux exemples, notre magistrat ne devrait retenir les règles du droit français ou du droit portugais que dans la mesure où elles seraient impératives et où, comme telles, elles s'appliqueraient au titre du *jus loci conclusionis* dominant la convention.

En vérité, les contractants ne sont pas *in dubio* censés s'être soumis, pour leur contrat, à des règles provenant de droits différents. Le principe de la volonté supposée est d'une étonnante et admirable souplesse. Il autorise le choix juste et équitable de toutes les règles de droit. A lui seul, il permet la désignation d'un système unique d'où dériveront toutes les règles applicables aux effets contractuels. Cependant, plusieurs systèmes peuvent apparaître propres à fournir les règles du *jus contractus*. Et pourquoi pas ? Nous le savons : les parties elles-mêmes n'auraient-elles pas pu, expressément ou tacitement, emprunter leurs règles à plus d'un droit ? Alors ? Nous retrouvons tout simplement, créée par le tribunal, la situation que nous avons vue créable par les parties. *Brevitatis causa*, le magistrat a — au lieu de recopier, de bout en bout, différentes règles étrangères pour les faire en bloc règles contractuelles — fait une référence massive à des systèmes différents. Sa mission est désormais d'appliquer ces règles, en enjoignant, le cas échéant, aux parties de lui en donner la teneur exacte. Chaque règle contractuelle vise l'effet auquel elle a trait. Tout point litigieux peut être tranché indépendamment des autres ; un premier, d'après telle règle tirée de tel droit ; un second, d'après telle autre règle tirée de tel autre droit. L'harmonisation des règles n'est indispensable que dans la mesure où les questions à résoudre sont connexes.

Reprendons notre exemple du contrat de bail à loyer conclu entre deux Français, domiciliés en Suisse, et portant sur un immeuble sis en Allemagne. Après avoir établi la règle qui régit la résiliation et soumis cette règle à l'interprétation tirée du droit suisse, les contractants ont omis de fixer la règle qui, tout en évitant la résiliation, permet de sanctionner le manquement aux obligations principales de l'une ou de l'autre des parties. Or le bailleur n'a pas maintenu la chose louée dans un état qui l'approprie à son usage normal. Le preneur, qui en avait la faculté, n'a pas demandé au juge la résiliation du contrat. Il s'est contenté

de ne pas payer deux termes échus de son loyer. Etait-il fondé à le faire ? Sur ce point, le juge doit suppléer les partenaires, législateurs imparfaits de leur *jus contractus*. Il va combler une lacune. Où trouver la règle ? Les éléments extrinsèques du contrat indiquent le droit français, qui est celui de l'origine commune, ou le droit suisse, qui est celui du domicile commun des parties. Les éléments intrinsèques du contrat désignent le droit allemand qui est celui du lieu de la situation de la chose et de l'exécution des deux obligations. Dans lequel de ces trois droits prendre la disposition applicable ? Entièrement libre, le magistrat a un choix absolu. Cependant, une exacte compréhension du problème doit conduire à l'application de la règle allemande qui est, en effet, la plus naturellement applicable. Le § 537 du code civil allemand est donc retenu. Il offre au preneur une exemption du service du loyer. Ce principe s'harmonise parfaitement avec celui que les parties avaient emprunté au droit italien. Le bailleur n'obtiendra pas la résiliation judiciaire, parce que le preneur, qui a la faculté de se libérer du loyer, n'a pas violé une de ses obligations principales. Aucune disposition cogente du droit suisse, *jus loci conclusionis*, ne s'oppose à cette solution.

Reste une dernière question. Le magistrat n'est pas seulement appelé à déterminer les règles du *jus contractus* dans le silence des parties. Le problème de l'interprétation de ces règles se pose encore. Le juge a pour mission de le trancher. Or nous avons vu que la règle interprétative devenant, elle aussi, de droit conventionnel, le tribunal, suppléant des partenaires au contrat, peut, par référence de droit interne, la tirer du système qui lui agrée. Généralement, ce droit sera celui qui aura fourni la règle à interpréter. Elle peut, le cas échéant, être d'un autre droit.

Achevons ces quelques remarques déjà trop longues. Pour nous, le problème de la division du contrat, quant au droit applicable, est, dans le système juridique de la Suisse, un faux problème. La seule question qui puisse se poser est celle-ci : De quelles règles se compose le *jus contractus*

abandonné à la liberté législative des contractants, même pour la règle interprétative des règles de fond. Et cette question est exactement la même dans le cas des contrats unilatéraux et dans le cas des contrats bilatéraux, dans l'hypothèse des conventions dites d'adhésion et dans l'hypothèse des conventions nommées de négociation. Par la grâce de quel principe une différence serait-elle faite entre le cautionnement, la vente, le transport, le dépôt bancaire ou l'emprunt international muni ou démunie de la clause-or ? Parce que la question est, en fait, plus difficile à résoudre dans tel contrat par rapport à tel autre, elle ne change pas, en droit, de nature. L'importance des intérêts qui sont en jeu ne joue, à cet égard, aucun rôle.

Le vrai problème est, somme toute, celui-ci: La localisation internationale du contrat, pris comme tel, peut-elle raisonnablement se faire au lieu de la conclusion ? Or celà est une autre histoire.

Der Präsident eröffnet nach kurzer Pause die *Diskussion*, an welcher folgende Herren teilnehmen:

Bundesrichter Dr. W. Stauffer, Lausanne.

Das Bundesgericht ist seit einer Reihe von Jahren dazu übergegangen, als Recht des mutmaßlichen Parteiwillens das Recht des Landes anzusehen, mit dem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist. Wie die Herren Referenten richtig vermuten, ist damit ein entscheidender Schritt in der Richtung der Abkehr von der Spaltungstheorie getan worden. Denn wenn maßgebend die engste räumliche Verbindung des Rechtsverhältnisses als solchen ist, so kann von vornherein eben auch nur eine Rechtsordnung als Entscheidungsgrundlage in Frage kommen. Allerdings ist dieser Gedanke vielleicht noch nicht in allen neuen Entscheidungen des Bundesgerichtes klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht worden. Allein er ist eine zwingende logische Folge dieser neuen Ein-

stellung, zu der überzugehen das Bundesgericht auch kaum einen Grund gehabt hätte, wenn eben nicht den, eine einheitliche Rechtsanwendung zu erzielen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß dann beim Forschen nach der engsten räumlichen Verbindung mit einem bestimmten Lande doch wiederum, nun aber erst in dritter Linie, unter Umständen auf den Erfüllungsort Gewicht gelegt wird. Denn da beim Fehlen eines ausgesprochenen Parteiwillens nunmehr die Frage nach dem engsten räumlichen Zusammenhang des Rechtsverhältnisses (und nicht der einzelnen aus ihm fließenden Verpflichtungen der Vertragspartner) im Vordergrunde steht, wird das Bundesgericht logischerweise nicht darum herum kommen, von verschiedenen in Frage fallenden Erfüllungsorten den für das Rechtsverhältnis typischen oder nach den Umständen des konkreten Falles wichtigsten voranzustellen, wenn es überhaupt die Heranziehung des Erfüllungsortes als nötig empfindet. Das Bundesgericht wird dabei, entsprechend der von ihm auf dem Gebiete des internationalen Obligationenrechtes wohl mit Recht befolgten Taktik, nur schrittweise vorgehen und die Verhältnisse des Einzelfalles im Auge behalten, ohne sich auf zu viel Dogmen und Theorien festzulegen, die dann doch der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht gerecht zu werden vermögen.

Im übrigen muß vor der Illusion gewarnt werden, daß mit der Aufgabe der Spaltungstheorie schlechthin ein für allemal die Anwendung von mehr als einer Rechtsordnung vermieden würde. So werden beispielsweise Kursfragen im Sinne des Art. 84 Abs. 2 OR von schweizerischen Gerichten selbst dann nach schweizerischem Recht zu beurteilen sein, wenn im übrigen das Rechtsverhältnis ausländischem Recht untersteht, weil diese Gesetzesbestimmung darauf zurückzuführen ist, daß der Gesetzgeber den inländischen Geldverkehr von der Verwendung ausländischer Zahlungsmittel tunlichst entlasten wollte (vgl. auch Nußbaum, Deutsches Internationales Privatrecht, S. 259); es muß daher auch das schweizerische Recht für die Entscheidung der

Frage maßgebend sein, in welcher Weise die Kursumrechnung stattzufinden habe. Ferner ist auf den Vorbehalt des schweizerischen ordre public zu verweisen. Und sind schließlich nicht auch gewisse allgemeine, von der konkreten vertraglichen Vereinbarung losgelöste Erfüllungsfragen ausnahmslos nach schweizerischem Recht zu beurteilen, wie beispielsweise die Frage der Verpflichtung eines Gläubigers, anstatt Geld andere Werte an Zahlung nehmen zu müssen? Diese und andere Fragen wird das Bundesgericht in möglichst individueller Behandlung der Einzelfälle zu entscheiden und so seine neue Einstellung Schritt für Schritt auszubauen haben. Dabei werden ihm die ausgezeichneten Arbeiten der heutigen Herren Referenten gute Dienste leisten.

Die praktische Tragweite der Streitfrage darf übrigens nicht überschätzt werden. Für das Bundesgericht ist sie ja von vornherein nur hinsichtlich der Bestimmung seiner Kompetenz von Bedeutung. Und die kantonalen Gerichte, die an sich ausländisches Recht anzuwenden haben, sehen davon zu Gunsten des schweizerischen Rechtes (als Ersatzrecht) immer dann ab, wenn ihnen das ausländische Recht von den Parteien nicht einwandfrei dargetan wird oder es ihnen nicht sonst bekannt ist.

Das leitet über zu der von den Herren Referenten weiter aufgeworfenen Frage, ob nicht das Bundesgericht trotz Art. 57 OG ausländisches Recht überprüfen dürfe, was indessen zum mindesten sehr zweifelhaft ist. Vielleicht bietet die bevorstehende Revision des OG Anlaß, diese Frage gesetzgeberisch im Sinne der Auffassung der Herren Referenten zu lösen. In der Tat spricht viel für sie. Es ist nicht recht einzusehen, wieso die oberste schweizerische Gerichtsinstanz einer — meist schweizerischen Prozeßpartei — lediglich des rein zufälligen Umstandes wegen entzogen sein soll, daß ausländisches Recht anwendbar ist.

Diese rein persönlichen Bemerkungen können und wollen natürlich keine offizielle oder auch nur offiziöse Stellungnahme des Bundesgerichtes darstellen; sie vermögen diese Behörde daher in keiner Weise zu engagieren.

Dr. J. Vallotton-d'Erlach, avocat, Lausanne.

Il remercie le Comité d'avoir mis à l'ordre du jour un intéressant sujet de discussion du D. I. P. et félicite les rapporteurs de leurs conclusions. La conclusion principale de ces rapports, tendant à l'abandon ou à la modification de la jurisprudence du Tribunal fédéral fondée sur la „Spaltungs-theorie“ de Savigny, peut être approuvée, de telle sorte que l'orateur se bornera à quelques remarques pouvant être résumées comme suit:

Tout en n'étant pas un admirateur de cette théorie, on doit reconnaître que Savigny a eu le mérite, par là, d'attirer l'attention des juristes allemands de son temps sur la nécessité de tenir un compte équitable d'un conflit de lois à l'égard des deux parties à un contrat commercial synallagmatique, et cela, à une époque où l'enseignement du D. I. P. en Allemagne était rudimentaire.

Il importe aujourd'hui, en revanche, de rappeler que l'application de la théorie de la division des effets du contrat en D. I. P. suisse doit être réduite à de justes limites. A cet égard, il convient de relever notamment ce qui suit: L'art. 74 C. O. n'est qu'une prescription du droit commercial interne suisse applicable à un contrat uniquement soumis au C. O. suisse. Le juge n'a, d'autre part, le pouvoir d'appliquer la théorie de la division des effets du contrat que lorsque la volonté des parties en faveur d'une certaine législation ne peut être présumée. M. Knapp a relevé, à juste titre, que, dans les contrats commerciaux, l'élément économique est d'une importance primordiale; dans ce domaine, le juge doit rechercher la satisfaction de l'équité économique. En revanche, dans les contrats où d'autres intérêts sont en jeu, dans les contrats portant par exemple sur les biens d'une succession, le juge devra s'inspirer d'autres considérations en vue de rechercher et de satisfaire la justice et l'équité.

Dans le domaine de la solution des conflits de lois, le juge ne doit pas être lié par une codification que certains

juristes suisses semblent recommander. Une classification rigide des contrats ne peut être recommandée ici qu'en vue de faciliter les recherches doctrinales, mais non en vue de résoudre des conflits par des textes de lois. Ces derniers, en effet, ne peuvent être modifiés suivant les besoins de la pratique.

Le „lieu d'exécution“ auquel devra appartenir la priorité ne pourra être déterminé par le juge que suivant les circonstances du cas d'espèce.

Sur la question, soulevée aujourd'hui, de savoir si le Tribunal fédéral devrait, à l'avenir, se prononcer *in merito* sur le contenu du droit étranger en discussion entre parties, et recommander la révision de la L.O.J.F. en vue de l'extension de sa compétence pour lui permettre de statuer sur l'ensemble de la cause au fond, J. Vallotton, tout en reconnaissant que, du point de vue du droit pur, la compétence exclusive laissée aux tribunaux cantonaux (par l'art. 57 LOJF) de statuer au fond sur les points de droit étranger ne donne pas toujours des résultats satisfaisants, estime qu'il n'y a pas lieu de recommander par là l'abrogation de la règle d'après laquelle la preuve du contenu du droit étranger est assimilée à la preuve d'un fait de la cause, preuve que, dans la règle, le tribunal fédéral n'a pas à revoir, ne pouvant jouer le rôle d'une Cour d'appel. Il s'agit ici d'un principe généralement admis dans la procédure et l'organisation judiciaire de la plupart des Etats fédératifs.

Dr. J. Henggeler, Advokat, Zürich.

Nach den ungemein sorgfältigen und abschließenden Untersuchungen der beiden Herren Referenten möchte ich lediglich aus den Erfahrungen der Praxis einige kurze Mitteilungen machen. Das Problem der Vertragsspaltung ergibt sich in der Praxis trotz der großen Zahl internationaler Verträge relativ selten, und zwar vor allem deshalb, weil die Parteien in ihren internationalen Verträgen regelmäßig auch Bestimmungen über das anwendbare Recht treffen,

so vor allem bei internationalen Kartellen und Interessegemeinschaften, in den Emissionsbedingungen internationaler Anleihen, bei Vertägen über internationale Lieferungen. Bei den letztern wie bei den internationalen Anleihen haben die vertraglichen Bestimmungen über die Rechtsanwendung meist formularmäßigen Charakter. Bei Lieferverträgen z. B. unterzeichnet der Abnehmer ein Bestellungsformular des Lieferanten mit einer Bestimmung über die Anwendung des Rechts des Lieferanten, oder aber der Abnehmer besitzt eigene allgemeine Lieferbedingungen, deren Einhaltung er vom Lieferanten verlangt, und worin er sein Recht als anwendbar erklärt, so bei Staatsaufträgen. So mit bestimmt meist die wirtschaftlich stärkere Partei das anzuwendende Recht.

In allen diesen Fällen ist festzustellen, daß die Parteien in ihren Vereinbarungen stets von einer Spaltung der Rechtsanwendung absehen. Sie betrachten die Anwendung eines einzigen Rechts für die Beurteilung der Vertragswirkungen als das gegebene. Das geht so weit, daß bei Unmöglichkeit einer Einigung über ein einziges, einheitlich anzuwendendes positives Recht die Parteien vorziehen, den Richter, meist ein Schiedsgericht, auf allgemeine Rechtsgrundsätze zu verweisen, etwa durch eine Bestimmung, es kommen die allgemeinen Grundsätze des Rechts und der Billigkeit unter Berücksichtigung der Gebräuche des internationalen Verkehrs zur Anwendung, ohne daß der Richter an ein bestimmtes Landesrecht gebunden sei. Statt also auf einen Vertrag zwei oder mehr Rechtsordnungen anwendbar zu erklären, wird er überhaupt aus der Sphäre irgendwelcher nationaler Rechte herausgehoben. Es gilt also für die Zahl der anzuwendenden Rechte nicht $1 + 1 = 2$, sondern $1 + 1 = 0$. Die vertragsmäßige Anwendung von mehreren Rechten durch internationale Parteivereinbarung erfolgt höchstens dann, wenn eine Rechtsordnung, die im übrigen nicht zur Anwendung gebracht werden will, zwingend für bestimmte Teile des Vertrags zur Anwendung kommt. Z. B. eine internationale

Anleihe eines holländischen Schuldners wird dem Recht des Staates New York unterstellt; für eine mit der Anleihe verbundene Pfandbestellung gilt dagegen das Recht des Orts der Pfänder, also bei Pfändern in Belgien das belgische Recht.

Auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit tendiert nach einheitlicher Rechtsanwendung auf die Verträge und fördert damit diesen Gedanken. Es ergibt sich dabei, daß es bei Vertragsverhandlungen relativ leichter ist, die Parteien zu einer Einigung über ein einheitlich anzuwendendes Recht zu bringen als zu einer Einigung über die Bestellung, namentlich die Nationalität der Schiedsrichter.

Die wirtschaftliche Entwicklung führt also unverkennbar zur Vermeidung der Vertragsspaltung. Diese Entwicklung wird daher auch von der Rechtssprechung als Anhaltpunkt mitberücksichtigt werden können, wo es sich darum handelt, den mutmaßlichen Parteiwillen über die Rechtsanwendung zu ermitteln.

Prof. Dr. E. Beck, Bern.

Er geht mit den beiden Referenten darin einig, daß die Aufspaltung des Vertrages logisch und praktisch unerfreulich ist. Aber auch die Einheit des Vertrages stößt in ihrer Durchführung auf eine Schwierigkeit grundsätzlicher Art. Sie hängt zusammen mit der Unvollkommenheit des Internationalen Privatrechtes überhaupt, nämlich mit der Tatsache, daß jede Partei für ihre Verpflichtung bei ihrem Richter belangt werden muß, und daß jeder Richter das anwendbare Recht nach seinen Anwendungsnormen bestimmt. So kann es vorkommen, daß die beiden Richter auf den gleichen Vertrag verschiedenes Recht anwenden. Hält man nun an der Einheit des Vertrages fest, so ist die Folge die, daß der Richter am Gerichtsstand des Verkäufers auf den Kaufvertrag, und zwar auf den gesamten Kaufvertrag, möglicherweise ein anderes Recht anwendet als der Richter am Gerichtsstand des Käufers. Das Ergebnis kann dann

ein verschiedenes sein, je nachdem die Klage vom Käufer oder vom Verkäufer erhoben wird. Es hängt also von dem mehr oder weniger zufälligen Umstand ab, ob der eine oder der andere zuerst klagt. Möglicherweise stehen sich sogar zwei Urteile gegenüber, die sich nicht decken, sich vielleicht sogar widersprechen. Zum mindesten aber besteht bis zur Erhebung der Klage Unsicherheit darüber, welchem Recht der ganze Vertrag untersteht. Das sind erhebliche Nachteile. Ihre Beseitigung wäre aber nur möglich durch zwischenstaatliche Vereinbarungen über den Gerichtsstand oder das anwendbare Recht, sodaß entweder beide Parteien sich an den gleichen Richter wenden müßten, oder daß beide zuständigen Richter das gleiche Recht anzuwenden hätten. Solange solche zwischenstaatliche Verträge fehlen, hat jeder Staat den geeigneten Anknüpfungsgrund selbst zu bestimmen. Der vom Bundesgericht in der neuesten Zeit zur Anwendung gebrachte Grundsatz der Anknüpfung an das Recht der engsten Beziehungen dürfte sich als überstaatliches Prinzip eignen. Trotzdem bleibt das Ergebnis selbst bei der Einheit des Vertrages noch unbefriedigend. Mit der Beantwortung der Frage, ob die Aufspaltung des Vertrages zu empfehlen sei oder nicht, ist also das Problem noch nicht ganz gelöst.

