

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:	79 (1960)
Heft:	9
Rubrik:	Protokoll der 94. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 14.12.2025

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

PROTOKOLL
DER 94. JAHRESVERSAMMLUNG DES
SCHWEIZERISCHEN JURISTENVEREINS

vom 15., 16. und 17. Oktober 1960
in Lugano

SITZUNG VOM SONNTAG, 16. OKTOBER 1960
IM CINEMA «CORSO» IN LUGANO

Präsident:

Herr Dr. FRIEDRICH T. GUBLER, Rechtsanwalt, Winterthur

I.

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 08.40 Uhr wie folgt:

Verehrte Gäste, meine Damen und Herren,

Mit Applaus und Sympathie nahm die Generalversammlung vor einem Jahr in Schaffhausen die Einladung zur Fahrt in den Süden an, zum 94. Schweizerischen Juristentag in Lugano, den ich hiermit zu eröffnen die Ehre habe.

Das von Herrn Dr. Attilio Lucchini präsidierte Organisationskomitee, welchem der Vorstand für seine Arbeit zu danken hat, und ganz speziell sein Sekretär, Herr Kollege Dr. Eugenio Molinari, waren unermüdlich im Bestreben, uns einen chaleureusen Empfang zu bereiten.

Die Schweizer Juristen tagten zum letzten Mal im Jahre 1941 im Tessin, damals in Locarno; sie gedachten, unter dem Vorsitz von Professor Simonius, in ernster Stunde, als der zweite Weltkrieg am schlimmsten um sich griff, des 80jährigen Jubiläums des Vereins. Die Herren Waiblinger und

Jean Bourgknecht referierten über das Thema des Weiterzuges von Strafsachen an das Bundesgericht und die Herren Knapp und Niederer über «die Spaltung des Vertrages im IPR»; die Herren Stauffer, J. Valloton, J. Henggeler, E. Beck, Gutzwiller, Ziegler, von Overbeck, Pfenninger, A. Guhl, Panchaud und Leuch votierten. Unter acht zum Thema «Versorgerschaden» eingegangenen Preisarbeiten wurden jene der beiden heutigen Berner Professoren Marti und Konrad Fehr je mit einem 1. Preis ausgezeichnet. Die Namen- und Themenreihe ruft Vorstellungen wach über Kontinuität und Vergänglichkeit der Pflege – «Cultura» auf Italienisch, mit einer schönen Betonung der im Worte liegenden Verpflichtung – des schweizerischen Rechts, für welche unser Verein traditionelles Forum ist.

Mit Bewegung verfolgt man im Protokoll über die Begrüßungsansprache von Professor Simonius die Spuren der Bedrückung durch das damalige Kriegsgeschehen und der Mobilisationszeit. Die äußeren Umstände der heutigen Tagung sind frei von den damaligen Nöten, und wir wollen dankbar dafür sein. Die Sorgen über unser zukünftiges Schicksal sind nicht kleiner geworden. Der Schutz des Rechts – für die Schweiz gibt es keinen verlässlicheren Schutz – ist schwach und wir dürfen den Erfolg unseres Bemühens, für es einzutreten, nicht überschätzen. Wir würden aber nicht nur unseren Beruf verraten, sondern uns als Bürger aufgeben, wenn wir nicht mehr versuchen wollten, innerhalb und außerhalb unserer Reihen das rechtliche Gewissen zu stärken, das Wissen zu schärfen, daß es Unheil bringt, wenn man der Versuchung nicht mehr zu widerstehen vermag, um eines momentanen partiellen Vorteils willen auf die Legalität zu verzichten.

Unser Vizepräsident, Herr Professor Jäggi hat unsere Lage in seinem Referat, das morgen zur Debatte stehen wird, eindrücklich gekennzeichnet; es geziemt sich, ihn schon heute zu zitieren: Er hebt hervor, daß der Schutz der Persönlichkeit durch das positive Recht, gerade wenn es am nötigsten wäre, nicht spielt, da die schlimmsten Feinde

der Freiheit immer auch den Rechtsstaat aus den Angeln heben. Folglich leistet der Jurist – sagt Herr Professor Jäggi – nur dann sinnvolle Facharbeit, wenn er zugleich als Bürger zum rechten sieht. «Im Vergleich zum Unrecht, das beim Fehlen einer gerechten öffentlichen Ordnung auch unter Privaten geschieht und ungesühnt bleibt, muten die Tatbestände, mit denen sich die Zivilgerichte bis anhin unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes zu befassen hatten, eher harmlos an. Der Persönlichkeitsschutz, den das Privatrecht zu bieten vermag, liegt zur Hauptsache abseits der großen gesellschaftlichen Geschehnisse. Er ist eine zarte Pflanze, die nur bei verfeinerter Rechtspflege gedeiht und im Sturm nicht standhält. Das ist aber kein Grund, ihn zu vernachlässigen. Denn Ähnliches gilt für die gesamte Rechtskultur. Der Jurist muß es halten wie der Winzer, der unverdrossen seinen Weinberg bestellt, obwohl er weiß, daß ein Hagelschlag alles vernichten kann.»

An unserer Tagung nehmen traditionsgemäß mehrere Ehrengäste teil:

Wir werden am Montag Herrn Bundesrat von Moos, den neuen Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, oberster Schirmherr des Schweizerischen Rechtswesens, in unserem Kreise begrüßen können. Herr Bundesrat von Moos schrieb mir, er sei am Sonntag leider den ganzen Tag anderweitig beansprucht, hoffe aber, den Verhandlungen bereits am Montagmorgen beiwohnen zu können.

Herr alt Bundesrat von Steiger, der als Magistrat und Mitglied seit vielen Jahren unserem Verein seine uns ehrende Treue bekundet, nahm unsere Einladung, als Ehrengast auch heute anwesend zu sein, mit Worten der Freude an, sandte mir aber gestern ein Telegramm, er sei verhindert und könne nicht kommen.

Das hohe Bundesgericht – in der Liste sind 15 Bundesrichter eingetragen – ist durch seinen Präsidenten Herrn

Bundesgerichtspräsident Dr. Pometta vertreten, das Eidg. Versicherungsgericht durch sein Tessiner Mitglied, Herrn Versicherungsrichter Dr. Mona; meine besondere Reverenz gilt den Vertretern der Behörden des Kantons Tessin und der Stadt Lugano, die an unserer Tagung als Ehrengäste anwesend sind: Herr Staatsrat Pellegrini, Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes des Kantons Tessin und die Herren Präsident Dr. Buetti und Vizepräsident Dr. Luvini vom Appellationsgericht des Kantons Tessin, sowie Herrn Dr. Paride Pelli, Stadtpräsident von Lugano.

Ich habe sodann die Ehre, Ihnen mitzuteilen, daß eine Reihe kantonaler Obergerichte sich am diesjährigen Juristentag in Lugano offiziell vertreten lassen, und zwar das Obergericht des Kantons Zürich durch seinen Präsidenten Dr. Hug und die Herren Oberrichter Albrecht, Präsident des Handelsgerichtes, und Dr. Studer, Vizepräsident des Obergerichtes, das Obergericht Solothurn durch die Herren Oberrichter Dr. Max Brosi, Dr. Adelrich Pfluger, sowie durch Herrn Obergerichtsschreiber Dr. Walter Luder; das Justizdepartement des Kantons Solothurn hat als seinen offiziellen Delegierten Herrn Fürsprech Oscar Odermatt bezeichnet. Das Kantonsgericht St. Gallen ordnete die Herren Kantonsrichter Dr. P. Schreiber und Dr. E. Abderhalden ab; das Obergericht des Kantons Aargau die Herren Oberrichter Dr. Welti, Dr. Eichenberger und Dr. Brühlmeier. Das Obergericht des Kantons Thurgau ist offiziell durch seinen Präsidenten Herrn R. Müller und die Herren Oberrichter Dr. Böckli und Dr. Kolb vertreten. Endlich ist das Bezirksgericht Horgen, das wegen seiner Autorität bisweilen «kleines Bundesgericht» genannt wird, traditionsgemäß mit einer stattlichen, von Präsident Dr. Eduard Rübel geführten Delegation präsent.

Zu entschuldigen haben wir:

Herrn Dr. B. Mentha, der sich als Mitglied des Forschungsrates des Schweizerischen Nationalfonds mit großer Umseicht der Interessen der schweizerischen Juristen annimmt,

sowie unseren Rechnungsrevisor Dr. John Ochsé, Basel und Herrn Professor Dr. Hans Nef, Zürich.

Entschuldigt haben sich ferner:

Herr Professor Dr. Werner von Steiger und

Herr Bundesrichter Dr. A. Panchaud, die gerne an unserer Tagung teilgenommen hätten, jedoch als Mitglieder der schweizerischen Delegation an der Haager International-Privatrechtskonferenz mitwirken und darum verhindert sind.

Bevor wir nun zur Abwicklung der Geschäfte gemäß Tagesordnung schreiten, drängt es mich, die Herren Referenten besonders warm zu begrüßen und ihnen besonders herzlich zu danken. Sie sind die Hauptpersonen der Tagung. Ihre persönliche unter erheblichen Opfern erarbeitete Leistung macht den wesentlichen Beitrag unseres Vereins zur Förderung der *res publica* aus. Zur Ehre des gastgebenden Kantons wird die Debatte des Juristentages in Lugano mit einem Referat in italienischer Sprache beginnen; Herrn Staatsanwalt Righetti gebührt besonderer Dank, weil er anstelle eines erkrankten, früher bestimmten Referenten sein schriftliches Referat innert sehr kurzer Zeit verfaßte. An den Verhandlungen vom Montag wird der Verfasser des schriftlichen französischen Referates, Herr Professor Dr. J.M. Grossen, fehlen, weil er einem Ruf der Vereinigten Nationen, als Experte die Frage der Reorganisation des Gerichtswesens im Kongo zu studieren, Folge zu leisten hatte. Herr Kollege Dr. M. Regamey, Lausanne, der mit dem wissenschaftlichen Wirken Professor Grossens eng vertraut ist, hat es entgegenkommenderweise übernommen, an seiner Stelle mündlich über das Thema des Persönlichkeitsschutzes zu referieren. Traditionsgemäß zerfällt die Arbeit des Juristentages in eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Seite. Diese Arbeitsmethode hindert nicht daran, zu erkennen, daß sich beide Seiten bedingen und ergänzen und eine systematische Einheit bilden. Die

beiden Themen des diesjährigen Juristentages scheinen mir innerlich durch den Kerngedanken verbunden, daß dem Schutz des Individuums vor den Pressionen der Öffentlichkeit in staatlichem und gesellschaftlichem Gewande in der heutigen Zeit besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden muß.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung hierauf als Stimmenzähler und Sekretäre die Herren Emmanuel Dupraz, Rechtsanwalt in Freiburg, Giangiorgio Spiess, Rechtsanwalt in Lugano und Dr. Robert Meyer, Obergerichtssekretär in Zürich.

III.

Der Präsident verliest hierauf den Jahresbericht für das abgelaufene Vereinsjahr 1959/60:

Der Mitgliederbestand betrug am 5. September 1959	1754
Er beträgt nach 139 Aufnahmen neuer Mitglieder, die der Vorstand statutengemäß vollzog, und nach 49 Abgängen im verlaufenen Jahre	1844
Der Zuwachs beträgt demnach	90

Es darf uns mit Genugtuung erfüllen, daß in letzter Zeit vor allem auch jüngere Juristen sich dazu entschließen konnten, als Mitglieder dem Verein beizutreten und ihr Interesse an seinen Zielen zu bekunden.

Folgende Mitglieder sind dem Schweizerischen Juristenverein seit dem letzten Juristentag in Schaffhausen, 5. bis 7. September 1959, beigetreten:

Zürich

Dr. Alfred Bohrer, Rechtsanwalt, Zürich

Dr. Willy N. Frick, Rechtsanwalt, Zürich

Dr. Yolande Gammenthaler, Anwaltssubstitutin, Zürich

Dr. Andreas Girsberger, Rechtsanwalt, Zürich

Dr. Roland Gmür, Gerichtssubstitut, Zürich

Dr. Hans-Walter Greminger, Gerichtssubstitut, Winterthur
Dr. Hans Haab, Rechtsanwalt, Kloten
Dr. Frédéric Hasler, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Martin Howald, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Riccardo Luigi Jagmetti, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Carlo S. F. Jagmetti, a.o. Substitut am Bezirksgericht Zürich
Dr. Edwin Langenegger, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Heinz Meyer, Fürsprecher, Zürich
Dr. Fritz Nehrwein, Verwaltungsrichter, Zürich
Jörg Rehberg, lic. iur., Assistent am Jur. Seminar der Universität
Zürich, Dielsdorf
Dr. Fritz Rohr, Rechtskonsulent, Zürich
Thomas Rüede, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Bernhard Schaub, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Rainer Schumacher, Rechtsanwalt, Küsnacht
Dr. Eduard Sommer, Gerichtsschreiber des Verwaltungsgerichtes
des Kantons Zürich, Zürich
Dr. Riccardo Zappia, Gerichtssubstitut, Zürich

Bern

Jürg Aeschlimann, Fürsprecher, Schloßwil
Dr. Roger Anker, avocat, Biel/Bienne
Dr. Maurice E. Aubert, lic. en droit, Bern
Dr. Jaques Bosshart, avocat, Tramelan
Max Brand, Fürsprecher, Bern
Hans Büchler, Fürsprecher, Thun
Hans Burn, Oberrichter, Bern
Fritz Christen, Notar und Gemeindeschreiber, Rohrbach b. Huttwil
Jean Comment, avocat, Biel/Bienne
Dr. Hans Feldmann, Fürsprecher, Bern
Dr. Emil Freiburghaus, Fürsprecher und Notar, Laupen
Louis Freléchoux, avocat, Boncourt
Friedrich Haller, Fürsprecher, Burgdorf
Emil Hauswirth, Notar und Fürsprecher, Bern
Dr. Giselher Hochstrasser, Fürsprecher, Bern
Theodor Max Jenzer, Fürsprecher, Staatsanwalt, Bern
Dr. Werner Kohli, Fürsprecher, Schwarzenburg
Dr. Willy Koenig, a.o. Professor, Bern
Rolf P. Künzi, Fürsprecher, Bern
Isidor Lifschitz, Fürsprecher, Bern
Dr. Alexander Lüthy, Fürsprecher, Ittigen b. Bern
Dr. Ludwig Meyer, Fürsprecher und Notar, Bern-Bümpliz
Werner Müller, Notar, Bern
Dr. Kurt Naef, Oberassistent, Bern

Dr Gabriel Paratte, avocat, Bern
Felix Pauli, Fürsprecher, Liebefeld
Walter Reinhard, Notar, Bern
Michael Stettler, Fürsprecher, Muri
Max Rudolf, Fürsprecher, Wabern b. Bern
Albert Steullet, Président de tribunal, Moutier
Dr. Helen Thalmann-Antenen, Rechtsanwalt, Bern
Rudolf von Fischer, Fürsprecher, Bern
Ludwig von Moos, lic. iur., Bundesrat, Bern
Otto Wirz, Notar, Bern

Luzern

Dr. Oskar Blättler, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Joseph Duss, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Walter Gut, Obergerichtsschreiber, Willisau
Dr. Moritz Schumacher, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Wilhelm von Moos, Rechtsanwalt, Luzern
Dr. Franz Zumbühl, Rechtsanwalt, Luzern

Freiburg

Jean-François Bourgknecht, lic. iur., avocat, Fribourg
Louis Bourgknecht, lic. iur., avocat, Fribourg
Romain de Weck, avocat, Fribourg
Dr Luigi Musy, Fribourg
Henri Steinauer, lic. iur., avocat, Bulle

Solothurn

Dr. Benno Berchtold, Fürsprech, Solothurn
Dr. Hans Bracher, Rechtsanwalt und Gerichtsstatthalter, Biberist
Dr. Franz Eng, Fürsprech und Notar, Solothurn
Dr. Otto Furrer, Gerichtspräsident, Solothurn
Peter Kummer, Fürsprech, Solothurn
Dr. Herbert Pfluger, Fürsprecher und Notar, Solothurn
Dr. Max Reber, Fürsprecher und Notar, Solothurn
Dr. Walter Schluep, Fürsprecher und Notar, Grenchen
Dr. Werner Wyler, juristischer Sekretär, Niedergösgen

Basel-Stadt

Dr. Hildegard Bürgin-Kreis, Advokat und Notar, Basel
Dr. Paul Bürgin-Kreis, Advokat und Notar, Basel
Dr. Hans Gass, Advokat, Basel
Dr. Andreas Gerwig, Advokat, Basel
Dr. Ernst St. Herbster, Advokat, Basel
Dr. Kurt Jenny, Advokat, Basel

Dr. Hermann Wilhelm Ritzmann, Advokat, Basel
Dr. Hanspeter Zweifel, Advokat, Basel

Basel-Landschaft

Dr. René Bacher, Gerichtsschreiber, Binningen
Dr. Hansrudolf Gygax, Reinach
Dr. Hans Müller, Riehen-Basel

Appenzell

Arnold Keller, lic. iur et oec., Rechtsanwalt, Appenzell

St. Gallen

Dr. Emil Boesch, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Paul Hofmann, Rechtsanwalt, Rapperswil
Dr. Peter Honegger, Rechtsanwalt, Uzwil
Dr. Hans Rudolf Kunz, Rechtsanwalt, Uzwil
Dr. Otto Niklaus Rohner, Rechtsanwalt, Heerbrugg
Dr. Max Seifert, Rechtsanwalt, St. Gallen
Dr. Hans Stadler, Staatsschreiber, Gossau
Dr. Albert Stürm, Rechtsanwalt, St. Gallen

Graubünden

Johannes Badrutt, lic. iur., Rechtsanwalt, Chur
Dr. Willy Padruett, Kantonserichtsaktuar, Chur

Aargau

Dr. Beat Brühlmeier, Oberrichter, Aarau
Heinrich Frey, lic. iur., Obergerichtsschreiber, Aarau
Dr. Joseph H. Höchli, Fürsprecher, Baden
Dr. Werner Krähenbühl, Fürsprecher und Notar, Aarau
Dr. Wilhelm Mark, Vizedirektor, Aarau
Albert Marti, lic. iur., Lenzburg
Dr. Peter Merki, Fürsprecher, Aarau
Dr. Jakob Notter, Fürsprecher, Baden
Dr. Eugen Rohr, Fürsprecher und Notar, Brugg
Karl Steidel, Notar, Baden
Dr. Marcel Studer, Jurist, Baden
Dr. Kurt Suter, Fürsprech und Notar, Reinach
Dr. Hans Trautweiler, Fürsprech, Aarau
Dr. Heinrich Vogt, Fürsprecher, Reinach

Thurgau

Guido Nünlist, Kreuzlingen

Tessin

Dr. Angelo Bianchi, avvocato e notaio, Lugano
Dario Clericetti, lic. iur. et rer. oec., avvocato et notaio, Lugano
Achille Crivelli, lic. iur., avvocato e notaio, Bellinzona
Enrico Franzoni, lic. iur., avvocato et notaio, Locarno
Sergio Guglielmoni, giudice d'appello, Lugano
Camillo Jelmini, lic. iur., avvocato et notaio, Lugano
Franco Masoni, lic. iur., avvocato et notaio, Lugano
Valeria Masoni-Fontana, lic. iur., avvocato, Lugano
Pier Giorgio Merlini, lic. iur., avvocato et notaio, Minusio
Ettore Ongaro, licenza in diritto, avvocato et notaio, Locarno
Dr. Carlo Sganzini, avvocato, Lugano
Dr. Felice Solari, agente generale d'assicurazione, Cassarate

Waadt

Dr André Bornand, notaire, Montreux
Dr Marcel Caprez, avocat, Lausanne
Daniel Laufer, secrétaire patronal, Cheseaux s/Lausanne
Francis Sauvain, notaire, Morges
Georges Scyboz, lic. en droit, avocat, Lausanne

Wallis

Dr. iur. Bernhard Schnyder, Advokat und Notar, Brig
Raymond de Torrenté, avocat et notaire, Sion

Genf

John Badel, lic. en droit, avocat, Genève
Philippe de Coulon, lic. en droit, Genève
Dr Jean-Flavien Lalive, secrétaire général de la Commission
internationale de juristes, Genève
Léo Perrig, lic. en droit, avocat, Onex
André Tombet, lic. en droit, avocat, Genève
Paul Tournier, lic. en droit, notaire, Genève

Deutschland

Dr. Bernard Dubois, Fürsprecher, Berlin NW 21

Frankreich

Dr Jacques Droin, avocat, Paris 1^{er}

Die Totentafel weist folgende Namen auf:

Prof. Dr. MAX HUBER. Mit Max Huber, der am Neujahrstag dieses Jahres im Alter von 85 Jahren gestorben ist, ist einer der Großen unter den Schweizer Juristen dahingegangen. Sein Name schließt sich der Reihe jener großen Schweizer Juristen an, die seit dem vergangenen Jahrhundert das Ansehen der schweizerischen Rechtswissenschaft begründet und vergrößert haben. Max Hubers Lebenswerk bietet freilich ein anderes Bild als dasjenige seiner großen Vorgänger und Kollegen. Ungleich seinem in der Jugend bewunderten Vorbild Johann Caspar Bluntschli, ungleich seinem väterlichen Freund Eugen Huber und seinen beiden großen Kollegen Fritz Fleiner und Walther Burckhardt hat er weder ein umfangreiches wissenschaftliches noch ein gesetzgeberisches Werk hinterlassen. Frühzeitig aus seiner wissenschaftlichen Laufbahn herausgerissen ist seine Arbeitskraft vom 40. Lebensjahr an durch die vielfältigen Aufgaben im Dienste der Eidgenossenschaft, der internationalen Rechtsprechung und des Roten Kreuzes absorbiert worden. Obwohl Max Huber die Befriedigung haben durfte, an entscheidenden Wendepunkten der schweizerischen Politik und des Weltgeschehens auf verantwortungsvollste Posten gestellt worden zu sein, empfand er es am Ende seines Lebens doch als schmerzlich, daß die Umstände es ihm nicht erlaubt hatten, seine wissenschaftlichen Erkenntnisse zu vertiefen und zu einer Synthese zusammenzufassen. So sehr wir es heute bedauern müssen, kein geschlossenes wissenschaftliches Lebenswerk von ihm zu besitzen, dürfen wir feststellen, daß das Fehlen eines solchen Werkes bei weitem aufgewogen wird durch das, was Max Huber in den verschiedenen Stellungen, die ihm zufielen, geleistet und der Nachwelt hinterlassen hat. Wo immer er tätig war, hat seine Wirksamkeit sich für die Nachwelt als richtunggebend erwiesen.

Bereits seine kurze Tätigkeit als akademischer Lehrer und wissenschaftlicher Forscher in den Jahren 1901 bis zum 1. Weltkrieg hat ungewöhnlich reiche Frucht getragen. In der wissenschaftlichen Betrachtung des Rechts beschritt Max Huber neue Wege, die seither zu allgemeiner Anerkennung gelangt sind. In jener noch ganz von juristischem Logizismus beherrschten Zeit ging er völlig selbstständig dazu über, die Hintergründe des Rechts zu erforschen und sie in Beziehung zum Recht zu setzen. Seine Studie über die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, die zunächst nur wenig beachtet wurde, ist immer deutlicher als der Ausgangspunkt einer neuartigen Erfassung des Völkerrechts anerkannt worden.

Nicht weniger hat Max Huber auch in seiner Tätigkeit als Berater des politischen Departementes und des Bundesrates Ende des

1. Weltkrieges, zur Zeit der Gründung des Völkerbundes, einen nachhaltigen Einfluß ausgeübt. In dem Dilemma zwischen der schweizerischen Neutralität und der internationalen Solidarität stellte er Richtlinien auf, die seither für die schweizerische Außenpolitik maßgebend geblieben sind. Die von ihm verfaßte Botschaft des Bundesrates über den Beitritt der Schweiz zum Völkerbund ist heute noch ebenso aktuell wie damals. Deutlicher als irgendein anderes Dokument zeigt sie, wie Max Huber einerseits tief in der Geschichte und Eigenart seiner Heimat verwurzelt war, anderseits aber gerade dank diesem Sinn für die historischen Dimensionen in die Zukunft zu blicken vermochte.