Prof. Dr. M. Gutzwiller, Fribourg.

Nur drei der Kürze der Diskutierzeit angepaßte Bemerkungen. 1. Die beiden Referate verdienen unsere ausdrückliche Anerkennung. Bei aller Freude an der Wiederkehr eines „kollisionsrechtlichen“ Diskussionsthemas werden selbst die besonderen Freunde des Internationalprivatrechts das zu behandelnde Problem zunächst als etwas gar zu dünn empfunden haben. Nach dem Erscheinen der gedruckten Arbeiten und erst recht jetzt unter dem Eindruck des allgemeinen Interesses unserer Versammlung sind sie sicherlich anderen Sinnes geworden. Beide Abhandlungen sind hoch interessant. Es ist ihnen eine souveräne Klärung

des schwierigen Fragenkomplexes und der erwachsenen Judikatur gelungen und sie bringen zu einer möglichen Lösung tiefsschürfende und originelle Gesichtspunkte. Ueberhaupt sind beide Monographien — das ist kein unwesentlicher Punkt — eindringliche Paradigmata für den Stand der (schweizerischen und ausländischen) Doktrin des Internationalprivatrechts und für deren unaufhaltsam fortschreitende Entwicklung während der vergangenen 15 Jahre, etwa seit der Davoser Diskussion von 1925 über die allgemeinere Frage der Rechtsanwendung auf dem ganzen Gebiete des internationalen Obligationenrechts. In dieser Richtung waren für den Sprechenden die auf breiter Basis angestellten theoretischen und rechtsvergleichenden Ausführungen des deutschen Referenten besonders bezeichnend. Beide Referate beschränken sich auf die „kleine“ Spaltung (bezüglich der Vertragswirkungen); an der „großen“ (welche nach ständiger Praxis für Vertragsentstehung und Vertragswirkungen an zwei verschiedene Rechtsordnungen „anknüpft“) wollen sie vernünftigerweise nicht rütteln, obgleich sicher auch die Revision dieser viel grundsätzlicheren Frage sehr erwägenswert wäre, umso mehr als auch beim obligatorischen Vertrag schon genug anderweitige „willkürliche Spaltungen“ (vgl. Niederer S. 225 a) bestehen — man denke an *capacité, forme und res sita*.

2. Eine zweite Feststellung. Unter dem Eindruck der beiden Referate und der gefallenen Diskussionsvoten wird man sicherlich sagen dürfen, daß die Spaltungstheorie erledigt ist: ja, die Referate zeigen haarscharf, daß sie, wenn sie überhaupt bestanden hat, gar nicht durchführbar ist und daß sie infolgedessen in Tat und Wahrheit auch gar nicht durchgeführt wurde. Die Spaltungstheorie! Dennoch darf man sich nicht verhehlen, daß konkrete Konstellationen auftreten können, in denen es ganz ausnahmsweise in der Praxis doch zu einer division des effets du contrat kommen kann. Man denke etwa an die schwierige Lehre von den Einreden des Bürgen für den Fall der selbständigen Lokalisierung des Bürgschaftsvertrages am Wohnsitz des

Schuldnern (vgl. auch Knapp S. 325 a) oder an Domizilvermerke bei „internationalen“ Wechselschulden (dazu L. Raiser, Die Wirkungen der Wechselerklärungen im IPR, 1931 S. 22 f.) oder insbesondere an „internationale“ Währungsschuldverschreibungen mit Alternativklauseln (dazu M. Gutzwiller, Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften, 1940, etwa S. 72 f.).

3. Und nun die „Lösung“ des „Spaltungsproblems“! Auf den ersten Blick möchte es scheinen, als ob die beiden Referenten im Ergebnis keineswegs übereinstimmen. Dr. Niederer postuliert eine (im Sinne von Prof. Knapp) „objektive“ Entscheidung, der Korreferent neigt zu einem „remède subjectif“, zu einem Primat der „autonomie de la volonté“. Dennoch kommen sich die beiden Standpunkte in Wirklichkeit sehr nahe. Für beide ist der Erfüllungsort in der Erscheinungen Flucht doch offenbar der gegebene Anknüpfungspunkt (Niederer S. 299 a; Knapp S. 352 a) und beide empfehlen bei der Bestimmung der (einzig) *lex loci solutionis* u. U. das „beherrschende Prinzip von der engsten räumlichen Beziehung“, die „application des règles tirées du Droit avec lequel le contrat, considéré sur le point qui fait l’objet du litige, a les liens les plus étroits“. Das Bundesgericht wird gegen diese Vorschläge kaum etwas einzuwenden haben. Und wenn (mehr noch in den mündlichen Darlegungen der Herren Referenten als in den gedruckten Berichten) eine nicht immer sanfte Kritik der Cour de Mon-Repos zutage trat, so haben demgegenüber wir Aelteren, die schon an der Diskussion von 1925 teilnahmen, doch vielleicht die Pflicht, auch auf die inzwischen wahrnehmbaren Fortschritte der bundesgerichtlichen Judikatur zum internationalen Obligationenrecht hinzuweisen. Ich darf in dieser Beziehung aufmerksam machen: einmal auf die besonders sorgfältige Voranstellung und Berücksichtigung des sogenannten „heuristischen“ Parteiwillens bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts, sodann gerade auf die mehr und mehr zutage tretende Hervorhebung der ausschlaggebenden räumlichen Beziehung, endlich auf die klä-

renden Darlegungen zum Problem des sogenannten ordre public, wie etwa noch in dem ausführlichen Urteil vom 1. Februar 1938 (A. S. 64 II S. 88 ff.) Eine wirklich eingreifende (und darum für alle Staaten und für die internationale Rechtssicherheit gleichermaßen förderliche) Reform kann im internationalen Obligationenrecht m. E. erst dann eintreten, wenn es gelungen sein wird, wenigstens für die typischen Rechtsgeschäfte eine grundsätzliche subsidiäre Lokalisierung, ein „proper law of the contract“ zu statuieren: für die Miete am Ort des Mietobjekts, für die Massenverträge des Transports, der Versicherung usw. am Sitze des Unternehmens, für Arbeitsverträge am Orte der zu leistenden Arbeit, für Verwaltungen und Treuhandgeschäfte am Orte der zu führenden Administration, für Kaufverträge am Wohnsitz des Verkäufers (etwa nach den Vorschlägen der ILA 1928) usw. Wichtige Ansätze dafür sind überall schon vorhanden und die neueren Gesetze (wie etwa das polnische von 1926 und der tschechoslowakische Entwurf von 1924) bauen großenteils auf ihnen auf. Ich gestehe offen, daß mich die gegen eine solche Fundamentierung des Vertragsrechts vorgebrachten Einwände von Herrn Kollege Knapp nicht zu überzeugen vermögen: ich halte sie für praktisch keineswegs durchschlagend. Um so weniger, als in aller Regel sowohl der praesumptive Parteiwille als auch die „engste räumliche Beziehung“ auf diese Orte als den natürlichen Schwerpunkten des Rechtsverhältnisses konvergieren werden. Soweit meine „drei Punkte“!

Bundesrichter Dr. A. Ziegler, Lausanne.

Er gibt die Gründe bekannt, die ihn bei der Ausarbeitung des Vorentwurfes für ein revidiertes Bundesrechtspflege-Organisationsgesetz dazu bestimmt haben, dem heute mehrfach ausgedrückten Wunsch nach Einbeziehung des ausländischen Rechtes in die bundesgerichtliche Nachprüfung nicht Rechnung zu tragen. Zu dessen Begründung wird namentlich angeführt, das Bundesgericht sei, zumal

mit den ihm zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln, besser als die kantonalen Gerichte zur Erkenntnis und Anwendung ausländischen Rechtes geeignet . . . Allein das Bundesgericht ist nicht dazu da, aus ausländischen Büchern und Präjudiziensammlungen mühsam tastend und mit mehr oder weniger Treffsicherheit zusammenzusuchen, was irgendwo im Ausland Rechtens sei, wobei übrigens ganz unmöglich wäre, daß es in jedem vorkommenden Falle jeder Richter der ganzen Spruchabteilung mit einigermaßen gleicher Sorgfalt tun könnte. Vielmehr ist das Bundesgericht nach der Verfassung zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechtes berufen, wobei ihm, und zwar jedem einzelnen Richter der Abteilung, ganz anders geartete Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen, nämlich die fortgesetzte Beschäftigung mit diesem Rechtsstoff und die Betrachtung der einzelnen Rechtsfragen im Rahmen des ihm dadurch vertraut gewordenen Rechtssystems, dessen Ausgestaltung nach allen Richtungen ihm obliegt. Freilich wird dieser grundsätzliche Unterschied z. B. im Gebiete des Obligationenrechtes weniger in die Augen springen, weil dieses für große Rechtskreise einigermaßen gleichförmig geworden ist. Aber schon im Gebiete des Mobiliarsachenrechtes hört dies auf, und wer einigermaßen Einblick in die tiefgreifenden Verschiedenheiten der positiven Ordnungen des Personen-, Familien-, Erb- und Immobiliarsachenrechtes hat, der wird nur schweren Herzens die Verantwortlichkeit für eine nach ausländischem Recht zu treffende Entscheidung in diesen Gebieten auf sich nehmen und nur, wenn ihm schlechterdings nichts anderes übrig bleibt, als sie zu fällen; aber er wird vorziehen, sich nicht an eine solche Entscheidung heranzudrängen, wenn es nicht sein muß. Bleibt diese Aufgabe den kantonalen Gerichten überlassen, denen sie abzunehmen es leider kein Mittel gibt — bzw. höchstens die grobe und ja nur zufällig zu richtigen Ergebnissen führende Aushülfe der Anwendung des richtigerweise gar nicht anwendbaren eigenen Rechtes als Ersatzrechtes —, so mag es zu Fehlentscheiden kommen, wie sie im umgekehrten Fall

auch ausländischen Gerichten mindesten ebenso oft unterlaufen wie nicht (die dem Bundesgericht gelegentlich unter die Augen kommenden Beispiele sind ebenso häufig wie lehrreich); aber daß das oberste Gericht eines Landes ohne Not ähnlichen Zwangslagen ausgesetzt werde, die seinem Ansehen außerhalb der Landesgrenzen nur abträglich sein können, lässt sich nicht mit gutem Gewissen empfehlen.

Der *Präsident* erteilt den Referenten das Schlußwort.

Dr. W. Niederer:

Der Referent gibt seiner Befriedigung darüber Ausdruck, daß über die Ablehnung der Spaltungstheorie allgemeine Einhelligkeit nicht nur in der gegenwärtigen Versammlung der Schweizerischen Juristen, sondern auch beim Bundesgericht zu herrschen scheint. Wenn schließlich Herr Bundesrichter Ziegler die Anwendung ausländischen Rechtes durch das Bundesgericht wegen der Möglichkeit eines unvorteilhaften Eindrucks im Ausland als zu gefährlich erachtet, so darf ihm entgegengehalten werden, daß er in der Einschätzung unseres obersten Gerichtshofes wohl allzu bescheiden ist; kantonale Gerichte wenden doch seit Jahr und Tag ausländisches Recht an, und was ihnen zuzumuten ist, dürfte doch auch dem Bundesgericht keine Schwierigkeiten bereiten.

Prof. Dr. Charles Knapp:

Monsieur le Professeur Knapp, rapporteur, estime que l'étude des effets du contrat dans le droit international privé de la Suisse laisse apparaître deux problèmes distincts, l'un de droit international, l'autre de droit interne, que les parties forment elles-mêmes.

Si un tribunal fixe le droit que les parties auraient dû prévoir, il s'occupe de droit interne, et non de droit international.

Quant aux points soulevés dans la discussion, notamment ceux relatifs aux effets du droit voulu par les parties et au droit du contrat lui-même, le rapporteur renvoie spécialement aux notes 9 et 46 de son travail écrit, qui donnent son appréciation sur ces matières.

Darnach schließt der *Präsident* die Sitzung, indem er den Referenten für ihre große und verdienstvolle Arbeit und allen Rednern für ihre Ausführungen dankt. Er ist den Referenten dafür besonders dankbar, daß sie auch in einer schwierigen Materie des internationalen Privatrechts der Wissenschaft und der Rechtsprechung die nötige Freiheit zu wahren wissen und nicht durch die Aufstellung starrer Doktrinen der Entwicklung allzu enge Schranken setzen wollen. Nicht durch starre Regeln, sondern nur durch die lebendige Praxis, angeregt durch die Wissenschaft und geformt durch unsern höchsten Gerichtshof, werden wir die mannigfaltigen Probleme im internationalen Obligationenrecht meistern können.

Sitzung vom Montag, den 15. September 1941,
abgehalten im Saale des
Palazzo della Società Elettrica Sopracenerina.

Präsident:
Prof. Dr. August Simonius, Basel.

I.

Aufnahme neuer Mitglieder.

Der *Präsident* eröffnet um 8 Uhr 45 die Sitzung und teilt mit, daß folgende Aufnahmegerüste eingegangen sind:

de Bouman, Ernest, docteur en droit, avocat, Fribourg,
Kißler Max, Fürsprech, Biel,
Lewin, Frl. Yolande, cand. iur., Baden.

Die Gesuchsteller werden von der Versammlung einstimmig zu Mitgliedern ernannt.

II.

Bericht des Preisgerichts.

Herr *Prof. Dr. Theo Guhl*, Bern, verliest den folgenden Bericht des Preisgerichts:

Im Auftrage des Preisgerichts, das von Ihrem Vorstande aus den Herren Advokat Dr. Hagemann, Basel, Dr. René Des Gouttes, Genf, und dem Sprechenden zusammengesetzt wurde, erstatte ich Ihnen Bericht über die eingegangenen Preisarbeiten.

Das Preisgericht befand sich in der seltenen Lage, acht Arbeiten über den „Versorgerschaden“ zu lesen und miteinander zu vergleichen. Ungefähr dem Verhältnis unserer drei Hauptsprachgebiete entsprechend waren 4 Ar-

beiten in deutscher, 3 in französischer und eine in italienischer Sprache abgefaßt.

Nach dem Urteil des Preisgerichts kommen zwei Arbeiten schon wegen des geringen Umfanges (12 und 11 Seiten) und weitere drei Arbeiten wegen materieller Mängel für die Zuerkennung eines Preises nicht in Betracht. Als Kuriosität mag hervorgehoben werden, daß der Verfasser der italienisch geschriebenen Arbeit einem verhängnisvollen Irrtum bei der Auslegung der Bedingungen des Preisausschreibens zum Opfer gefallen ist: Er hat die Wettbewerbsbestimmungen über den Maximalumfang nicht ganz richtig erfaßt. Während dieser üblicherweise auf 12 Druckbogen, 12 feuilles d'impression festgesetzt wurde — was 192 Druckseiten entspricht —, hat der Unglücksrabe darunter 12 Druckseiten (12 Pages) verstanden und darum auch — von seinem Standpunkt aus mit vollem Recht — dem Vorstand Ihres Vereins den Vorwurf gemacht, daß man den Versorgerschaden wissenschaftlich mit dem besten Willen nicht auf 12 Druckseiten darstellen könne.

Unter den 3 verbleibenden Arbeiten zeichnen sich die beiden deutsch geschriebenen Abhandlungen, die eine unter dem Motto „Suum cuique“ und die andere unter der Devise „Zuviel Recht ist Unrecht“ durch gründliche Darstellung und richtiges Erfassen der gestellten Aufgabe aus. Die Verfasser beider Untersuchungen geben sich in zutreffender Weise darüber Rechenschaft, daß die Antworten auf die zahlreichen und durchwegs schwierigen Fragen aus dem Gebiete des Versorgerschadens nicht in bloßen Billigkeits-erwägungen gefunden werden können, sondern daß diese Fragen aus dem Wesen unseres Schadenersatzrechtes heraus gelöst werden müssen. Beide Verfasser würdigen die reiche bundesgerichtliche Praxis in anerkennender Weise. Wo sie gelegentlich mit Kritik einsetzen, geschieht dies in maßvoller und sachlich gut begründeter Art. Desgleichen ist in beiden Arbeiten das Bestreben zu erkennen, jede Ueberspannung des „Versorger“-Begriffes zu vermeiden und auch dem Umfang des Ersatzes durch Berücksichti-

gung der sogenannten Vorteile wie Beerbung des Versorgers, Begünstigung durch Versicherung, Pensionen usw. bestimmte Grenzen zu setzen. Ein Unterschied zwischen den beiden Arbeiten lässt sich nur etwa nach folgenden Richtungen feststellen: Die Arbeit unter dem Motto „Suum cuique“ enthält in den Einzelfragen in erheblicherem Umfange eigene, durchwegs vernünftige und wohlbegründete Vorschläge für die Praxis, während die andere Arbeit unter dem Motto „Zuviel Recht ist Unrecht“ tiefer in die Grundgedanken des Versorgerschadens eindringt. Das Preisgericht erblickt in beiden Arbeiten wissenschaftlich wertvolle, klar geschriebene und wohl abgewogene Darstellungen des Versorgerschadens und stellt sie in den gleichen Rang.

Die französisch geschriebene Studie unter dem Stichwort „Parvum tempus non sufficit ad res arduas“ ist, wie schon aus der Wahl des Mottos hervorgeht, im Umfang etwas zu knapp ausgefallen. Die Gerichtspraxis wird zwar ebenfalls berücksichtigt; doch kommt die Auseinandersetzung mit anderen Ansichten in der Literatur und damit auch die eigenen Vorschläge zur Lösung der Streitfragen zu kurz. Nicht alle wichtigeren Rechtsfragen werden behandelt. So weit aber der Verfasser dazu Stellung nimmt, zeugt auch diese Arbeit von gutem Urteil und verdient in ihren Grundgedanken ebenfalls Zustimmung. Sie ist im übrigen gut und verständlich geschrieben. Das Preisgericht möchte sie daher doch noch mit einem Preise bedenken.

Die einstimmigen Anträge des Preisgerichts lauten:

1. Es seien die beiden Arbeiten „Suum cuique“ und „Zuviel Recht ist Unrecht“ mit je einem I. Preise von Fr. 500.— auszuzeichnen.
2. Es sei der Arbeit „Parvum tempus non sufficit ad res arduas“ ein III. Preis von Fr. 300.— zuzuerkennen.
3. Es sei der Druck der beiden erstprämierten Arbeiten durch Beiträge aus der Vereinskasse an die Druckkosten zu unterstützen.

Die Versammlung stimmt den Anträgen des Preisgerichts in vollem Umfange zu, und der Präsident eröffnet die Namen der Preisträger.

Als Autoren ergeben sich für die beiden je mit einem ersten Preis ausgezeichneten Arbeiten:

Dr. Hans Marti, Fürsprech, Bern („Suum cuique“)
und

Dr. Konrad Fehr, Fürsprech, Muri b. Bern
(„Zuviel Recht ist Unrecht“)

und für die für einen dritten Preis ausersehene Arbeit unter dem Motto „Parvum tempus non sufficit ad res arduas“:

Me Georges Brosset, avocat et licencié ès-sciences, Genève.

Der Präsident spricht den preisgekrönten Autoren im Namen des Vereins seine besten Glückwünsche aus und dankt nochmals dem Preisgerichte für seinen Mühewalt.

III.

Revision des Art. 4 der Statuten.

Art. 4 der Vereinsstatuten soll, wie der Präsident bereits in seinem Jahresbericht angekündigt hat, einer Änderung unterzogen werden. Der Präsident verliest den Vorschlag des Vorstandes mit folgendem Wortlaut:

Art. 4 Absatz 3:

„Der Vorstand darf einzelne Mitglieder, denen infolge außerordentlicher Umstände die Zahlung des Beitrages nicht zumutbar ist, mit ihrem Einverständnis auf Zeit von der Zahlungspflicht befreien. Die Entscheidung des Vorstandes ist endgültig.“

„Avec leur assentiment, le comité peut dispenser temporairement du paiement de la cotisation des membres pour

qui cette prestation paraît trop onéreuse, en suite de circonstances exceptionnelles. Le comité statue souverainement.“

„Col loro consenso il Comitato puo dispensare dalla tassa sociale i membri per i quali l'importo sembra troppo oneroso a cagione di condizioni eccezionali. La decisione del Comitato a questo proposito è definitiva.“

Der Zweck dieser Neuerung besteht darin, ältern langjährigen Mitgliedern, die durch die Teuerung, und jüngeren, die durch den Aktivdienst stark belastet sind, das weitere Verbleiben im Verein zu ermöglichen. Der Vorstand hat sich einstimmig zu diesem Gedanken bekannt.

Der Art. 4 der Statuten wird hierauf durch den einstimmigen Beschuß der Versammlung gemäß dem Vorschlag des Vorstandes abgeändert. Die neue Bestimmung soll rückwirkend schon auf das Vereinsjahr 1940/41 Anwendung finden.

IV.

*Bericht der Rechnungsrevisoren,
Amtsbestätigungen der bisherigen Rechnungsrevisoren
und des Suppleanten.*

B. de Vevey, juge de paix in Fribourg, verliest den von ihm und Dr. P. Gsell, Staatsanwalt in Frauenfeld, verfaßten Revisionsbericht:

*Rapport
des vérificateurs des comptes.*

Les soussignés Dr Paul Gsell, procureur général à Frauenfeld, et Bernard de Vevey, Juge de Paix à Fribourg, ont examiné et vérifié les comptes de la Société suisse des Juristes, soit le compte général et le compte du fonds spécial pour la publication des sources du droit suisse, pour l'exercice 1940/1941.

Ils ont constaté l'exactitude des écritures et leur complète concordance avec les pièces comptables qui leur ont été soumises.

Ils proposent à l'Assemblée générale d'approuver les comptes de l'exercice 1940/1941, avec remerciements au caissier pour son travail considérable.

Antragsgemäß wird dem Kassier durch einstimmigen Beschuß Décharge erteilt und ihm sowie den Rechnungsrevisoren für ihre Arbeit bestens gedankt.

Auf Vorschlag des Präsidenten werden die bisherigen Rechnungsrevisoren, nämlich die Herren

B. de Vevey, juge de paix in Fribourg, und
Dr. Paul Gsell, Staatsanwalt in Frauenfeld,
sowie der Suppleant,
Dr. Armin Schweizer, Advokat in Rüschlikon,
in ihrem Amte bestätigt.

V.

Diskussion über das Thema „Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht nach Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches.“

Der Präsident erteilt das Wort dem Referenten französischer Sprache, *Dr. Jean Bourgknecht*, Advokat in Fribourg, der sein bereits gedrucktes Referat folgendermaßen kommentiert:

I. Il ne saurait être question, dans le cadre de mon exposé verbal, de reprendre tous les problèmes soulevés dans le rapport écrit que j'ai eu l'honneur de rédiger en vue de la séance de ce jour.

Je me bornerai à examiner l'un ou l'autre des aspects essentiels du problème soumis à vos délibérations. Aux fins d'éviter des redites inutiles et en raison de l'identité pres-

que complète de nos points de vue, mon excellent confrère et corapporteur, Monsieur le Dr. Waiblinger, à la collaboration agréable duquel je dois tant, et moi-même, nous sommes répartis les questions à traiter, chacun devant insister plus spécialement sur l'une ou l'autre d'entre elles.

II. Je me propose d'examiner successivement et brièvement :

1. L'état des travaux législatifs intéressant la révision de la procédure pénale fédérale en tant qu'elle règle le pourvoi en nullité contre les décisions des instances cantonales.
2. Le rôle du tribunal fédéral en tant qu'instance de recours.
3. Les limitations à apporter à l'exercice du droit de recours.
4. Le moyen de recours tiré de l'arbitraire, soit de l'art. 4 de la constitution fédérale.
5. Les caractères d'une nouvelle procédure de recours en ce qui concerne la partie civile du jugement.
6. Le recours en matière de compétence.

III. L'entrée en vigueur, le premier janvier 1942, du code pénal suisse, placera le tribunal fédéral en présence de tâches nouvelles, singulièrement ardues. Alors que jusqu'ici les pourvois dirigés contre des jugements rendus par les instances cantonales en application du droit fédéral étaient rares, le nombre s'accroîtra dans des proportions peut-être plus considérables encore, du moins pour les débuts, que celles envisagées.

C'est à juste titre que la question a été posée de savoir si le pourvoi en nullité, tel qu'il est aujourd'hui organisé, répondait aux exigences de l'avenir. C'est avec raison qu'elle a été résolue négativement.

La loi sur la procédure pénale du 15 juin 1934 est manifestement insuffisante. Elle a des lacunes. Aucune de ses dispositions ne permet de limiter l'exercice du droit de recours. Par ailleurs, elle règle de manière peu satisfaisante le recours en tant qu'il est dirigé contre la partie civile d'un jugement pénal.

Monsieur le Dr. Waiblinger et moi-même avons eu l'occasion de souligner, dans notre rapport écrit, de manière suffisamment explicite, les lacunes de la loi pour que nous puissions nous dispenser d'insister aujourd'hui. Nous constatons simplement le fait que l'idée de la revision nous paraît ne pas devoir rencontrer de résistance. Aussi bien n'est-elle pas nouvelle et le Département fédéral de justice et police s'est-il préoccupé, il y a longtemps, d'une revision devenue inéluctable. A sa demande, Monsieur le juge fédéral Ziegler a rédigé et déposé, le 21 mai 1940, un projet de loi revisé sur l'organisation judiciaire fédérale accompagné d'un substantiel rapport.

Le 14 janvier 1941, le tribunal fédéral déposait avec motifs à l'appui, son propre avant-projet, se séparant, sur certains points, de celui de Monsieur Ziegler. Ces travaux importants, à la valeur desquels nous tenons à rendre hommage, encore que nous ne puissions toujours partager les points de vue qu'ils expriment — les divergences de vue, objets de courtoises controverses dans l'intérêt général, ne sont-elles pas le propre des juristes? — ont servi de base aux délibérations d'une commission extra-parlementaire d'experts qui a siégé, les 14 et 15 juillet à Berne, sous la présence de Monsieur le Conseiller fédéral de Steiger.

La nouvelle loi sur l'organisation judiciaire fédérale inclurait, selon les avants-projets, les modifications jugées nécessaires à la loi fédérale sur la procédure pénale, ces modifications ne devant pas faire l'objet d'une nouvelle spéciale.

Les travaux de la Commission, postérieurs à l'élaboration de nos rapports écrits, ont eu pour conséquence la rédaction, par le département fédéral de justice et police, de deux avants-projets :

- a) l'un ayant trait à la revision de l'organisation judiciaire fédérale en général,
- b) le second relatif à un arrêté fédéral revisant à titre provisoire, par suite de l'entrée en vigueur du code pénal

suisse, les lois fédérales sur l'organisation judiciaire et sur la procédure pénale.

Ce second avant-projet, à l'exclusion du premier, retiendra notre attention. Nous tiendrons également largement compte des observations que cet avant-projet d'arrêté provisoire a suggéré à Messieurs les juges fédéraux, membres de la commission d'experts, observations qu'ils ont consignées dans un rapport du 2 septembre 1941.

Les délibérations de la commission d'experts reprennent dès demain. Elles porteront certainement sur les textes soumis, mais vraisemblablement aussi sur l'opportunité qu'il peut y avoir à reviser provisoirement la législation en vigueur. Je ne saurais cacher que j'éprouve, personnellement, des hésitations sérieuses à admettre le principe d'une solution provisoire. Nous vivrions, jusqu'au 31 décembre 1941, sous le régime de la loi de 1934.

A ce régime succéderait celui d'une législation provisoire dont la durée ne serait vraisemblablement et ne devrait être dans l'idée des auteurs de l'avant-projet, que de quelque temps pour arriver enfin à un système stable et définitif. J'ai l'impression qu'un régime provisoire ne peut être que de nature à créer incertitude et confusion et qu'il serait infiniment préférable de passer directement du régime de 1934 à celui de la législation nouvelle, sauf à maintenir le système actuel en vigueur durant les premiers mois de l'application du code pénal fédéral.

L'arrêté fédéral d'urgence ne devrait avoir pour objet, me semble-t-il, que les seules restrictions qu'on pense apporter à l'exercice du droit de recours afin de donner au tribunal fédéral, immédiatement, le soulagement qu'il demande. Il en serait ainsi de la création d'une chambre des requêtes dont nous examinerons le rôle par la suite.

Pour le surplus, les dispositions de la loi de 1934 ne devraient être abrogées que le jour où le législateur aura été en mesure d'établir une loi nouvelle définitive.

IV. Une revision de la loi fédérale sur la procédure pénal pose, en premier lieu, une question de principe. Quel doit être sous l'empire de la loi nouvelle le rôle du tribunal fédéral comme instance de recours ?

Il ne saurait être question de conférer à notre plus haute instance judiciaire le rôle de juge du fait. La situation du tribunal fédéral comme aussi la nécessité de le décharger et de sauvegarder la souveraineté des cantons en matière de procédure, ne permettent pas d'attribuer au tribunal fédéral le soin d'apprécier les faits. Personne ne demande d'ailleurs, une revision de la loi à cet égard.

C'est bien plutôt dans un sens restrictif que certaines tendances se sont manifestées. On veut supprimer la possibilité d'invoquer, à l'avenir, la contradiction entre les pièces du dossier, d'une part et les constatations de fait de l'instance cantonale, d'autre part, comme moyen de recours.

Nous n'attacherons, quant à nous, pas une importance exagérée à ce moyen. L'art. 12 de l'avant-projet d'arrêté fédéral prévoit cependant que la Cour de cassation rectifiera d'office les constatations de fait contraires au dossier. Il nous paraîtrait préférable, pour éviter les abus que le tribunal fédéral a constatés jusqu'ici, sans pouvoir les réprimer, de préciser que la Cour rectifie d'office les constatations de fait contraires au dossier qui sont la conséquence d'une inadvertance manifeste du juge cantonal. Nous pensons à des erreurs de dates, de calculs, à l'omission de tenir compte d'une pièce déterminante et essentielle.

Ce système nous paraît présenter suffisamment de garantie pour le justiciable et permettrait ainsi au tribunal fédéral d'intervenir efficacement d'office, dans tous les cas où la prétendue contradiction ne serait pas la simple conséquence des pouvoirs de libre appréciation du juge cantonal.

Le tribunal fédéral demeurera l'instance suprême de recours chargé de veiller à la juste application de la loi.

D'aucuns voudraient saisir l'occasion de la revision pour restreindre le pouvoir de cognition du tribunal fédéral et limiter sa faculté d'annuler un jugement au seul cas

où la loi aurait été arbitrairement appliquée, c'est-à-dire lorsque le juge cantonal lui aurait donné un sens qu'elle ne peut pas avoir. On en arriverait ainsi au système de la cassation pure, au sens le plus restreint du terme.

Nous sommes d'avis de conserver, à l'avenir, au tribunal fédéral, le rôle qu'il a eu jusqu'ici, en matière pénale comme en matière civile, d'instance de réforme chargée de veiller à la juste application de la loi. Il nous paraît un nonsens de créer un droit matériel uniforme si l'on ne prend pas, en même temps, les mesures nécessaires à assurer son application dans son vrai sens, sur tout le territoire de la Confédération. Il nous semble nécessaire que le tribunal fédéral puisse intervenir, non seulement lorsque la loi aura été interprétée arbitrairement, mais chaque fois que l'autorité cantonale commettra une erreur dans l'appréciation du sens et de la portée de la loi. Le recours au tribunal fédéral n'a pas été prévu pour satisfaire au simple intérêt théorique d'assurer l'application uniforme du droit fédéral sur tout le territoire de la Confédération. Il a été institué, bien plutôt, comme une garantie donnée aux justiciables, garantie qui doit permettre au tribunal fédéral la possibilité d'intervenir pour redresser l'injustice objective consistant dans une fausse interprétation de la loi. Cette garantie à laquelle notre peuple est beaucoup plus profondément attaché qu'on ne le croit généralement, serait rendue bien illusoire si elle ne devait jouer qu'au cas d'interprétation arbitraire de la loi. La sécurité du justiciable en serait compromise en ce sens qu'il se verrait privé, pratiquement, d'une voie de recours dont la valeur est indiscutable. C'est parce qu'une condamnation pénale met en jeu des intérêts d'une importance essentielle, tant pour la société que pour l'individu, parce qu'elle touche à l'intérêt général, à la liberté humaine, à l'honneur d'un accusé ou de sa famille, qu'une juste interprétation de la loi doit être assurée par une instance judiciaire supérieure, la même pour toute la Suisse. Ce n'est pas tant sur l'interprétation uniforme que sur la seule interprétation juste de la loi que nous entendons mettre l'ac-

cent et nous ne saurions comprendre que, dans le domaine pénal, le tribunal fédéral ait un pouvoir d'appréciation plus limité que dans le domaine civil.

Nous estimons donc qu'il n'y a pas lieu de modifier le rôle assigné jusqu'ici au tribunal fédéral dans le domaine de l'interprétation de la loi.

Bien au contraire, il paraîtrait opportun de renforcer le pouvoir de cognition du tribunal fédéral en prenant les mesures qui s'imposent pour que les procédures cantonales ne puissent en aucun cas priver notre haute Cour de la possibilité pratique de revoir l'interprétation de la loi.

J'ai eu l'occasion, dans mon rapport écrit, de relever que l'institution de la Cour d'assises avait pour effet de priver le tribunal fédéral de l'exercice de son droit de contrôle à chaque fois que le jury résoud, pour oui ou par non, aussi bien les questions de fait que les questions de droit.

Le tribunal fédéral est alors placé dans l'impossibilité d'établir quel est l'état de fait qui a été retenu pour rechercher, ensuite si l'application du droit a été faite correctement.

Ce n'est pas faire montre d'exigences excessives, ce n'est pas méconnaître la souveraineté cantonale dans la domaine de la procédure, que de proposer qu'il soit porté remède à cet état de chose. Les cantons qui estimeront avoir lieu de s'en louer conserveront l'institution de la Cour d'Assises selon la conception ancienne. Les jurés continueront à trancher des questions de fait pour l'édification générale. Ils pourront même être appelés à résoudre des problèmes de droit si on les en croit capables, mais ils voudront le faire sous une forme qui ne rendra pas illusoire le droit de contrôle que peut exercer le tribunal fédéral ou sans compliquer à l'excès l'exercice de ses droits.

L'art. 63 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire permet au tribunal fédéral d'exercer efficacement son contrôle dans les causes civiles susceptibles de recours en réforme.

Personne ne saurait soutenir qu'il y a là atteinte inadmissible à la souveraineté cantonale. Ce qui a été reconnu légitime et salutaire dans l'ordre des recours civils est certainement possible et avantageux dans l'ordre des recours pénaux.

V. Dans l'intention parfaitement louable et compréhensible de diminuer le nombre des recours au tribunal fédéral et de ne pas obliger cette autorité à s'occuper de cas d'une très minime importance, les avants-projets de Monsieur Ziegler et du tribunal fédéral avaient, encore qu'avec des modalités différentes, prévu que des restrictions seraient apportées à l'exercice du droit de recours, en ce sens que le pourvoi en nullité ne serait pas admis contre des jugements portant condamnation à une amende de moins de fr. 200.— en application d'autres lois pénales fédérales.

Pour des raisons tirées tant de la nature des infractions pouvant être ainsi réprimées que des inégalités de traitement qu'il y a lieu de craindre, raisons longuement développées dans les rapports écrits et que Monsieur le Dr. Waiblinger reprendra tout à l'heure, les rapporteurs n'ont pas pu se rallier aux projets du tribunal fédéral. Ils ont proposé de ne pas admettre les limitations proposées et ont suggéré de limiter le cadre des recours soit en restreignant la faculté de recourir dans les causes intéressant les enfants, les adolescents ou les mineurs, soit encore en astreignant l'accusateur privé et même le condamné à une avance de frais, dans certains cas. De nombreux cantons connaissent l'obligation pour l'accusateur privé, d'avancer les frais à son pourvoi.

L'avant-projet du Département fédéral de justice et police entre dans ces vues et prévoit que l'accusateur privé pourra être tenu de faire une avance de frais, assistance judiciaire demeurant réservée.

Nous voudrions aller plus loin et nous ne voyons, quoique ce point de vue soit discutable, pas d'objections péremptoires à ce que l'accusé lui-même, réserve étant faite des

circonstances du cas ou de l'assistance judiciaire, puisse être astreint, en matière d'atteinte à l'honneur, d'adultère, de voies de fait, à avancer les frais du pourvoi. Cette avance qui n'empêcherait pas l'indigent de se défendre, ferait réfléchir bien des recourants téméraires.

A la suite des délibérations de la commission d'experts, nous sommes aujourd'hui en présence de deux propositions nouvelles liées l'une à l'autre tendant à décharger le tribunal fédéral.

1. La Cour de cassation, à l'instar de ce qui se fait en France notamment, instituerait dans son sein, une chambre dite Chambre des requêtes, composée de trois membres dont le président, chargée de procéder au premier filtrage des recours. Tout recours que cette chambre déclarerait, à l'unanimité de ses membres, être manifestement irrecevable ou dépourvu de fondement, serait rejeté définitivement par elle, par un arrêt qui serait très sommairement motivé. Cette proposition paraît heureuse. Elle est certainement de nature à décharger le tribunal fédéral. Elle ne compromet pas, par ailleurs, les droits des justiciables.

La Cour de cassation serait, selon les projets, composée à l'avenir de cinq membres. Les trois membres de la chambre des requêtes unanimes, exprimeraient ainsi l'avis de la majorité de la Cour de cassation. Nous sommes convaincus que les doutes sur l'irrecevabilité ou les chances d'un pourvoi, ne l'écarteraient pas préjudiciellement, mais le soumettront alors aux délibérations de la Cour. Le tribunal fédéral mérite pleinement que nous lui fassions la confiance que cette institution présuppose.