Auch in seiner Tätigkeit als Richter und Präsident des Ständigen Internationalen Gerichtshofes von 1921–1930 fiel es ihm zu, die Entwicklung dieser Institution maßgebend zu bestimmen. Wir wissen, daß in den Beratungen des Gerichtes seine Voten zu den einflußreichsten gehörten. Seine Wahl zum Präsidenten dieses Gerichts erscheint als der äußere Höhepunkt seines Lebens.

Die letzte der großen Tätigkeiten Max Hubers, diejenige im Dienste des Roten Kreuzes, mag die aufopferungsvollste gewesen sein. Seinem Einsatz ist es vor allem zu verdanken, daß das Internationale Komitee auf den 2. Weltkrieg vorbereitet war und im Kriege eine umfassende Tätigkeit auszuüben vermochte. Wie in allen seinen Stellungen lag Max Huber auch hier daran, die tiefsten Grundlagen seines Tuns zu erkennen. Durch seine Schriften über das Rote Kreuz hat er eine Philosophie des Roten Kreuzes geschaffen, die für die weitere Wirksamkeit dieser Institution grundlegend bleiben wird.

Max Hubers Lebenswerk ist zu vielgestaltig und liegt noch zu nahe vor uns, um seine Bedeutung schon heute in vollem Maße zu würdigen. Wir wissen aber, daß mit Max Huber ein Mann dahingegangen ist, dem unser Land und insbesondere die schweizerische Rechtswissenschaft Bedeutendes zu verdanken hat.

DIETRICH SCHINDLER

Prof. Dr. PHILIPP THORMANN. Am 26. März 1960 verstarb in Bern, wo er im Ruhestand lebte, Prof. Dr. Philipp Thormann. Die Laufbahn des Verstorbenen entspricht seinem Charakterbild; sie ist schlicht, geradlinig. Nach bestandenem Fürsprecher- und Doktorexamen und nach kurzer praktischer Tätigkeit als Kammer-schreiber am bernischen Obergericht wurde Dr. Thormann schon im Jahre 1903 an die Universität Bern berufen als Nachfolger von Wolfgang Mittermaier auf dem Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozeßrecht. Während mehr als vierzig Jahren hat er dann als Professor in Bern gewirkt und mehrere Generationen junger Juri-

sten in Strafrecht und Strafprozeßrecht, aber auch in Zivilprozeß und in allgemeiner Rechtslehre, ausgebildet. Er verstand es ausgezeichnet, seine Vorlesungen lebensnah zu gestalten und das Interesse der Hörer für die behandelte Materie zu wecken. Wie beliebt Prof. Thormann bei seinen Schülern war, folgt auch aus der sehr großen Zahl strafrechtlicher und namentlich strafprozessualer Berner Dissertationen, die unter seiner Leitung ausgearbeitet wurden.

In seinen wissenschaftlichen Aufsätzen befaßte er sich wiederholt mit den noch heute so oft verkannten Beziehungen und Einflüssen des vereinheitlichten schweizerischen Strafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht, doch auch das räumliche Herrschaftsgebiet der Strafgesetze, der bedingte Strafvollzug und die Schutzaufsicht gehörten zu seinen Lieblingsgebieten. Über den bedingten Strafvollzug referierte er auch am schweizerischen Juristentag 1911. Im Jahre 1928 stellte sich Prof. Thormann dem schweizerischen Juristenverein ein zweites Mal zur Verfügung als Referent über das Thema «Die Rechtshilfe». Die Krönung des wissenschaftlichen Wirkens Thormanns war aber das 1940–1943 gemeinsam mit Prof. v. Overbeck verfaßte Kommentarwerk zum schweizerischen Strafgesetzbuch, das schon zu Beginn der Anwendung des Strafgesetzbuches für jeden Praktiker ein unentbehrlicher Führer war und noch heute zu den meistzitierten Werken gehört. Es ist immer ein gewagtes Unternehmen, ein Gesetz vor seinem Inkrafttreten zu kommentieren; denn erst die praktische Anwendung deckt ja meist Auslegungsschwierigkeiten, Lücken und andere Mängel des Gesetzes auf. Allein Prof. Thormann war ganz besonders dazu befähigt, diese Schwierigkeiten zu meistern, hatte er doch schon als Mitglied der großen Expertenkommission (1912–1916) mitgewirkt. Er war nun wohl auch der letzte oder einer der Letztüberlebenden dieser Kommission.

Nicht nur dem Bunde, sondern auch und sogar vor allem dem Kanton Bern hat Prof. Thormann durch seine Mitarbeit bei der Gesetzgebung unschätzbare Dienste geleistet. Er war der Schöpfer und Gestalter des bernischen Jugendrechtspflegegesetzes, des gelgenden bernischen Gesetzes über das Strafverfahren und des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Strafgesetzbuch. Ihm und seinem ganz besonderen Geschick der gesetzgeberischen Gestaltung verdanken wir Berner es, daß das bernische Strafverfahren noch heute als eines der besten, modernsten und heute auch dem schweizerischen Strafgesetzbuch gut angepaßten Strafprozeßgesetze gilt. Noch im Alter von mehr als 75 Jahren hat sich Prof. Thormann dem Kanton Bern ein letztes Mal zur Verfügung gestellt, um in der Expertenkommission für die Vorbereitung der sogenann-

ten bernischen Justizreform, die namentlich auch das Strafverfahren betraf, mitzuwirken.

Gestatten Sie zum Schluß noch ein paar Worte über Philipp Thormann als Menschen. Die Tradition gebundenheit des feinbesaiteten Berner Patriziers verband sich bei ihm mit einer großen Aufgeschlossenheit für alles Neuartige, für moderne Bewegungen auf jedem Lebensgebiet. Sein warmes Herz für alle Armen und Schwachen, seine stete Hilfsbereitschaft, fand ein schönes Wirkungsfeld in der bernischen Schutzaufsichtskommission, der er lange Jahre angehörte. Seine große Liebe für die Natur, die Architektur, die Künste, verschönerte vor allem seine letzten Lebensjahre. Aber all dies wurde überschattet von einem für ihn charakteristischen Zug: seine unverbrüchliche Treue, Treue zu seinen Freunden, Treue zu seinen Kollegen und Mitarbeitern, Treue aber vor allem zu seiner engen Heimat, seiner Vaterstadt Bern. MAX WAIBLINGER

Dr. JAKOB HABLÜTZEL. Ende 1959 starb alt Bundesrichter Dr. Jakob Hablützel im Alter von 75 Jahren. Er stammte aus Benken im Zürcher Weinland, von wo aus er die Kantonsschule Schaffhausen besuchte. Nach Absolvierung seiner Rechtsstudien und der üblichen *stages* amtete er zunächst einige Jahre als Sekretär des zürcherischen Handelsgerichts und führte später ein Anwaltsbüro in Zürich. 1927 wurde er ins zürcherische Obergericht und auf 1929 ins Bundesgericht gewählt, wo er während 22 Jahren sowohl in der Zivilrechts- als in der Strafrechts- und auch in der Staatsrechtspflege tätig war, zuletzt während 8 Jahren als Präsident der 2. Zivilabteilung und während 2 Jahren als Vizepräsident des Bundesgerichts. Außerdem war er Präsident der Zollrekurskommission. Die ihm in reichem Maße verliehenen Gaben des Geistes und Charakters, im besonderen umfassende gründliche juristische Bildung sowie einzigartige Konzentrationskraft (die sich wohl schon in den täglich stundenlangen Fußmärschen zwischen Benken und Schaffhausen während den Kantonsschuljahren herausgebildet hatte) verschafften seiner Tätigkeit im Schoße des Bundesgerichts höchsten Wert und (ungeachtet der einzig fehlenden Rednergabe) höchstes Gewicht. Der Würde des Bundesgerichtspräsidenten zog er auf 1951 den Ruhestand vor, um im Heimatkanton seinen vielseitigen Interessen leben zu dürfen, was ihm trotz alsbaldiger langwieriger Krankheit bis in die letzten Wochen nicht versagt blieb.

A. ZIEGLER (Bundesrichter)

Dr. AUGUST ERNST. Gegen Mitte 1959 starb in Lausanne alt Bundesrichter Dr. August Ernst im Alter von 79 Jahren. Er hatte den größeren Teil seines Lebens in seiner Heimatstadt Aarau ver-

lebt, wo er seit 1911 bzw. 1925 die Ämter des Gerichtspräsidenten und Oberrichters bekleidete mit solcher Auszeichnung, daß er schon längst als prädestinierter «aargauischer Bundesrichter» galt, sobald der Aargau wieder dran kommen könne, was aber erst auf 1937 der Fall war. Im Bundesgericht widmete er seine hohe juristische Kompetenz und seine vortrefflichen menschlichen Eigenschaften mit vorbildlichem Einsatz seiner starken Arbeitskraft hauptsächlich der 2. Zivilabteilung, wo er zu hohem Einfluß gelangte. So schwer ihm und seiner Familie der Abschied aus der engeren Heimat geworden war, konnte er sich in die neue Umgebung doch so gut einleben, daß er ihr auch nach seinem auf Ende 1950 erfolgten Rücktritt treu blieb.

Dr. ALOIS AB YBERG. In Dr. Alois ab Yberg verschied am 17. Oktober 1959 in Schwyz eine Persönlichkeit, die zeit ihres Lebens ihrer engeren und weiteren Heimat in vielfältiger Weise gedient hatte. 1878 in Schwyz geboren, schloß der junge Jurist seine Studien 1903 in Zürich mit einer Dissertation über das damals höchst aktuelle Thema «Die Streiks und ihre Rechtsfolgen» ab. Er etablierte sich bereits 1904 als Anwalt in Schwyz, wo er während vollen 44 Jahren praktizierte. Bereits 1908 trat er unserem Vereine bei. In den Jahren 1916 bis 1924 bekleidete ab Yberg das Amt eines Regierungsrates des Kantons Schwyz; die Würde und Bürde eines Landammanns versah er in den Jahren 1920 bis 1922. 1928 wurde er in den Nationalrat gewählt, dem er bis 1935 angehörte. Mit der Eidgenössischen Rechtspflege blieb er noch während Jahren als Ersatzmann des Bundesgerichts verbunden.

WILHELM BARTSCH. Am 9. Dezember 1959 wurde der in Freiburg im Alter von 86 Jahren verstorbene Maître Wilhelm Bartsch zu Grabe geleitet. Er studierte die Rechte in Basel und Freiburg. 1901 erwarb er in Montilier das schweizerische Bürgerrecht. Seit seiner Patentierung als Anwalt, 1904, betätigte er sich in seiner Wahlheimat Freiburg als erfolgreicher Anwalt. Seine Berufskollegen anvertrauten ihm das Amt des Vorsitzenden der Freiburgischen Anwaltskammer, der er in dieser Stellung während vollen 15 Jahren seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte. Dem Großen Rat des Kantons Freiburg gehörte er als liberal-radikaler Vertreter von 1921 bis 1956, also 45 Jahre lang, an. Zu zwei Malen präsidierte er den Rat während einer Amts dauer. Unserem Vereine hielt er während 49 Jahren die Treue.

Dr. CARL BINDSCHEDLER. In alt Oberrichter Dr. Carl Bindschedler hat unser Verein sein ältestes Mitglied verloren. Volle

70 Jahre hat er dem Schweizerischen Juristenverein Treue und Anhänglichkeit bewahrt. Als er anlässlich des Juristentages am 9. September 1959 in Schaffhausen die Grüße der Versammlung empfing, dankte er einen Tag später mit einem in klarer Handschrift abgefaßten Brief, in welchem er seinem Bedauern darüber Ausdruck gab, die Tagungen wegen seiner zunehmenden Schwerhörigkeit nicht mehr besuchen zu können; diesen Naturgesetzen müsse er sich fügen, so schrieb der 97jährige. Unter Bezugnahme auf die in den Protokollen über unsere Tagungen abgedruckten Lebensabrisse der verstorbenen Vereinsangehörigen fügte er einen präzis und prägnant abgefaßten Abriß über seine beruflichen Tätigkeiten bei, mit der Ermächtigung, nach seinem Tode diesen Abriß nach Belieben und eventuell verkürzt benützen zu dürfen. Kaum 3 Monate später, am 5. Dezember 1959 wurde Dr. Carl Bindschedler, verehrt und geliebt von seinen Mitbürgern, in Männedorf zu Grabe getragen. Dr. Carl Bindschedler wurde im Jahre 1862 in seiner Heimatgemeinde Männedorf am Zürichsee geboren. Nach dem Besuch des kantonalen Gymnasiums in Zürich studierte er während 3 Semestern an der Zürcher Hochschule, während je einem Semester in Straßburg und Berlin und wiederum während 3 Semestern in Zürich, wo er die Doktorpromotion magna cum laude erhielt. Hierauf betätigte er sich während 1 ½ Jahren als Substitut beim Bezirksgericht Hinwil, ebensolange als Anwaltssubstitut im Advokaturbüro Honegger und Zuppinger in Zürich, und schließlich vom September 1891 bis April 1896 als erster Sekretär des zürcherischen Obergerichtes. Von 1896 bis 1912 praktizierte er während 16 Jahren als Rechtsanwalt in Männedorf, die drei ersten Jahre gemeinsam mit Dr. Robert Haab, dem späteren Bundesrat. Während der Anwaltszeit amtete er von 1898 bis 1910 als Gemeindepräsident von Männedorf und als Präsident verschiedener anderer Behörden. Von 1902 bis 1917 gehörte er überdies dem zürcherischen Kantonsrat an. Von 1904 bis 1912 war er Mitglied des zürcherischen Kassationsgerichtes. Im Jahre 1912 wurde er in das zürcherische Obergericht gewählt, dem er bis 1935 angehörte. 1921 bis 1928 amtete er als Schwurgerichtspräsident.

In der Militärjustiz diente er dem Lande als Gerichtsschreiber, Untersuchungsrichter, Auditor im Divisionsgericht VI und von 1915 bis 1925 als Großrichter des Territorialgerichtes V. Im Jahre 1957, zu seinem 95. Geburtstag, ernannte ihn seine Heimatgemeinde Männedorf zum Ehrenbürger.

EDMOND BINET. Der am 3. Dezember 1959 in Genf verstorbene Maître Edmond Binet gehörte zu den angesehensten Repräsentanten des Genfer Notariates. Im Jahre 1895 in Genf geboren, beendigte er im Jahre 1919 seine Rechtsstudien und doktorierte 1921 mit einer

Dissertation über die Trennung von Kirche und Staat im Kanton Genf. Nach dem Erwerb des Notariatspatentes im Jahre 1927 übte er in seiner Heimatstadt den Beruf des Notars aus. Er fand in diesem Berufe, der ganz seiner Veranlagung und seinem Temperament entsprach, volle Befriedigung. Er faßte ihn als einen ständigen und treuen Dienst am Rechte auf. Im Jahre 1952 berief ihn das Vertrauen seiner Kollegen an die Spitze der genferischen Notariatskammer, und im Jahre 1958 wurde ihm das Präsidium des Verbandes schweizerischer Notare anvertraut. Unserem Verein gehörte er seit 1926 an.

GEORGES DE DARDEL. Wenige Tage vor seinem Rücktritt verstarb am 13. Dezember 1959 in Zürich erst 63jährig Georges de Dardel, Vizedirektor der Schweizerischen Rückversicherungsgesellschaft. Von Saint-Blaise (NE) gebürtig und dort aufgewachsen, schlug der junge Jurist nach Abschluß seiner Studien die Laufbahn eines Versicherungsjuristen ein, zunächst bei der Eidgenössischen Militärversicherung, alsdann als Direktionssekretär bei der «Neuenburger»-Versicherungsgesellschaft und seit 1930 bei der Schweizerischen Rückversicherungsgesellschaft, wo er zum Vizedirektor aufstieg. In dieser Stellung widmete er sich mit Auszeichnung der Betreuung des französischen und belgischen Rückversicherungsmarktes. Obschon er immer mehr Versicherungsfachmann geworden war, hielt er unserem Verein seit 1929 die Treue.

ALOIS FURRER, Rechtsanwalt, Zürich, geboren 1889 in Ebikon, ist am 6. Mai 1960 gestorben. Er gehörte seit 1927 dem Schweizerischen Juristenverein an. Nach einer mehrjährigen Ausbildung an der Realschule der Luzerner Kantonsschule trat er in den Dienst der Gotthardbahn-Gesellschaft und wechselte mit deren Verstaatlichung als Verwaltungsbeamter in die Kreisdirektion II der SBB über. Einem inneren Drang zur Jurisprudenz folgend, der traditionell von der mütterlichen Seite her bedingt sein möchte, ließ er sich beurlauben, um während mehreren Semestern an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich Jura zu studieren. Vorübergehend praktizierte er am Bezirksgericht Zürich und erwarb Ende 1926 das zürcherische Anwaltspatent. Hierauf kehrte er in die Bundesbahnverwaltung zurück und konnte sein reiches juristisches Wissen im Rechtsdienst bei der Direktion des Kreises II und später des Kreises III verwerten, so u.a. auch bei der Mitarbeit an der Sammlung «Die neuere Eisenbahngesetzgebung des Bundes». Ende 1954 trat er in den Ruhestand. Rechtsanwalt Furrer hat sich weitgehend durch Selbststudium ein umfassendes Wissen angeeignet, das neben dem Recht auch die Philosophie und die Musen umspannte. Mit Alois Furrer ist ein Jurist

dahingegangen, der still und bescheiden, jedem Ratsuchenden zu selbstloser Hilfe bereit, seinen Lebensweg in edler Weise vollendet hat.

FRANCO GALLINO nacque a Biasca il 12 settembre 1915. Frequentò un anno la facoltà di diritto dell'università di Zurigo, poi passò all'università di Palermo dove si laureò a pieni voti nel 1938. Dopo la regolare pratica presso la Pretura di Bellinzona, e gli esami di Stato, iniziò in quella città la sua professione. Nel 1953 trasferì a Chiasso il suo Studio prendendo dimora a Melide dove venne eletto Sindaco. Carica che coprì fino alla morte avvenuta il 21 maggio 1959. Nel 1953 ebbe l'incarico dell'insegnamento del Diritto Svizzero all'Università di Pavia. Fu eletto deputato al Gran Consiglio nel 1959. Pubblicazioni: Il divorzio nei suoi motivi eliminabili; La colpa nei reati contro la salute pubblica; L'autonomia in Sardegna (Studio delle fonti); Struttura costituzionale della Svizzera; Il divorzio nel processo e nelle conseguenze.

Al militare era difensore d'ufficio della 9 div. e ufficiale informatore. Dott. Franco Gallino era membro della Società Svizzera dei Giuristi dall'anno 1939.

PIERO GILARDI nato a Milano il 2 febbraio 1882. Ha studiato al collegio S. Michel a Friborgo (Svizzera) seguito il diritto alle università di Lovanio (Belgio) e Berna dove si è laureato.

Col giudice federale Soldati era della fondazione e per molti anni fra i più spiccati maggiorenti del «Corriere del Ticino». È stato legale e membro del Consiglio di Amministrazione del Banco di Roma dalla fondazione, successivamente era nel Consiglio di Amministrazione del Banco di Roma per la Svizzera. Ha pure cooperato alla fondazione della Banca Unione di Credito. Per oltre 40 anni è stato legale del Consolato generale d'Italia e della Camera di Commercio Italiana.

Era nel Consiglio di Amministrazione di parecchie società. Ha partecipato alla vita politica nei primi anni giovanili, successivamente è rimasto – sebbene non passivamente nei confronti della sua terra – fuori da ogni contesa politica. In riconoscimento per quanto ha fatto per gli italiani nel Ct. Ticino il presidente della repubblica italiana gli ha conferito, nel 1957, l'onorificenza di commendatore dell'Ordine al Merito della Repubblica Italiana (per il lavoro fatto quale legale del consolato). P. Gilardi è morto il 5 maggio 1959. Era membro della Società Svizzera dei Giuristi dall'anno 1927.

BENEDIKT HELFENBERGER. Noch nicht 60jährig verschied am 20. März 1960 in Goßau (SG) der dortige Bezirksamann Benedikt Helfenberger. Der am 19. Juni 1900 in Goßau Geborene holte sich seine gymnasiale Bildung an der Stiftsschule Engelberg, die juristische an den Universitäten Freiburg, Bern, Zürich und Rom. Das Studium schloß er mit dem Erwerb des Lizenziates der Rechte ab. Nach der Ausbildung zum Anwalt übernahm er eine Advokatur in Amriswil, die er bis 1954 führte. Seiner Wohngemeinde und seinem Wohnkanton diente er in vielfältiger Weise, so als Amtsvormund, als Mitglied des thurgauischen Großen Rates und der katholischen Synode. Im Frühjahr 1954 wurde er zum Bezirkssamman seiner angestammten Heimat Goßau gewählt. Hier waren dem klar denkenden, mit einem konzilianten Wesen bedachten Manne und erfahrenen Juristen noch 6 Jahre umsichtigen Wirkens im Dienst der sanktgallischen Verwaltung und Rechtspflege vergönnt. Unserem Verein ist er im Jahre 1947 beigetreten.

Dr. ROBERT KELLER. Vor wenigen Wochen wurde in Frauenfeld Fürsprecher Dr. Robert Keller zu Grabe getragen, der am 26. September 1960 im Alter von 74 Jahren gestorben war. In Frauenfeld geboren und aufgewachsen, durchlief Keller zunächst die Handelsschule in Winterthur, um alsdann in Bern, Zürich und Berlin dem Rechtsstudium obzuliegen, das er mit dem Doktorat und der thurgauischen Anwaltsprüfung abschloß. Im Jahre 1911 eröffnete er in Amriswil eine eigene Anwaltspraxis, die er bereits 1914 wiederum aufgab, als er zum thurgauischen Staatsanwalt gewählt wurde. 1924 kehrte er zur freien Anwaltstätigkeit zurück. Daneben entwickelte er ein reiches öffentliches Wirken: 1923 bis 1932 als Mitglied des thurgauischen Großen Rates, ab 1921 bis 1954 als Mitglied des evangelischen Kirchenrates des Kantons Thurgau, den er während vollen 20 Jahren präsidierte. Darüber hinaus wirkte er seit 1938 im Vorstand des schweizerischen evangelischen Kirchenbundes, dessen Rechnungsführer er bis 1958 war. Keller übte seine kirchlichen Amtsstellungen als Jurist aus, der auf gute Ordnung hielt und, wo es nötig war, die Zügel straff führte. Unserem Vereine trat er im Jahre 1921 bei.

RUDOLF KELLERHALS. In Bern verschied am 24. März 1960, noch nicht 62jährig, Fürsprecher Rudolf Kellerhals, Präsident der kantonal-bernischen Rekurskommission in Steuersachen. Am 4. August 1898 als Sohn von Strafanstaltsdirektor Otto Kellerhals in Witzwil geboren, durchlief er die Schulen Berns und schloß seine Rechtsstudien in Bern mit dem Fürsprechexamen ab. Nach kurzer Anwaltspraxis in Genf trat er 1923 in den Dienst der bernischen

Rechtspflege: zunächst als Sekretär, dann als Kammerschreiber des Obergerichtes. 1926 wechselte er in das Sekretariat der bernischen Justizdirektion hinüber. Auf den 1. Januar 1936 wählte ihn der bernische Große Rat an die verantwortungsvolle Stelle des Präsidenten der kantonalen Rekurskommission in Steuersachen. In dieser Funktion wies er mit seiner außerordentlichen Schaffenskraft und mit klarem juristischen Verstand der bernischen Steuerrechts-pflege maßgeblich den Weg. Darüber hinaus wirkte er beratend und in entscheidender Weise beim Erlass des neuen bernischen Steuergesetzes von 1944 mit, wie auch bei den weiteren Steuergesetz-revisionen und bei der Revision des Verwaltungsrechtspflege-gesetzes. Ein Kommentar zum Steuergesetz von 1944 stammt aus seiner Feder. Die türkische Regierung berief Kellerhals 1945/46 als Experten für die Neuordnung des türkischen Steuerrechtes. Unserem Verein war er im Jahre 1934 beigetreten.