Le Département fédéral de justice et police voudrait aller plus loin encore et conférer à la Chambre des requêtes le droit exclusif de statuer, cette fois-ci à la simple majorité de ses membres sur un certain nombre de pourvoi. Il en serait ainsi des recours dirigés contre les ordonnances de non-lieu ou les décisions administratives ayant un caractère pénal, des pourvois rendus en matière de contravention ou encore lorsque la peine privative de liberté ou l'amende pro-

noncée ou entrant en ligne de compte serait inférieure à trois mois ou à 1000 francs et, enfin, des pourvois en nullité se rapportant uniquement à des peines accessoires, à des mesures au sens des art. 57 ss du code pénal, au sursis, à l'exécution de la peine, à sa révocation, au patronage, à la réhabilitation, aux mesures envers des adolescents, aux mesures de sûreté etc. A s'en tenir au projet du Département fédéral de justice et police, la Chambre des requêtes serait donc, dans un grand nombre de causes, la seule autorité de recours. Elle n'interviendrait comme organe de filtrage, que dans sa composition ordinaire. Nous aurions donc deux Cours de cassation dont l'une ne connaîtrait que des pourvois ne relevant pas la compétence de la Chambre des requêtes que cette Chambre n'aurait pas déclarés manifestement irrecevables ou mal fondés.

Une telle extension des pouvoirs de la Chambre des requêtes nous paraît aller trop loin. Les pouvois contre arrêt de non-lieu ne présentent, souvent, ni moins d'intérêt, ni moins de difficultés et ne soulèvent pas moins de questions de principe que les pourvois dirigés contre des jugements au fond.

Les peines accessoires, la réhabilitation, certaines mesures de sûreté, sont très lourdes de conséquence.

La plupart des infractions peuvent être réprimées par moins de trois mois d'emprisonnement ou fr. 1000.— d'amende. Pratiquement, la Chambre des requêtes deviendrait la véritable cour^{re}de cassation du tribunal fédéral, mais une Cour de trois membres.

Si l'on veut entrer dans les vues du Département fédéral de justice et police, on pourrait alors être tenté de proposer simplement, que la Cour de cassation siège au nombre de trois juges et rien n'empêcherait d'avoir deux sections de trois membres chacune.

On est très loin de l'idée des promoteurs de la Chambre des requêtes qui, se rendant compte des difficultés qu'il y aurait à admettre les propositions des avants-projets relatifs aux restrictions du droit de recours, avaient trouvé, avec beaucoup de justesse, un moyen de décharger la Cour

de cassation sans pour autant diminuer ses compétences de près de 80 %.

Nous nous déclarons donc partisans de l'institution d'une Chambre des requêtes comme organe de filtrage mais non pas comme organe régulier de jugement dans la plupart des infractions.

2. Le Département fédéral de justice et police propose de supprimer le droit de recours de l'accusé, de l'accusateur privé ou de l'accusateur public du canton, à l'exclusion du procureur général de la Confédération, lorsque l'amende prononcée ou entrant en ligne de compte est inférieure à fr. 100.— en vertu du livre deuxième du code pénal suisse ou à fr. 50.— en vertu d'autres lois pénales fédérales. A ce texte, la délégation du tribunal fédéral au sein de la commission d'experts en oppose un autre qui nous paraît plus heureux et précis selon lequel le recours serait exclu, pour toutes les parties, en matière de contravention seulement et lorsqu'une amende inférieure à fr. 50.— serait prévue comme maximum par la loi ou aurait été prononcée.

En restreignant au chiffre de fr. 50.— et au seul cas de contravention, la restitution apportée au droit de recours en fonction de la peine prononcée, l'intérêt général et les droits des parties ne seraient certes point compromis. Cette proposition marque bien l'intention de ne soustraire à la connaissance du tribunal fédéral que des affaires de très minime importance pour lesquelles on pourrait s'en remettre, sans inconvénient de principe, aux seules juridictions cantonales. Il n'y a point d'intérêt majeur à ce que le tribunal fédéral connaisse de toutes les contraventions, même les plus insignifiantes. Si cette disposition est de nature à éviter un certain nombre de recours dont la plupart seraient encore mal fondés, nous pourrions nous y rallier volontiers. Elle marque, à notre avis, un progrès très considérable sur les avants-projets dont notre rapport s'occupait. Le recours serait toujours possible dans les cas où il aurait été fait application du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral.

VI. Je n'hésiterai pas à qualifier de sensationnelle l'innovation proposée par le tribunal fédéral d'exclure, à l'avenir, le recours pour arbitraire fondé sur l'art. 4 de la constitution fédérale dans les causes relevant du droit civil, du droit pénal, des procédures civiles et pénales et encore de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Nonobstant l'entrée en vigueur du code pénal suisse, ce recours conserverait tout son intérêt aussi bien dans les causes jugées encore en application du droit pénal cantonal existant que surtout en matière de procédure pénale cantonale lorsque le recourant invoquera l'arbitraire dans l'application de cette procédure. Je songe au recours possible pour violation des formalités essentielles prescrites par la procédure pénale, en particulier au refus d'administrer des preuves.

Si les propositions du tribunal fédéral étaient accueillies, le justiciable qui estimerait avoir été victime d'arbitraire dans la procédure suivie à son endroit, ne pourrait pas former de recours de droit public. Il n'aurait à ses dispositions que le pourvoi en nullité pour violation des règles ordinaires du droit matériel et, exceptionnellement du droit de procédure découlant de la loi fédérale. L'innovation proposée par la majorité du tribunal fédéral — le rapport ne spécifie-t-il pas une voix de majorité? — n'a pas été sans émouvoir profondément les milieux les plus divers.

Les deux rapporteurs ont exposé longuement, dans leurs rapports écrits, les scrupules d'ordre constitutionnel qu'ils éprouvaient à entrer dans les vues du tribunal fédéral, indépendamment de l'opportunité que le recours de droit public leur paraît présenter. Tant que le tribunal fédéral, ont-ils dit, verra dans l'arbitraire une violation du droit individuel, l'art. 4 de la constitution assurera la faculté illimitée de recourir contre cette violation au tribunal fédéral.

Ils n'ont rien à changer à leur manière de voir qui sera reprise par Monsieur le Dr. Waiblinger.

Aussi longtemps que la constitution fédérale ne sera pas modifiée et que le tribunal fédéral n'aura pas changé

sa jurisprudence par une interprétation plus restrictive de l'art. 4 de la constitution, le projet du tribunal fédéral ne paraît pas pouvoir être accepté. Cela indépendamment du fait que je ne suis nullement convaincu qu'une modification de la jurisprudence serait souhaitable, le recours de droit public pour arbitraire constituant, malgré les abus faits de ce moyen, une sécurité appréciable pour les citoyens.

On nous dit qu'il ne présente guère d'intérêt pratique, un seul recours sur cent étant admis dans les domaines pour lesquels la suppression du droit de recours est envisagée. Nous ne mettons pas cette proportion en doute, mais ce que l'on ne nous dit pas parce qu'on ne peut d'ailleurs le savoir, c'est combien de décisions arbitraires ont pu être évitées parce que le recours de droit public était possible et que la perspective d'un tel recours donnait lieu à de salutaires réflexions.

Le recours pour arbitraire paraît avoir des effets heureux non seulement au point de vue curatif, mais bien davantage encore au point de vue préventif.

Le projet du Département fédéral s'écarte, d'ailleurs sur ce point, de celui du tribunal fédéral et maintient pour le citoyen, la faculté de recourir pour arbitraire tout en voulant confier à une Cour restreinte à trois membres, le soin d'examiner les pourvois interjetés en matière de droit civil ou pénal, de procédure cantonale ou de lois fédérales sur la poursuite pour dettes et la faillite.

On peut discuter, du point de vue pratique, l'opportunité de cette solution, mais nous constatons avec satisfaction que le principe serait sauvégardé.

Une autre question se pose au sujet de laquelle mon corapporteur et moi-même n'avons pas une identité de vue. J'estime que lorsque la violation du code pénal est invoquée concurremment avec celle d'un droit constitutionnel garanti par la constitution fédérale, les moyens devraient faire l'objet d'un seul et même pourvoi adressé à la Cour de cassation qui en examinerait le mérite.

Tous les avants-projets et Monsieur le Dr. Waiblinger s'accordent à proposer une solution différente, soit le maintien du système actuel qui oblige le recourant à un double recours. Je rappelle que la question a déjà fait l'objet des délibérations de la société suisse des juristes. Si, en 1935, elle n'a pas pris position sur les propositions du rapporteur, Monsieur Jung, qui se prononçait dans un sens analogue au nôtre, elle avait, en revanche, le 12 septembre 1910, fait sienne la même manière de voir exprimée par Monsieur le juge fédéral Jaeger, qui était aussi celle du tribunal fédéral lui-même.

Il est surprenant, effectivement, d'avoir à diriger deux recours contre un seul et même arrêt, lorsqu'on entend soutenir que les juges cantonaux ont violé aussi bien la constitution que le code. Le double recours n'est, à mon avis, qu'une source de longueurs, de complications, de frais et, en définitive, de surcharge du rôle du tribunal fédéral.

Il est certain que de tous les griefs formés, par une seule et même instance, la mieux à même d'en apprécier la portée et l'influence réciproque, présente le maximum de simplicité en même temps que de garantie pour le justiciable. Du point de vue théorique, du point de vue de la justice, c'est-à-dire de la recherche d'une solution satisfaisante, il est incontestable que la suppression du double de recours s'impose. Théoriquement, la solution que je préconise me paraît être la seule qui ne rompe pas avec la logique d'un système.

Aussi bien mon corapporteur raisonne-t-il essentiellement sur le terrain des considérations pratiques. Il exprime, sans doute, la crainte que l'uniformité de la jurisprudence ne soit rompue si le mérite d'un recours de droit public est examiné tantôt par la Cour de droit public, tantôt par une autre section du tribunal fédéral. Je partage d'autant moins cette crainte, la seule d'ordre théorique qui soit exprimée, qu'actuellement déjà, le règlement du tribunal fédéral permet au cas de double recours, de les attribuer les deux à la connaissance de la même chambre qui statuera

successivement sur le recours de droit public tiré par exemple d'une violation de la procédure cantonale et sur le recours en réforme tiré d'une fausse interprétation du droit matériel. J'estime que le maintien de ce système ne satisfait pas en théorie.

Les objections de Monsieur le Dr. Waiblinger qui s'inspire de considérations pratiques, sont certainement sérieuses et dignes du plus grand intérêt. Il voit dans le maintien du double recours, une difficulté semée sur la route des recourants téméraires. Il y voit un obstacle à la multiplication des recours fondés aussi bien sur la violation de la loi que sur celle de la constitution fédérale. Il craint que, facilités par la nouvelle procédure, les plaideurs n'invoquent, à l'avenir régulièrement des motifs tirés de la violation de la constitution à côté de ceux tirés de la violation de la loi. Il est persuadé que les parties trouveront dans cette simplification, une manière détournée de réintroduire, sous l'angle de l'arbitraire, le moyen tiré de la contradiction entre les constatation de fait et les pièces du dossier.

A la vérité, je reconnaiss que ces objections sont justifiées et je suis convaincu que le remplacement des deux voies de recours par une seule et même voie augmentera le nombre des cas où l'arbitraire sera invoqué. Celui qui se serait contenté d'un pourvoi en nullité et aurait reculé devant la perspective d'un recours de droit public séparé, n'éprouvera pas les mêmes scrupules et ne fera pas preuve de la même circonspection s'il peut invoquer la violation de la constitution dans le pourvoi en nullité lui-même. Je suis également persuadé qu'une répression des abus s'avérera difficile et ne sera pas complètement efficace.

Je suis cependant d'avis que, quel que soit le système adopté, des abus seront inévitables. Je donne la préférence, en ce qui me concerne, a système qui me paraît théoriquement le plus satisfaisant et le plus logique. Je ne crois pas qu'il soit heureux de concevoir les moyens de recours en se laissant uniquement guider par la préoccupation de diminuer le nombre des recours abusifs, mais qu'il est bien plus

important de construire un mode de recours logique avec lui-même, simple, sans complications inutiles et qui permette le mieux au juge d'apprécier l'ensemble des problèmes que le recours pose. C'est un principe généralement admis qu'il n'existe contre un jugement, qu'un seul mode de recours. La distinction qu'on veut faire suivant la source du droit violé apparaît toute artificielle et constitue, à mon avis, une anomalie.

VII. Je n'insisterai pas sur les innovations proposées qui touchent au recours contre la partie civile d'un jugement pénal. Monsieur Waiblinger et moi-même nous sommes raliés à l'avant-projet du tribunal fédéral tout en exprimant le désir d'y voir apporter l'une ou l'autre précision.

Je voudrais simplement souligner le gros progrès que les projets marquent à un double point de vue sur la législation actuelle.

1. Jusqu'ici, un double recours était possible, soit en nullité, soit en réforme, contre la partie civile du jugement. Si les deux parties choisissaient des voies différentes, deux sections du tribunal fédéral pouvaient être nanties du pourvoi. Il n'en sera plus de même à l'avenir, le seul mode de recours admissible étant celui du pourvoi en nullité.

2. D'autre part, le recours était possible, jusqu'ici, quelle que soit la valeur litigieuse. Il n'en sera plus de même à l'avenir. En principe, le tribunal fédéral n'examinera les pourvois que dans les causes atteignant une valeur litigieuse de fr. 4000.— ou susceptibles d'un recours en réforme indépendamment de la valeur litigieuse. Les recours dirigés dans les autres causes ne seront examinés qu'à une double condition, savoir:

- a) que le tribunal fédéral soit également nanti d'un pourvoi en nullité contre la partie pénale du jugement;
- b) que ce pourvoi soit admis et que la cassation du dispositif pénal soit de nature à influencer le sort du jugement civil.

Ainsi disparaîtra, avec les réserves qui s'imposent une inégalité de traitement que rien ne justifiait. Il n'était guère admissible que le tribunal fédéral doive examiner des problèmes d'ordre civil de peu d'importance uniquement parce qu'ils avaient été soumis par voie d'adhésion au juge pénal au lieu d'avoir fait l'objet d'un procès civil indépendant.

VIII. Nous avons proposé d'accorder au prévenu le droit de nantir la Chambre d'accusation, avant les débats au fond, de ses griefs relatifs à la compétence intercantionale. Le tout dans certains cas, moyennant certaines conditions et avec certaines réserves.

Grâce à la complaisance de Monsieur Fässler, greffier du tribunal fédéral, nous avons appris que la Cour de cassation pénale du tribunal fédéral, dans sa séance du 21 mai 1941, avait rendu un arrêt qui sera incessamment publié et qui interprète la loi actuelle dans le sens que nous avons préconisé. Il nous paraît dès lors inutile d'insister sur une proposition qui a rencontré, par anticipation, l'agrément de la haute Cour, si ce n'est pour souligner la faculté déduite par voie de jurisprudence, d'un texte incomplet. La jurisprudence de la Cour justifie mes vœux.

Notre travail peut donner lieu à controverses. Nous les acceptons volontiers, car nous n'avons pas la prétention d'avoir fait une œuvre parfaite. Nous serons heureux si nos rapports ont pu contribuer à promouvoir le droit dans un domaine d'une haute importance.

Hierauf bringt der Referent deutscher Sprache, *Dr. Max Waiblinger*, stellvertretender Prokurator und Privatdozent in Bern, folgende Ergänzungen zu seinen gedruckten Ausführungen an:

Wie Sie schon den schriftlichen Referaten entnommen haben, sind die beiden Berichterstatter über die wesentlichen Punkte des heutigen Verhandlungsgegenstandes einer Meinung. Es wäre nun wohl müßig, uns in Replik und

Duplik zu unwesentlichen Meinungsverschiedenheiten zu äußern und dabei an den Hauptpunkten, in denen wir uns einig sind, die Sie aber gerade am meisten interessieren werden, vorbeizugehen. Wir tragen Ihnen deshalb nur in einem Punkte unsere abweichenden Auffassungen kontradiktisch vor, hinsichtlich der Frage der Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der staatsrechtlichen Beschwerde, eine Verbindung, die Herr Dr. Bourgknecht befürwortet, die ich dagegen entschieden ablehne.

Herr Dr. Bourgknecht kann sich hier auf zwei Referate vor dem Schweizerischen Juristenverein berufen, des Herrn Bundesrichter Jaeger, 1910 und des Herrn Dr. Yung 1935, ja sogar auf eine Resolution des Schweizerischen Juristentages 1910. Von rein theoretischen Gesichtspunkten aus läßt sich eine Auffassung leicht begründen. Ich glaube aber, daß wir hier eines nicht übersehen dürfen: Die Frage der Verbindung der staatsrechtlichen Beschwerde mit den Rechtsmitteln des Bundesrechts in der Weise, daß die beiden Beschwerden in derselben Rechtschrift eingelegt und zusammen von der gleichen Abteilung des Bundesgerichts beurteilt würden; diese Frage hängt aufs engste mit zwei andern Fragen zusammen, die auch jetzt — bei der Revision des OG und des BStP wieder eine Rolle spielen, mit der von Herrn Dr. Bourgknecht soeben erörterten Einschränkung der staatsrechtlichen Beschwerde, d. h. dem Abbau der staatsrechtlichen Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung (sog. Willkürbeschwerde) und der Frage der Aktenwidrigeitsrüge. Wenn man, wie Herr Bundesrichter Jaeger in seinem Referat 1910 und nun auch der VE des Bundesgerichts den sogenannten Willkürrekurs abschaffen will, dann sehe auch ich keine großen Unzukömmlichkeiten in einer Verbindung der staatsrechtlichen Beschwerde mit den Rechtsmitteln des Bundesrechts, insbesondere der Nichtigkeitsbeschwerde; denn die — aus andern Gründen als Willkür — gegen das mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochtene Urteil möglichen staatsrechtlichen Beschwerden würden

wohl nicht sehr zahlreich sein. Anderseits könnte eine Verbindung der bundesrechtlichen Rechtsmittel mit der staatsrechtlichen Beschwerde vielleicht noch hingenommen werden, wenn die sogenannte Aktenwidrigkeitsrüge beibehalten würde; denn wenn schon den Parteien gestattet sein soll, die tatbeständliche Grundlage des angefochtenen Urteils anzutasten, sei es auch nur unter dem Gesichtspunkt der so oft falsch verstandenen Aktenwidrigkeit, so könnte wohl auch eine Häufung der staatsrechtlichen Beschwerden wegen Willkür in derselben Rechtsschrift die Beurteilung nicht wesentlich erschweren. Wenn man aber — mit dem bundesgerichtlichen Vorentwurf — die Aktenwidrigkeitsrüge beseitigen und den Parteien verbieten will, in der Nichtigkeitsbeschwerde an den tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Instanz zu rütteln und wenn man anderseits — wie beide Referenten — an der Zulässigkeit der Willkürbeschwerde festhält, so würde eine Verbindung der beiden Beschwerden zur Folge haben, daß der als Aktenwidrigkeitsrüge verbotene Angriff auf die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Instanz unter dem Mantel der Willkürbeschwerde doch erhoben würde und sogar weitgehender, indem auch die Beweisführung und Beweiswürdigung zum Gegenstand der Kritik gemacht werden könnte: Das heißt nun meines Erachtens doch den Teufel durch den Beelzebub austreiben.