Dr. ALBERT LARDELLI. Am 21. Juni 1959 verschied in Chur alt Ständerat Dr. Albert Lardelli. 1888 in seiner Heimatstadt Chur geboren, durchlief Albert Lardelli die Schulen Churs. Er schloß seine juristischen Studien, denen er in Zürich, Berlin und Genf oblag, im Jahre 1913 erfolgreich ab. Der junge Jurist wandte sich vorerst im Auslande dem Bankfache zu, praktizierte dann während des ersten Weltkrieges als Anwalt in Chur, um 1917 bis 1927 in den Dienst der Graubündner Kantonalbank zu treten, der er als Chef des Rechtsbüros seine Kenntnisse lieh. In den freien Anwaltstand zurückgekehrt, berief ihn das Vertrauen seiner Mitbürger bald in öffentliche Ämter, in denen er seiner engeren Heimat, dem Kanton Graubünden und dem Bunde mit Auszeichnung diente: 1932 bis 1938 versah er das bürdenreiche Amt eines bündnerischen Regierungsrates und Vorsteigers des kantonalen Finanzdepartementes. Ab 1935 bis 1956 vertrat er seinen Kanton im Ständerat. Schließlich amtete er seit 1940 bis zu seinem Tode als Bankpräsident der Graubündner Kantonalbank. Unserem Vereine hat der Verstorbene, der an der Rechtssetzung und am Rechtsleben seines Heimatkantons und der Eidgenossenschaft tätigen Anteil nahm, seit 1925 angehört.

Dr. RUDOLF LEUPOLD. Am 16. Januar 1960 verstarb in Basel 72jährig Dr. Rudolf Leupold. Seit 1913 hatte er in Basel als ange-sehener Notar und Advokat praktiziert. Darüber hinaus lieh er seine Fähigkeiten und seine Tatkraft der Öffentlichkeit als Präsident der staatlichen Disziplinarkommission und in anderen öffentlichen Funktionen sowie als Richter eines Territorialgerichtes. Er war auch Mitglied des Verwaltungsratsausschusses der Schweizerischen Volksbank und wirkte in den Verwaltungsorganen weiterer wirt-

schaftlicher Unternehmungen mit. Unserem Verein gehörte er seit 1939 an.

ERNEST LORSON. Am 5. Dezember 1959 wurde in Freiburg alt Stadtpräsident Ernest Lorson im Alter von 64 Jahren zu Grabe getragen. Er erhielt seine gymnasiale Schulung in den Kollegien St-Michel in Freiburg und in St-Maurice. Das Studium der Rechte an der Universität seiner Heimatstadt schloß er mit einer strafrechtlichen Dissertation ab. Von 1924 bis 1926 amtete er als Substitut des Staatsanwaltes, um alsdann eine eigene Advokatur zu eröffnen, in der er vor allem als Strafverteidiger hervortrat. Im politischen Leben der Stadt und des Kantons Freiburg spielte Lorson eine bedeutende Rolle. Von 1935 bis 1946 wirkte er als konservativer Vertreter der Stadt Freiburg im Großen Rat, den er 1942 präsidierte. Vor allem aber widmete er von 1938 bis 1950 in der Stellung des (nebenamtlichen) Stadtpräsidenten einen großen Teil seiner Arbeitskraft seiner Heimatstadt Freiburg, eine Aufgabe, in der er sich unter Hintansetzung seiner beruflichen Interessen voll und ganz einsetzte. Nach seinem Rücktritt vom Stadtpräsidium diente er der Öffentlichkeit noch bis zu seinem Tode als Vorsteher des Betreibungsamtes des Saanebezirkes. Unserem Verein hat er während 35 Jahren angehört.

HANS MARTI. Am 5. April 1960 verstarb in Bern im Alter von 72 Jahren alt Notar Hans Marti. Im Jahre 1888 in Lyss (BE) geboren und aufgewachsen, durchlief er die Schulen in Lyss und absolvierte hierauf eine Notariatslehre in Langnau. 1908 nahm er an der Universität Bern das Studium der Rechte auf, das er 1912 mit dem Notariatspatent abschloß. In Bern führte er, zuerst mit seinem Schwiegervater und später allein ein angesehenes Notariatsbüro, von dem er sich erst Ende 1959 zurückzog. Im Berufe des Notars konnte er seine Fähigkeiten voll entfalten, immer darauf bedacht, durch absolute Rechtlichkeit und treue Pflichterfüllung seinen Klienten und dem Rechte zu dienen. Er amtete auch als Suppleant des Amtsgerichtes in Bern und gehörte während vieler Jahre dem bernischen Gemeindeparkament an, das er 1946 präsidierte. Dem Verwaltungsrat des Kursaals Bern stand er als Vertreter der Gemeinde von 1952 bis 1959 vor. Unserem Vereine trat er im Jahre 1921 bei.

Dr. LUDWIG FRIEDRICH MEYER. Geboren am 17. Mai 1872 in Luzern. Nach Studien an den Universitäten Freiburg i.B., Leipzig, Berlin, Heidelberg und Bern, nach Praktiken auf den Büros von Nationalrat Dr. Weibel in Luzern und des späteren Bundesrates

Comtesse in Neuenburg und nach weiteren längeren Studienaufenthalten in Paris und London eröffnete er 1900 ein eigenes Anwaltsbüro. Dr. L. F. Meyer war langjähriges Mitglied der Parlamente von Stadt und Kanton Luzern, von 1931–1941 Nationalrat. Im Zusammenhang mit seiner regen politischen Tätigkeit stehen seine Veröffentlichungen: Zur Reform der Eidgenössischen Verwaltungen und Staatsbetriebe (1921), Der Schweizerische Bundesstaat (1924), Die Stellung der politischen Parteien (1930) u. a. Er nahm als Verwaltungsratspräsident bestimmenden Einfluß auf die Entwicklung verschiedener luzernischer Gesellschaften und war juristischer Berater vieler in- und ausländischer Gesellschaften. Nach dem Urteil seiner Kollegen war Dr. L. F. Meyer der erste luzernische Anwalt, der sich internationale Geltung und Anerkennung zu schaffen wußte. Noch zu Anfang der 1950er Jahre reiste der bereits hochbetagte Anwalt wiederholt nach Ägypten, England, Frankreich und Deutschland. Dr. L. F. Meyer war Gründer und Betreuer verschiedener gemeinnütziger Einrichtungen. Als Sportsmann war er Mitgründer und aktives Mitglied des Luzerner Regattavereins. Im Militär kommandierte er von 1920–1927 die Infanteriebrigade 12. Dr. L. F. Meyer starb am 30. Juni 1959. Er war seit 1911 Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins.

JEAN REYMOND. Am 8. April 1960 verschied in Lausanne Maître Jean Reymond im Alter von 67 Jahren. 1893 in Lausanne geboren und dort aufgewachsen, schloß er seine juristischen Studien im Jahre 1918 mit einer konkursrechtlichen Dissertation ab. Der junge Anwalt praktizierte zunächst in Yverdon, um 1932 nach Lausanne überzusiedeln, wo er, von einem zutiefst ernsthaften, erstaunlich schöpferischen Geist begabt, eine angesehene Advokatur führte. Seine waadtländischen Kollegen anvertrauten ihm während der Jahre 1951 bis 1954 das Amt des Bâtonnier der waadtländischen Anwaltskammer. Unserem Vereine gehörte er seit 1934 an.

JOSEF RITZ-ESCHER. In Brig wurde am 30. Juli 1960 der erst 42jährig verstorbene Prof. Josef Ritz-Escher zu Grabe geleitet. Am 24. Juli 1918 in Grengiols (VS) geboren, erhielt er seine Gymnasialbildung in Brig und St-Maurice, um dann in Freiburg Latein, Philosophie und Pädagogik zu studieren. Der junge Lizentiat betätigte sich zunächst als Berufsberater, dann als Redaktor des «Walliser Volksfreund». Diese Tätigkeit führte ihn zum Recht und zur Jurisprudenz. Er nahm deshalb, wiederum an der Universität Freiburg, das Studium der Rechte auf, das er mit dem Notariats- und Anwaltsexamen abschloß, um alsdann in Brig eine eigene Anwaltspraxis zu eröffnen. 1958 wurde der sich aktiv und unerschrocken in

der Oberwalliser Politik betätigende Jurist schließlich zum Professor am Kollegium in Brig gewählt. Unserem Verein gehörte er seit 1952 an.

FRÉDÉRIC SAVARY. Am 16. September 1959 wurde in Lausanne Maître Frédéric Savary im Alter von 67 Jahren abberufen. Der im Jahre 1892 geborene Pfarrerssohn oblag in Lausanne dem Rechtstudium, das er mit einer zivilprozessualen Doktordissertation abschloß. Seit 1921 praktizierte er als Anwalt in Lausanne, wo er sich bald den Ruf eines ausgezeichneten Zivil- und Strafrechtlers erworb. Er widmete sich im besonderen den Rechtsfragen der Hotelierie und der Schiffahrt. An der Spitze der waadtländischen Anwaltskammer, der er 1954 bis 1957 als Bâtonnier vorstand, kamen seine Gaben zu schönster Geltung. Dabei war ihm die Heranbildung der Anwalts-Stagiaires ein besonderes Anliegen. In dieser Zeit (1956) trat er auch unserem Vereine als Mitglied bei.

Dr. HERMANN STOCKER. In Luzern wurde am 14. September 1959 Dr. Hermann Stocker im Alter von 71 Jahren abberufen. In Büron (LU) geboren und in der Stadt Luzern aufgewachsen, studierte Stocker in München, Berlin und Bern die Rechte. Im Jahre 1914 eröffnete er in Luzern eine eigene Advokatur, die er bis 1932 führte, als er zum Mitglied des Luzernischen Amtsgerichtes gewählt wurde. In dieser richterlichen Stelle wirkte er als begabter Jurist und scharfsinniger Denker während 23 Jahren. Während des zweiten Weltkrieges diente er dem Land als Untersuchungsrichter des Territorialgerichtes 2B. Unserem Vereine gehörte er während 26 Jahren an.

Dr. ALFRED VEIT. Im hohen Alter von 83 Jahren verschied am 30. Juli 1959 in Liestal Dr. Alfred Veit-Gysin. In Basel im Jahre 1876 als 10. Kind seiner Eltern geboren, durchlief er das Basler Gymnasium und studierte in Basel und Berlin Jurisprudenz. Nach Studienabschluß trat er in Liestal in das Advokaturbüro von Dr. A. Gysin-Schneider ein, dessen Teilhaber und Nachfolger er wurde. Dr. Veit entwickelte sich bald zum erfolgreichen Prozeßanwalt und Berater schweizerischer und internationaler Unternehmungen. Seiner Wahlheimat Baselland diente er in vielfacher Weise: In leitender Stellung der basellandschaftler freisinnigen Partei, während 20 Jahren als Mitglied des Landrates, dessen gesetzgeberische Arbeiten er wesentlich mitbestimmte, und schließlich als Mitglied und Präsident des Bankrates der Basellandschaftlichen Kantonalbank. Während nicht weniger als 56 Jahren hielt der Verstorbene unserem Verein die Treue.

Zu meinem Bedauern habe ich Ihnen sodann mitzuteilen, daß im Berichtsjahr unser Archivar, Herr EMIL LÄNG, Lausanne, der die archivarischen Arbeiten für unseren Verein mit Anhänglichkeit und Umsicht besorgte, nach längerem Leiden gestorben ist. Wir haben in Herrn ERNST SIGNER, Bundesgerichtskassier in Lausanne, einen kompetenten und zuvorkommenden Nachfolger gefunden.

Ausgetreten sind seit dem Juristentag 1959:

Dr. Jos. Hättenschwiler, Rechtsanwalt, Zürich
Fritz Milliet, Fürsprecher, Bern
J. Niklaus, Bern
Dr. Hans Felix Pfenninger, Professor, Zürich
Jean-Jacques de Pury, Advokat, Basel
Rudolf Rüetschi, Notar, Bern
Maurice de Torrenté, avocat, Sion
Dr. W. Zumstein, Bern

16 Mitglieder mußten auf der Mitgliederliste gestrichen werden, weil sie trotz mehrmaliger Aufforderung es unterließen, ihren Mitgliederbeitrag weiterhin zu entrichten.

Mein besonderer Gruß gilt den Herren, die im Berichtsjahr das 50. Jahr ihrer Mitgliedschaft im Schweizerischen Juristenverein vollendet haben:

Herr Notar und Advokat Pierre Carteret, Genf
Herr Bundesrichter Professor Dr. Paul Logoz, Genf
Herr Notar und Advokat Gustave Martin, Genf
Herr Dr. Meyer de Stadelhofen, Cologny/Genf
Herr Notar Ferd. M. Rehfous, Genf
Herr Prof. Dr. Ernst Steiner, Lausanne

Sie werden mit mir einig gehen, daß ich auch die vier Herren besonders erwähne, die unserem Verein im Jahre 1900 beitraten und ihm nun 60 Jahre angehören:

Herr alt Handelsgerichtspräsident und Kommentator des OR,
Dr. Hermann Becker, St. Gallen

Herr alt Oberrichter Dr. Hermann Blass, Horgen
Herr Professor Dr. Hans Fehr, Muri
Herr Professor Dr. Carl Moser-Nef, St. Gallen

Diese vier Herren, die dem Recht an prominenter Stelle dienten und welche die Geschicke des Schweizerischen Juristenvereins als einzige seit Anbeginn des stürmischen 20. Jahrhunderts verfolgen, sind unsere Veteranen. Es sei ihnen an dieser Stelle der Dank ausgesprochen für ihr stetes Teilnehmen.

Der Vorstand hat für die Behandlung der laufenden Geschäfte vier Sitzungen abgehalten. Daneben wurden eine Reihe Vorstandsbeschlüsse auf dem Zirkularwege gefaßt. Ich danke meinen Kollegen im Vorstand für ihre Mitarbeit und für die Unterstützung, die sie mir in der Besorgung der Geschäfte angedeihen lassen.

Die Frist für die Ablieferung der Preisaufgabe für 1960 über das Thema der sogenannten lebzeitigen Teilung lief am 1. Juni 1960 ab. Es ist fristgerecht eine Arbeit eingegangen. Der Vorstand bestellte als Jury die Herren Prof. Dr. Hans Merz, Prof. P. Piotet und Prof. Dr. K. Spiro. Ich danke hier schon den Herren für die Arbeit, die sie mit der Beurteilung der eingereichten Abhandlung geleistet haben. Das Preisgericht wird seinen Bericht an der Sitzung morgen Vormittag erstatten. Es scheint, daß die mit der Hochkonjunktur zusammenhängende beschleunigte Beanspruchung junger Juristen im Erwerbsleben die Bereitschaft, sich an die Bearbeitung von Preisaufgaben zu wagen, mindert, obwohl der Vorstand sich bemühte, durch eine Erhöhung der für Preise zur Verfügung stehenden Summen und eine frühzeitigere Bekanntgabe der Themen die Teilnahme an den Wettbewerben zu erleichtern.

Für das Jahr 1961 ist als Thema ausgeschrieben «Aufgabe und Rechtsstellung der endgültig entscheidenden eidgenössischen Rekurskommissionen»; für das Jahr 1962 lautet das Thema sodann «Der Fahrlässigkeitsbegriff in den Straftatbeständen des Straßenverkehrsgesetzes».

Die letztes Jahr preisgekrönte Schrift von Dr. Höhn (Zürich) über «Das Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht» ist bei Stämpfli (Bern) gedruckt erschienen; dem Vorstand ist es gelungen, mit dem Verlag eine Vereinbarung zu erzielen, wonach Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins die preisgekrönten, mit einem Druckbeitrag des Vereins ausgezeichneten Arbeiten zu einem Vorzugspreise beziehen können.

Im Berichtsjahr hat das Eidg. Justizdepartement dem Schweizerischen Juristenverein in zwei Fällen Gesetzesentwürfe zur Begutachtung unterbreitet; einmal in bezug auf die Revision der Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über das Baurecht und dann hinsichtlich des Entwurfes für eine Revision des Bundesgesetzes betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens.

Was den Vorentwurf zur Revision des Baurechts anbetrifft, liegen ihm ein Bericht und Erläuterung von Herrn Prof. Liver (Bern) zugrunde. Dem Vorstande schien der neue Gesetzesentwurf im Zusammenhang mit den Vorarbeiten zur Einführung des Stockwerkeigentums ins schweizerische Zivilrecht zu stehen, mit denen sich der Schweiz. Juristenverein am Juristentag vom Jahre 1956 im Wallis und durch die Einsetzung einer Spezialkommission, über deren Tätigkeit im letzten Jahresbericht rapportiert wurde, befaßt hat. Der Vorstand bestellte deshalb in enger Fühlungnahme mit dem Redaktor des Entwurfs, Herrn Prof. Liver, eine Spezialkommission zur Begutachtung des Entwurfs für die Revision der Bestimmungen über das Baurecht, welcher die Herren Bundesrichter Dr. J. Plattner, Notar Hofer, Grundbuchinspektor des Kantons Bern, und Prof. Dr. L'Huillier, Genf, angehören. Die Kommission hat einen vom 27. Mai 1960 datierten, 14seitigen Bericht verfaßt, den der Vorstand, ohne dazu Stellung zu nehmen, an das Justizdepartement weiterleitete. Herr Bundesrat

von Moos hat dem Schweiz. Juristenverein für die Arbeit dieser Kommission seinen besonderen Dank ausgesprochen.

Hingegen hielt es der Vorstand nach eingehender Prüfung nicht für gerechtfertigt, bezüglich des Gesetzesentwurfs betreffend Revision des Versicherungs-Aufsichtsgesetzes von der Zurückhaltung, die sich der Schweiz. Juristenverein im Gesetzgebungsverfahren traditionsgemäß auferlegt, abzuweichen. Der Vorstand teilte dem Justizdepartement mit, daß nach seiner Meinung der Schweiz. Juristenverein nur zu Gesetzesentwürfen Stellung nehmen sollte, die von grundsätzlicher rechtlicher Tragweite sind, nämlich zu solchen Vorschlägen, die das eigentliche Justizrecht berühren. Da beim Entwurf zu einem neuen Versicherungs-Aufsichtsgesetz das Technische zu überwiegen scheint und sich keine grundsätzlichen juristischen Fragen stellen, hielt es der Vorstand in diesem Falle, im Unterschied zum Entwurf für eine neue gesetzliche Ordnung des Baurechtes, für richtig, von einer Stellungnahme seitens des Juristenvereins abzusehen. Ein Vertreter des öffentlichen Rechts im Vorstand hat überdies, was dem Justizdepartement zur Kenntnis gebracht wurde, darauf hingewiesen, daß die Fragen des Rechtsschutzes im Gesetzesentwurf nicht berührt werden, so daß angenommen werden muß, die geplante Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesverwaltung werde die erforderliche Umgestaltung bringen.

Der Vorstand befaßte sich weiterhin intensiv mit den Vorbereitungen für den Juristentag 1961, der zwar in gewohnter Weise als Arbeitstagung, zur Feier des 100jährigen Jubiläums des Vereins und des 50jährigen Bestehens des Zivilgesetzbuches aber in festlicher Form durchgeführt werden soll. Die vor einem Jahr angekündigte Geschichte des Vereins, verfaßt von Herrn Prof. Dr. H. Fritzsche, ist im Manuskript bereits abgeschlossen. Sie wird ins Fran-

zösische übersetzt und demnächst in Druck gehen. Ich danke dem verehrten Verfasser schon heute für die immense Arbeit, die er als Historiker des Vereins erbracht hat, wobei er auch den Spuren des Einflusses der Bemühungen des Vereins auf die Gesetzgebung nachgegangen ist. Ich nehme an, daß Sie dem Vorstand die Ermächtigung zur Finanzierung erteilen. Die Jubiläumstagung wird durch eine musikumrahmte Festvorlesung von Herrn Prof. Liver über das Thema «Das schweizerische Zivilgesetzbuch im Rahmen der Kodifikationsgeschichte» am späteren Samstagnachmittag in der Aula der Universität Zürich eingeleitet werden. Die deutsch- und französisch-sprachigen Referate des ersten Verhandlungstages am Sonntag werden einer grundsätzlichen Standortbestimmung des schweizerischen Rechts gewidmet sein. Die Herren Prof. Dr. M. Gutzwiller (Freiburg) und Prof. Dr. Walter Yung (Genf) werden über den «Standort des schweizerischen Rechts», historisch und rechtsvergleichend, sprechen. Die Vorlesung Herrn Prof. Livers und die *conférences* der Herren Prof. Gutzwiller und Yung sollen nachher, eventuell zusammen mit einigen Exkursen und Literaturangaben, den Mitgliedern gedruckt zur Verfügung gestellt werden. Am zweiten Verhandlungstag werden die Herren Prof. Dr. Max Guldenner (Zürich) und Bundesgerichtsschreiber Joseph Voyame über das Thema «Bundeszivilrecht und kantonales Zivilprozeßrecht» referieren. Sie werden zur Vorbereitung der Diskussion schriftliche Referate in üblicher Weise verfassen. Der Vorstand ist den genannten Herren für ihre Mitwirkung dankbar. Ausnahmsweise werden zur Jubiläumstagung auch einige ausländische Gäste aus den Nachbarstaaten und der durch die Übernahme unseres Zivilgesetzbuches mit unserem Rechte verbundenen Türkei eingeladen.

Seit längerer Zeit sind Bemühungen im Gange, die Tätigkeit der sich mit dem internationalen Recht befassenden schweizerischen Vereinigungen durch die Bildung eines

Komitees für vergleichendes Recht zu koordinieren. Der Vorstand hat einen ausdrücklichen Beitritt des Schweiz. Juristenvereins zu diesem Vereinigungen mit speziell internationalen Zielen verbindenden Komitee nicht für opportun erachtet, verfolgt jedoch seine Bemühungen mit Sympathie und ist in ihm durch Herrn alt Präsident Bundesrichter Dr. Panchaud offiziös vertreten, dem ich an dieser Stelle für seine Bemühungen bestens danke.

Herrn Bundesrichter Dr. Panchaud gebührt auch das Verdienst, eine Spezialkommission des Schweiz. Juristenvereins für die Landesausstellung 1964 in Lausanne ins Leben gerufen zu haben. Er hat mir zuhanden der Generalversammlung folgenden, vom 29. September 1960 datierten Bericht dieser Spezialkommission zugestellt:

En 1958, la Société suisse des juristes, invitée comme toutes les grandes organisations culturelles et économiques de Suisse à se faire représenter à la Haute Commission (Große Kommission) de l'Exposition nationale, y a délégué le juge fédéral André Panchaud. Celui-ci n'a pas manqué de tenir le Comité au courant des préparatifs de l'Exposition. Après avoir pris connaissance du programme, paru au début de 1960, le Comité s'est rendu compte que la pensée et l'expression juridiques ne pouvaient être absentes de cette grande manifestation, qui sera, comme on l'a dit, la «prise de conscience des problèmes actuels et futurs» de notre pays. A lire le programme, l'Exposition fera une place, dans sa partie générale, aux «droits et devoirs de l'individu», à la «garantie des droits de la personne», aux «institutions politiques à la mesure de notre terre»; et, dans sa partie spéciale, elle évoquera, entre autres, l'«aménagement du territoire» et la «protection de la nature», avec leurs inévitables incidences sur la propriété privée, puis la «politique agraire» et la «politique sociale», sans parler de la structure des organismes économiques face à l'Etat.

Pour ne pas laisser à l'improvisation et à l'incohérence l'expression des idées juridiques à l'Exposition de 1964, le Comité de la Société suisse des juristes a désigné une commission spéciale chargée de préparer la participation des juristes à cette manifestation. La Commission, qui pourra être complétée, est actuellement composée comme suit:

MM. Marcel Bridel, professeur à l'Université de Lausanne,
Antoine Favre, juge fédéral, professeur à l'Université de
Fribourg,
Jean Graven, professeur à l'Université de Genève,
André Grisel, juge fédéral, professeur à l'Université de
Neuchâtel,
Fritz Gygli, avocat, professeur à l'Université de Berne,
Hans Huber, professeur à l'Université de Berne,
Max Imboden, professeur à l'Université de Bâle,
Werner Kaegi, professeur à l'Université de Zurich,
André Panchaud, juge fédéral, Lausanne,
Jean Payot, président de la Fédération suisse des avocats,
La Chaux-de-Fonds,
Carlo Pometta, président du Tribunal fédéral, Lausanne,
Roger Secretan, professeur à l'Université de Lausanne,
Henri Zwahlen, professeur à l'Université de Lausanne.

Elle a pour président le juge fédéral André Panchaud et pour secrétaire l'avocat Bruno Kistler, à Lausanne.

La Commission spéciale de l'Exposition a tenu une première séance le 2 septembre 1960. Après un large échange de vues, elle a chargé des délégations, choisies dans son sein, d'étudier plus particulièrement:

- a) l'intégration de juristes qualifiés aux comités d'exposants ou comités de secteurs de l'Exposition;
- b) les possibilités d'organiser un concours sur un sujet important de la vie nationale, du point de vue juridique;
- c) les possibilités de publier, à l'occasion de l'Exposition, un ouvrage collectif (*Festschrift*), autour d'un thème choisi;
- d) le choix des valeurs essentielles et constantes (idées-force) du droit suisse qui pourraient être mises en évidence dans le cadre de la «prise de conscience» que suscitera l'Exposition nationale.

La prochaine séance de la Commission est fixée au 7 novembre 1960.

Lausanne, le 29 septembre 1960.

Le président: PANCHAUD

Der Vorstand stand endlich in enger Fühlung mit der Forschungskommission bei der Suche nach Wegen, eine vermehrte Berücksichtigung von Juristen bei der Verteilung der Gelder des Schweiz. Nationalfonds zur Förderung

der wissenschaftlichen Forschung zu erzielen. Ich kann in diesem Zusammenhang auf den Bericht der Forschungskommission verweisen, der morgen zur Verlesung gelangen und zur Diskussion stehen wird.

An den großartigen Feierlichkeiten der Universität Basel aus Anlaß ihres fünfhundertjährigen Bestehens nahm der Sprechende als Delegierter des Vorstandes des Schweizerischen Juristenvereins teil.

Zum Abschluß des Jahresberichtes geziemt es sich, einen Blick über unsere Grenze hinaus zu werfen. Vor einem Monat hat der Deutsche Juristentag, ein Jahr vor uns, in München sein hundertjähriges Bestehen gefeiert. Zu diesem Anlaß wurden der österreichische und der schweizerische Juristenverein offiziell eingeladen. Der Vorstand ließ sich durch Herrn alt Präsident Bundesrichter Dr. J. Plattner vertreten. Den anwesenden Schweizern fiel vor allem eine sehr kritische Rede des Bayrischen Ministerpräsidenten Erhard, selbst ein alter Richter, auf, der den deutschen Juristen vor Augen zu führen versuchte, daß sie Gefahr laufen, den Rechtsstaat zu verlieren; er erwähnte die üblichen Folgen der Generalklausel im Administrativverfahren und gewisse Übertreibungen des Öffentlichkeits-Prinzips im Strafprozeß, wie die Zulassung von Radio und Fernsehen zu Gerichtsverhandlungen. Herr Prof. Coing hielt einen hochbeachteten Vortrag über «Rechtspolitik und Rechtsauslegung in hundert Jahren deutscher Rechtsentwicklung». Es wird interessant sein, in einem Jahr Parallelen zwischen dieser deutschen Standortbestimmung und den in Aussicht stehenden Vorträgen unserer Herren Liver, Gutzwiller und Yung über ähnliche Themen zu ziehen. Weitere Themen waren: «Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadenersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?» «Die Einwirkung verfassungsrechtlicher

Normen auf das Recht der sozialen Sicherheit.» «Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis.» Zum Thema «Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform» hielt der Ordinarius für Strafrecht an der Universität Zürich, Prof. Dr. Erwin Frey, ein sehr beachtetes Referat.

Ich zähle diese lange Themenreihe auf, weil sie auf eine europäische Integration wenigstens der Fragestellungen hinweist, mit denen sich die Juristen dies- und jenseits der Grenze beschäftigen. In der Debatte und im Referat von Herrn Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. E. Friesenhahn über das Thema «Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?» kam die Sorge der deutschen Juristen über die Atomisierung, den Zerfall des Rechts in zusammenhanglose Spezialordnungen zum Ausdruck. Diese Gefahr bedroht die westliche Rechtskultur insgesamt. Aus unserer täglichen Praxis wissen wir, wie oft z.B. eine Regelung, die nach Privatgrundsätzen sich als einfach, klar und gerecht aufdrängen würde, aus Überlegungen fiskal-verwaltungsrechtlicher Art verworfen und durch komplizierte Rechtsgebilde ersetzt wird. Aufgabe unseres Vereins ist es, eine Warte zu sichern, von der aus das Recht noch als Ganzes, eine innere Einheit bildende und einem einheitlichen Ziele dienende Ordnung gesehen wird.

IV.

Der Quästor des Vereins, Maître Edmont Martin-Achard, gibt folgende Jahresrechnung bekannt:

*Comptes de l'exercice 1959/1960 – I. Fonds général**Compte de Pertes et Profits au 30 juin 1960*

Produits	Fr.
Cotisations	31 086.—
Revenus des titres	216.03
Intérêts bancaires	47.49
Subventions Fonds National	9 456.10
Part Fonds Dr A. Janggen (prix)	500.—
Part de la Revue de Droit suisse	1 600.—
Vente de publications	1 289.75
Déficit de l'exercice	2 521.80
	<hr/>
	46 717.17

Charges

Impression fascicules 1959, 4 rapports et procès-verbal	25 032.30
Bibliographie juridique Fr. 1710.— et circulaires Fr. 1748.60	3 458.60
Assemblée générale de 1959	
– convocations, invitations, indemnités Fr. 1 962.40	
– rapports et conférences (indemnités rapporteurs)	5 698.05
Commission recherche scientifique	584.50
Prix et travaux de concours	4 000.—
Imprimés divers	2 083.45
Indemnités, frais de séances, débours et frais divers .	2 333.80
Frais et fournitures de bureau	660.25
Ports, téléphones	Fr. 670.15
– remb. ports	Fr. 53.90
Frais de banque	22.77
Impôts	377.20
Honoraires secrétaire Fr. 1000.—, comptabilité Fr. 600.—, et Mlle Bovet Fr. 250.—	1 850.—
	<hr/>
	46 717.17

Bilan au 30 juin 1960

Actif	Fr.
Caisse	351.65
Chèques postaux	36 542.54
Banque Cantonale Vaudoise	4 902.50
Impôt anticipé	73.15
Bonification à recevoir du Fonds Dr A. Janggen	500.—
Titres	6 645.—
Excédent de dépenses à amortir	
report antérieur	Fr. 5 196.50
+ pertes 1959/60	Fr. 2 521.80
	7 718.30
	56 733.14

Passif

Capital	36 740.19
Différence évaluation des titres	45.—
Fonds spécial.	14 707.80
Fournisseurs et frais à payer	5 240.15
	56 733.14

*II. Fonds spécial**Compte de Pertes et Profits au 30 juin 1960*

Produits	Fr.
Ventes de publications.	3 748.25
Revenus des titres	2 569.41
Intérêts bancaires	764.06
Subvention Ville de Berne, cahier VI	2 000.—
Subvention Eglise de Berne, cahier VI	2 500.—
Subvention Canton de Berne, cahier VI	8 650.—
Subvention Canton de Berne, cahier VI	28 000.—
Subvention Canton de Berne	2 300.—
Subvention Fonds National, Lex Romana, versé à Sauerländer & Co.	18 200.—
Subvention Fédérale 1959	800.—
	69 531.72

Charges	Fr.
Frais bancaires	103.57
Frais d'édition Source du Droit Interlaken	22 016.90
Frais d'édition Lex Romana Curiensis	27 605.—
Frais commission Source du Droit	254.50
Honoraires Source du Droit Fribourg	2 000.—
Transfert à la provision pour publications	Fr. 62 450.—
	— Fr. 51 621.90
Boni de l'exercice, en augmentation du capital	10 828.10
	6 723.65
	<u>69 531.72</u>

Bilan au 30 juin 1960

Actif	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise	85 396.95
Titres	80 655.—
Fonds Général	14 707.80
Impôt anticipé	901.50
	<u>181 661.25</u>

Passif

Capital report 1958/1959	Fr. 127 400.75
+ boni 1959/1960	Fr. 6 723.65
Provision pour publications	
report 58/59	Fr. 22 463.10
Subvention 1959/60	Fr. 62 450.—
Paiements 1959/60	Fr. 51 621.90
Différence évaluation des titres	246.—
Sauerländer & Co c/éditions	13 971.65
Divers à payer	28.—
	<u>181 661.25</u>

III. Fonds du Dr Arnold Janggen

Compte de Pertes et Profits au 30 juin 1960

Produits	Fr.
Revenus des titres	673.26
Intérêts bancaires	42.38
	<hr/>
	715.64

Charges

Bonification au Fonds Général, participation aux prix	500.—
Frais bancaires	29.24
Boni de l'exercice, en augmentation du capital . . .	186.40
	<hr/>
	715.64

Bilan au 30 juin 1960

Actif	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise	4 592.80
Impôt anticipé	198.20
Titres	20 570.—
	<hr/>
	25 361.—

Passif

Capital report 1958/1959	Fr. 24 476.60
+ boni 1959/1960	Fr. 186.40
	<hr/>
Différence évaluation des titres	190.—
Divers à payer	508.—
	<hr/>
	25 361.—

Budget pour l'exercice 1960–1961

R e c e t t e s	Budget 1960–1961	Comptes exercice 1959–1960
	Fr. 18.—	Fr.
Cotisations (1829 membres)	32 922.—	31 086.—
Revenus divers:		
a) revenus des titres	200.—	216.03
b) intérêts bancaires	100.—	47.49
c) remboursement impôt anticipé . .	100.—	—
d) vente de publications	1 000.—	1 289.75
Contribution de la Revue de droit suisse à l'impression des actes de la société	1 600.—	1 600.—
Part Fonds Janggen	500.—	500.—
Subvention du Fonds National de la recherche	12 000.—	9 456.10
	<u>48 422.—</u>	<u>44 195.37</u>
 D é p e n s e s	Fr.	Fr.
Imprimés divers (papiers, enveloppes) .	2 000.—	2 083.45
Factures 4 fascicules et procès-verbal .	23 168.90	25 032.30
Bibliographie juridique suisse.	2 000.—	—
Frais circulaires	1 700.—	3 458.60
Frais assemblée générale 1960		
a) frais rapporteurs	2 500.—	3 735.65
b) convocations, invitations, etc. .	2 000.—	1 962.40
Frais commission de la recherche		
scientifique.	500.—	584.50
Indemnités, débours et frais de com- missions	6 000.—	3 610.30
Prix aux auteurs de travaux de concours	4 000.—	4 000.—
Frais de banque	50.—	22.77
Impôts	400.—	377.20
Honoraires pour secrétariat, comptabilité, etc.	1 850.—	1 850.—
	<u>46 168.90</u>	<u>46 717.17</u>
 Perte exercice 1959/1960		2 521.80
Bénéfice année 1960/1961	<u>2 253.10</u>	

Auf Antrag der Revisoren wird die Jahresrechnung diskussionslos genehmigt.

V.

Auf den vom Quästor erläuterten Antrag des Vorstandes beschließt die Versammlung einstimmig, den Jahresbeitrag wiederum auf Fr. 18.— festzusetzen.

VI.

Die bisherigen Rechnungsrevisoren Dr. John Ochsé, Basel, und Maître Philibert Lacroix, Genf, werden einstimmig für das Geschäftsjahr 1960/61 in ihrem Amte bestätigt.

VII.

Damit ist die heutige Traktandenliste für die Verwaltungsgeschäfte erschöpft. Der Präsident eröffnet die Diskussion über das Thema «*Die Entschädigung unschuldig Verfolgter*» und spricht den Berichterstattern den Dank des Vereins aus. Herr Rechtsanwalt ARGANTE RIGHETTI, Procuratore pubblico della giurisdizione sopracenerina in Bellinzona, Berichterstatter in italienischer Sprache, leitet die Diskussion ein:

Io sono anzitutto grato al Comitato della Società svizzera dei giuristi per l'onore che questo Comitato mi ha fatto, designandomi quale relatore su uno dei temi all'ordine del giorno.

È non certo senza preoccupazione che ho accettato questo mandato, declinato da altro giurista ticinese, ben sapendo quale è l'impegno che giustamente si richiede ai relatori nei vostri congressi, e l'ho accettato tuttavia poiché non insensibile alle sollecitazioni che mi sono venute e al fatto che il Ticino fosse presente, anche direttamente, attraverso la

voce di un suo relatore a questa manifestazione che è la quinta riunione che la Società dei giuristi svizzeri in un secolo tiene nel Ticino, dalla riunione del 1887 di Bellinzona in cui fu relatore Luigi Colombi, allora segretario del Tribunale federale e qualche anno dopo Consigliere di Stato. Egli fu Direttore del Dipartimento di giustizia e polizia e sotto il suo operato furono compiute due tappe salienti della legislazione ticinese: l'adozione del Codice di procedura civile, e l'adozione del Codice di procedura penale, sul progetto di Stefano Gabuzzi e di Brenno Bertoni, due tra i migliori giuristi ticinesi che ebbero parte anche in importanti codificazioni sul piano federale.

E vengo direttamente al tema all'ordine del giorno non senza rilevare un aspetto forse particolare che concerne i relatori. Io e il mio collega Dr. Fischli, siamo rappresentanti del Ministero Pubblico, siamo cioè rappresentanti di quel potere attraverso i cui atti sorge il motivo della responsabilità dello Stato: il versamento dell'indennità. Sarebbe stato certo interessante se uno almeno di questi relatori fosse stato un avvocato praticante, fosse stata cioè persona che questo problema vede con l'anima e con la preoccupazione del difensore particolarmente sollecito e attento sui problemi del suo cliente, del suo patrocinato. Ed è stata questa in realtà la prima intenzione del Comitato della Società svizzera dei giuristi che si era rivolta appunto a un avvocato ticinese. Io posso comunque assicurare che sia io sia il mio collega, e lo dimostrano la nostra esposizione e le nostre conclusioni, abbiamo esaminato il problema in uno spirito sicuramente liberale, in uno spirito cioè lontano assolutamente dalla nostra particolare veste di magistrato accusatore. L'abbiamo esaminato nello spirito e con l'anima pronta a conciliare quelle che sono le esigenze di una sana e salda amministrazione della giustizia, con quelli che sono i diritti fondamentali di ogni e qualsiasi cittadino, quali si concepiscono oggi in un ordinamento democratico.

Il tema che è stato posto all'ordine del giorno è senz'altro uno dei più interessanti fra quelli che oppongono il citta-

dino all'esercizio dell'azione statale. È successo, succede e succederà sempre, perché dipende proprio dalla fallibilità dell'anima umana, che delle persone siano oggetto di un procedimento penale e poi venga, a un determinato momento del procedimento, accertata la loro innocenza. E ugualmente che persone inquisite non possono essere condannate per mancanza di prove e il procedimento nei loro confronti si conclude quindi con un decreto d'abbandono o con l'assoluzione talvolta attraverso un procedimento di revisione. E ciò qualsiasi siano le garanzie che possono essere affermate dai nostri Codici di procedura, qualsiasi sia il disciplinamento dei poteri dei nostri magistrati, qualsiasi sia il perfezionamento dei metodi d'indagine, degli strumenti che servono al magistrato inquirente per accettare la verità e per arrivare quindi all'individuazione dei colpevoli. È successo, succede e succederà sempre.

Particolarmente esposti sono sicuramente i magistrati inquirenti chiamati sovente a decidere, a prendere delle decisioni che profondamente incidono nella vita dei cittadini senza la possibilità di un esame a fondo, sovente con decisioni fondate solamente sulla constatazione sommaria dei fatti.

Avevo l'intenzione oggi di tenere la parte centrale di questa mia breve relazione in lingua francese. Il Presidente mi ha invitato a parlare in lingua italiana, e mi atterrò pertanto al suo desiderio, non tuttavia senza dire almeno qualche parola in lingua francese, e intendo questo anche come ringraziamento ai romandi che hanno ceduto quest'anno ai ticinesi l'onore di essere relatori nella loro bella lingua.

Le problème qui est à l'ordre du jour avait déjà éveillé l'intérêt du comité de la Société suisse des juristes. On sait – mon corapporteur, M. Fischli, l'a déjà remarqué – qu'au début du siècle, le comité de la Société suisse des juristes avait organisé un concours sur ce sujet. Malheureusement, aucun travail ne fut alors présenté. On aborde aujourd'hui ce problème sous deux aspects; la discussion suivra. L'aborder, c'était l'analyser surtout sous l'angle du droit comparé.

Il fallait donc examiner la situation de la législation dans les pays voisins, ainsi que la doctrine et la jurisprudence de ces pays.

Pour donner à ce problème un aspect peut-être différent de celui que lui a donné M. Fischli, j'ai examiné avant tout l'état de la législation italienne, la doctrine et la jurisprudence italiennes. J'ai même eu la chance, quelques jours avant l'échéance du délai qui m'avait été imparti pour déposer mon rapport, de pouvoir me servir du matériel de la réforme de la procédure italienne qui a été votée par le Sénat de la République italienne le 13 mai de cette année (la présidence du Sénat italien a été assez aimable pour me faire parvenir avec une grande rapidité toutes les pièces des délibérations: les projets, les rapports de majorité et de minorité des commissions, les procès-verbaux des commissions et du sénat de la République italienne).

Pour sa part, M. Fischli a approfondi les connaissances de la doctrine et de la jurisprudence allemandes et esquissé aussi la situation du droit anglais. J'ai examiné surtout quelle est la responsabilité de l'Etat lorsqu'elle naît d'actes qui sont subjectivement licites; parce que dans la plupart des cas où une telle responsabilité surgit, on ne retrouvera pas un acte fautif de la part des magistrats. On connaît du reste la position du Tribunal fédéral à ce sujet. Il déclare que lorsque la victime d'une erreur judiciaire se plaint d'une violation de la loi qui a été commise subjectivement par un magistrat, elle doit s'adresser aux tribunaux ordinaires. Il remarque toutefois que, étant donné la fonction et la tâche du juge, la complexité des questions qui se posent, étant donné les difficultés d'établir les faits, on doit être très exigeant pour admettre une faute de la part du juge, sans quoi on entraverait l'action de la justice, soit dans le domaine civil, soit, évidemment, pour ce qui nous intéresse, dans le domaine de l'action pénale.

Il se pose un problème qui, cependant, n'intéresse pas la responsabilité de l'Etat: la responsabilité éventuelle du dénonciateur ou du plaignant, fondée sur l'art. 41 CO.

J'ai dit dans mon aperçu historique que l'état de la législation suisse est bon par rapport aux autres pays; il l'était surtout au siècle dernier. On sait que le premier acte législatif se retrouve dans la Constitution de Bâle-Campagne, de 1832; depuis lors, tous les cantons ont suivi: le dernier, Appenzell Rhodes-Intérieures, en 1941. On sait que la Confédération avait déjà légiféré à ce sujet en 1851 dans le domaine de la procédure pénale ordinaire et en 1889 dans le domaine de la procédure pénale militaire, ces lois ayant été modifiées respectivement en 1934 et en 1950. Il fallait examiner ce problème *de lege ferenda* et par là donc rechercher quels étaient les moyens d'améliorer notre législation. Certains soutiennent que l'uniformité de nos lois pourrait être obtenue même par la jurisprudence, et on invoque alors le principe fondamental de l'art. 4 de la Constitution fédérale selon lequel tous les citoyens sont égaux devant la loi. Le Tribunal fédéral a toutefois toujours proclamé, et je suis de cet avis, qu'une responsabilité de l'Etat dans ce domaine ne peut découler que d'une règle de droit positif. Certains soutiennent que le législateur fédéral devrait intervenir par une loi qui aurait des conséquences même dans la procédure cantonale, dans les procès qui ressortissent à la juridiction cantonale. C'est notamment l'avis de M. le Professeur Pfenninger qui mentionne l'exemple de l'art. 397 du code pénal suisse. On sait que, d'après la Constitution fédérale, le droit pénal est désormais de la compétence de la Confédération, tandis que la procédure pénale reste de la compétence des cantons. Malgré cela, le législateur fédéral est intervenu dans le domaine de la revision, précisément par cet article du code pénal sur une institution qui est certainement de procédure; cette attitude, il pouvait en l'espèce la justifier par la nécessité d'assurer une application uniforme du droit pénal suisse. C'est en effet justement cette institution de la revision qui entraîne des conséquences directes sur l'application du droit pénal fédéral. Les mêmes motifs, à mon avis, ne peuvent pas être invoqués dans le domaine de l'indemnité: ainsi ai-je été amené à conclure

– contrairement à l'avis qu'a exprimé M. Fischli dans son rapport – que c'est à chaque canton de rechercher la voie la plus adéquate, suivant sa propre législation, pour améliorer la situation actuelle. Je ne dis évidemment pas qu'il ne soit pas souhaitable d'arriver à une uniformité dans ce domaine. Je dis qu'étant donné l'état actuel de notre droit constitutionnel, il n'est pas possible de trouver une autre solution, sinon l'amélioration du droit fédéral dans les compétences de la Confédération, et l'amélioration du droit cantonal par les réformes législatives cantonales pour ce qui ressortit à la compétence cantonale. On peut d'ailleurs remarquer que plusieurs codes cantonaux ont été réformés ces dernières années et, en regard du chapitre qui concerne la responsabilité, on voit tout de suite que ces modifications, même importantes, suivent le modèle d'une bonne législation dans ce domaine, telle qu'on la retrouve dans le code de procédure pénale fédéral de 1934.

Continuo in lingua italiana ricapitolando brevemente quelle che sono le conclusioni che si ritrovano in questo mio lavoro.

Ho detto anzitutto che mi sembra importante o comunque non trascurabile l'affermazione dell'indennità come principio di diritto e non soltanto come principio di equità. È il traguardo che abbiamo già toccato nella legislazione federale, nel 1934 con il Codice di procedura penale, e nel 1950 con la Riforma dell'ordinamento militare. E l'evoluzione dell'idea è subito mostrata con un esempio del 1934. La modifica, che non era suggerita dal Consiglio federale, è stata conseguita dopo un vivace scambio di opinioni fra Consiglio Nazionale e Consiglio degli Stati: favorevole il Consiglio Nazionale, contrario al principio dell'indennità di diritto il Consiglio degli Stati. E ho ricordato come il relatore del Consiglio degli Stati fosse arrivato a dire che «le Conseil National dépassait évidemment la mesure en prétendant que cette prétention soit un droit». Il

contrastò non si è più verificato 16 anni dopo, nel 1950. Il principio di diritto è stato chiaramente affermato per la volontà concorde dei due rami del parlamento e la recente legislazione italiana, votata nel maggio scorso, ha pure affermato il principio dell'indennità ripudiando il vecchio sistema della riparazione intesa come soccorso, prestazione assistenziale dunque, che risaliva a un Codice emanato purtroppo nel 1930, in un momento travagliato della storia italiana, quando quel paese aveva abbandonato la via della libertà per la via della dittatura.

Ho affermato, in altro punto della mia relazione, la necessità di concedere l'indennità sia nei casi in cui la non colpevolezza del prevenuto è affermata in un decreto d'abbandono, sia nei casi di assoluzione, anche attraverso un procedimento di revisione, poiché in tutti questi casi si ravvisa una lesione della libertà e dell'onore del prevenuto, e le conseguenze devono pertanto essere sostanzialmente le stesse. Non ci si può arrestare a un'accezione tecnica del termine di errore giudiziario. Occorre, ai fini dell'indennità, considerare come errore giudiziario anche le misure dal magistrato inquirente, che si rivelano oggettivamente ingiustificate al momento ad esempio dell'emanazione del decreto di abbandono o al momento dell'assoluzione da parte del Tribunale giudicante. Nessuna differenza pertanto vien fatta fra la detenzione preventiva e l'espiazione di una pena.