Nicht nur leichtfertige Beschwerdeführer, sondern vor allem auch übertrieben gewissenhafte Anwälte würden es nie unterlassen, zur Nichtigkeitsbeschwerde auch die staatsrechtliche zu fügen, um nichts zu verfehlten, was den Interessen ihres Klienten dienlich sein könnte. Wenn dann die beiden Gesichtspunkte, Verletzung eidgenössischen Rechts und Willkür, in der gemeinsamen Rechtsschrift noch tückig vermengt würden, so wäre die Beurteilung dieser gehäuften und vermengten Rechtsmittel für das Bundesgericht sicherlich nichts Erfreuliches. Ich kann aber auch die Vorteile einer solchen Verbindung der beiden Beschwerden nicht recht einsehen. Das erleichterte gemeinsame An-

bringen mag für den Anwalt bequemer sein, ist aber gefährlich; denn es ruft einer großen Zahl von Willkürrekursen, die sonst unterblieben wären. Aber auch die gemeinsame Beurteilung durch die nämliche Abteilung des Bundesgerichts bietet nicht eitel Vorteile, sondern ebenfalls eine Gefahr: Eine einheitliche, straffe Rechtsprechung auf dem ohnehin recht heiklen Gebiet der materiellen Rechtsverweigerung könnte schwerlich beibehalten werden, wenn sich mehrere Abteilungen des Bundesgerichts, jede auf ihrem Spezialgebiet, mit Willkürrekursen befassen. Dies müßte zu einer Lockerung des Willkürbegriffs führen. In besonderen Fällen mag die gemeinsame Beurteilung eine große Arbeitersparnis bedeuten und deshalb praktisch sein; dann wird sie aber wie bis anhin durch die interne Geschäftsverteilung am Bundesgericht ermöglicht werden können.

Abgesehen von dieser Meinungsverschiedenheit kann ich mich den Ausführungen des Herrn Dr. Bourgknecht zum heutigen Verhandlungsgegenstand im Wesentlichen anschließen. Ich möchte diese Ausführungen nur in einigen Punkten ergänzen.

Herr Dr. Bourgknecht ist — wie Sie gehört haben — nicht gut auf das Schwurgericht alter Façon zu sprechen, in dessen Wahrspruch Tat- und Rechtsfragen nicht auseinandergehalten werden, was dem Bundesgericht die Ueberprüfung der Rechtsanwendung sehr erschwert, oft verunmöglicht, und zwar gerade bei den schwersten Verbrechen. Auch ich halte zwar dafür, daß es begrüßenswert wäre, wenn die Kantone, die noch das klassische Schwurgericht kennen, einen Weg zur getrennten Beantwortung der Tat- und Rechtsfragen finden könnten. Vielleicht, daß ein guter Kenner der Einrichtung des alten Schwurgerichts hier einen praktisch durchführbaren Ausweg findet, wenn ein solcher überhaupt zu finden ist. Die in meinem schriftlichen Referat vorgeschlagenen Lösungen befriedigen mich selbst nicht. Anderseits dürfen wir aber nicht außer acht lassen, daß das Bundesgericht nicht in erster Linie für die

Erreichung des Verfahrenszweckes eines konkreten Strafverfahrens, die gerechte Verurteilung oder Freisprechung des einzelnen Angeklagten, zu sorgen hat, sondern für eine einheitliche Rechtsanwendung auf dem Gebiete des Strafrechts, insbesondere eine einheitliche Auslegung des neuen Strafgesetzbuches. Wenn ich von diesen Gesichtspunkten ausgehe, kann ich über die dem Wahrspruch der Geschworenen als Akt der Volksjustiz anhaftenden Mängel hinwegsehen; denn diese mögen zwar wohl der höchstinstanzlichen Verbrechensbekämpfung im einzelnen Fall Abbruch tun, nicht aber der Schaffung einer einheitlichen Rechtsanwendung. Ich vertrete also hier die etwas mildere Auffassung als mein Mitberichterstatter, vielleicht, weil ich — im Gegensatz zu ihm — aus einem Kantone komme, der das moderne Geschworenengericht mit seiner gemeinsamen Beratung und Beurteilung durch Berufsrichter und Geschworene kennt und — ich will dies hier sagen — sich wohl dabei befindet.

Ein anderer wesentlicher Punkt ist die Legitimation des Privatstrafklägers zur Nichtigkeitsbeschwerde. Hier wende ich mich vor allem an die Kollegen aus meiner engeren Heimat, vor denen ich mich zu verantworten habe, daß ich den bernischen Privatkläger gegen die bundesrechtliche Rechtssprechung und die Vorentwürfe, die ihm als bloßem Nebenkläger die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde absprechen, nicht besser verteidigt habe. Es war nicht möglich. Der bundesrechtliche Begriff des Privatstrafklägers als des zur Nichtigkeitsbeschwerde Legitinierten kann nur so abgegrenzt werden, wie dies das Bundesgericht getan hat, nämlich daß man hierunter den an Stelle des öffentlichen Anklägers in letzter kantonaler Instanz auftretenden privaten Kläger versteht. Wollte man diese Schranke fallen lassen, so würde es völlig von der kantonalen Gesetzgebung abhängen, welche am Verfahren interessierten Personen als Privatstrafkläger zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert sein sollen. Eine Umschreibung in ähnlicher Weise wie im bernischen Straf-

verfahren war deshalb untunlich, weil wir den verschiedenen kantonalen Strafverfahren mit verschiedenen geordneten Parteirechten gegenüber stehen; da kann man nicht wohl sagen, Privatkläger sei jeder Verletzte, der die Bestrafung eines von ihm Beschuldigten verlange und im Verfahren Parteirechte ausüben wolle. Zudem dürfte gerade heute, wo eine Vereinfachung des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens zur Entlastung des Bundesgerichts angestrebt wird, ein Begehr um Anerkennung des bernischen Nebenklägers als Legitimierte auf ungünstigen Boden fallen; denn zwei nebeneinander zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimierte Ankläger, ein öffentlicher und ein privater, sind zur Wahrung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Strafrechts wirklich nicht erforderlich.

Für uns Berner vor allem ist diese Lösung unerfreulich; denn wir haben ja den Privatkläger 1928, im neuen Strafverfahren, gerade deshalb eingeführt, um dem Verletzten die Möglichkeit zu geben, unabhängig von allfälligen Zivilansprüchen und ohne Intervention bei der Staatsanwaltschaft seine Rechte selbst zu wahren. Dies wird auch weiterhin so bleiben bis in die letzte bernische Instanz. Zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde aber ist nur der öffentliche Ankläger legitimiert, der ja auch in letzter Instanz noch neben dem Privatkläger aufgetreten ist und bei dem die unbefriedigten Privatkläger nun intervenieren werden. Ich habe hier in meinem schriftlichen Referat einen Ausweg angedeutet, der meines Erachtens gangbar sein sollte.

Ich gehe nun über zum letzten und Hauptpunkt meines heutigen Berichtes, der in den Entwürfen vorgesehenen Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde in dem Sinne, daß in bestimmten Fällen, nämlich wenn nur eine Buße von weniger als Fr. 100.— oder Fr. 50.— ausgesprochen wurde, die Beschwerde versagt sein soll. An die Spitze meiner daherigen Ausführungen möchte ich einen Satz stellen, den ich wörtlich der bundesgerichtlichen Vernehmlassung zum neuesten Departementalentwurf entnehme:

„Da dem Bundesgericht weniger die Verbrechensverfolgung im Einzelfall als vielmehr die gleichmäßige Rechtsanwendung in der ganzen Schweiz, die Interpretation und der Ausbau des Gesetzes durch die Rechtsprechung obliegt, so tritt die Unterscheidung zwischen wichtigen und weniger wichtigen Fällen stark zurück, und es dominiert das Interesse an der höchstrichterlichen Auslegung des Gesetzes ganz abgesehen vom konkreten Fall.“

Das ist sicher richtig. Gerade bei der grundsätzlichen Beschränkung der Weiterziehbarkeit waren nun aber die Vorentwürfe doch genötigt, zwischen wichtigeren und weniger wichtigeren Fällen zu unterscheiden, und sie haben dies auch getan. Dazu hätte aber ein Maßstab gefunden werden sollen, der eine solche Ausscheidung der sogenannten Bagatellsachen ermöglicht hätte, und ein solcher Maßstab ist die ausgesprochene Buße nun eben nicht. Der in den Vorentwürfen zwischen Buße und zivilprozes-sualem Streitwert gezogene Vergleich hinkt. Ich erinnere daran, daß im Strafverfahren — im Gegensatz zum Zivilprozeß — schon die Schuldigerklärung als solche, ganz abgesehen von der ausgesprochenen Strafe, ihre oft schweren Wirkungen entfaltet. Es ist eben nicht dasselbe, ob jemand wegen Betrugsversuch oder Gehülfenschaft zu Diebstahl zu einer Buße von Fr. 100.— verurteilt wird oder ob dieselbe Buße auf Grund einer Verurteilung wegen Täglichkeiten ausgesprochen wird. Die Vorentwürfe sind hier an der Tatsache vorbeigegangen, daß im schweizerischen Strafgesetzbuch, abgesehen von der Großzahl der Vergehen, sogar auch Versuch, Anstiftungsversuch und Gehülfenschaft bei Verbrechen mit Buße bestraft werden können. Ich will hier nicht alles wiederholen, was sich sonst gegen ein Abhängigmachen der Weiterziehbarkeit von der ausgesprochenen Strafe einwenden läßt. Nur eines möchte ich nochmals betonen: Unter der Herrschaft des schweizerischen Strafgesetzbuches, nach dessen Art. 48 die Höhe der

Buße nach Einkommen, Vermögen, Familienlasten, Alter, Gesundheit usw. bemessen werden soll — sodaß sie den Reichen bei gleichem Verschulden in gleicher Härte trifft wie den Armen — hat die ausgesprochene Buße jeden Wert als Maßstab für die Schwere oder Wichtigkeit des Falles verloren. Die Weiterziehbarkeit von der Höhe der ausgesprochenen Buße abhängig machen, wie dies leider auch einige Kantone in ihren Einführungsgesetzen getan haben, bedeutet nichts anderes als — bei gleicher Schwere der Tat und des Verschuldens — dem in guten ökonomischen und sozialen Verhältnissen Stehenden den Weg an die obere Instanz öffnen, dem Armen, dem Alten, Kranken und sozial Schwachen und deshalb zu einer niedrigeren Buße Verurteilten aber versagen. Eine solche Lösung ist asozial und verwerflich!

Aber, es ist leicht zu kritisieren, schwer, etwas Besseres zu schaffen. Ein brauchbarer Maßstab zur Scheidung von wichtigen und weniger wichtigen Fällen ist in Strafsachen meines Erachtens überhaupt nicht zu finden. Der einzige Weg, der dies ermöglichen würde, die Scheidung nach der angedrohten Strafe, ist deshalb nicht gangbar, weil so ganze Gruppen strafbarer Handlungen (z. B. die Uebertretungen) der bundesgerichtlichen Ueberprüfung entzogen würden. Die Referenten haben deshalb einen andern Ausweg gesucht und — in den schriftlichen Referaten — die Flut der zu erwartenden Nichtigkeitsbeschwerden durch eine Kostenvorschußpflicht des Privatstrafklägers und — bei gewissen Antragsdelikten — sogar des Angeschuldigten, einzudämmen versucht. Der principale und der subsidiäre Privatstrafkläger sind in den meisten Kantonen, die sie kennen, schon im kantonalen Verfahren kostenvorschußpflichtig; umso mehr können sie vorschußpflichtig erklärt werden, wenn sie gegen das kantonale Endurteil das außerordentliche Rechtsmittel der eidg. Nichtigkeitsbeschwerde einlegen. Der neueste Departementalentwurf

hat denn auch — richtigerweise bloß fakultativ — vorgesehen, daß der Privatstrafkläger zur Leistung eines Kostenvorschusses angehalten werden kann. Die in den schriftlichen Referaten ebenfalls vorgeschlagene Kostenvorschußpflicht des Angeschuldigten in gewissen Antragsdeliktsfällen war uns selbst nicht sonderlich sympathisch. Es sollte immerhin so versucht werden, ein weiteres Hemmnis gegen unbedachte Nichtigkeitsbeschwerden zu errichten.

Der neue Entwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements bringt — was die Beschränkung der Weiterziehbarkeit anbelangt — gegenüber dem Vorentwurf des Bundesgerichts nichts wesentlich Neues. Art. 6 des Departmentalentwurfs enthält meines Erachtens eine eher etwas verschlechterte Neuauflage des bundesgerichtlichen Vorschlages. In letzter Stunde ist nun aber die damit befaßte Delegation des Bundesgerichts selbst vom ursprünglichen bundesgerichtlichen Entwurf abgerückt und schlägt in der Vernehmlassung zum neuen Vorentwurf des Justiz- und Polizeidepartements vor, eine Beschränkung der Weiterziehbarkeit nur bei den Uebertretungen eintreten zu lassen, und zwar dann, wenn eine Buße von weniger als Fr. 50.— ausgesprochen wurde oder angedroht war. Das ist nun ein großer Schritt, und dieser neueste Vorschlag scheint beiden Referenten grundsätzlich eine taugliche Grundlage zu einer Beschränkung der Weiterziehbarkeit zu bilden. Es läßt sich verantworten, innerhalb der leichtesten Gruppe der strafbaren Handlungen, der Uebertretungen, der mehr oder weniger großen Wichtigkeit keine zu große Bedeutung mehr beizumessen. Man kann dann auch darüber hinwegsehen, daß der Maßstab, die ausgesprochene Buße von wenigstens Fr. 50.—, nicht geeignet ist, die Fälle nach ihrer Wichtigkeit auszuscheiden, und auch die leichte Schürfung des Grundsatzes der Waffengleichheit mag — wenn man die praktischen Erwägungen in den Vordergrund rückt — schließlich in Kauf genommen werden. Schön ist diese Lösung nicht; aber wenn wirklich eine Beschränkung der Weiterziehbarkeit unumgänglich ist, so

wäre dies jedenfalls die einzige bisher vorgeschlagene Beschränkung, die sich nicht zu den Grundgedanken des schweizerischen materiellen Strafrechts in allzu krassen Gegensatz stellt.

Die Delegation des Bundesgerichts fügt ihrem neuesten Vorschlag allerdings bei, daß er nur aufrecht erhalten werden könne, wenn anderseits das Verfahren durch die Einführung der dreigliedrigen „chambre des requêtes“ und das vorgeschlagene Vorprüfungsverfahren vereinfacht werde. Herr Dr. Bourgknecht hat Ihnen hierüber eingehend gesprochen. Ich will deshalb nichts wiederholen und nur sagen, daß ich dieser glücklichen Verbindung der schon im Vorentwurf Ziegler vorgeschlagenen Dreierabteilungen mit dem Vorprüfungsverfahren rückhaltlos beipflichte. Was in Frankreich und z. B. auch in England möglich ist, sollte auch bei uns möglich sein. Erforderlich ist nur, daß wir genügendes Vertrauen in die Gründlichkeit und Zuverlässigkeit der Arbeit dieser „chambre des requêtes“ setzen, die keine leichte Aufgabe zu bewältigen haben wird.

Nachdem die Referenten in den letzten Tagen vom neuesten Vorschlag der Delegation des Bundesgerichts, eine Beschränkung der Weiterziehbarkeit nur bei den Uebertretungen eintreten zu lassen, Kenntnis erhalten hatten, haben sie sich überlegt, ob nicht gewisse häufige Antragsdelikte, von denen das Bundesgericht eine starke Belastung mit Nichtigkeitsbeschwerden zu erwarten haben wird, den Uebertretungen gleichgestellt, d. h. derselben Beschränkung unterworfen werden könnten. Beide Referenten können heute erklären, daß sie grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden hätten, wenn die Beschränkung der Weiterziehbarkeit (Ausschluß der Nichtigkeitsbeschwerde bei Verurteilung zu einer Buße von weniger als Fr. 50.—) ausgedehnt würde auf Ehrverletzungen — unter Ausschluß der Preßehrverletzungen (die eine besondere Behandlung rechtfertigen) und leichte Fälle einfacher Körperverletzungen. Ich habe in den letzten Tagen eine Zusammenstellung der Fälle unternommen, die in den Jahren 1939 und 1940 von

bernischen Gerichten letzter Instanz beurteilt wurden, d. h. derjenigen Fälle, die ab 1. Januar 1942 nach schweizerischem Recht zu beurteilen sein werden. Ich bin dabei zu folgenden prozentualen Ergebnissen gelangt:

| | 1939 | 1940 | |
|--|--------|--------|---|
| Uebertretungen . . | 21,8 % | 17,0 % | |
| Ehrverletzungen . | | | |
| (unter Ausschluß d. Preßvergehen) | 9,6 % | 10,5 % | |
| Leichte Fälle einfacher Körperverletzung | 4,4 % | 5,1 % | |
| Zusammen | 35,8 % | 32,6 % | aller letztinstanzlich beurteilten Strafsachen |

Die Ehrverletzungen und die leichten Fälle einfacher Körperverletzungen machen also zusammen den ansehnlichen Prozentsatz von 14—15 % der letztinstanzlich beurteilten Fälle aus, sodaß von daher eine starke Belastung des Bundesgerichts zu erwarten sein wird. Von dieser Belastung könnte es zum großen Teil befreit werden, wenn die Weiterziehbarkeit bei Verurteilung zu einer Buße von unter Fr. 50.— auch in diesen Fällen ausgeschlossen würde. Allerdings beschränken sich meine Erhebungen auf den Kanton Bern. Allein, da sie deutsche und welsche, katholische und protestantische Elemente erfassen, können sie wohl als Ausgangsbasis für eine annähernde Schätzung genommen werden.

Wie Ihnen Herr Dr. Bourgknecht erläutert hat, sollen die dringendsten Anpassungen des Bundesstrafprozesses auf 1. Januar 1942 in einem dringlichen Bundesbeschluß verankert werden, um Zeit für die Totalrevision des Organisationsgesetzes und die Teilrevision des Bundesstrafprozesses zu gewinnen. Die Zeitnot, in der sich die eidg. Behörden befinden, ist aber nicht etwa der langsamten Arbeit der vorbereitenden Organe zuzuschreiben. Die Zeitspanne seit Annahme des schweizerischen Strafgesetzbuches bis zu dessen

Inkrafttreten war zur Vorbereitung eines so großen Gesetzgebungswerkes, Totalrevision des OG, Teilrevision des Bundesstrafprozesses, viel zu kurz. Welch große und sorgfältige Arbeit Herr Bundesrichter Dr. Ziegler in der ihm zur Verfügung stehenden Zeit geleistet hat und auch die Mitglieder des Bundesgerichts in Vernehmlassung und Gegenentwurf auf sich nahmen, können vielleicht die heutigen Berichterstatter, die nur zu einem kleinen Bruchteil, der Teilrevision des Bundesstrafprozesses, ihr Scherlein beitragen, mit am besten ermessen.

Zum Schluß meiner Ausführungen noch eine Bitte an die Vertreter der kantonalen Gerichtsbehörden und meine Kollegen von der Staatsanwaltschaft. Wenn der Vorentwurf zum revidierten Bundesstrafprozeß vorsieht, daß die kantonalen Behörden, die den angefochtenen Entscheid fällten, Gegenbemerkungen zur Nichtigkeitsbeschwerde anbringen und diese ihrem Entscheid beilegen können und wenn ferner auch dem öffentlichen Ankläger des Kantons Gelegenheit geboten wird, seine Gegenbemerkungen anzu bringen, so ist dies nicht nur ein Recht, sondern eine Pflicht, und dieser Pflicht kann man sich nicht in allen Fällen so entledigen, daß auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheides verwiesen wird, zumal wo die Nichtigkeitsbeschwerde Neues bringt. Gewiß ist es vollständig wertlos, in den Gegenbemerkungen mit anderen Worten den Inhalt der Erwägungen zu wiederholen; es gibt jedoch Fälle, wo auch die kantonale Instanz und der kantonale öffentliche Ankläger durch kurze, klare Ausführungen und Richtigstellungen die Arbeit des Bundesgerichts vorbereiten und erleichtern können.