Ho detto anche che non si ci può limitare al solo risarcimento per il carcere sofferto. La carcerazione è certamente la misura più grave per ogni e qualsiasi cittadino, ma non la sola che incide profondamente e che fa sorgere il diritto al risarcimento. E ho fatto riferimento alla formula che mi sembra buona, in quanto è evidentemente difficile in un Codice enunciare delle norme precise: la formulazione dell'articolo 122 della procedura penale federale che parla di pregiudizi che si verificano per il carcere preventivo sofferto o pregiudizi che derivano da altri atti d'istruzione. Si pensi a misure quali la perquisizione e il sequestro.

Occorre evidentemente risarcire in primo luogo il danno materiale, secondo tuttavia un'impostazione liberale che non si limita pertanto alla perdita di guadagno, ma che va al di là, abbracciando ad esempio l'adeguato risarcimento delle spese di difesa. È evidente e incontestabile l'interesse che lo Stato ha di evitare che si verifichino degli errori nell'amministrazione della giustizia. I danni devono essere danni diretti e in nesso causale con la misura.

Ma soprattutto dev'essere affermata la piena legittimità della riparazione morale che non è ancora purtroppo contemplata da molte legislazioni cantonali. Il danno morale è particolarmente grave soprattutto trattandosi di una grave incolpazione con notevole pregiudizio nelle relazioni personali. Per esso deve sorgere pienamente il diritto alla riparazione che può attuarsi anzitutto attraverso il versamento di una somma in denaro, ma che può attuarsi anche attraverso la pubblicazione della decisione che proscioglie l'imputato. Lo stesso Codice penale federale nel suo articolo 61, al capoverso secondo, prevede già la possibilità per il giudice, se l'interesse pubblico lo giustifica, di ordinare la pubblicazione della sentenza.

Ho detto nella mia relazione che occorre esaminare il problema dell'esclusione di questa indennità, abbandonando il vecchio principio del requisito della dimostrazione dell'innocenza, che va contro il principio fondamentale della presunzione dell'innocenza fino al momento dell'accertamento contrario da parte di un Tribunale, e riconduce ancora alle vecchie formule che distinguevano fra due categorie di prosciolti, contrarie all'indirizzo moderno. Occorre invece fondare il sistema d'esclusione sulla colpa processuale, sulla colpa che sia in nesso causale con il procedimento ed anche in questo campo io voglio richiamare quella che è la formulazione della legislazione federale, nell'articolo 122, che parla dell'atto che è stato provocato dal prevenuto con la sua condotta reprendibile o con la sua leggerezza.

Evidentemente questa esclusione può in alcuni casi de-

terminare soltanto una riduzione dell'indennità per l'ostacolo che attraverso l'atteggiamento del prevenuto ne è venuto all'attività dell'autorità inquirente.

Ho detto che avente diritto dev'essere essenzialmente il prevenuto e tuttavia mi sembra giusto estendere il principio già abbozzato in determinate legislazioni secondo cui si deve riconoscere un diritto proprio a determinate persone, a quelle persone che subiscono direttamente accanto al prevenuto la conseguenza delle misure ordinate dal magistrato, alle persone verso le quali il prevenuto, la persona colpita in primo luogo, è tenuta a prestazioni secondo determinati principi assistenziali.

Problema delicato è quello di sapere quali siano le norme migliori atte a disciplinare la competenza. Mi sembra incontestabile ormai che si deve confermare la competenza dell'autorità giudiziaria, ed ho rilevato, e con me il collega Fischli, come nella procedura penale militare dovrebbero essere sopprese quelle norme che riconoscono ancora competente a statuire su domande di indennità l'autorità amministrativa e precisamente il Dipartimento militare federale. Personalmente ritengo che la soluzione migliore sia quella di assegnare questa competenza a un collegio di giudici dell'ordine penale, che sia l'unica autorità per tutti i casi che si pongono, o nella Confederazione o in un determinato Cantone. Ritengo che questa soluzione abbia diversi vantaggi poiché accanto all'esperienza del magistrato dell'ordine penale si realizza una uniformità di prassi, essendo tale autorità la sola a conoscere tutti i casi.

Notiamo oggi che nella maggior parte delle legislazioni è prevista una ripartizione di competenza. Quando si tratta di pretesa che sorge attraverso un'assoluzione è la stessa Corte giudicante che decide; quando invece trattasi di un decreto d'abbandono è generalmente un altro organismo, ad esempio la Camera d'accusa della legislazione federale.

Ritengo che attraverso questa procedura saranno anche meglio garantiti i diritti delle parti. Gli interessati sovente al termine di un dibattimento che sancisce la assoluzione

non sono in grado di dare al giudice tutti gli elementi di giudizio e in particolare quelli che concernono la prova del danno. Si deve altresì rilevare come occorra senz'altro consentire al rappresentante dello Stato di prendere parte a questa procedura, di esprimere il suo giudizio che può essere determinante soprattutto sulla questione della colpa del prevenuto, che può escludere o ridurre comunque il diritto a una prestazione, e ancora sulla questione della misura del danno. Attraverso questa soluzione mi sembra che si conseguiranno indubbi vantaggi, si darà a questo problema dell'indennità una impostazione univoca.

Ho detto anche della presentazione dell'istanza. Mi sembra infatti logico che il versamento dell'indennità debba dipendere da una istanza e tale principio è affermato nella legislazione penale federale al suo articolo 122. Occorre tuttavia fare in modo che il prevenuto sia chiaramente reso edotto di questo suo diritto, senza di chi il rinvio all'istanza dell'interessato potrebbe rendere aleatorio l'esercizio di questo stesso diritto.

Ho anche avvertito la necessità di disciplinare il diritto di regresso. La funzione penale è un attributo incontrovertibile ed esclusivo dei poteri statali. Logico è, poiché il diritto al risarcimento sorge attraverso l'azione del magistrato, che sia lo Stato in primo luogo a rispondere nei confronti del prevenuto, ma logico è anche che lo Stato possa rivalersi nei confronti di coloro che attraverso il loro atteggiamento hanno creato i presupposti di questo errore giudiziario nella più larga accezione del termine. Tuttavia il diritto di regresso dev'essere disciplinato con rigorosità poiché altrimenti si arriverebbe a delle conseguenze intollerabili e si intralcererebbe l'azione penale. Quindi questo regresso, come è del resto il caso nella legislazione federale, dev'essere vincolato a condizioni quali il dolo del denunciante o di altra persona interessata, o comunque la negligenza grave, e non deve esporre invece il denunciante o la parte lesa a rischi intollerabili, che gli impedirebbero di far valere le ragioni per conseguire il riconoscimento del proprio diritto.

Non voglio neppure esaminare il problema dei rapporti fra le autorità federali e cantonali per ciò che è dell'assunzione dei procedimenti. È un aspetto particolare questo che è menzionato ampiamente nella mia relazione. Voglio solamente rilevare che la giurisprudenza del Tribunale federale in questa materia è sovente criticata, specie perché non applica gli stessi principi al giudizio sulle spese. Ma la critica non è a mio modo di vedere in grado di offrire altre e migliori soluzioni, e non bisogna soprattutto dimenticare il fatto che, nello stadio attuale della nostra legislazione, la soluzione consegnata nella legislazione federale è di gran lunga migliore delle soluzioni che si ritrovano nelle procedure cantonali, per cui, se si volesse seguire la proposta di coloro che vogliono conferire alla delega del procedimento retroattività, si verrebbe sicuramente nella maggior parte dei casi a danneggiare proprio l'avente diritto, che sarebbe sottoposto alle norme cantonali per lui meno favorevoli delle norme della legislazione federale.

Queste sono, rapidamente esposte, le conclusioni enunciate nel mio lavoro. Ho rilevato anche che non si deve assolutamente pensare a quelle che sono le conseguenze finanziarie di un ordinamento liberale in materia. Qualunque siano queste conseguenze finanziarie, e personalmente ritengo che incidono in una misura assolutamente minima e trascurabile nei bilanci dello Stato, occorre qui essere convinti del fatto che si deve affermare un principio di giustizia che va ben al di là delle mere considerazioni finanziarie. È qui uno dei problemi chiave nei rapporti tra il cittadino e lo Stato. S'inserisce qui uno dei compiti fondamentali dello Stato per conseguire, attraverso una buona legislazione nel campo dell'indennità, i presupposti di una serena e chiara amministrazione della giustizia.

Verwaltungsgerichtspräsident Dr. ERNST FISCHLI, Liestal:

Wer, in einem weitesten Sinne genommen, ungerechtfertigte Eingriffe der Strafjustiz duldet, hat in unserem

Land häufig unter mehreren verschiedenen Gesichtspunkten Schadloshaltung zu fordern:

Er hat erstens Ansprüche aus unerlaubter Handlung, teils kraft Bundesrechts gegen widerrechtlich und qualifiziert schuldhaft handelnde Rechtsgenossen, und teils gegen Amtspersonen oder den Staat in alternativer, subsidiärer oder solidarischer Stellung zueinander für widerrechtliches und wohl ebenfalls qualifiziert schuldhaftes Verhalten der Strafverfolgungsorgane.

Zweitens hat der Verfolgte nach den Bestimmungen zahlreicher Kantonsverfassungen Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung einerseits für ungesetzliche Haft, d.h. ohne gesetzlichen Grund oder nicht in gesetzlichen Formen vollzogene Haft, und anderseits für unverschuldete Haft, auch etwa unbegründete oder schuldlose Haft genannt, d.h. legal applizierte Haft gegen einen Verdächtigen, der schuldig oder nicht schuldig sein kann, der jedoch, sei es die Haft, sei es ihre übermäßige Dauer, nicht schuldhaft, in einem prozessualen Sinne genommen, provoziert hat.

Drittens hat der Verfolgte nach den Bestimmungen zahlreicher Strafprozeßordnungen Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung, sei es wiederum wegen Haft, für Verteidigungskosten, Umtriebe, oder auch für andere Schäden, meist, wenn er nicht schuldig ist und auch die Verfolgung nicht verschuldet hat.

Die Bestandesaufnahme zeigt inhaltlich stark voneinander abweichende Regelungen im einzelnen und – systematisch gesehen – wenig Konsequenz. Deliktsrecht findet sich nicht nur im OR und in den Amtshaftungserlassen, sondern auch in Verfassungen und Strafprozeßordnungen. Ansprüche aus objektiv widerrechtlichem Verhalten ergeben sich aus den Verfassungen und aus Amtshaftungserlassen. Schließlich finden Sie Ansprüche für Schäden aus rechtmäßigem Verhalten in den Verfassungen, in den Prozeßordnungen und vereinzelt auch im Amtshaftungsgesetz.

Zu dieser Unterschiedlichkeit und Unübersichtlichkeit der Gesetze kommt zusätzlich die verwirrend vielfältige und

teilweise widersprüchliche Kasuistik in der Rechtsanwendung. Je nach Kanton kann man bei identischem Tatbestand großzügig oder kleinlich entschädigt werden oder auch leer ausgehen. Dabei erstrecken sich die Unterschiede auch auf Fragen der Aktivlegitimation und der Vererblichkeit der Ansprüche.

Wo ein Tatbestand zwei oder drei Ansprüche begründet, wird, vom Gläubiger aus gesehen, regelmäßig das Verhältnis der Anspruchskonkurrenz vorliegen, wobei wir hier natürlich nicht auf die Problematik sowohl des Begriffes Anspruch wie des Begriffes Anspruchskonkurrenz eintreten können. Nach Maßgabe der Befriedigung des einen erlöschen die andern Ansprüche. Für die Schuldner unter sich gelten OR 51 und die Regressregeln der entsprechenden Rechtsordnung.

Ist es schon stoßend, für Schäden bei Verfolgung nach ein und demselben Bundesstrafrecht je nachdem ansehnlich oder gar nicht schadlos gehalten zu werden, so ist es auch noch bedenklicher, daß in Fällen von Delegation von Bundesgerichtsbarkeitssachen, von interkantonaler Rechtshilfe und von Übertragung der weitern Verfolgung der Gläubiger sich unter Umständen an zwei oder mehr Schuldner halten muß. Nicht nur lassen solche Fälle die Abweichungen der Gesetze und der Praxis besonders schockierend in Erscheinung treten. Die Mehrheit der Schuldner kann z.B. bei einem mittel- und hilflosen Verfolgten für die Rechtsverfolgung prohibitiv wirken. Was die Bestrafung betrifft, hat man für Fälle konkurrierender Gerichtsbarkeiten und Gerichtsstände das einheitliche Forum geschaffen. Für den unschuldig Verfolgten dagegen hat man das einheitliche Recht und das einheitliche Forum bis heute nicht gefunden.

Zur Frage, ob – etwa aus dem Rechtsgleichheitssatz der Bundesverfassung – ohne Rücksicht auf gesetzliche Gewährungen Entschädigungsansprüche für unschuldig Verfolgte bestehen, ist im gedruckten Referat ausgeführt worden, angesichts der immerhin zahlreichen gesetzgeberischen

Eingriffe sei sie ihrer Aktualität beraubt. Außerdem wurde im Bereich der Justizschäden eine mindestens größere Begründung des Legalitätsprinzips als anderwärts angenommen. Ich befinde mich in diesem Punkte ungefähr in Übereinstimmung mit meinem Herrn Mitberichterstatter.

Inzwischen, das möchte ich nicht verschweigen, hat in seinem soeben erschienenen Werk über die allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts Giacometti die Entschädigungspflicht unmittelbar nach der Verfassung bejaht, ausdrücklich allerdings nur, wenn ich recht sehe, für Schäden aus der Tätigkeit der Verwaltung und für Schäden, die durch den Gesetzgeber direkt verursacht werden. Der Sonderfall der Justizschäden ist in diesem Werk nicht erörtert.

So oder so besteht aber, wohl auch nach Giacometti, infolge der nicht oder nur mangelhaft durchsetzbaren Konstitutionalität der Gesetze und auch infolge des Bedürfnisses nach Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, das Bedürfnis nach stark korrigierenden Eingriffen des Gesetzgebers in den heutigen Stand der Dinge.

Fraglich ist, ob *de lege lata* im Anwendungsbereich des Bundesstrafrechts eine Bundeskompetenz beansprucht werden darf, da hier natürlich in erster Linie eine rasche und wirksame Remedur zu erhoffen wäre. Im Hinblick auf die intensive Konnexität zum Bundesrecht der unerlaubten Handlungen auf der einen und zur Durchsetzung des Bundesstrafrechts auf der andern Seite habe ich die Frage bejaht, im Bewußtsein, daß diese Stellungnahme von Angriffsflächen nicht völlig frei ist. Herr Righetti ist anderer Meinung als ich. Weitere Prüfung des ganzen Fragenkomplexes kann daher nur willkommen sein.

Wenn ich jetzt die wichtigsten Ergebnisse meiner Untersuchung zusammenfassen soll, läßt sich etwa sagen:

1. Es empfiehlt sich, die Regeln über die Entschädigung unschuldig Verfolgter wo nötig zu verbessern, zu vervoll-

ständigen und sie im übrigen nach Möglichkeit zu vereinheitlichen.

2. Zugrunde zu legen ist das Postulat, daß alle nicht völlig geringfügigen Eingriffe der Strafverfolgungsorgane zu entschädigen und schwerere auch mit Genugtuung auszugleichen sind, wenn entweder das Strafverfahren nicht mit einem Schulterspruch abschließt, oder ein Schuldiger unnötige und ungebührlich harte Eingriffe erleidet.

3. Es ist dafür zu sorgen, daß Ansprüche, die schon im Strafverfahren liquid sind, ohne Umtreibe und kostenlos adhäsionsweise erledigt werden, jedoch mit dem Vorbehalt der separaten Erledigung einer allfälligen Mehrforderung in einem voll kontradiktatorischen Verfahren, unter Gewährung einer ausreichenden Klagefrist.

4. Um die weitere Vervollkommnung des Rechts über diese gesamte Materie zu fördern, wäre der Ausbau einer gesamtschweizerischen Statistik dringend erwünscht. Wir haben zunächst die Kriminalstatistik, aber über eingestellte Fälle, über Freisprechungen, über Freisprechungen im Wiederaufnahmeverfahren und über die je in solchen Fällen erlittene Untersuchungs- oder Strafhaft muß man das Material mühsam in kantonalen Geschäftsberichten und der gleichen zusammensuchen, wenn es überhaupt auffindbar ist. Auch muß bemerkt werden, daß beispielsweise die Budgets und Staatsrechnungen der Kantone meistens keine gesonderten Positionen für die Entschädigungen unschuldig Verfolgter und dergleichen enthalten. Die entsprechenden Staatsausgaben stehen vielmehr in irgendwelchen nicht erkennbaren Posten der Rechtspflege schlechthin.

Um nun zu sehen, wie weit man es bringen könnte, und wie groß die Gefahr beträchtlicher Aufwendungen wäre, würde es sich nun vor allem einmal lohnen, zu erfahren, wie es in den Kantonen steht, die verhältnismäßig großzügige Gesetzesbestimmungen bereits haben und sie auch auf eine entsprechend großzügige Art und Weise handhaben.

Abschließend darf vielleicht noch bemerkt werden, daß in allerjüngster Zeit diese Frage auch in der internationalen Gerichtsbarkeit eine Rolle zu spielen begonnen hat. In der vorletzten Woche ist vor einem internationalen europäischen Gerichtshof eine Sache zur Verhandlung gelangt, die Sache eines irischen Staatsangehörigen namens Lawless – *absit omen* –, der die irische Regierung wegen Haft während der Dauer eines halben Jahres belangt hat. Wie die Sache ausgegangen ist, weiß ich nicht, aber ich habe bemerkt, daß sie in der internationalen öffentlichen Meinung beträchtliches Aufsehen erregt hat, und vielleicht ist von dieser Seite her u.a. auch ein gewisser Impuls auf nationale Gesetzgebungen und überhaupt auf das neue Bewußtwerden dieser Frage zu erwarten.

Und noch eine Bemerkung. Wenn häufig, mit einem gewissen Recht, den Strafverfolgungsbehörden vorgeworfen wird, sie seien in der Gewährung von Entschädigungen an unschuldig Verfolgte allzu kleinlich, dann darf man nicht übersehen, daß hier die Dinge vielleicht etwas komplizierter liegen, als daß man dies mit einem harten Urteil erledigen dürfte. Wenn in irgendeinem Kanton jährlich beträchtliche Summen aufzuwenden wären, die beispielsweise nicht nur nach Tausenden, sondern nach Hunderttausenden von Franken zu zählen wären, dann bin ich überzeugt, daß sowohl die öffentliche Meinung wie auch die Finanzbehörden gleich einmal mit dem Vorwurf bei der Hand wären, mit einer Strafjustiz, die so arbeite, sei etwas nicht in Ordnung. Es braucht m.E. eine nicht unbeträchtliche Aufklärungsarbeit, um überall die Selbstverständlichkeit ins Bewußtsein zu rufen, daß eine zugriffig energische Strafjustiz notwendig in einem gewissen Ausmaß in einem frühen Stadium des Verfahrens Fehlgriffen ausgesetzt ist, – und eben diese Fehlgriffe sollten entschädigt werden. Wenn in irgend einem Kanton oder im Bereich einer Rechtsordnung keine Entschädigungsfälle sich präsentieren, ist das nicht notwendig ein Zeichen dafür, daß die Strafjustiz gut ist. Vielleicht ist es dies, vielleicht aber auch,

daß sie allzu großzügig an schwer verdächtigen Leuten vorbeisieht.

Ein allerletztes habe ich noch sagen wollen, nämlich den Hinweis darauf, daß das heutige und das morgige Thema so schön zueinander passen. Aber hier hat mir der Herr Präsident den Donner bereits entwunden, so daß mir nichts mehr übrig bleibt.

Professor Dr. MAX WAIBLINGER, Bern:

Ein europäischer Studienzyklus der UNO, der im Sommer dieses Jahres durchgeführt wurde, hat sich im Rahmen des Generalthemas – Wahrung der Menschenrechte im Strafverfahren – auch mit der Entschädigungsfrage befaßt. Da aber diese Frage am Ende eines stark belasteten Arbeitsprogramms stand, kam sie erst am Schlusse der Tagung zu einer etwas abgekürzten Behandlung. Immerhin kann ich Ihnen mitteilen, daß sich die Großzahl der Teilnehmer – wie unsere heutigen Referenten – zum Legalitätsprinzip bekannt haben. Im übrigen wurde mir in privaten Gesprächen mit andern Teilnehmern bestätigt, was Herr Righetti schon für die Nachbarstaaten der Schweiz hervorgehoben hat, daß die schweizerischen Strafprozeßordnungen (wenigstens die modernen und revidierten – von den andern sprechen wir nicht) hinsichtlich der Entschädigungsfrage mit in vorderster Linie stehen.

Damit ist nun aber nicht auch gesagt, daß sich Bund und Kantone mit der heute geltenden Ordnung befriedigt erklären sollen. Im Gegenteil ist eine Verbesserung dieser Ordnung anzustreben, und hierfür ist in beiden ausgezeichneten Referaten eine sehr gute Vorarbeit geleistet worden.

Von all den Fragen, die die Referenten aufgeworfen haben, möchte ich die vielleicht neuralgischste zur Diskussion herausgreifen: Soll die gesetzliche Ordnung der Entschädigungsfrage auch weiterhin den Kantonen anheimgestellt bleiben – dies ist die Auffassung des Herrn Righetti – oder soll der Bund eine für die Kantone ver-

bindliche Ordnung schaffen, so Herr Dr. Fischli. Über die weitere Möglichkeit, daß allenfalls das Entschädigungsrecht direkt verfassungsmäßig begründet werden könnte, wird sich vielleicht ein anderer Votant noch äußern.

Ich will gleich vorausschicken, daß ich, wie wohl die Großzahl von Ihnen, entschiedener Gegner einer Vereinheitlichung des Strafprozeßrechtes bin. Ich kann sogar sagen, daß ich sie für unmöglich halte, da das eigentliche Verfahrensrecht viel zu eng mit den Gerichts- und Behördenorganisationen verwachsen ist, und die Schaffung einer einheitlichen Gerichtsorganisation, die sich für alle Kantone in gleicher Weise eignen würde, ohne Zertrümmerung der teils historisch gewordenen kantonalen Bezirke nicht möglich wäre. Und daran wird hoffentlich niemand auch nur zu denken wagen. Zudem aber – und das dürfen wir nicht übersehen – haben achtzehn Jahre Anwendung des schweizerischen Strafgesetzbuches doch gezeigt, daß das vereinheitlichte Strafrecht trotz der Vielfalt der Strafprozeßordnungen *grosso modo* in befriedigender Weise verwirklicht werden kann.

Aber auch Herr Dr. Fischli denkt ja nicht etwa an eine Vereinheitlichung des Strafprozeßrechts, sondern er möchte nur gerade die einheitliche Ordnung der Entschädigungsfrage dem Bunde übertragen. Nun, Sie wissen, auch das wäre ohne Revision des Art. 64^{bis} BV nur möglich, wenn man sagen kann, eine bundesrechtliche Ordnung sei deshalb erforderlich, weil sonst die einheitliche Anwendung des materiellen Strafrechtes des Bundes gefährdet wäre. Herr Dr. Fischli hat diese übliche Formel am Ende seines schriftlichen Referates vielleicht zu sehr abgeschwächt, wenn er sagt, daß der Bund die nötigen Reformen erlassen sollte, weil eine solche einheitliche Ordnung zur Gewährleistung einwandfreier Strafrechtspflege notwendig sei.

Wie Sie alle wissen, hat der Bund schon oft von der ihm nicht bestrittenen Befugnis Gebrauch gemacht, rein prozessuale oder vorwiegend prozessuale Normen zu schaffen, wenn er dies für die einheitliche Anwendung des materiellen

Zivilrechts oder Strafrechts für geboten hielt. Man denke bloß an die bundesrechtlichen Grundsätze im Ehescheidungsverfahren, an das Strafantragsrecht, an die zahlreichen prozessualen Vorschriften im Jugendstrafrecht und vor allem auch an Art. 397 StGB betr. Wiederaufnahme des Verfahrens. Auch das Bundesstrafrechtspflegegesetz enthält aber prozessuale Regeln, die die Kantone bei Anwendung eidgenössischen Rechts zu beachten haben (Art. 247 ff.). Als wichtigste sei genannt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, Art. 249. Es steht nun grundsätzlich auch nichts dagegen, diese für die Kantone verbindlichen Vorschriften des Bundesstrafrechtspflegegesetzes um einige wenige ganz besonders wichtige prozessuale Grundsätze zu vermehren. Aber immer muß es sich um Normen handeln, ohne die die einheitliche richtige Anwendung des materiellen Strafrechts gefährdet wäre, sei es direkt (Beispiel: Strafantragsrecht), sei es indirekt (Beispiel: Grundsatz der freien Beweiswürdigung, Wiederaufnahme *in favorem*).

Nun stellt sich die Frage: Trifft dies auch für die Regelung der Entschädigungsfragen zu? Daß ein Zusammenhang besteht zwischen der materiellprozeßrechtlichen Frage der staatlichen Entschädigungspflicht und ihrer Grenzen und der einheitlichen gerechten Verwirklichung des Strafrechts, das kann wohl nicht geleugnet werden. Wenn z.B. der Angeklagte, der ohne sein Verschulden in Untersuchungshaft saß, im einen Kanton voll entschädigt wird, im andern aber – wegen Verschiedenheit des anwendbaren Prozeßrechts – nicht oder ganz ungenügend, so betrifft diese Rechtsungleichheit wohl in erster Linie das Prozeßrecht, aber indirekt auch das materielle Strafrecht; denn die Untersuchungshaft ist wohl prozessualer Natur, jedoch ein sehr strafähnliches Übel, und gerade deshalb sieht Art. 69 StGB vor, daß sie grundsätzlich auf die ausgesprochene Strafe anzurechnen ist. Was dann – wie Herr Dr. Fischli dacht – dazu führen kann, daß der freigesprochene Nichtschuldige, dem nach kantonalem Prozeßrecht für die ausgestandene Untersuchungshaft keine Entschädigung gewährt wird,

abgesehen von der *nuda absolutio*, unter Umständen ganz gleich weggkommt wie der verurteilte Schuldige, dessen Strafe durch die ausgestandene Untersuchungshaft kraft eidgenössischen Rechts getilgt ist.

Auch die Wiederaufnahme *in favorem* erscheint aber sehr unvollkommen, wenn dem früher Verurteilten, der im wieder aufgenommenen Verfahren freigesprochen wird, für die zu Unrecht verbüßte Strafe keine Entschädigung gewährt werden muß. Der Einwand, der zu erwarten ist, Art. 42 OG gebe ja dem Berechtigten schon heute die Möglichkeit, seinen Entschädigungsanspruch gegen den Kanton vor Bundesgericht einzuklagen, geht wohl fehl; denn die Bundesgerichtsbarkeit kann fehlende einheitliche Entschädigungsregeln nicht ersetzen, und zudem ist zu bemerken, daß dieser Ausweg wegen des Streitwerterfordernisses nur in seltenen Fällen gangbar ist. Dazu kommen nun noch die durch Herrn Dr. Fischli skizzierten Schwierigkeiten bei Konkurrenz von Delegationsstrafsachen und bei Übernahme der Strafverfolgung, welche Schwierigkeiten durch die kantonale Gesetzgebung überhaupt nicht – auch bei bestem Willen nicht – gemeistert werden können.

Das genügt wohl, um wenigstens zu sagen, daß sich die Frage der Notwendigkeit der Vereinheitlichung des Entschädigungsrechts ernstlich stellt und daß sie gründlich und allseitig geprüft werden sollte. Selbst wenn man aber hernach zu einer Bejahung der grundsätzlichen Frage käme, so dürfte doch die eidgenössische Regelung des Entschädigungsrechts meines Erachtens keine umfassende sein; sie müßte sich streng auf das sog. materielle Prozeßrecht, d.h. die staatliche Entschädigungspflicht und ihre Grenzen und Ausnahmen beschränken. Denn hierdurch und durch die bунdesgerichtliche Kontrolle der Anwendung dieser neuen Entschädigungsnormen würde die Rechtseinheit genügend gewährleistet. Es sollte also davon Umgang genommen werden, bei einmal gegebener Gelegenheit – wie dies oft geschieht – eine umfassende bунdesrechtliche Ordnung zu schaffen, d.h. auch das formelle Prozeßrecht, das Entschä-

digungsverfahren, die zuständigen Behörden usw., bundesrechtlich ordnen zu wollen. Hier halte ich es nun wieder mit Herrn Righetti: Wenn schon ein bündesrechtlicher Eingriff ins kantonale Prozeßrecht, dann gleich wie bei Art. 397 StGB: «minimo programma».

Me ALBERT PICOT, avocat à Genève:

J'ai été très intéressé de lire dans le rapport de M. Argante Righetti le chapitre de droit comparé consacré au droit italien. Il nous montre bien qu'en face de nous, Suisses, toujours partisans des solutions libérales, nos voisins sont souvent beaucoup plus formalistes ou attachés à la raison d'Etat. Ce chapitre m'a rappelé le fait suivant:

Vers 1923, un peintre genevois, capitaine dans l'armée suisse, membre de la commission des Beaux-Arts, ami du Conseiller fédéral Motta, venant de Genève à Muralto par Milan, où il ne passait qu'une ou deux heures, fut arrêté par la police à la Galerie Victor Emmanuel, sur la dénonciation stupide d'une vieille dame qui l'accusait de lui avoir arraché un billet de 500 lires.

Notre peintre passa 3 ou 4 jours dans une prison de Milan sans pouvoir être entendu, puis libéré.

Il revint à Genève, amaigri et affamé.

Toute demande d'excuses ou d'indemnité fut écartée par les autorités italiennes.

C'était le cas flagrant de l'innocent qui ne peut rien obtenir.

Aujourd'hui encore ce serait la même chose puisque, récemment, le Sénat italien a refusé, par la loi, toute indemnité pour la préventive.

Et pourtant, l'on sait combien celle-ci peut être longue et causer de gros dommages.

Professor Dr. MAX IMBODEN, Basel:

Gestatten Sie mir, aus der Fülle der Probleme eines herauszugreifen. Es ist bei weitem nicht das einzige, aber es steht für mich doch im Vordergrund; ich meine die Frage

nach den Rechtsgrundlagen der Ersatzpflicht. Herr Fischli namentlich, aber auch der welsche Referent, haben uns eine ausgezeichnete Übersicht über diese Rechtsgrundlagen geboten. Diese Auslegeordnung endigt aber wenig ermutigend. Die Bilanz ist schon äußerlich unbefriedigend: die Rechtsgrundlagen sind zersplittert, sie sind zufällig, sie sind auch in vielen Fällen offensichtlich ungenügend. Es stellt sich daher die Frage: Kann man nicht durch dieses zersplitterte Gesetzesrecht hinweg auf eine andere und bessere Grundlage vorstoßen? Mein Kollege Waiblinger hat Ihnen soeben den Vorschlag gemacht, den Bundesgesetzgeber zu Hilfe zu ziehen. Das wäre vielleicht die eleganteste Lösung. Aber sie wird Schwierigkeiten begegnen. Ich möchte die These aufstellen, daß wir schon heute ein brauchbares Instrument in Händen haben: in der Verfassung nämlich. Es ist indessen sehr bezeichnend, daß wir zögern, auf diese Grundlage zurückzugreifen. Diese Zurückhaltung ist nicht nur in der zur Diskussion gestellten Frage charakteristisch für das verfassungsrechtliche Denken in der Schweiz, sie ist es auch in anderen Fragen. Wir wagen es nicht, den normativen Gehalt unserer Verfassung richtig auszuschöpfen.

In den Referaten sind zwei Gründe gegen einen direkten Rückgriff auf die Verfassung als Rechtsgrundlage für eine Ersatzpflicht bei Strafverfolgungsschäden angeführt worden. Einmal ist das Wort «Justizschaden» in die Diskussion geworfen worden. Es scheint mir, daß dieses Argument zugleich richtig und unrichtig ist. Es ist richtig, wenn wir uns an die extremen Fälle halten. Selbstverständlich kann der vom Strafrichter Verurteilte nicht morgen beim Zivilrichter wegen angeblich unrichtiger Verurteilung Ersatz verlangen. Das wird, was das Bundesgericht auch durchblicken läßt, nur in ganz extremen Situationen, z.B. im glücklicherweise nur theoretischen Fall der bewußten Rechtsbeugung, möglich sein. Hier ist also das Argument des Justizschadens richtig. Aber in den alltäglichen und typischen Fällen ist es fehl am Platz. Denn der Bestrafte

hat ja – wie es mein Kollege aus Bern so treffend ausgedrückt hat – zum mindesten die *nuda absolutio* erhalten. Er ist freigesprochen worden oder das Urteil wurde aufgehoben. Also verhält es sich nicht so, daß sich durch die richterliche Zusprechung von Schadenersatz die Justiz zu sich selbst in Widerspruch begeben würde. Und dann beachten Sie auch, daß in vielen Fällen die Strafverfolgungsschäden gar nicht von Instanzen mit richterlicher Unabhängigkeit ausgehen. Vielleicht ist es angezeigt, auch einen Seitenblick auf jene Erscheinung zu werfen, die man als administrative Verhaftung zu bezeichnen pflegt. Diese administrative Verhaftung ist leider in der Schweiz eine nicht seltene Erscheinung. Ein kantonales Justizdepartement hat vor einiger Zeit – im anerkennenswerten Bestreben, hier ein für allemal Halt zu gebieten – Erhebungen über den Umfang unzulässiger administrativer Verhaftungen durchgeführt. Es hat sich dabei herausgestellt, daß in diesem einen Kanton viele Dutzend Fälle unzulässiger administrativer Verhaftungen nachgewiesen werden konnten. In der Mehrzahl der Fälle war freilich die Freiheitsentziehung nur eine sehr kurzfristige. In allen diesen Beispielen geht die schadenstiftende Handlung gar nicht von einer Instanz mit richterlicher Unabhängigkeit aus; die Betrachtung als Justizschaden ist von vorneherein unrichtig.

Es ist weiter erklärt worden – und das ist vielleicht das gewichtigere Argument –, es sei deshalb nicht möglich, direkt auf die Verfassung zurückzugreifen, weil das Gesetz entgegenstehe. Wenn nämlich der Gesetzgeber eine Ersatzpflicht vorsehe, so müsse diese, sei sie auch noch so rudimentär, als abschließende Regelung betrachtet werden. Demgegenüber wird man vor allem die Frage stellen müssen, ob denn das Gesetz gegen die Verfassung verpflichten kann. Die Frage löst sich sehr klar im Bundesrecht. Das Bundesgesetz hat bindende Wirkung auch gegenüber der Verfassung. Die Frage löst sich auch sehr klar im Kanton Genf; dort ist generell anerkannt, daß das Gesetz nicht gegen die Verfassung zu binden vermag. Sie bleibt aber offen für die

meisten anderen Kantone. Persönlich vertrete ich die Meinung, daß ein kantonales Gesetz in keinem Fall ein Grundrecht einzuschränken vermag. Verletzt das Gesetz ein Freiheitsrecht, so ist es nichtig. Aber wir können dieses Problem heute offen lassen. Es gibt nämlich noch einen anderen Weg, um in der uns hier beschäftigenden Frage zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen. Ich meine jene Formel, die heute in der Verfassungsgerichtsbarkeit aller Staaten eine große Rolle spielt, das Prinzip der sogenannten verfassungskonformen Auslegung. Ein Gesetz soll im Zweifel in Übereinstimmung mit der Verfassung ausgelegt werden. Bleibt also unklar, ob das Gesetz die Strafverfolgungsschäden abschließend regeln will, dann muß die gesetzliche Ordnung in Übereinstimmung mit der Verfassung interpretiert werden. Das ist ein sehr alter Grundsatz der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung. Er ist heute auch in Österreich und in der Bundesrepublik Deutschland anerkannt. In den früheren bundesgerichtlichen Entscheiden zeichnet er sich ebenfalls ab. Leider hat sich dieser Faden dann in der neueren Rechtsprechung verloren. Bezieht man aber die kantonalen Ersatzordnungen auf die Verfassung, dann wird dies ausschließen müssen, eine Regelung, die äußerlich zersplittert ist und materiell nicht genügt, als vollständig zu betrachten. Die gesetzliche Regelung kann dem nicht entgegenstehen, daß man sich ergänzungsweise auf die Verfassung selbst beruft.

Und was sagt nun die Verfassung? Ich würde mich nicht auf die Rechtsgleichheit berufen. Vor allem ist das Grundrecht der sog. persönlichen Freiheit tangiert. Fast alle kantonalen Verfassungen garantieren die sog. persönliche Freiheit; fehlt eine ausdrückliche Anerkennung dieses Grundrechtes, dann ergibt sich seine Gewährleistung aus ungeschriebenem Recht. Wesentlicher Inhalt der persönlichen Freiheit ist die Garantie der körperlichen Bewegungsfreiheit. Wenn aber einer zu Unrecht inhaftiert worden ist, dann ist er zu Unrecht in der körperlichen Bewegungsfreiheit behindert worden. Die Grundrechtsverletzung ruft einer

Sanktion. Wenn die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit allein durch eine unzulässige Norm erfolgt, dann heben wir die Norm auf. Wenn aber der Betroffene inhaftiert war, dann ist er nicht nur durch eine Norm beeinträchtigt, sondern durch ein Faktum. Gegenüber einem Faktum kann eine *restitutio* nur gewährt werden, indem man für das erlittene Unrecht Schadenersatz zuspricht.

Abschließend würde ich also meinen, es ergebe sich unmittelbar aus der verfassungsrechtlichen Garantie der persönlichen Freiheit ein Ersatzanspruch wegen Strafverfolgungsschäden. Damit ist die persönliche Freiheit auf die gleiche Ebene gestellt wie die Eigentumsgarantie. Die Rechtsprechung anerkennt, daß derjenige, dem zu Unrecht Eigentum entzogen worden ist, unmittelbar gestützt auf die verfassungsrechtliche Garantie des Privateigentums Ersatz verlangen kann. Ich sehe nicht ein, warum etwas anderes gelten soll, wenn ein Mensch in dem noch viel bedeutsameren Gut der persönlichen Freiheit beeinträchtigt wurde.

SITZUNG VOM MONTAG, 17. OKTOBER 1960
IM CINEMA «CORSO» LUGANO

Präsident:

Herr Dr. FRIEDRICH T. GUBLER, Rechtsanwalt, Winterthur

Die Sitzung wird um 08.45 Uhr wieder aufgenommen.

VIII.

Das Preisgericht zu den Preisarbeiten 1960, bestehend aus den Herren Professoren Dr. Hans Merz, Bern, Präsident, Dr. Paul Piotet, Lausanne und Dr. Karl Spiro, Basel hat nur eine einzige Arbeit zu beurteilen gehabt. Das ausgeschriebene Thema lautet: «Die sogenannte lebzeitige Teilung (Vorwegnahme der Erbteilung durch Rechtsgeschäft zu Lebzeiten des Erblassers)». Der Präsident des Preisgerichtes verliest dessen Bericht und beantragt, es sei dem Verfasser der unter dem Motto «Wer will wohl und selig sterben, der lass' sein Gut den rechten Erben» eingereichten Arbeit ein zweiter Preis von Fr. 1500.– zuzuerkennen und von einem Druckkostenbeitrag abzusehen. Die Arbeit ist vom Preisgericht folgendermaßen gewürdigt worden:

«Die Arbeit umfaßt nahezu 200 Seiten und darf als durchaus anerkennenswerte Leistung bezeichnet werden. Ihr Verfasser beschränkt sich allerdings im wesentlichen auf die Erörterung des Art. 534 ZGB und die Fragen, die sich auf das Verhältnis des Erblassers zum Übernehmer beziehen. Einläßlich erörtert werden namentlich der Übergang des Vermögens, insbesondere auch der Passiven, und das vom Gesetz vorgesehene Inventar, ferner die Ungültigkeitsgründe und die Ausgestaltung des Vertrages als Erbverpfändung. Dagegen werden die Verhältnisse bei einer

Mehrheit von Erben, etwa die Fragen von Ausgleichung und Herabsetzung, nur summarisch behandelt, und ebenso vermißt man eine nähere Abgrenzung der behandelten Verträge von verwandten Erscheinungen wie Vorempfänge, Kindskäufe, Verträgen unter zukünftigen Erben und der gleichen. Die Arbeit zeichnet sich aus durch verdienstliches, wenn auch sehr freies und nicht immer erfolgreiches Streben nach praktischen Lösungen, sorgfältige Sammlung und Berücksichtigung der Praxis und Literatur, Lesbarkeit und klaren Aufbau. Wünschenswert wäre eine schärfere Erfassung und Konstruktion der behandelten Vorgänge und Vertiefung in den eigentlichen Rechtsfragen. Die Abhandlung leistet einer solchen jedoch wertvolle Vorarbeit. Das Preisgericht empfiehlt Ihnen daher, von einem Druckkostenbeitrag zwar abzusehen, dem Verfasser aber als Anerkennung seiner großen und nützlichen Arbeit einen zweiten Preis von Fr. 1500.– zuzuerkennen.»

Der Antrag wird einstimmig gutgeheißen. Preisträger ist Herr Dr. iur. Joseph Stoecklin, Advokat und Notar, Substitut des Zivilgerichtsschreibers, Basel. Da der Preisträger nicht anwesend ist, kann die feierliche Preisübergabe nicht durchgeführt werden.

IX.

Der Präsident teilt mit, daß Herr Professor Dr. Hermann Rennefahrt als Präsident der Rechtsquellenkommission zurückgetreten sei, und führt folgendes aus:

«Herr Professor Rennefahrt hat diese Kommission 25 Jahre lang mit besonders großer Auszeichnung geleitet. Er hatte die Absicht, heute unter uns zu sein, und ich hätte ihm gerne die Hand gereicht, um ihm zu danken für seine Arbeit. Man muß sorgfältig sein mit dem Begriff der Uersetzbarkeit. Aber bei Herrn Professor Rennefahrt hat es etwas von diesem eigentümlichen Geschehen, daß in der Ablösung der Generationen sich die gleiche Kraft und die gleiche Intensität der Hingabe nicht wiederholt. Ich bitte

Sie, davon Kenntnis zu nehmen, daß ich ihm den Dank nun mit einem Telegramm sagen muß. Er ist auf dem Weg zum Bahnhof verunglückt und hat mir vom Arzt aus einen Brief diktiert und mir darin gesagt, wie sehr er bedauert, daß er jetzt nicht unter uns sein kann. Ich nehme an, daß Sie damit einverstanden sind, wenn ich ihm mit herzlichen Worten den Dank des Vereins ausspreche.»

Hierauf verliest der deutschsprachige Sekretär den Bericht von Herrn Professor Dr. Rennefahrt über die Tätigkeit der Rechtsquellenkommission 1959/1960:

Die Rechtsquellenkommission besteht aus den Herren Prof. Dr. K. S. Bader, Zürich, Prof. Dr. G. Broggini, Fryburg, Appellationsrichter Dr. A. Camponovo, Lugano, Prof. Dr. F. Elsener, Tübingen und Rapperswil, Prof. Dr. H. Fehr, Muri bei Bern, Prof. W. A. Liebeskind, Genf, Prof. Dr. P. Liver, Bern, als Kassier des Schweiz. Juristenvereins Prof. Dr. E. Martin-Achard, Genf, Staatsarchivar Dr. Bruno Meyer, Frauenfeld, Bundesrichter Dr. J. Plattner, Lausanne, Prof. Dr. J. Wackernagel, Basel, und dem Unterzeichneten.

1. Im verflossenen Vereinsjahr ist als erster Band der *Graubündner Rechtsquellen* erschienen die Lex Romana Curiensis mit zugehörigen Quellen, herausgegeben von Frau Dr. Elisabeth Meyer-Marthaler, Frauenfeld. Beiträge an die Druckkosten haben geleistet: der Kanton Graubünden, der Schweizerische Nationalfonds und der Friedrich-Emil-Welti-Fonds.

2. Demnächst werden erscheinen können von den *RQ des Kantons Bern*:

- a) die RQ von Interlaken, hsg. von Frau Dr. M. Graf-Fuchs, Wengen; zu setzen ist nur noch das Register.
- b) Band VI (Staat und Kirche) der RQ der Stadt Bern; ein erster Halbband ist bis auf die Einleitung gesetzt; der zweite Halbband, der das Register für beide Hälften enthalten wird, ist noch nicht gesetzt.

Druckkostenbeiträge zu beiden Bänden werden geleistet vom Friedrich-Emil-Welti-Fonds, vom Schweiz. Nationalfonds und vom Kanton Bern, außerdem von der allgemeinen Kirchenverwaltung der Stadt Bern und von der Einwohnergemeinde Bern.

3. In Vorbereitung sind die Rechtsquellen von
- a) Schaffhausen, hsg. Dr. K. Schib, Schaffhausen; der mit der Buchdruckerei Karl Augustin, Thayngen, im Juni 1946 abgeschlossene Druckvertrag wird kaum mehr als anwendbar gelten können. Beiträge hat bereits der Kanton Schaffhausen geleistet.

622a Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins 1960

Ohne daß der Schweizerische Juristenverein schon vertraglich finanzielle Verpflichtungen übernommen hätte, werden Rechtsquellensammlungen vorbereitet für

- b) Glarus, von Prof. Dr. Liebeskind, Genf,
- c) Stadt Rapperswil (Kt. St. Gallen), von Prof. Dr. F. Elsener, Tübingen und Rapperswil,
- d) Stadt Zürich (Richtebrief), von Prof. Dr. H. G. Wirz, Bern,
- e) Zürich, Kleinstädte, von Dr. W. H. Ruoff,
- f) Zug, von Dr. Rud. Hess, Unterägeri; der bezügliche Beschuß des Zuger Regierungsrates, vom 20. August 1945, ist jedoch wegen der inzwischen erfolgten Herausgabe des Zuger Urkundenbuches zurückgestellt worden,
- g) Neuenstadt (Kt. Bern), von Oberrichter Fr. F. Imer, Bern,
- h) Engadin und angrenzende südliche Talschaften (Graubünden); unter Leitung von Prof. Dr. P. Liver und Dr. A. Schorta ist die Sammlung eines Bandes durch verschiedene Hilfskräfte nahezu abgeschlossen; der Kanton Graubünden und der Friedrich-Emil-Welti-Fonds haben Honorarbeiträge geleistet,
- i) Tessin: im Zusammenhang mit der vom Kanton Tessin veranstalteten und von Dr. L. Moroni-Stampa, Lugano, besorgten Urkundensammlung,
- k) Wallis: eine besondere Kommission, die Prof. Dr. J. Graven, Genf, präsidiert und der Staatsarchivar Donnet, Sitten, Chorherr Theurillat, St-Maurice und PD. Dr. G. Partsch, Genf, angehören, bereitet die Herausgabe des Minutarium majus des Klosters St-Maurice vor; nachher soll zusammen mit Prof. Dr. S. Stelling-Michaud, Genf, das Registrum de Vercorin et de Annivisio, des Martin von Sitten, ediert werden, – beides mit Hilfe des Schweizerischen Nationalfonds; Oberwalliser Rechtsquellen sammelt Dr. L. Carlen, Brig,
- l) Luzern, unter Leitung von Staatsarchivar Dr. J. Schmid,
- m) Obwalden (Engelberg), von P. Gall-Heer,
- n) Thurgau, Landrecht, von Frau Dr. Elisabeth Meyer-Marthalier, Frauenfeld,
- o) Bern, Oberaargau, von Oberrichter Dr. Leist, Bern,
- p) Bern, Emmental, von Dr. F. Häusler, Burgdorf, und a. Amtsschreiber E. Werder, Großhöchstetten,
- q) Bern, Jura (ehemal. Fürstbistum Basel), von Prof. Dr. Rennefahrt, in Verbindung mit Dr. A. Rais, Delsberg,
- r) Stadt Bern, Bände VII Zivil-, Straf- und Prozeßrecht, VIII Schul- und Militärwesen, IX Polizeirecht, X Wirtschaftsrecht und Regalien, von Prof. Dr. Rennefahrt.