Dann, wenn wir alle, kantonale Behörden, öffentliche Ankläger und Verteidiger, zusammenwirken und jeder das seine tut, um die Arbeit des höchstinstanzlichen Gerichts zu erleichtern, dann wird dieses auch der großen Aufgabe, an die es nun herantritt, der Schaffung einer einheitlichen Praxis auf dem Gebiete des schweizerischen Strafrechts, voll gewachsen sein.

Diskussion.

Der *Präsident* erteilt nach kurzer Pause dem ersten Diskussionsredner, *Bundesrichter Dr. A. Ziegler*, Lausanne, das Wort:

Die These III des Referenten Bourgknecht (Verbindung der Verfassungsverletzungsrüge mit der Nichtigkeitsbeschwerde), die übrigens auch vom Referenten Waiblinger abgelehnt wird, greift weit über das heute zur Diskussion gestellte Problem der Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht hinaus und ist daher schon 1935 im Rahmen der Gesamtrevision der Organisation der Bundesrechtspflege behandelt worden. Niemand hat seinerzeit gegenüber meinen damaligen ablehnenden Ausführungen (S. 293 a ff.) eine Abstimmung provoziert, und es erscheint wenig angebracht, bei der Behandlung eines beschränkten Teilgebietes der Bundesrechtspflege auf diese Frage von viel allgemeinerer Bedeutung zurückzukommen. Uebrigens will sich der Referent für seine These ganz mit Unrecht auf angebliche frühere Revisionsvorschläge des Bundesgerichtes stützen: er gibt ja selbst zu, daß für die Verbindung mit der Nichtigkeitsbeschwerde kaum eine andere Verfassungsrüge als diejenige der Verletzung des Art. 4 BV in Betracht komme, während das Bundesgericht bei seinen Revisionsvorschlägen von 1909/10 gerade diese Rüge, zumal wegen sogenannter materieller Rechtsverweigerung, überhaupt ganz aus der Zivil- und Strafrechtspflege ausmerzen wollte (vgl. a. a. O. S. 290 a ff.). Was mit dem ja auch von den Referenten gebilligten Ausschluß der Aktenwidrigkeitsrüge verunmöglicht werden will, würde durch die besprochene These auf einem andern Wege wieder ermöglicht, nämlich daß die Strafurteile nicht nur wegen Verletzung des materiellen Strafrechts vermittelst Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, sondern in ihrer Gesamtheit, auch was die Tatbestandsfeststellung und die Entscheidung prozessualischer Fragen anbetrifft, wie es zumal seit dem BStrP von 1934 fast regelmäßig, wenn auch

durchaus mißbräuchlich geschieht. Dabei wird, wie vielfache Erfahrung zeigt, die Begründung keineswegs sauber nach den verschiedenartigen Anfechtungsgründen auseinandergehalten, sondern im Gegenteil in fast unentwirrbarer Verstrickung aufgemacht, sodaß es von vornherein schon große Mühe kostet, richtig zu erkennen, zur Stützung welcher Rüge die einzelnen Beschwerdeangriffe gehören. So müßte viel Arbeitskraft unnütz vertan werden (was dann nicht der Fall ist, wo das Bundesgericht ausnahmsweise von sich aus zu gemeinsamer Beurteilung des Rechtsmittels der Zivil- oder Strafrechtpflege mit einer staatsrechtlichen Beschwerde schreitet, wenn ein Beschwerdeführer zureichende Gründe dafür zu haben glaubt, eine solche nebenher gesondert zu führen; vgl. a. a. O. S. 295 a oben). Unvermeidlicherweise würde dadurch die Konzentration des Bundesgerichtes auf die ihm gestellte neue und große Hauptaufgabe, die einheitliche Anwendung des neuen StrGB, empfindlich leiden. So würde der Strafjustiz durch die vorgeschlagene Neuerung ein ganz schlechter Dienst geleistet.

Infolge der Verschiebung der Behandlung des vorwürfigen Themas vom letzten auf dieses Jahr war es mir leider nicht wie vorgesehen möglich, das Referat, mit dem zunächst einer meiner Kollegen betraut war, bei der Ausarbeitung des Vorentwurfes für ein revidiertes Bundesrechtpflege-Organisationsgesetzes zu benützen, und zu eigener „monographischer“ Behandlung reichte die mir zur Verfügung stehende Zeit schlechterdings nicht aus. Zudem glaubte ich mich auf die unerlässlichen Änderungen des ja erst wenige Jahre geltenden BStrP beschränken zu sollen. Nichtsdestoweniger bin ich mit weitergehenden Änderungen zur „Sanierung“ des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde einverstanden, wie sie sich das Bundesgericht herausnehmen zu dürfen glaubte. So insbesondere mit der auch von den Referenten gebilligten Verneinung der Beschwerdelegitimationen des (bloßen) Strafantragstellers. Daraus ergeben sich aber entgegen dem Referenten Bourg-

knecht (S. 59a) keine Zweifel an der Beschwerdelegitimation des Privatstrafklägers, wo er nicht nur Nebenkläger ist; denn da ist er eben mangels genügenden Ausbaues der Staatsanwaltschaft ein notwendiges Organ der Strafrechtspflege. Umgekehrt wäre es zu mißbilligen, wenn, wie der Referent Waiblinger heute befürchtet, sich Bestrebungen dagegen geltend machen sollten, daß die Revisionsentwürfe, der Rechtsprechung folgend, dem Privatstrafkläger als bloßem Nebenkläger die Beschwerdelegitimation versagen.

Daß aber deswegen die Entwürfe im Sinne der Aussetzungen der Referenten lückenhaft ausgefallen und ergänzungsbedürftig wären, kann ich nur zum kleinen Teil anerkennen.

Die These VII des Referenten Bourgknecht, unmündige Angeklagte sollen erst vom 18. Altersjahr an zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert sein, wird mit dem durch Art. 28 Abs. 3 StrGB entsprechend beschränkten Strafantragsrecht begründet. Allein es ist etwas grundsätzlich verschiedenes, einem Jüngling oder Mädchen zu verwehren, aus jugendlichem Uebermut ein Strafverfahren gegen einen Dritten in die Wege zu leiten, das nicht in seinem wohlverstandenen Interesse liegt, oder aber ihnen zu verunmöglichten, sich gegen ihre eigene Verurteilung zu wehren, die ihr Leben lang auf ihnen sitzen bliebe. Hier reichen die allgemeinen Vorschriften über die Handlungsfähigkeit nicht nur aus, sondern treffen auch das sachlich Richtigere.

Kann der Angeklagte infolge Todes kein Rechtsmittel mehr gegen seine Verurteilung einlegen oder fortsetzen, so kann sie gewöhnlich auch nicht mehr rechtskräftig werden. Ist sie schon rechtskräftig, so können nach Art. 231 BStrP in den von den Strafgerichten des Bundes beurteilten Strafsachen doch noch seine Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender (oder einfacher: gerader) Linie, seine Geschwister und der Ehegatte die Revision nachsuchen. Umso eher rechtfertigt es sich, wie es die Thesen VIII (Bourgknecht) und V b i. f. (Waiblinger) anregen, diesen Personen oder den Angehörigen im Sinne des Art.

110 Ziff. 2 StrGB, die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde zuzugestehen, die ja noch zum ordentlichen Rechtszuge gehört, wenn sie zwar ebenfalls erst gegen eine schon rechtskräftige Verurteilung gerichtet wird. Folgerichtig hätte dies schon der BStrP von 1934 mindestens für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile der Strafgerichte des Bundes vorsehen müssen. Allein hiebei soll es dann auch das Bewenden haben und entgegen den Thesen der Kreis der legitimierten Personen nicht auf weitere, sei es gesetzliche oder gekürzte, „lachende“ Erben ausgedehnt werden, die ja gemäß Art. 48 Ziff. 3 StrGB nicht einmal mehr von einer allfällig ausgefallten Buße betroffen werden. Die Einlegungsfristen mögen durch den Tod des Verurteilten während ein paar Tagen (z. B. sechs nach dem Vorbild von Art. 59 SchKG) stillgestellt oder aber einfach unterbrochen werden und neu zu laufen beginnen. Für die Erklärung über die Fortsetzung einer noch vom Verstorbenen selbst eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde aber kann einfach eine richterliche Frist gesetzt werden.

Der These X des Referenten Bourgknecht (vgl. auch Waiblinger S. 154a) auf Einschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde in der Jugendstrafrechtspflege trägt bereits mein Revisionsentwurf Rechnung (Art. 270: „Die Nichtigkeitsbeschwerde steht dem Verurteilten zu, wenn er . . . zu einer Freiheitsstrafe oder einer Buße von mindestens . . . Fr. verurteilt worden ist“ usw.), dagegen freilich nicht mehr die etwas geänderte Formulierung des Bundesgerichtes.

Viel zu weit geht jedenfalls die These V 2. a des Referenten Waiblinger (vgl. auch Bourgknecht S. 51a, 62a), die Nichtigkeitsbeschwerde sei, zumal auch Dritten, wegen der von Art. 57/9 StrGB vorgesehenen „anderen Maßnahmen“, wie mir scheint, sicherheitspolizeilicher Natur (Friedensbürgschaft, Einziehung gefährlicher Gegenstände, Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen) zuzugehen. Abgesehen von der in Art. 57 vorgesehenen Sicherheitshaft, die ohnehin der Nichtigkeitsbeschwerde unter-

fällt, dürften und müßten hier überall mindestens recht hohe, jedenfalls vierstellige Wertgrenzen gesetzt werden, da ja keinerlei Brandmarkung durch eine strafgerichtliche Verurteilung in Frage steht.

Den Thesen XX bzw. IX der Referenten Bourgknecht bzw. Waiblinger, wonach bei interkantonalen Gerichtsstandskonflikten dem Angeklagten schon im Untersuchungsverfahren ein Beschwerderecht an die Anklagekammer des Bundesgerichtes einzuräumen sei, braucht kaum mehr durch eine Änderung des Art. 264 BStrP Rechnung getragen zu werden, nachdem es schon während der Ausarbeitung des Revisionsentwurfes zweimal durch die Rechtsprechung der Anklagekammer des Bundesgerichtes geschehen ist. Solange hiefür keine gesetzliche Frist eingeführt wird, kann der Angeklagte ja auch nichts versäumen, wenn er statt dessen versehentlich zu der ja nur subsidiären und daher unzulässigen staatsrechtlichen Beschwerde greifen sollte. Eine Befristung könnte richtigerweise sowieso erst in extremis eingreifen. Allein sogar hievon sollte abgesehen werden: einmal besteht keine Gewähr dafür, daß der Angeklagte so früh einen Verteidiger bezieht, daß dieser schon so viele Tage vor der Hauptverhandlung soweit im Bild ist, um an eine solche Beschwerde denken und sie gar spätestens bis zum dritten Tage vorher ausarbeiten zu können. Mit dieser vorgeschlagenen Befristung soll offenbar dem Präsidenten der Anklagekammer des Bundesgerichtes ermöglicht werden, das Hauptverfahren zu sistieren. Allein sie reicht doch nicht aus, damit dies en connaissance de cause geschehen könnte. Zutreffender erscheint es mir, hierüber das befaßte Strafgericht selbst oder dessen Präsidenten entscheiden zu lassen, die viel besser in der Lage sind, im Zeitpunkt, da ihnen von einer derartigen Beschwerde Kenntnis gegeben werden wird, darüber zu befinden, ob es weniger nachteilig ist, die bisherigen Aufwendungen für das Hauptverfahren nutzlos vertan zu haben oder das Risiko der Nutzlosigkeit der Durchführung des Hauptverfahrens zu laufen, das ja durchaus nicht immer

auch zu sofortiger Beurteilung führen kann oder muß. Schließlich dürfte sich von selbst verstehen, daß sich dieses Beschwerderechtes jedenfalls begibt und mit späterer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Endurteil vorlieb nehmen muß, wer sich vorbehaltlos in die Hauptverhandlung einläßt. Im übrigen wird es, ähnlich wie bei der Abgrenzung der bürgerlichen von der Militärgerichtsbarkeit, der Rechtsprechung überlassen werden dürfen und müssen, in jedem einzelnen der vielfach ganz verschiedenartig gestalteten Fälle über die Rechtszeitigkeit zu entscheiden; dadurch dürfte am besten darauf hingewirkt werden, daß die Beschwerde so frühzeitig wie möglich geführt wird.

Und was schließlich die Adhäsionsklage anbelangt, so sah Art. 271 meines Revisionsentwurfes vor, wegen dieses Anspruches könne die Nichtigkeitsbeschwerde „nur im Anschluß an eine Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt“ ergriffen werden und trug damit der These XIV i. f. des Referenten Bourgknecht (vgl. auch S. 108a i. f.) bereits Rechnung, welche in an sich nicht berufungsfähigen Sachen dem Geschädigten die Nichtigkeitsbeschwerde (im Zivilpunkt) versagt im Falle, daß nur der Angeklagte den Strafpunkt weiterzieht, ohne jedoch das Adhäsionsurteil weiterzuziehen. Leere Worte sind es aber, wenn die Referenten einerseits dem Vorschlag des Bundesgerichtes auf Änderung des Art. 272 BStrP dahin beistimmen, daß Adhäsionsurteile keinesfalls mehr mit Berufung, sondern ausschließlich mit Nichtigkeitsbeschwerde sollen an das BG weitergezogen werden können, während sie anderseits Suspensiveffekt, Anschlußbeschwerdemöglichkeit und Revisibilität gleich wie bei der Berufung fordern (Thesen XV Bourgknecht, VI Waiblinger). Dies zeigt am besten, daß der Vorschlag des Bundesgerichtes keineswegs einwandfrei ist und keinen Fortschritt bedeutet gegenüber der bisherigen Lösung, sobald diese nach meinen Vorschlägen soweit wie möglich verbessert wird, und daher wiedererwogen zu werden verdient. Vollends ist es ein unlösbarer Widerspruch, der Nichtigkeitsbeschwerde in dieser Beziehung von Gesetzes wegen

Suspensiveffekt geben zu wollen, während es gerade eines ihrer wesentlichsten Merkmale ist, daß sie sich gegen ein bereits rechtskräftiges Urteil richtet!

Wegen der vorgerückten Zeit sieht sich der Präsident genötigt, die Redezeit nunmehr auf 6 Minuten zu beschränken. Es kommen noch folgende Herren zum Wort:

Prof. Dr. A. von Overbeck, Fribourg.

Bei der Anpassung der Bundesrechtspflege an das neue Strafgesetzbuch wird namentlich auch die erhebliche Verschiebung und Erweiterung in den Aufgaben des modernen Strafrichters zu berücksichtigen sein, die sich — auch abgesehen vom Adhäsionsprozeß — keineswegs auf Verurteilung oder Freisprechung beschränken. Das StGB sieht vielmehr, entsprechend dem kriminalpolitischen Grundgedanken von Carl Stooß, in viel weiterem Umfang als die bisherigen Rechte, außerhalb der Strafe eine Reihe von wichtigen Maßnahmen vor, die ebenfalls auf bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen beruhen, so daß es sich nicht etwa nur um Ermessungsfragen handelt, sondern auch auf diesem Gebiete Verletzungen des Bundesrechtes denkbar sind. Bei der Art und Weise, wie das Verhältnis zwischen Strafen und sonstigen Maßnahmen im StGB ausgestaltet ist, hängt überdies die größere oder geringere Bedeutung der Sache praktisch nicht immer davon ab, ob eine Strafe ausgesprochen oder eine sonstige Maßnahme angeordnet wird. Eine solche kann sich sogar mit einer Freisprechung verbinden, vgl. die Unterbringung eines Geisteskranken in einer Heil- oder Pflegeanstalt, Art. 14 und 15. In andern Fällen wieder setzen die sichernden Maßnahmen einen Schulterspruch voraus und können bald im Anschluß an eine Bestrafung, bald, wie beim Gewohnheitsverbrecher (Art. 42), isoliert auftreten. Vor allem aber ist an das Vorgehen gegenüber Jugendlichen zu denken; dieses besteht auffallender Weise gerade in den schwersten Fällen — wenn es

sich um ein Verbrechen oder schweres Vergehen handelt, das einen hohen Grad von Gefährlichkeit offenbart, Art. 91 Ziff. 3 — nicht in einer Bestrafung, sondern in gesonderter Einweisung in eine Erziehungsanstalt für mindestens drei und höchstens zehn Jahre (je nach dem Besserungserfolge). Es kann sich hier praktisch um sehr intensive Eingriffe in die persönliche Freiheit handeln, die jedoch im sozialen Interesse indiziert sein können. Ich möchte daher befürworten, daß beiden Parteien auch im Verfahren gegen Jugendliche die Nichtigkeitsbeschwerde stets offen stehen soll, nicht nur wenn es sich um die Strafe der Einschließung oder der Buße handelt. Ueberall wird auf die neuen kriminalpolitischen Aufgaben des Richters Bedacht zu nehmen sein.

Prof. Dr. H. F. Pfenninger, Zürich.

Bevor ich meine Bedenken gegen die Postulate der Herren Referenten geltend mache, stelle ich fest, daß ich mit ihnen weitgehend übereinstimme einmal im Zweck der Nichtigkeitsbeschwerde, der Wahrung der schweizerischen Rechtseinheit, und ferner in ihrer Ausgestaltung als reiner Rechtsrüge unter Ausschluß jeder Art von Tatbestandsrüge und vor allem der sogenannten Aktenwidrigkeitsrüge. Ebenso trete auch ich für die Trennung von Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtlichem Rekurs ein.

In der Erwartung, daß wir einer einheitlichen und kriminalpolitisch richtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes sicher sein können, wollen wir ihr und damit der Nichtigkeitsbeschwerde alles unterbreiten, was uns das schweizerische Strafgesetzbuch an Rechtsfragen zu lösen gibt, womit ich mich vor allem gegen den Ausschluß des Jugendstrafrechts erkläre, der von den Referenten befürwortet wird. Ich huldige zwar mit ihnen der Auffassung, es seien im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche Rechtsmittel nur bei absoluter Notwendigkeit

vorzusehen, aber gerade hier sind die Leitgedanken des schweizerischen Jugendstrafrechts gegenüber kantonalen Eigenbrödeleien um so eher zu wahren, als ihre Regelung im schweizerischen StGB nicht so eindeutig ist, daß sie nicht noch ergänzender Interpretationen bedürfte, und als gerade hier in den Kantonen Personen und Institutionen tätig sein werden, die oft der Strafrechtspflege fernstehen und nicht immer mit dem nötigen kriminalpolitischen Rüstzeug an die Fragen herantreten. Ebensowenig akzeptabel ist eine Beschränkung auf die „Strafen“ des Jugendstrafrechts (Buße und Einschließung), denn dadurch würden ja gerade die schwersten Verbrechen nicht erfaßt, oder eine allgemeine Beschränkung durch Kostenvorschußpflicht des Verurteilten, wie dies ebenfalls vorgeschlagen wurde, denn das wäre unzweckmäßig und unsozial. Ich meine, man sollte vorläufig wie im Militärstrafrecht auf alle Einschränkungen verzichten und ruhig abwarten, ob und inwieweit die Praxis dem Bundesgerichte jene Ueberschwemmung mit Nichtigkeitsbeschwerden beschert, die vor allem von welscher Seite prophezeit wird.