Möge das vom Schweizerischen Juristenverein unternommene Werk mit Hilfe der Kantone und Gemeinden, des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, sowie des Friedrich-Emil-Welti-Fonds fortgesetzt werden können.

Lugano, den 15. Oktober 1960

Namens der Rechtsquellenkommission: RENNEFAHRT

X.

Der deutschsprachige Sekretär verliest den Bericht von Herrn Bundesrichter Dr. Plattner über die Tätigkeit der Forschungskommission 1959/1960:

Die Gesuche um Gewährung von Beiträgen sind spärlich. Die Herausgabe einer allgemeinen schweizerischen juristischen Bibliographie stößt auf Hindernisse personeller und finanzieller Natur. Dagegen ist beim Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung zufolge der Erhöhung der Kredite durch die eidgenössischen Räte eine bedeutungsvolle Neuerung festzustellen. Neben die bisherigen Beiträge – der Juristenverein ist besonders an den Publikationsbeiträgen interessiert – ist neu der sogenannte Persönliche Beitrag getreten, der tüchtige junge For- scher durch Sicherung ihrer materiellen Existenz der Wissenschaft erhalten will. Bei der Auswahl soll persönliche Bewerbung ausgeschlossen sein. Der Empfänger des Persönlichen Beitrags soll im Rahmen eines wissenschaftlichen Instituts oder einer Hochschule arbeiten. Es erhob sich daher zunächst die Frage, ob auch der Juristenverein eigene Kandidaten auszulesen und vorzuschlagen habe. Vorstand und Forschungskommission sind jedoch übereinstimmend zum Ergebnis gelangt, daß unser Verein eine solche Aufgabe zufolge seiner Zwecke, vor allem aber zufolge seiner Organisation nicht übernehmen könne, sondern den juristischen Fakultäten der schweizerischen Hochschulen überlassen müsse. Einstweilen sind nun vom Nationalfonds 18 der durch die Universitäten vorgeschlagenen etwa 40 Kandidaten für die Ausrichtung eines Persönlichen Beitrags in Aussicht genommen worden. Unter ihnen befindet sich ein einziger Jurist. Die Forschungskommission erneuert daher auch hier ihre an die juristischen Fakultäten gerichtete Bitte, das Feld nicht kampflos andern zu überlassen. Sie ist ferner der Meinung, daß der Juristenverein seinen Einfluß beim Nationalfonds zu Gunsten des Auserwählten geltend machen soll, wenn einmal ein Kandidat durch eine Fakultät auserkoren würde.

Lausanne, den 6. Oktober 1960

Der Präsident der Forschungskommission: PLATTNER

XI.

Die dreijährige Amtszeit der Forschungskommission dauert bis 1961. Rücktritte sind nicht zu verzeichnen, so daß keine Zuwahlen zu vollziehen sind.

In der Rechtsquellenkommission haben den Rücktritt erklärt die Herren Prof. Dr. Hermann Rennefahrt, Bern, Präsident, Bundesrichter Dr. Plattner, Lausanne, und Appellationsrichter Dr. Camponovo, Lugano. Auf Vorschlag des Vorstandes werden gewählt die Herren Professor Dr. Jakob Wackernagel, Basel, als Präsident und Professor Dr. Emil Müller-Büchi, Freiburg, Oberrichter Dr. Florian Imer, Bern, und Professor Dr. François Gilliard, Lausanne, als Mitglieder der Rechtsquellenkommission.

XII.

Herr Oberrichter Dr. Bühler lädt die Versammlung ein, den Schweizerischen Juristentag im Jahre 1961 in Zürich durchzuführen. Die Versammlung beschließt einmütig und mit Applaus, dieser Einladung Folge zu leisten. Der Präsident teilt mit, die Tagung werde vom 23.–25. September 1961 stattfinden.

XIII.

Da zum Traktandum «Allgemeine Umfrage» niemand das Wort begehrt, kann der Präsident die Verhandlungen über die Verwaltungsgeschäfte schließen.

XIV.

Der Präsident eröffnet die Diskussion über das Thema «*Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*» und spricht den Berichterstattern den Dank des Vereins aus. Herr Dr. PETER JÄGGI, Professor an der Universität Freiburg, Berichterstatter in deutscher Sprache, leitet die Diskussion ein:

Gestatten Sie mir vorerst, drei Nachträge zum schriftlichen Referat anzubringen.

Im Mai dieses Jahres hat Prof. Hans Huber von der Universität Bern im Auftrag des deutschen Justizministeriums ein Gutachten erstattet über den zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutz nach dem deutschen Gesetzesentwurf vom August 1959 in seinem Verhältnis zur Pressefreiheit nach dem Bonner Grundgesetz.

Sodann hat im Rahmen der Fünfhundertjahrfeier der Universität Basel deren juristische Fakultät ihre Festsetzung dem privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit gewidmet. Prof. Hans Hinderling, der das einleitende Referat hielt, begründete die Wahl des Themas damit, daß es der säkularen Bedeutung des Anlasses adäquat sei: denn die abendländische Kultur beruhe auf dem Gedanken, daß Würde und Freiheit des Menschen höchste Werte sind.

Schließlich ist das Literaturverzeichnis zu ergänzen durch einen bedeutsamen Aufsatz von Prof. Scheyhing «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechtes im 19. Jahrhundert», erschienen im laufenden Jahrgang des Archivs für die civilistische Praxis.

Schon diese Hinweise erinnern an das Gewicht und an die Weite unseres Themas. Die großen Ideen leuchten auf. Es eröffnen sich die Ausblicke auf geschichtliche und gesellschaftliche Zusammenhänge. Für die Diskussion müssen wir uns bescheiden, am besten so, daß wir das zur Grundlage nehmen, was uns alle verbindet, als Juristen und als Bürger: das Gesetz, unser vaterländisches Recht, das zu fördern der Juristenverein bezweckt. Der Jurist dient der Menschenwürde, indem er dem Gesetze dient.

Das Gesetz erlaubt es, das Thema zu beschränken. Nur was es mit «Schutz der Persönlichkeit» überschreibt, haben wir ins Auge zu fassen, somit einzig die Art. 27 und 28 ZGB, zwei privatrechtliche Bestimmungen also, die zwar weit gefaßt und grundsätzlich gehalten sind, aber ihren Standort doch in einem Teilgebiet des Rechtes haben und von diesem her verstanden werden müssen. Deshalb ist wohl zu unterscheiden zwischen dem Persönlichkeitsgedanken im allgemeinen, der das ganze Recht durchdringt, und der beson-

deren Bedeutung der beiden Vorschriften. Diese Bedeutung tritt dann klar hervor, wenn wir uns bewußt werden, daß alles Privatrecht wesentlich auf die zivile Gerichtsbarkeit bezogen ist.

In dieser Hinsicht zeigt sich die Eigenart des Art. 27 ZGB. Die Begriffe Persönlichkeit und Freiheit fließen hier ineinander zu einem ursprünglich rechtlichen Sinn, dem der Rechtsgenossenschaft, der Fähigkeit, als Freier vor Gericht zu klagen und beklagt zu werden. Die Rechtsfähigkeit des Privatrechts, die Parteifähigkeit des Prozeßrechts, das verfassungsmäßige Grundrecht auf Rechtsschutz, die Bürgerpflicht, sich auf Klagen einzulassen, sind alles Seiten des einen Status der Freiheit und Rechtspersönlichkeit. Ihn unmittelbar zu schützen vor Säumnis und Willkür des Richters, ist Sache des öffentlichen Rechtes. Aufgabe des Privatrechtes ist der mittelbare Schutz, dafür zu sorgen, daß der Richter nicht deshalb zu Ungunsten eines Rechtsgenossen entscheiden muß, weil dieser selber sich durch Vertrag seiner Freiheit entäußert hat. Hier greift Art. 27 ZGB ein. Sein Absatz 1, der den gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit ausschließt, hat nicht einen dekorativen Theoriefall im Auge, sondern jeden zum voraus erklärten vertraglichen Verzicht auf ein Klagerecht, sei es auch nur mit Bezug auf ein einzelnes Rechtsverhältnis, einen Verzicht, der schon darin liegen kann, daß die Anrufung des staatlichen Richters durch die Abrede eines mangelhaften Schiedsgerichtes ausgeschlossen werden soll. Die Freiheit der Entscheidung muß gewahrt bleiben, bis es zum Streite kommt. Das ist der Zweckgedanke. Er wird in Absatz 2 weitergeführt und verallgemeinert: Wer immer durch außergewöhnliche Verfügungen und Verpflichtungen seine Zukunft gleichsam rechtsgeschäftlich vorweggenommen hat, soll deswegen vor dem Richter nicht behaftet werden können, sondern ein freier Mann bleiben. Das ist ein wesentlich anderer Zweckgedanke als der, welcher der Nichtigkeit des unsittlichen Rechtsgeschäftes zugrunde liegt. Absatz 2 von Art. 27 ZGB hat da-

her einen durchaus selbständigen, wenn auch schwer abgrenzbaren Anwendungsbereich. Die übermäßig bindenden Rechtsgeschäfte sind nicht sittenwidrige Rechtsgeschäfte im gewöhnlichen Sinne. Sie sind denn auch nicht ohne weiteres nötig. Art. 27 ZGB sieht diese Folge nicht vor. Unter Umständen genügt die Annahme eines Rechtes zu jederzeitigem Widerruf, so bei Pflichten, die sich durch ihre Persönlichkeitsnähe auszeichnen, deren vertragliche Begründung sonst nichts Stoßendes hat, wie manche Dienstleistungspflichten in gehobenen Berufen.

Art. 28 ZGB ist zu einem Schaufensterstück unseres Privatrechtes geworden. Als erstmalige und bis jetzt fast einzige gesetzliche Festlegung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes wird er von ausländischen Juristen immer wieder beachtet. In der amtlichen Begründung des deutschen Gesetzesentwurfes zur Neuordnung des Persönlichkeits- und Ehrenschutzes heißt es ausdrücklich, Art. 28 ZGB habe als gesetzestechnisches Vorbild gedient. Solche Anerkennung von außen registrieren wir exportorientierte Bürger eines Kleinstaates mit Behagen. Doch betrachten wir auch den Art. 28 ZGB mit nüchternen Juristenaugen, wiederum im Hinblick auf die Zivilgerichtsbarkeit. Dann zeigt sich folgendes:

Für die Gerichte liegt das Schwergewicht nicht bei Art. 28 ZGB, sondern bei Art. 49 OR, auf den es verweist. Schadenersatz- und Genugtuungsklagen sind weit häufiger als Beseitigungs- und Unterlassungsklagen. So hatte das Bezirksgericht Zürich in den letzten zehn Jahren eine einzige auf Art. 28 ZGB gestützte Unterlassungsklage zu beurteilen. Es war eine Ehestörungsklage, die nachher vom Bundesgericht als unzulässig erklärt wurde.

Sodann beruht der Vorsprung, der mit Art. 28 ZGB erzielt wurde, nicht so sehr auf der Sachentscheidung, die der Gesetzgeber getroffen hat. Entscheidungen gleichen Inhaltes können schließlich auch mit einer Vielzahl von Einzelregeln getroffen werden, ja sogar vom Richter auf dem Wege der Lückenausfüllung. Nur wären diese Wege un-

gleich mühsamer. Jener Vorsprung ist daher rechtssystematischer Art. Mit einer einzigen Generalklausel hat der Gesetzgeber eine weite Gruppe sonst nirgends geregelter Tatbestände in den Bereich des positiven Rechtes einbezogen und so für jedermann erkennbar der Zivilgerichtsbarkeit erschlossen.

Den entscheidenden Schritt in dieser Richtung hat aber schon der Gesetzgeber von 1881 getan. Beim Erlass des ersten Obligationenrechtes hat er den Begriff der persönlichen Verhältnisse in das Recht der unerlaubten Handlungen eingeführt. Er durchbrach so mit Absicht die Enge der gemeinrechtlichen Delikttatbestände, die sich einzig mit den sichtbaren Gütern beschäftigen, mit den Sachen und dem menschlichen Körper. Dieses großzügige Vorgehen verdanken wir den vom französischen Recht beeinflußten Juristen der Westschweiz. Eugen Huber war sich der Sachlage wohl bewußt. Er rückte das ins Licht, was in den Grundzügen schon vorhanden war. Das ZGB hat das herkömmliche System der zum Schutze der körperlichen Güter dienenden Zivilklagen endgültig auf den Schutz der persönlichen Güter ausgedehnt.

Dieses Klagensystem ist im Gesetz zwar vollständig, aber doch nur in den großen Umrissen festgehalten. Sein Einzelausbau ist der Rechtsprechung überlassen. Hier gibt es noch manches zu bereinigen. Einen übeln Streich – so scheint mir – hat namentlich der Doppelsinn des Wortes «Genugtuung» gespielt. Die Genugtuungsklage des Art. 49 OR dient ausschließlich dazu, eine besondere Unrechtsfolge, die seelische Unbill, durch eine besondere Leistung auszugleichen. Sie ist zu unterscheiden von der Befriedigung des Rechtsgefühls, die jedes günstige Urteil verschafft, im Falle der Ehrverletzung auch von den Maßnahmen, mit denen das Ansehen wiederhergestellt werden soll. Folglich darf die Klage auf Feststellung widerrechtlicher Verletzung in den persönlichen Verhältnissen nicht nur unter den erschwerten Voraussetzungen des Art. 49 OR zugelassen werden; das gewöhnliche Feststellungsinteresse muß

genügen. Richterliche Mißbilligung und Zusprechung einer symbolischen Genugtuungssumme sind Fehlformen des Rechtsschutzes. Die Pflichten zum Widerruf bei Ehrverletzungen, zur Urteilsveröffentlichung, unter Umständen zur Aufnahme einer Berichtigung bei Presseäußerungen, sind nicht Fälle der Genugtuungs-, sondern der Beseitigungsklage, die einzig ein widerrechtliches Verhalten, keine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens, voraussetzt.

Wer sich diese Vielheit von möglichen Urteilsinhalten vergegenwärtigt, dazu auch noch die Hemmungen, denen die Ehestörungsklage begegnet ist, gibt sich auch über folgendes Rechenschaft: Die Zivilklagen zum Schutze der Persönlichkeit ausgestalten, heißt zugleich die Grenze bereinigen gegenüber dem Vollstreckungsrecht in dem Sinne, daß dem Privatrechtsgesetzgeber und dem Zivilrichter die Kompetenz zuerkannt wird, die Vollstreckungsart zu bestimmen. Jedenfalls bei der Unterlassungs- und der Beseitigungsklage steht neben der Persönlichkeit des Klägers immer auch die des von der Vollstreckung bedrohten Beklagten im Spiele. Damit muß ein und derselbe Richter im gleichen Urteil über die Klage und die Art ihrer Vollstreckung entscheiden können.

Schließlich ist an die wichtigste Tatsache zu erinnern: Weder Art. 28 ZGB noch Art. 49 OR sprechen sich darüber aus, wann eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen widerrechtlich ist. Wir sind geneigt, diese gewollte Lücke *intra legem* hinzunehmen, ja in ihr einen Vorzug des Gesetzes zu erblicken. Aber so einfach scheint mir dies nicht zu sein. Gewiß ist die Generalklausel als solche von unschätzbarem Vorteil. Ob sie aber genügt, ist eine andere Frage. Es gibt nun einmal Einzelpunkte, die das Gesetz ohne Einbuße an Rechtssicherheit nicht ungeregelt lassen kann, wie etwa die Berichtigungspflicht der Presse. Wenn ferner das Gesetzbuch im Sachenrecht von Pilzen und Beeren, von Hütten und Baracken, von Groß- und Kleinvieh spricht, in seinem Personenrecht dagegen nichts sagt von

Ehre, Geheimnis, Brief, Presse, Boykott und dergleichen Sachverhalten des geistigen und wirtschaftlichen Lebens, so geht das auf Kosten der Anschaulichkeit und der innern Proportion des Gesetzes. Wir trösten uns gern mit dem Richterrecht; aber in England, dem klassischen Land des Richterrechtes, wurde immerhin ein so wichtiger Tatbestand wie die öffentliche Ehrverletzung eingehend durch das Gesetz geregelt, auch zivilrechtlich. Die Grundwerte des Gesetzes und die Verfassung, die vielfach angerufen werden, sind kein Ersatz für Einzelregeln. Gewiß, es ist unerlässlich, daß sich die Rechtsprechung nach ihnen richtet, um der Einheit der Rechtsordnung und der Wertordnung willen. Und eine auf die Grundwerte bedachte Auslegung kann aus wenigen Worten vieles herausholen, wie uns gestern Prof. Imboden anhand des Beispiels der Garantie der persönlichen Freiheit gezeigt hat. Aber, was dem Gesetz zugrunde liegt, ist eben nicht positiv, und was die Verfassung mit allgemeinsten Worten sagt, dazu im Hinblick auf eine andere Fragestellung, läßt im Einzelfall auch für den verfassungstreuen, bei der Auslegung nicht ängstlichen Richter noch einen erheblichen Spielraum offen. Desgleichen darf der Begriff des Persönlichkeitsrechtes nicht überfordert werden. Ihm läßt sich allerdings der Grundsatz entnehmen, daß jeder Eingriff in die Persönlichkeitssphäre widerrechtlich ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Aber damit ist für die Einzeltatbestände noch keine klare Grenze gezogen, zumal zur Rechtfertigung vieler Eingriffe gerade ein entgegenstehendes Persönlichkeitsrecht angerufen wird. Es gibt eben keine Freiheit der Persönlichkeit schlechthin, sondern nur eine Freiheit in der Ordnung. Diese Ordnung zu positivieren, ist Sache des Gesetzgebers. Und positivieren heißt meist auswählen zwischen zwei Werten, für die beide die Verfassung angerufen werden kann. Das ist die Grundsituation, wie sie sich in Zivilrechtsfällen einstellt.

Meines Erachtens gibt es einen einzigen durchschlagenden Grund, der es zur Zeit rechtfertigt, daß wir uns mit der Generalklausel begnügen: die Tatsache, daß Zivilprozesse

über Persönlichkeitsschutz verhältnismäßig selten sind, soweit sie vorkommen, unter sich ganz verschiedene Tatbestände betreffen. Wenn man von den Körperverletzungen absieht, wo die Frage der Widerrechtlichkeit stark zurücktritt, haben einzig die Ehrverletzungen durch die Presse und die Boykottfälle die Zivilgerichte stärker beschäftigt. Für viele andere im Leben häufige Fälle gibt es keine oder nur vereinzelte Gerichtsurteile, so über die Ehrverletzung durch den Rundspruch, das unerlaubte Photographieren, die graphologische Schriftbegutachtung und die Verwendung von Tonaufnahmegeräten.

Im schriftlichen Referat ist versucht worden, für Fälle dieser Art die Grenze zwischen Recht und Unrecht zu ziehen. Wer sich anschickt, dies zu tun, spürt den Unterschied zwischen einer unmaßgeblichen persönlichen Meinung und einer Regel, die durch das Gesetz oder wenigstens durch Richterspruch sanktioniert ist. Daher sei nur der Leitgedanke hervorgehoben: Technische Mittel erlauben viel stärkere Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre als natürliche. Das ist kein Grund, der Technik mit Pessimismus zu begegnen. Wir genießen alle ihre Wohltaten. Aber wir müssen die Technik meistern, auch mit den Mitteln des Rechts, auch in der Rechtsanwendung. Der Unterschied im Tatbestand, eben die viel größere Stärke des Eingriffes durch technische Mittel, muß erkannt werden. Dieser Vorsprung ist auszugleichen, und zwar dadurch, daß der erlaubte Bereich für die Verwendung technischer Mittel – ohne Einwilligung des Betroffenen – enger begrenzt wird. Dementsprechend ist die Frage nach der Widerrechtlichkeit zu beantworten.

Dieser Gedanke läßt sich auch auf die Technik der Organisation übertragen, wie das Beispiel des Zeitungsverlegers zeigt. Wer in einer Betriebsorganisation Entscheidewalt nach unten abgibt, schwächt damit seine persönliche Verschuldenshaftung ab. Dieser rechtliche Vorteil ist ebenfalls auszugleichen durch eine erweiterte Haftung für fremdes Verschulden, nämlich für Verschulden der Betriebsorgane.

Was bis jetzt besprochen wurde, berührt mehr die Facharbeit des Juristen und wirkt sich auf das gesellschaftliche Leben eher nur mittelbar aus. Es gibt aber zwei Sachverhalte, bei denen der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit unmittelbar mit Anliegen der Allgemeinheit zusammenhängt.

Der eine ist das Verfahren vor Gericht. Die Technik hat hier Eingriffsmöglichkeiten geschaffen, angefangen von der Blutprobe über den Lügendetektor bis zur Fernsehübertragung von Gerichtsverhandlungen, die mit der bestehenden Gesetzgebung kaum mehr zu bewältigen sind, und zu denen der Gesetzgeber Stellung nehmen muß. Mein verehrter französischer Korreferent hat sich mit einzelnen dieser Fragen näher befaßt. Nach meiner Ansicht betreffen sie aber das Verfahrensrecht, nicht das Privatrecht, zumal sie für den Strafprozeß bedeutsamer sind als für den Zivilprozeß. Denn zu entscheiden ist jeweils, ob es der Zweck des Gerichtsverfahrens rechtfertigt oder gar fordert, daß die daran Beteiligten Eingriffe in ihren Persönlichkeitsbereich dulden müssen, Eingriffe, die außerhalb des Prozesses ohne ihre Einwilligung rechtswidrig wären. Doch möchte ich ebenfalls betonen, daß es sich hier um ein wichtiges Anliegen handelt; ich verweise namentlich auf einen kürzlich erschienenen Aufsatz des bekannten Strafrechters Eberhard Schmidt «Öffentlichkeit oder Publicity» in der Festschrift für Walter Schmidt.

Den zweiten, ganz andern Sachverhalt bilden die Berufs- und Wirtschaftsverbände. Es fällt auf, wie häufig diese neuzeitlichen Organisationsformen in Zivilprozesse um den Persönlichkeitsschutz hineinspielen. In der Tat besteht ein doppelter Sachzusammenhang. Die Verbände beschlagen sowohl die Persönlichkeitssphäre, insbesondere die wirtschaftliche Persönlichkeit, als auch die Rechtspersönlichkeit. In beiden Beziehungen können sie sich zum Nutzen wie zum Schaden der Persönlichkeit auswirken. Der Schwache bedarf oft der Stütze des Verbandes, um seine Persönlichkeit zu entfalten. Ja, durch den Verband wird er

vielleicht erst Rechtsgenosse im Vollsinn des Wortes, da nur der Verband es wagen kann, die Rechte der Einzelnen vor Gericht durchzusetzen. Aber der Einzelmensch läuft auch Gefahr, von der Verbandsmacht erdrückt zu werden oder eine *capitis deminutio* zu erleiden, weil der fürsorgende Verband an seiner Stelle vor Gericht auftritt, ja sogar die Gerichtsgewalt an sich zieht. Offenbar liegt hier ein Bedürfnis nach gesellschaftlicher Ordnung vor, das unsere Rechtsordnung noch nicht befriedigt hat. Für den Zivilrichter liegt es daher nahe, selber Ordnung zu schaffen. Aber das Persönlichkeitsrecht (im subjektiven und objektiven Sinne) darf meines Erachtens auch in dieser Hinsicht nicht überfordert werden. Die Rechtsfindung des Zivilrichters kann zwar unter Einzelnen Recht schaffen, nicht aber eine fehlende Ordnung der Gesellschaft ersetzen. Diese ist Sache des öffentlichen Rechts. Daher darf der Zivilrichter nicht auf Grund eines individualistischen Ordnungsbildes entscheiden, das mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit längst nicht mehr übereinstimmt. Noch weniger darf er anderseits den Verbänden hoheitliche Aufgaben zuerkennen. Das Klagerecht von Verbänden bedarf einer gesetzlichen Grundlage in jedem Einzelfall. Und den verbandsinternen Gerichten darf nicht durch Ausweitung des Schiedsgerichtsbegriffes die Stellung von Sondergerichten verschafft werden. Hier geht es nicht mehr einzig um die Unparteilichkeit wie sonst bei der Überprüfung von Schiedsgerichtsabreden, sondern um das Institutionelle, nämlich darum, daß die staatlichen Zivilgerichte erhalten werden als eine Einrichtung, die keiner Sondergerichtsbarkeit nachgeht und zu der grundsätzlich jedermann Zugang hat. Nur dann besteht volle Freiheit und Rechtspersönlichkeit.