In einem weitern Punkte vermag ich den Referenten ebenfalls nicht beizustimmen: Sie erklären beide die NB als außerordentliches Rechtsmittel und verweigern ihr damit den Suspensiveffekt. Dem stelle ich als meine Lösung gegenüber: Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist als ordentliches Rechtsmittel auszustalten und mit Suspensiveffekt zu versehen.

Theoretisch ist zweifellos beides möglich und auch bereits in der Bundesgesetzgebung vorhanden: NB ohne Suspensiveffekt (die bisherige eidgenössische NB gegen kantonale Entscheide in eidgenössischen Strafsachen gemäß BStrP Art. 272) und Nichtigkeitsbeschwerde mit Suspensiveffekt (die militärstrafrechtliche NB gemäß MStGO Art. 189). Die NB im bürgerlichen Bundesstrafprozeß gegen die Urteile der Bundesassisen, der Kriminalkammer und des Bundesstrafgerichtes besaß früher Suspen-

siveffekt (BStrP 158), hat ihn aber entgegen der Regelung des VE Art. 244 seither verloren (BStrP Art. 222).

Praktisch hat die Verweigerung des Suspensiveeffektes die Folge, daß Urteile, die noch der eidgenössischen NB unterliegen, rechtskräftig und vollstreckbar würden, so daß eventuell Unschuldige, die nachher vom Kassationshof freigesprochen werden, gezwungen werden könnten, die Strafe anzutreten. Gewiß hat man dagegen die Möglichkeit vorgesehen, daß der Kassationshof oder sein Präsident die Vollstreckbarkeit aufheben können, was aber doch wohl erst nach Prüfung der Akten möglich sein wird, so daß trotzdem die Gefahr besteht, daß unter Umständen ein Unschuldiger die Strafe antreten muß. Es stellt sich höchsten noch die Frage, ob wirklich einer solchen vernünftigen Regelung die kantonale Gesetzgebungshoheit entgegensteht. Ich muß dies des unterschiedensten bestreiten. Denn die kantonale Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des Strafprozeßrechtes wurde zwar empfindlich verletzt, als man zwecks Wahrung der Rechtseinheit schon früher und neuerdings wieder in StrGB Art. 365 die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Urteile in Strafsachen vorsah — analog dem Rechtsmittel der Berufung in Zivilsachen —, sie wird aber nicht dadurch verletzt, daß man Urteile, die nun gemäß dieser Regelung einfach nicht rechtskräftig und nicht vollstreckbar sein können, nicht fälschlicherweise als rechtskräftig und vollstreckbar bezeichnet und behandelt.

Während die Referenten — wie wir gesehen haben zu Unrecht! — bei der Frage des Suspensiveeffektes konstitutionelle Bedenken haben, scheinen sie von solchen in keiner Weise beschwert zu werden bei ihren Vorschlägen, wie in Zukunft die Urteile der kantonalen Schwurgerichte abzufassen seien, um cassierbar zu sein.

In erster Linie wird sich die Frage stellen: Gehören wirklich alle schwurgerichtlichen Urteile zu jener Kategorie von Urteilen, die dem Kassationshof die Nachprüfung der Rechtsanwendung nicht

erlauben? Ich antworte: Durchaus nicht. Da nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde in Zukunft auf die reine Rechtsrüge beschränkt werden soll, gehören hiezu nicht sämtliche Verurteilungen, denn bei ihnen ist z. B. nach zürcherischem System aus Frage- und Antwortstellung klar ersichtlich, welchen Tatbestand die Geschworenen als existent annahmen, und es besteht für den Kassationshof ohne weiteres die Möglichkeit, nachzuprüfen, ob dieser Tatbestand dem schweizerischen Strafgesetzbuch richtig subsumiert worden ist, so daß allermindestens dem Angeklagten die Möglichkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gewahrt ist und auch dem Ankläger, wenn er sie zu Gunsten oder zu Ungunsten des verurteilten Angeklagten erheben will. Anders liegt die Sache bei den Freisprechungen, weil hier in der Regel aus der Antwort der Geschworenen nicht hervorgehen wird, ob die Freisprechung aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen erfolgte. Aber auch hier ist darauf hinzuweisen, daß bei Freisprechungen aus tatsächlichen Gründen — nach meiner Erfahrung die überwiegende Mehrzahl aller Freisprechungen (ca. 90—95 %) —, auch bei Urteilsbegründung eine Weiterziehung nicht möglich gewesen wäre, so daß die Fälle, in denen eine Nichtigkeitsbeschwerde vom Standpunkt der Rechtseinheit zweckmäßig sein könnte, aber mangels Urteilsbegründung nicht möglich ist, an Zahl und Bedeutung so minim sein werden, daß sich dieser Mangel bisher weder im Bunde noch in den Schwurgerichtskantonen störend bemerkbar machte und man kriminalpolitisch sehr wohl der französischen Lösung zustimmen könnte, Freisprechungen durch Schwurgerichte seien der Nichtigkeitsbeschwerde von vornherein zu entziehen. Will man das aber nicht, kann man es meines Erachtens sehr wohl verantworten, von der Regel des BStrP Art. 277 dort eine Ausnahme zu machen, wo das kantonale Prozeßrecht selbst eine Urteilsbegründung nicht verlangt, weil eine sture Anwendung auf die Geschworenenverdikte die Schwurgerichtskantone nicht nur zu einschneidenden Reformen, sondern zur Aufhebung

des Schwurgerichtes als solchem und allermindestens zur Umwandlung in ein Schöffengericht zwingen würde. Denn für die Anhänger des Schwurgerichtes wäre unter den bisher gefallenen Reformvorschlägen: Einführung der Urteilsbegründung, Beschränkung auf die Tatfrage oder Trennung von Tat- und Rechtsfrage höchstens der letztere diskutabel, aber auch bei diesem ist zu sagen, daß er z. B. ein Verfahren wie das zürcherische nicht nur wesentlich komplizieren würde, sondern daß er sich schon bisher, was ja heute auch Dr. Waiblinger indirekt zugegeben hat, als nicht durchführbar erwies. Wenn aber der Bund wegen der paar Urteile, die in einem Jahr oder Jahrzehnt wegen Rechtsirrtum kassierbar wären, den Kantonen das Schwurgericht verbieten wollte, wäre dies ein schwerer und ungerechtfertigter Eingriff in ihr Gesetzgebungsrecht, der vor allem im Kanton Zürich als solcher empfunden würde, denn Zürich hat sich mit der gleichen großen Mehrheit, mit der es dem schweizerischen Strafgesetzbuch zum Siege verhalf, am 6. Juli 1941 für die Beibehaltung seines Schwurgerichtes ausgesprochen.

Zum Schluß wende ich mich gegen die Aufhebung der Oeffentlichkeit bei Beratung und Abstimmung. Ich war bisher immer der Auffassung, daß der Grundsatz der Oeffentlichkeit vor allem für die Strafrechtspflege mit Recht verlangt worden ist. Diese hat ihm außerordentlich viel zu verdanken. Oeffentliche Beratung im Zivilrecht und nichtöffentliche Beratung im Strafrecht würde um so weniger verstanden, als gerade in der Strafrechtspflege überwiegend öffentliche Interessen zur Verhandlung stehen. Das schweizerische Bundesgericht braucht öffentliche Beratung und Abstimmung ebenso wenig zu scheuen wie das zürcherische Ober- und Kassationsgericht, vor allem dann, wenn Bundesgericht und Bundesversammlung als Wahlbehörden den Kassationshof so bestellen, daß er, was wir alle erhoffen, der Kriminalpolitik des schweizerischen Strafgesetzbuches nicht zum Hemmschuh, sondern zum verantwortungsbewußten Führer wird.

Dr. A. Guhl, Advokat, Zürich.

Die Juristen derjenigen Kantone, welche das alte Schwurgericht beibehalten, sind an der Ausgestaltung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde besonders stark interessiert, weil nach dem gegenwärtigen Stande der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Schwurgerichtsurteile praktisch ausgeschlossen ist (Bd. 63, I, Nr. 31). Zu diesen Kantonen gehört Zürich, nachdem die Schwurgerichtsreform im Kanton Zürich in der Volksabstimmung vom Juli 1941 abgelehnt worden ist. Wir hätten also nun den Rechtszustand, daß vom Kanton Zürich aus gerade bei den schwersten Delikten die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde praktisch unmöglich ist. Dieser Zustand ist umso bedenklicher, als das neue eidgenössische Strafrecht eine ganze Reihe neuer Deliktstatbestände und Begriffe bringt, über deren Bedeutung und Tragweite noch keineswegs Klarheit herrscht und die daher in der bundesgerichtlichen Praxis abgeklärt werden müssen. Es scheint mir unerträglich, daß wir im Kanton Zürich und in einigen anderen Schweizerkantonen gerade auf diesem wichtigsten strafrechtlichen Gebiete von der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen sein sollen. Wir müssen entscheidenden Wert darauf legen, daß im Anschlusse an Art. 227 des Bundesstrafprozesses die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde auch gegen Schwurgerichtsurteile materiell zugelassen wird, was eine Ergänzung des Art. 277 bedingt. Ich beantrage daher nachdrücklich die Annahme der These V des französischen und der These III des deutschen Referenten.

Bei diesem Anlasse gestatte ich mir auch noch eine kurze Bemerkung zu der geplanten neuen Rationalisierungs-Bestimmung, wonach die Möglichkeit geschaffen werden soll, dem Rechtsanwalt bei wiederholter mißbräuchlicher Benützung des Rechtsmittels der staatsrechtlichen Beschwerde das Auftreten vor Bundesgericht für bestimmte Zeit zu untersagen (Referat des deutschen Referenten, S. 217a).

So sehr ich das Motiv einer derartigen Bestimmung anerkenne, so schwer sind dagegen die Bedenken der Rechtsanwaltschaft. Erfahrungsgemäß sind die Urteile über die Aussichten eines Rechtsmittels nicht selten auch in den höchsten Richterkreisen grundverschieden. Es ist schon vorgekommen, daß ein Teil der höchsten Richter des Landes eine Berufung als völlig aussichtslos bezeichnete, während dann die Mehrheit die Berufung schützte. Die Ansichten über den Mißbrauch eines Rechtsmittels gehen oft diametral auseinander. *Quae est veritas?* Auch für den seriösen Anwalt, der in guten Treuen eine staatsrechtliche Beschwerde erhebt, könnte eine solche Bestimmung gelegentlich gefährlich werden. Das Disziplinarmittel der Trölerbuße, deren Höchstbetrag wesentlich erhöht werden mag, sollte gegen den Mißbrauch der Beschwerde ausreichen. Ich halte dafür, daß sich die Anwaltschaft mit einem so weitgehenden Eingriffe in ihre Tätigkeit nur schwer abfinden könnte.

*Dr. A. Panchaud, Präsident des Kantonsgerichts,
Lausanne.*

Si j'ai pris connaissance avec un vif intérêt des rapports de MM. Bourgknecht et Waiblinger, je n'en ressens pas moins un vif étonnement, accru encore par les exposés oraux de ce matin. Avec bon nombre de nos collègues et confrères dans cette salle je suis en effet surpris qu'on ait quasiment passé sous silence la question essentielle de notre sujet, qui est celle-ci: ne conviendrait-il pas de faire désormais abstraction du recours en cassation au Tribunal fédéral et de limiter le pourvoi fédéral au recours de droit public? Je n'hésite pas à me prononcer pour l'affirmative. Et je ne pense pas qu'il soit inutile d'exprimer et de motiver une telle opinion dans cette assemblée, si avancés que soient déjà les travaux législatifs dans le sens du recours en cassation.

Il y a tout d'abord contre le recours en cassation une raison de l'ordre pratique. On a pronostiqué 300 à 500 re-

cours fédéraux en cassation chaque année. Pour ma part, sur la base des statistiques actuelles des tribunaux et en considérant l'accroissement considérable des motifs de recours dans les dix premières années d'application du code pénal nouveau, avant la stabilisation de la jurisprudence, je pense ne pas me tromper en prévoyant qu'un ou deux milliers de cas seraient portés annuellement devant notre haute cour fédérale. La Chambre des requêtes, envisagée pour opérer un filtrage des recours, outre qu'elle occuperait entièrement trois juges fédéraux, sinon davantage, aurait sans doute de la peine à déclarer d'emblée sans fondement un pourvoi touchant à l'interprétation d'une loi dont nulle jurisprudence n'aura fixé la portée. Dès lors l'on devrait ou bien augmenter sensiblement la composition numérique du Tribunal fédéral — ce que les pouvoirs politiques veulent éviter —, ou bien prévoir une limitation du nombre des recours eu égard à la condamnation prononcée — ce que les juristes à leur tour disent impossible, avec raison du reste —, ou bien enfin ne pas craindre d'éliminer le recours en cassation — ce qu'on a déjà proposé et à quoi je me rallie avec conviction.

Une seconde raison, toujours de l'ordre pratique, fonde notre opposition à la cassation fédérale; c'est la crainte d'une augmentation inutile des frais de justice. Déjà actuellement les frais doublent, triplent, décuplent le montant d'une faible amende. Qu'en sera-t-il lorsque le plaideur aura gravi jusqu'à Mon Repos tous les échelons de ses possibilités de recours ?

Mais il y a d'autres raisons, plus essentielles, qui nous amènent à la même conclusion; et elles relèvent des fondements du droit pénal. Si les causes civiles peuvent être portées d'instance en instance, avec des décisions parfois contradictoires, sans qu'il en résulte de préjudice apparent pour l'ordre social, cela tient à la minime répercussion de ces décisions sur l'opinion publique et sur la moralité d'un chacun. Il en serait tout autrement en matière pénale. Le juge pénal est pour une bonne part un moraliste; son intervention

est d'autant plus effective sur le délinquant et sur la moralité publique qu'elle est plus immédiate et moins discutée. La triple instance, qui devient une sextuple instance si l'arrêt cantonal est cassé par la Cour fédérale, aurait pour effet de mettre un écart de temps toujours plus grand entre l'acte fautif d'une part et la réprobation du juge, la sanction pénale d'autre part, ce qui serait du plus fâcheux effet quant à la répression du crime. Et, surtout, les opinions diverses exprimées par les juges successifs sur l'opportunité de punir et sur la légalité de la répression ne manqueraient pas d'affaiblir le respect dû à la loi pénale. Les tribunaux de répression de première instance, en particulier les tribunaux de police et les cours criminelles de nos districts perdraient une partie de leur autorité et du respect qui leur est dû; ce qui serait un élément de dissolution sociale. En définitive on aurait rendu plus incertaine la limite entre le bien et le mal, le permis et le défendu, l'innocence et la culpabilité.

Le code pénal suisse a été introduit, nous a-t-on dit, pour donner aux tribunaux un outil meilleur que certains codes cantonaux. Mais on n'a pas voulu, nous a-t-on dit encore, porter atteinte à la juridiction des tribunaux cantonaux. Avec raison. Car les tribunaux de nos cantons n'ont pas démerité; permettez-moi de le dire, en toute modestie, comme président d'une cour cantonale de cassation. Les cours de cassation des cantons peuvent suffire à l'avenir comme jusqu'ici. On peut et on doit leur faire confiance pour l'interprétation du code pénal suisse. L'uniformité d'interprétation du code, si vraiment elle est indispensable, n'y perdra rien; ce qui s'est passé en matière de mainlevée d'opposition en poursuite pour dettes est là pour le démontrer, puisque sans instance fédérale, les art. 80 à 82 LP reçoivent actuellement la même interprétation à Lausanne et à Coire, à Zurich et à Genève.

Avec un recours de droit public largement ouvert le justiciable reçoit les garanties les plus suffisantes à l'endroit d'éventuels arrêts arbitraires quant au fond, et surtout, ce qui est le plus nécessaire, et à quoi le recours en

cassation ne répond pas, à l'endroit de certains procédés arbitraires d'instruction ou de jugement. Pour le surplus, le pouvoir fédéral peut s'en remettre aux jurisdictions cantonales. Il doit se garder de diminuer l'autorité des tribunaux de répression, dont dépend le maintien de l'ordre public et des bonnes moeurs dans nos cantons suisses.

Bundesrichter Dr. G. Leuch, Lausanne.

Wegen der Kürze der uns späteren Votanten übrigge lassenen Zeit muß ich mich darauf beschränken, eine Frage zu berühren: die Behandlung des Strafurteils, das sich auf den Wahrspruch der Geschworenen gründet und das die bisherige Rechtsprechung des Kassationshofes zwar nicht grundsätzlich, aber praktisch der Kassationsbeschwerde sozusagen entzogen hat. Das Bundesgericht hat in seinen Revisionsvorschlägen zu der Frage nicht Stellung genommen in der Meinung, daß wie bisher der Rechtsprechung überlassen bleiben könne, in welchem Umfange solche Urteile vom Kassationshofe zu überprüfen seien. Persönlich bin ich der Meinung, daß die bisherige Praxis wird aufgegeben und Art. 277 BStrP auch auf Geschworenenurteile wird angewendet werden müssen. Die Praxis wäre wohl gar nie eingeschlagen worden, wenn die Fälle nicht außerordentlich selten gewesen wären, in denen bisher von den Kantonen bundesrechtliche Straftatbestände den Assisen zur Beurteilung überwiesen waren. Art. 173 OG bzw. 277 BStrP zwangen keineswegs dazu, sie auszunehmen. Näher lag im Gegenteil die Auslegung, daß mangels eines Vorbehaltes alle kantonalen Urteile darunter fielen, und es wird unmöglich sein, den Vorbehalt weiter in Art. 277 hineinzulegen, nachdem das gesamte kriminelle Strafrecht eidgenössisches Recht geworden sein wird. Ein Einheitsstaat mit einheitlichem Strafprozeß mag das auf Geschworenenverdikt beruhende Urteil der Anfechtung (wegen materieller Rechtsverletzung) entziehen. Aber in unserem Bundesstaat, wo den einzelnen Gliedern die Freiheit ge-

lassen ist, ob sie das eidgenössische Strafrecht durch Geschworene oder andere Gerichte anwenden lassen wollen, wäre ihnen damit die Möglichkeit geboten, zu bestimmen, inwiefern die Anwendung des eidgenössischen Rechts der Ueberprüfung der eidgenössischen Kassationsinstanz unterliege. Im einen Kanton würde der kantonale Richter das letzte Wort darüber haben, was Versuch, Anstiftung, Mord sei, im andern der Bundesrichter. Ja, ein Kanton könnte durch Ueberweisung aller eidgenössischen Straftatbestände an Geschworenengerichte die eidgenössische Ueberprüfung so gut wie vollständig ausschalten mit der Folge, daß das eidgenössische Strafrecht auf seinem Gebiet ein Sonderdasein führen würde. Verzicht auf Ueberprüfung der Geschworenenverdikte wäre also Verzicht auf die einheitliche Anwendung des eidgenössischen Strafrechts in der ganzen Schweiz. Das widerspricht der Idee des Bundesrechts. Es wird also unumgänglich sein, daß die Geschworenen, wenn nicht die Rechtsfrage motivieren, so doch Tat- und Rechtsfragen im Verdikt streng voneinander scheiden, wie die Referenten es befürworten, damit die Rechtsanwendung überprüfbar werde. Der Zwang zu solcher Ausscheidung ist, genau besehen, gar kein Eingriff in das Wesen des Geschworenenverdikts; der Eingriff liegt vielmehr im Wegfall der Endgültigkeit des Verdikts. Das aber ist in Ansehung des Bundesrechts nichts Neues. Der Kassationshof des Bundesgerichts hat immer betont, daß grundsätzlich auch die Urteile, die auf Geschworenenverdikt beruhen, seiner Ueberprüfung unterliegen, und hat sie überprüft, so weit praktisch möglich. Die Herbeiführung dieser Möglichkeit auf dem gezeichneten Wege, diese unausweichliche Konsequenz der Rechtsvereinheitlichung im Bundesstaate, sollte umsoweniger auf Widerspruch stoßen, als das reine Geschworenengericht nur noch in wenigen Kantonen weiterlebt und auch dort wegen seiner unleugbaren Mängel heftig angefochten ist.

Dr. J. Eugster, Staatsanwalt, Zürich.

Die Nichtigkeitsbeschwerde muß durch Ausschaltung ihrer Anwendbarkeit auf Bagatelfälle eingeschränkt werden. Dadurch leidet die Rechtssicherheit nicht. Neben den in den Vorschlägen der Referenten enthaltenen Regelungen, oder denjenigen, welche der Entwurf des Bundesgerichtes enthält, wäre es wünschbar, noch weiter zu bestimmen, daß in denjenigen Verfahren, in denen die Kantone bereits die Ueberprüfung eines Entscheides durch zwei oder noch mehr Rechtsmittelinstanzen zulassen, und diese zu demselben Ergebnis gelangt sind, ein Weiterzug an das Bundesgericht ausgeschlossen sein sollte. Bei den nicht begründeten Urteilen der Geschworenengerichte kommt eine Ueberprüfung durch das Bundesgericht praktisch nicht in Betracht. Das wollen aber die Befürworter des alten Schwurgerichtes auch, wenn sie es auch nicht wahr haben wollen. Denn nur dann hat die von ihnen verlangte Freiheit der nicht an das Gesetz gebundenen Geschworenen einen Sinn. Das führt allerdings zum Schutz der Willkür und zu ungleicher Stellung der Angeklagten in den Schwurgerichtskantonen gegenüber denjenigen der andern Kantone. Dem könnte vorgebeugt werden, durch eine bundesrechtliche Bestimmung, nach der auch die Schwurgerichtsurteile begründet werden müssen. Dieser einfachsten und klarsten Lösung steht aber die Tatsache entgegen, daß das Eidgenössische Strafgesetz das Prozeßrecht ausdrücklich den Kantonen zuweist, der Bund also auf diesem Gebiet kein Gesetzgebungsrecht besitzt.

Der *Präsident* schließt hierauf die Diskussion, indem er bedauert, einigen noch angemeldeten Rednern das Wort wegen der vorgerückten Stunde nicht mehr erteilen zu können.

Abschließend ergreift *Dr. Bourgknecht* noch kurz das Wort zu folgenden Bemerkungen:

Il relève que deux points on été soulevés dans la discussion. L'un a été touché par M. le juge fédéral Ziegler et se rapporte au double recours au Tribunal fédéral. Il sera examiné plus spécialement par la commission d'experts. L'autre point concerne le jury. Le rapporteur se dispense d'en discuter à nouveau, attendu qu'il a traité cette question dans son travail écrit, auquel il renvoie.

Nachdem *Dr. Waiblinger* auf ein Schlußwort verzichtet hat, spricht der *Präsident* den beiden Referenten für ihre ausgezeichnete Arbeit und den zahlreichen Diskussionsrednern für ihre Voten den besten Dank des Juristenvereins aus. Er stellt mit Befriedigung fest, der Juristenverein habe wiederum in einer grundlegenden gesetzgeberischen Frage in letzter Stunde sein gewichtiges Wort zur Abklärung der hauptsächlichsten Probleme gesprochen und damit die vornehme Pflicht zu erfüllen versucht: dem schweizerischen Gesetzgeber in seiner schweren Aufgabe als eine Art juristischen Gewissens nach besten Kräften beizustehen.

Schließlich nimmt die Versammlung mit Akklamation die von Herrn *Dr. W. Scherrer*, Privatdozent in Basel, vorgebrachte Einladung der Basler Sektion an, den Juristentag im Jahre 1942 in Basel abzuhalten.

Der Präsident schließt die Sitzung um 12 Uhr 05.

*Discorso dell' Avv. Dott. C. Beretta,
Presidente del Comitato locale d'organizzazione, Locarno,
al ricevimento del 13 settembre 1941
al Grand Hôtel Palace*

Onorevole Signor Consigliere Federale,
Signor Presidente,
Signore e signori,

Abbiamo di proposito lasciato che a salutarvi fosse prima un gruppo di giovani: con qualche canzone e qualche danza più nostre; perchè, insieme con il radiosso autunno insubrico, ormai imminente, superbo di colori ed oppimo di frutti, riconoscessero per voi la schietta atmosfera del nostro Ticino: di un Ticino men di maniera, meno alberghiero del solito, senza fiaschi pleonastici, senza gitarre partenopee . . .

Ora che siamo tutti un poco di casa lasciate che, brevemente, Vi porga il saluto del Comitato d'organizzazione e dell'Ordine degli avvocati ticinesi e Vi dica insieme il nostro orgoglio e l'intima soddisfazione per l'onore che avete valuto fare al Ticino ed a Locarno, scegliendoli quale luogo di riunione del vostro convegno.

Certo, fedeli ad una vostra tradizione, dopo un convegno a Ginevra ed uno a Zurigo avete scelto pensatamente una cittadina ticinese, per sottolineare la vostra simpatia e la vostra comprensione per il Ticino e per contribuire così — perchè è vero che anche i più sottili fili legano fra loro saldamente gli uomini della stessa Patria — a mantenere vivi e fecondi i contatti fra le genti d'Elvezia, per ridimorstrare anche Voi, — com'è imperativo per tutti gli Svizzeri, — la necessità di conoscerci a fondo, di meglio comprenderci, d'esaltare il patrimonio spirituale, le caratteristiche più peculiari dei vari popoli che costituiscono la Confederazione, la quale vivrà solo se le stirpi che la compongono rimarranno operanti, vigili e gelose delle loro particolari personalità.

Pur in mezzo al tragico fragore di una guerra spietata, pur fra le ansie che il domani prepara a tutti: belligeranti e neutri, posti ormai davanti alla minaccia della fame ed a durissime prove d'ogni genere, voi avete voluto tuttavia tenere, con l'usato risalto e facendo saggiamente posto ai lavori scientifici, alle proficue dispute ed a qualche svago, la vostra assemblea annuale.

E' questa una prova di serenità che voi date, è un sintomo lieto del perdurare di quella pacatezza e di quel l'ottimismo, non di maniera, virtù così svizzere e così necessarie a tutti in questi tempestosi momenti.

Se pur avete ceduto alle armi un poco della vostra attività di giuristi, e se la toga di molti di voi si fregia di una mostrina grigio-verde, non cessate per questo di badare alle cose dello spirito, di chinavvi ansiosi e solleciti sui problemi dell'ora . . . anche su quelli di portata internazionale, che oggi possono sembrare almeno non attuali, di collaborare vigili allo sviluppo del giure elvetico, di obbedire insomma al comandamento dell'ora: che vuole ognuno, in ogni settore, pronto a compiere il dovere quotidiano e, se occorresse, il supremo dovere d'ogni cittadino-soldato . . . Ma il mio era un compito più modesto e scusate la digressione che mi sono permesso di farvi . . .

Egregi ospiti, possano le giornate locarnesi ed il poco che vi possiamo offrire, procurarvi qualche ora di sereno svago e rinnovare in voi il quadro vario e pacato di questo elvetico Ticino.

*Discorso dell' Avv. Dott. Riccardo Jagmetti,
membro del Comitato delle Società Svizzera dei Giuristi, Zurigo,*

al ricevimento del 13 settembre 1941
al Grand Hôtel Palace.

Onorevoli Consiglieri federali,
Gentilissime Signore,
Egregi Colleghi,

A nome e per incarico del Comitato della Società Svizzera dei Giuristi ho l'onore di rispondere alle gentili parole del nostro stimatissimo collega, signor avv. dott. Camillo Beretta, per ringraziare di tutto cuore i giuristi locarnesi del loro amabile invito rivolto alla nostra Società, di tenere quest'anno la sua assemblea nel Ticino, ed in questa splendida città di Locarno, che la natura ha tanto privilegiata. La Società Svizzera dei Giuristi è oltremodo riconoscente al Comitato di organizzazione, alle Autorità di Locarno e dintorni e all'Ordine degli avvocati ticinesi dell'accoglienza cordiale e simpatica che ci preparano nell'ambiente incomparabile di questo magnifico paese.

Sono convinto di interpretare l'unanime sentimento dei Congressisti, arrivati da tutte le parti della nostra Patria, esprimendo la soddisfazione e la gioia di poterci riunire oggi in questo Cantone, che ogni Svizzero ama ed ammira, non solo per la bellezza dei suoi paesaggi e per la meridionale dolcezza della sua aria, ma anzitutto per lo spirito di elvetica latinità della sua popolazione, per il suo prezioso ed indispensabile contributo intellettuale, artistico e culturale allo sforzo comune per la realizzazione sempre più perfetta ed efficace dell'alta missione del nostro paese.

Ma, d'altra parte, non dovremo mai dimenticare che la terra del Ticino è scarsa e dura, e che le condizioni economiche e geografiche esigono da tutto il popolo, nelle pianure, nelle valli e sui monti, un lavoro intenso ed assiduo ch'egli compie da secoli con modestia silenziosa e zelo instancabile, animato da patriottismo incrollabile.

E mi sembra necessario che dappertutto in Isvizzera si comprenda sempre meglio che la Patria comune ha il dovere di tener conto della situazione speciale e delle necessità particolari del Ticino che, in seno alla Confederazione, rappresenta una stirpe ed una lingua nazionale senza le quali la Svizzera non sarebbe più la Svizzera.

In questo nostro caro Ticino, la Società Svizzera dei Giuristi si riunisce per la quarta volta. Negli annali della Società vi figurano infatti già tre assemblee:

la prima, che si tenne nel 1887 a Bellinzona, ove si discusse sull'ufficio di esecuzione nel diritto svizzero e sulla estradizione intercantonale;

la seconda, a Lugano, nel 1906, che trattò una questione del diritto di fallimento e un soggetto relativo alle casse di risparmio e

la terza, pure a Lugano, nel 1927, che si occupò del boicotaggio nel diritto civile svizzero e del regime giuridico delle imprese elettriche.

Ciò che a questo nostro quarto Congresso nel Ticino dà un carattere eccezionale ed un rilievo speciale, è il fatto che esso si tiene nell'anno del seicentocinquantesimo anniversario della fondazione della Confederazione svizzera, mentre infuria una guerra che non è più soltanto europea, ma mondiale, e che minaccia pure la nostra cara Patria dei più gravi pericoli politici, economici e militari.

Siamo riconoscenti dal profondo dell'anima alla Provvidenza che durante due anni di un conflitto tremendo, ha protetto e salvato la nostra diletta Patria. Come tutti gli Svizzeri, anche noi giuristi dovremo continuare, ciascuno al proprio posto, a fare sempre ed in ogni situazione il nostro dovere d'uomo e di cittadino, per renderci degni di un così stupendo, quasi incredibile miracolo.

Ci ricordiamo oggi della nostra assemblea di Zurigo dello anno scorso e pensiamo con orrore alle sciagure senza nome che durante questo periodo hanno colpito tanti popoli. Sappiamo che è un alto privilegio, forse non assolutamente meritato, quello che ci è dato di poterci riunire ancora in piena

libertà, in un'atmosfera di pace, di fiducia reciproca e d'indipendenza politica ed intellettuale, per discutere problemi scientifici, per ritrovare i nostri amici, per godere alcuni giorni di distesa sulle sponde luminose del Lago Maggiore.

Ed in questa città di Locarno rammentiamo oggi con dolore l'anno 1925 e la conferenza che ebbe luogo nelle sue mura, tra le grandi potenze europee: Inghilterra, Francia, Italia e Germania. Ci ricordiamo del patto che venne firmato a Locarno sedici anni fa, il 16 ottobre 1925, e che destò nel mondo intero la speranza e la fiducia che gli uomini di stato qui riuniti, lontani dalle grandi capitali, avessero potuto trovare una soluzione soddisfacente e duratura dei problemi più importanti e più urgenti e che la conferenza fosse riuscita a garantire ai popoli del nostro continente un lungo periodo di pace e di progresso. Il nome della vostra città, egregi colleghi locarnesi, diventò allora, è rimasto fino ai nostri giorni e sarà sempre per l'umanità, il simbolo del profondo ed eterno desiderio di pace di tutti i popoli.

Pensando all'evoluzione sempre più tragica verificatasi nel frattempo ed al cataclismo della guerra attuale, il cuore ci si stringe e ci sembra di dovere, una volta per tutte, disperare dell'avvenire dell'umanità.

Ma, riuniti in questa città che nello splendore dell'autunno 1925 ha visto il miracolo di Locarno, non abbiamo il diritto di lasciare ogni speranza. Qui, a Locarno, in questo autunno del 1941, dobbiamo ritrovare la forza di credere alla buona volontà degli uomini, vogliamo riaffermare la nostra fede in un avvenire di pace e di libertà per tutti i popoli. Ed è con questi sentimenti, cari amici locarnesi, che da tutte le parti della Svizzera siamo venuti nella vostra città, ed è con questi sentimenti che vi ringraziamo di averci invitati a Locarno.

*Discorso dell' On.
Dott. P. Lepori, Bellinzona,
Presidente del Consiglio di Stato del Cantone Ticino*

al banchetto del 15 settembre 1941 al Grand Hôtel Palace.

Signor Consigliere federale,
Signori giudici federali,
Signore e signori!

Assolvo con piacere il gradito incarico di presentarvi a nome del Consiglio di Stato ticinese i sentimenti della più viva deferenza. Per la quarta volta la vostra Società tiene le sue assisi nel nostro Cantone, e in giornate vivide di sole fra la gagliarda resistenza della estate in declino, discute fra noi i più attuali problemi della teoria e della pratica del diritto, a segnare la via della giustizia. Sia ringraziata di questo omaggio che essa ha inteso rendere con la sua presenza alla Svizzera italiana, non soltanto perché circonfusa dalla natura di pregi divini, ma anche, io suppongo, perché è apparsa e resta nel fascio federale a rappresentare accanto allo splendore delle arti, anche la chiarezza e la logica del pensiero giuridico latino. Qui, in questa terra si sono affermate fin dal Medio Evo le libertà comunali; da queste valli, secondo storici autorevoli, sono partiti gli impulsi e gli esempi di libertà che dovevano, oltre il S. Gottardo, vigerreggiare nel patto che diede inizio alla nostra Confederazione; anche sotto il servaggio plurisecolare le prerogative statutarie furono difese come si difendono i beni supremi che costituiscono per un popolo la sua ragione di vita; diventato libero il Cantone che non aveva leggi uniformi, non aveva una coscienza unica, che non aveva opere pubbliche, non istituzioni civili, ha ricreato la sua anima congiungendo in forma di armonia, gli antichi principi con nuove audacie. Tutto il popolo ha contribuito all'opera immane, ma parte preponderante vi ebbero gli uomini del diritto: da G.B. Quadri a Carlo Battaglini, a Gioacchino Respini, a Stefano Gabuzzi, da Achille Borella, a Giuseppe Cattori: nel dis-

senso salutare e fecondo delle idee e dei principi, ma nello amore sincero al paese hanno compiuto nel Cantone una opera di cui possiamo gloriarcì; mentre nelle magistrature federali rifulgevano ieri con i nomi di Giuseppe Motta e di Agostino Soldati e oggi si affermano con i nomi di Enrico Celio, nel campo politico e in quello giudiziario di Plinio Bolla, di Carlo Pometta e di Fernando Pedrini.

E ove anche il Ticino non potesse presentare così larga dovizia di opere e di uomini illustri nel campo del giure esso tuttavia avrebbe ragione di non sentirsi minore degli altri Cantoni per il contributo generale dato allo sviluppo del diritto. Sorge in democrazia la norma giuridica per un processo di lenta elaborazione in seno alle correnti popolari, i giuristi le danno sviluppo e formulazione precisi, ma il popolo è chiamato ancora a imprimerle il suo sigillo che la tramuta in legge: dal popolo ritorna al popolo e sarà buona soltanto se questo sarà sano, sarà giusta soltanto se questo sarà giusto, e saprà, attraverso una coscienza morale onesta ed intelligente, conciliare il passato con l'avvenire. Il Ticino ha dato prova sempre di spirito di giustizia e di moderazione, di innato buon senso che pure tra momentanei e possibili smarrimenti gli fa subito trovare un giusto criterio per provocare e valutare moti e leggi.

Mi perdonerete questo cenno di fuggevole celebrazione del nostro popolo e della sua opera; e mi perdonerete anche se aggiungo che consideriamo oggi più che mai come condizione di esistenza della Confederazione la possibilità per noi svizzeri — italiani di far sentire la nostra presenza nelle grandi opere legislative che attendono la Patria e di sviluppare i nostri istituti secondo il nostro genio, senza limitazioni inopportune, né imposizioni improvvise.

Dal 1876, data della prima riunione della vostra Società nel Ticino, ad oggi, molte concezioni sono mutate, mentre la struttura del nostro Stato se apparentemente non ha subito profonde trasformazioni, di fatto molto si è modificata, nel divorzio sempre più apparente fra la norma scritta e le necessità della vita, varie e mutevoli. Dalla

preminenza del fattore politico, siamo passati a quello del fattore economico, mentre si è iniziata oggi un'epoca in cui revisioni ardite dell'ordinamento costituzionale sembrano inevitabili. L'assillo vostro di studiosi e nostro di modesti uomini di governo è quello di sentire quotidianamente che un capitolo della storia sta per chiudersi e che presto converrà iniziare uno nuovo. Non mi attento a tracciare i piani futuri. Mi sembra però di poter dire, che ad una norma, qualunque siano le soluzioni prescelte, converrà tener fermo: quella del rispetto senza limitazioni del principio per il quale la pacifica convivenza delle tre stirpi confederate sarà tutelato attraverso il riconoscimento di vaste autonomie che salvaguardino l'anima e il volto di ciascuna di esse.

Ma io so, che questo è discorso superfluo per voi. La vostra Società, attraverso una esistenza lunghissima, ha dimostrato di apportare sempre nella discussione di ogni problema uno spirito di larga comprensione per i bisogni fondamentali del nostro stato. Il giurista svizzero ha sempre dato prova di equilibrio e di saggezza, non ha mai asservito, come altrove è successo, la sua nobile fatica a fini statali, non si è mai affrettato a gettare il manto compiacente della formula giuridica sopra la tirannide ed il sopruso, non ha mai escogitato teorie per giustificare la spogliazione violenta dell'altrui diritto. Non è mai stato al servizio di nessuno, fuorché della verità e della giustizia. Il giurista svizzero non si è mai distaccato dal suo popolo, nè ha mai sagrificato sul rogo della sua vanità i giusti interessi del suo Paese. Anche nella grandiosa fatica che lo attende di chiarire la via per la rinnovazione agirà da uomo libero. E la Patria continuerà ad essere, per opera sua, un tempio armonioso di cui, certo, la Divinità avrà ragione di compiacimento. Nella certezza che così sarà, a nome del governo del Cantone Ticino, io porto, alla Società svizzera dei giuristi, a tutti i suoi membri eminenti, a voi in particolare onorevole signor Consigliere federale che sapete come nessun altro congiungere la fermezza del magistrato e l'affabilità dell'uomo, il plauso fiducioso e festante, alzando il calice propiziatore!