Damit sei der rasche Gedankenrundflug über das unerschöpfliche Thema beschlossen. Gestatten Sie mir noch ein Nachwort, das zwar nicht üblich, aber dem Stoffe angemessen ist, ein Wort des Gedenkens an verstorbene Schweizer Juristen, die durch ihre persönliche Leistung die Lehre vom Persönlichkeitsrecht bei uns eingebürgert und geför-

dert haben. Von den frühesten Doktoranden seien drei genannt: der Zürcher Hans Giesker, der Genfer Martin-Achard und der Zürcher Karl Specker, der zu Beginn dieses Jahres verstorben ist. Ihnen folgten die Kommentatoren Ernst Hafter und namentlich August Egger, der die Perlen des Gesetzes erst eigentlich zum Glänzen gebracht hat. Wenn wir unter den Jüngeren August Simonius erwähnen, so muß auch an den ihm kongenialen François Guisan erinnert werden, dessen eher kritische Einstellung beweist, daß der Fortschritt selbst im Bereiche des Persönlichkeitsschutzes nur vom Widerspruch herkommt.

Die Ereignisse der großen Welt, die uns leider der Anwesenheit von Kollega Grossen berauben, verschaffen uns zugleich das Vergnügen, nunmehr einen Schüler von François Guisan zu hören, Me. Regamey, der schon vor dreißig Jahren mit seiner bedeutsamen Dissertation unbeabsichtigt ein Referat für den heutigen Juristentag vorbereitet hat.

Me MARCEL REGAMEY, avocat à Lausanne:

L'importante mission au Congo qui a été confiée au rapporteur français de notre assemblée, M. le professeur JACQUES MICHEL GROSSEN, et une vieille thèse de doctorat, qui fut mon péché de jeunesse il y a plus de trente ans, me valent l'honneur immérité de vous présenter ce matin le beau travail de M. Grossen sur *la protection de la personnalité en droit privé* (quelques problèmes actuels).

La clarté des idées, la simplicité du style, la précision des conclusions vous auront certainement engagés tous à lire ce rapport, même ceux d'entre vous pour qui le français n'est pas la langue maternelle.

Il n'est guère possible de résumer un travail déjà très concis. Après avoir rappelé les principales questions traitées par notre rapporteur, je reprendrai deux d'entre elles qui me paraissent particulièrement propres à nourrir une discussion.

1. Existe-t-il des droits inhérents à la personnalité ? M. Grossen souligne le vieux problème et conclut affirmativement sans hésiter. C'est un point à reprendre dans la mesure où il ne s'agit pas d'une querelle de vocabulaire.

Ne tranchant pas la question de l'unité du droit de la personnalité ou de la multiplicité des droits subjectifs, M. Grossen note avec raison que le catalogue de ces droits ne saurait être clos et que la limite du droit unique ou des droits multiples ne résulte pas de leur seule énonciation.

Evoquant la doctrine du droit naturel, M. Grossen estime que même si les droits subjectifs de la personnalité sont fondés sur les principes du droit naturel, il n'en font pas moins partie du droit positif.

Ce qui caractérise, selon notre rapporteur, les droits de la personnalité, c'est leur caractère non patrimonial, leur nature absolue, c'est-à-dire s'opposant à tous, et leur inaccessibilité de principe, sous réserve de l'exercice occasionnel de tel droit pour une courte durée.

2. M. Grossen examine ensuite le problème très actuel des rapports des droits de l'homme, soit les libertés constitutionnelles, avec les droits de la personnalité. Après avoir rappelé la distinction très nette entre ces deux domaines, le premier se rattachant au droit public, le second faisant partie du droit privé, M. Grossen rejouit l'avis de MM. Merz et Hans Huber tendant à considérer les droits de la personnalité comme l'adaptation au droit privé des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Il voit dans ces deux catégories de droits une même finalité. L'allusion à l'art. 31 de la Constitution dans l'arrêt Gruen Watch pose le problème sur le terrain de la jurisprudence. C'est un second point que nous reprendrons, car il éclaire l'ensemble du problème de la protection de la personnalité.

3. S'occupant de l'art. 27 CCS, notre rapporteur critique avec pertinence l'idée traditionnelle que cette disposition protégerait la personne contre elle-même alors que l'art. 28 la protégerait contre autrui. L'art. 27 protège en réalité

aussi la personne contre autrui en proclamant nuls, d'avance, les actes juridiques privant la personne de la jouissance des droits civils ou de l'exercice de ces droits, ou encore de sa liberté dans une mesure contraire aux lois et aux mœurs.

Les limites de cette nullité de principe sont faciles à tracer quand la loi elle-même pose un principe absolu comme celui de la liberté du mariage. Elles dépendent des circonstances dans la majorité des cas. Notre rapporteur souligne le caractère exceptionnel de la nullité des contrats sur la base de l'art. 27 et approuve la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les ventes-épargnes. Si dans l'ordre des libertés morales et spirituelles, la liberté de décision doit être sauvegardée contre des engagements de la personne, on doit être beaucoup plus réservé dans le domaine économique où les obligations assumées librement doivent être respectées, à moins qu'elles ne privent le débiteur de ses moyens d'existence ou ne les mettent sérieusement en danger ou encore placent la personne sous l'entièvre dépendance du créancier ou d'un tiers, l'exposent à des risques incommensurables ou restreignent à tout jamais une liberté d'action déterminée.

4. L'art. 28, pas plus que l'art. 27 al. 2 ne crée une norme qui permette de dire si l'atteinte aux intérêts personnels est illicite ou non. L'article 49 CO ne mentionne pas l'illicéité dans les conditions de son application mais on admet que la faute inclut ici l'illicéité.

Avec perspicacité, M. Grossen rapproche ce problème de la dispute classique entre les tenants de la doctrine objective de l'illicéité, actuellement régnante, et ceux de la doctrine subjective, qui fournirait plus aisément une méthode pour l'application de l'art. 28. Les atteintes aux intérêts personnels seraient en principe illicites sauf si l'auteur peut se prévaloir d'une norme permissive.

Après avoir évoqué des théories intermédiaires comme celles de M. Darbellay, pour qui la diligence ou la malignité de l'auteur donnent le critère de distinction et celle de M.

le professeur Merz, qui recommande de rechercher si l'atteinte lèse un droit absolu, notre rapporteur constate que le juge n'évitera pas dans la plupart des cas de se demander si l'intérêt invoqué est en soi digne de protection juridique et, dans l'affirmative, de peser les intérêts en présence. C'est l'occasion ici de rappeler le principe de proportionnalité des moyens au but qui a maintes fois fourni au Tribunal fédéral la solution de litiges de ce genre.

5. M. le professeur Grossen, comme M. le professeur Jäggi, attache avec raison une grande importance au problème de la sanction. Il s'agit ici, d'une part, de l'efficacité de la règle juridique et, d'autre part, comme le montre si finement M. Jäggi, d'un nouveau problème touchant la protection de la personne, car certaines sanctions peuvent, par elles-même, porter atteinte à la liberté personnelle. Ce serait le cas par exemple d'une action en cessation du trouble causé à l'union conjugale par le tiers complice de l'adultère, dont la sanction consisterait dans l'interdiction directe et sanctionnée pénallement de tous rapports avec le conjoint fautif. Par sa thèse 11. notre rapporteur s'oppose avec le Tribunal fédéral, pour ces motifs, à une action de ce genre.

Aux actions mentionnées par la loi, en cessation du trouble, en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, la jurisprudence a ajouté l'action préventive, l'action en constatation de droit et la légitime défense.

Je reprendrai l'action en constatation de droit, particulièrement intéressante en matière d'atteintes aux intérêts personnels.

6. M. Grossen rompt une lance en faveur d'une jurisprudence plus libérale quant aux montants alloués pour la réparation morale. C'est sa thèse 2. Avec M. Oftinger, il n'exclut pas la fonction de peine privée que la réparation morale peut remplir utilement. Il faut toutefois noter avec M. Jäggi que la réparation morale ne vise pas à réparer l'offense faite au droit mais à compenser la douleur morale

causée par l'atteinte aux intérêts personnels. En pratique il est difficile de distinguer ces deux fonctions. Lorsque le droit a été offensé intentionnellement et malignement, la réparation du dommage économique et une compensation équitable pour la souffrance causée ne suffisent pas à restaurer le droit troublé. L'idée d'une peine privée, que les Romains connaissaient déjà par les condamnations au double ou au triple, se justifierait entièrement. La question est de savoir si l'indemnité des art. 47 et 49 CO peut remplir cette fonction. La gravité particulière de la faute, qui est requise par l'art. 49 CO, est sans rapport direct avec la souffrance causée par la lésion du bien personnel (une atteinte à l'homme par négligence ou imprudence peut causer un dommage plus grave qu'une calomnie) de sorte que la gravité de la faute pourrait justifier une réparation en rapport avec l'intention dolosive, qui viserait à satisfaire l'offensé troublé dans sa sécurité juridique.

7. En traitant de l'action préventive en interdiction du trouble aux intérêts personnels, M. Grossen aborde en passant l'usage de l'art. 292 du Code pénal par le juge civil. Il rappelle que le Tribunal fédéral attribue à cette incrimination, inconnue jusqu'en 1942 des codes romands, une fonction subsidiaire. Lorsqu'une autre règle de droit pénal prévoit une sanction à la défense faite par le juge, l'art. 292 n'est pas applicable. Le contenu de la désobéissance dépendant de l'interdiction ou de l'ordre du juge, l'art. 292 CP ne respecte que formellement le principe *nulla poena sine lege*.

M. Grossen estime avec raison que cette incrimination ne doit être employée qu'exceptionnellement et, par sa thèse 6, il s'oppose à ce qu'il en soit fait usage pour contraindre la partie ou le tiers à se prêter à l'analyse du sang dans les procès en recherche de paternité ou en désaveu.

8. Dans sa partie spéciale, M. le professeur Grossen traite tout d'abord de l'intégrité physique. Il faut observer préalablement qu'une protection rigoureuse de l'intégrité

physique sur le plan du droit privé deviendrait bientôt illusoire si, sur le plan du droit administratif, la loi violait cette intégrité en des circonstances de plus en plus nombreuses. La médecine sociale et la prévention des maladies contagieuses exigent des vaccinations qui sont entrées dans les mœurs mais l'utilité de telles mesures, du point de vue médical, ne doit pas seule entrer en considération. La lésion de la personnalité est un acte grave. On se rappelle la réaction générale du peuple et, il faut le dire, du corps médical dans sa presque totalité, contre la loi Bircher, qui obligeait tous les citoyens à se présenter à intervalles rapprochés devant l'appareil radiophotographique et mettait en fiches leur état sanitaire. Notre rapporteur cite, dans le même sens, la loi vaudoise sur la stérilisation des anormaux de 1928, contre laquelle nous avons protesté à l'époque. De la stérilisation des anormaux, on en est venu facilement à la stérilisation des filles-mères, à la deuxième ou troisième grossesse, puis à la stérilisation des mères de famille indigentes. Le consentement de l'intéressée était requis mais dans des conditions qui en diminuaient la valeur. Le transfert de l'assistance publique de la commune au canton paraît avoir diminué fortement le nombre de ces cas.

Il n'en demeure pas moins qu'en ces matières, les principes doivent être nets et rigoureux si l'on ne veut pas s'exposer à la tentation des solutions faciles. C'est pourquoi je ne puis, pour mon compte, adhérer totalement à la thèse de notre rapporteur qui admet, exceptionnellement, il est vrai, la stérilisation pour des motifs qui ne sont pas d'ordre thérapeutique.

En revanche, je souscris entièrement à la maxime selon laquelle le médecin ne peut sacrifier la santé d'un homme pour en sauver d'autres. L'homme ne peut en aucun cas être traité comme un moyen, même si le but à atteindre intéresse au premier chef l'humanité entière. L'expérimentation médicale sur l'homme est, dès lors, renfermée en d'étroites limites. Les odieuses pratiques des camps de con-

centration durant la dernière guerre nous mettent à l'abri d'expériences de ce genre pour une génération au moins, du moins peut-on l'espérer.

Notre rapporteur traite rapidement, en passant, de l'insemination artificielle qu'il admet si elle est homogène, c'est-à-dire du mari à la femme, et non si elle est hétérogène, si le donneur est un tiers. La question ne nous paraît guère intéresser la protection de la personnalité qu'au regard de l'art. 27 al. 2. Il va sans dire qu'aucun engagement du donneur ne saurait être admis juridiquement.

M. Grossen admet en revanche le don du sang moyennant le libre consentement du donneur. Ici aussi, il me paraît que l'engagement de donner son sang ne saurait être que nul aux yeux de la loi civile. Le consentement doit être simultané avec l'opération.

M. Grossen fait allusion à des prélèvements de sang qui seraient opérés dans les écoles de recrues, avec le consentement quelque peu sollicité des intéressés. C'est le lieu de dire qu'en aucun cas les écoles militaires pas plus que les hôpitaux publics ne doivent exercer une pression même légère sur les soldats ou les hospitalisés pour obtenir d'eux qu'ils se prêtent à des expériences.

Notre rapporteur hésite beaucoup à admettre l'ablation d'un organe sur un individu pour le greffer sur un malade ou un infirme. Il nous paraît que le consentement éclairé du donneur suffit mais qu'il ne saurait y avoir d'engagement valable de se prêter à une telle opération. La santé et la vie du donneur ne doivent pas être exposées.

9. M. Grossen s'oppose au contrat anatomique par lequel une personne s'engage à livrer son cadavre pour la dissection. C'est sa thèse 5. Nous avons de la peine à la suivre car la personne n'est ici pas en jeu. Après sa mort, son cadavre est une chose, même si les mœurs s'opposent que ce soit une chose *in commercio*. Ce serait plutôt la personne des membres de la famille qui serait touchée par un tel marché. M. Grossen admet en revanche l'acte de dernière

volonté, qui pourrait être tout autant choquant pour la famille du défunt.

10. Nous avons déjà fait allusion à l'obligation du témoin ou de la partie de se prêter à l'analyse du sang dans les procès de filiation. Il y a ici trois questions. La première a un caractère formel. Le Tribunal fédéral exige que cette obligation ait une base légale claire dans la loi de procédure. Il est donc probable que lorsque la question se posera sur la base d'une loi cantonale prévoyant cette obligation, le Tribunal fédéral l'approuvera. Reste la question de la sanction. Le juge pourra-t-il assortir son injonction de la menace de faire application de l'art. 292 du Code pénal ? M. Grossen ne va pas jusque-là, bien que les codes schaffhousois, lucernois et neuchâtelois prévoient l'exécution directe ou indirecte par la sanction pénale.

La solution dépendra notamment de la conception qu'on se fait de la procédure civile. La procédure civile est-elle un prolongement de l'organisation judiciaire et appartient-elle au droit public, ou est-elle la mise en œuvre des droits privés devant le juge ? Dans la première hypothèse, l'intérêt public d'une justice bien rendue l'emporterait sur l'intégrité de la personne. Dans la seconde, il répugnerait d'exercer une contrainte par corps au profit d'un droit privé, même respectable.

Le même problème se pose pour l'expertise hérédobiologique. Le Tribunal fédéral a autorisé l'usage de l'art. 292 CP en assimilant cette expertise à la comparution personnelle. Avec M. Grossen, nous faisons des réserves sur cette jurisprudence. L'intimité de la partie est autrement atteinte par une expertise de ce genre que par l'analyse du sang. A l'égard de la partie qui se dérobe à une expertise nécessaire à l'élucidation d'un fait pertinent, il existe des sanctions de procédure efficaces, qui rendent l'exécution directe et la sanction pénale superflues.

11. Parmi les moyens de preuve que la technique moderne met à la disposition des parties et de la justice, figure en

bonne place l'enregistrement sonore, sur bande ou sur disque. En soi, un tel enregistrement ne se distingue en rien d'une photographie ou d'un film. La question de l'admissibilité de la preuve ne se pose que si l'enregistrement, la photo ou le film ont été pris à l'insu ou contre la volonté de la personne dont les paroles ou l'image sont reproduites, lorsque les circonstances exigent ce consentement.

La difficulté de rapporter des preuves dans les procès du droit de famille, notamment, doit inciter des juges à être large quant à l'admissibilité de ce moyen de preuve. On admet facilement que le conjoint produise la lettre ou la photo prouvant l'adultère de l'autre conjoint même si la lettre ou la photo ont été dérobées dans le portefeuille ou la poche de l'épouse coupable. Comment être plus exigeant pour le disque ou la bande magnétique ?

L'enregistrement ne constitue généralement, comme la photographie, qu'un indice, ces documents pouvant être facilement falsifiés.

12. Le développement des moyens techniques de diffusion intéresse la protection de la personnalité en droit privé par l'ampleur inconnue jusqu'ici des atteintes à l'intimité de la vie privée et à l'honneur que ces procédés rendent possible désormais.

Plus exposée, la personne doit être mieux protégée. M. le professeur Jäggi a, avec beaucoup de finesse, délimité les sphères d'intimité décroissantes dans lesquelles la personne humaine se meut. Il n'y a pas lieu d'y revenir ici. M. Grossen analyse les dispositions du projet de loi allemande pour la nouvelle réglementation de la protection de droit civil de la personne et de l'honneur. Bien que ce projet paraisse concilier la mission d'information de la presse et le secret de la vie privée, il a suscité une violente réaction des milieux du journalisme.

Les excès de la publicité qui se manifestent à l'étranger et que certaines vedettes finissent par ne plus supporter,

ne touchent guère notre presse, en général très réservée et d'une extrême prudence.

Nous reprendrons la question des rapports de la liberté de la presse avec la protection de la personnalité, qui touche à l'essence même du problème.

Notre rapporteur admet avec la doctrine et la jurisprudence que la vie privée doit être murée et qu'une atteinte à la sphère de l'intimité personnelle et familiale est illicite même si cela n'atteint pas en même temps l'honneur ou la considération. Mais dans quelle mesure ?

L'information publique et la critique peuvent aller légitimement fort loin s'agissant de magistrats dont même la vie privée doit être sans tache. Dans la mesure toutefois où l'intérêt public n'est pas en jeu, les magistrats doivent aussi garder leur sphère d'intimité à l'abri des journalistes. A cet égard, on doit faire une distinction entre un magistrat républicain dont la famille, en principe, n'a pas de rôle public, et un souverain, dont toute la vie, même privée et familiale, appartient à la nation.

L'abondance des journaux illustrés, le cinéma, la radio et la télévision ont créé dans le public des exigences accrues. On ne lit plus un livre sans voir le portrait de l'auteur. Même les revues publient le portrait de leurs collaborateurs et leur biographie. Bien loin derrière nous, le temps où les principaux journaux ne publiaient que des articles anonymes.

On attache plus d'intérêt à la personnalité d'autrui tout en la respectant moins.

D'une part la presse se prévaut de son devoir d'information. D'autre part, elle suscite elle-même la curiosité du public sur les détails les plus intimes de la vie des personnes que les circonstances du jour mettent en vedette. Le besoin d'information allégué est en partie créé par la presse elle-même. A cela s'ajoute que le devoir d'information se double de la nécessité commerciale de faire mieux et plus que le concurrent. Comment endiguer ce courant ?

Le droit n'a qu'une influence limitée sur les mœurs. Seuls certains cas très rares sont soumis au juge et l'appréciation du juge ne peut pas dépendre de son sentiment particulier. Il doit tenir compte des usages bien établis. Tout au plus, lorsque l'excès dans la violation du secret de la vie intime est flagrant, peut-il condamner l'auteur à une réparation très large du tort moral, à titre d'exemple. Mais la seule barrière vraiment efficace est celle que s'impose la presse elle-même, par une discipline corporative que l'organisation professionnelle doit élaborer et faire respecter.

12. Notre rapporteur s'arrête ensuite aux chroniques judiciaires et à la publication du nom des parties.

Relevons d'abord qu'il n'est pas d'usage en Suisse de publier des chroniques des procès civils, si ce n'est sous la forme de notes de jurisprudence qui n'intéressent pas le grand public. Les audiences des tribunaux civils étant publiques, rien n'empêcherait la presse de publier des chroniques croustillantes sur les procès en divorce ou en recherche de paternité. On peut souhaiter que la discréetion actuelle qui entoure les litiges civils subsiste encore longtemps chez nous.

Les chroniques des tribunaux pénaux sont lus avec avidité par le public. Elles préoccupent depuis longtemps les juges et les avocats car elles exercent une influence sur la justice elle-même, notamment dans les affaires dont les débats durent plusieurs jours. Comment protéger la personnalité des parties, des juges et des avocats contre les atteintes à leur personnalité ?

M. Grossen relève opportunément que la publication du nom de l'accusé constitue une peine supplémentaire, souvent plus lourde socialement que la peine prononcée par le tribunal. Mais d'autre part, la personne qui comparait en justice, comparait en public. Son nom est prononcé face à la tribune publique et personne ne saurait assumer une responsabilité civile en le communiquant à autrui de bouche à bouche. La publication dans un journal change-t-elle la

nature de cette communication ? Non, en principe, oui en fait, car cette publication est conçue par le public comme une mise au pilori. Mais cette mise au pilori est-elle toujours inopportune ? Doit-on arriver à une solution, *de lege ferenda*, qui fasse dépendre l'autorisation de publier le nom du condamné du jugement lui-même ?

L'usage dans la presse vaudoise est de ne pas nommer l'accusé, sauf si son identité est déjà connue du public, jusqu'au jugement. Cet usage paraît tenir compte des intérêts en présence.

La question plus particulière de l'indication des noms des parties dans les recueils de jurisprudence a également retenu l'attention de notre rapporteur, qui se range à l'avis du Tribunal fédéral. La Haute Cour désire continuer à mentionner le nom des parties dans le recueil officiel de ses arrêts pour permettre une meilleure identification des jugements. Nous nous rangeons à cette manière de voir. La publication des noms facilite la mémoire et la discussion. Les exceptions, pense M. Grossen, devraient être précisées. Les parties devraient pouvoir demander, si elles ont un juste motif fondé sur l'art. 28, que l'arrêt ne fasse pas mention de leurs noms.

13. Aux lettres missives s'attachent non seulement la propriété de la lettre et le droit d'auteur mais aussi le caractère personnel de l'écrit réservé au destinataire ou à un cercle restreint de personnes. La divulgation à d'autres personnes et la publication d'une lettre personnelle ou confidentielle peut constituer une atteinte aux intérêts personnels. Le consentement de l'auteur est donc nécessaire mais il peut résulter de la lettre elle-même ou des circonstances. S'agissant de la protection d'un droit absolu, nous ajouterons que le tiers entre les mains de qui la lettre peut tomber est tenu par les mêmes restrictions que le destinataire.

14. Etudiant le droit de la personne sur sa propre image, M. Grossen hésite à voir une atteinte aux intérêts person-

nels par la seule prise de l'image, photographie, film ou dessin. Comme il le dit opportunément, il y a grand intérêt à contenir les droits de la personnalité dans des limites raisonnables et utiles. A trop gagner en étendue, ils risquent de perdre en intensité.

Il estime que c'est contre la diffusion de l'image que la personne doit être protégée. La photo clandestine, prise en particulier au télescope, doit être réprouvée. On s'accorde à admettre, d'une part, les images qui reproduisent les traits de personnes appartenant à l'histoire, dans la mesure où il ne s'agit pas de la sphère intime, le consentement supprimant d'ailleurs l'illicéité. A l'autre extrême, la photographie de personnes représentées à titre de simples figurants peut être publiée si, par ailleurs l'image n'est pas inconvenante ou grotesque.

L'utilisation de l'image à des fins commerciales est toujours illicite, sauf consentement exprès de la personne en cause.

Notre rapporteur a ajouté quelques considérations sur l'enregistrement sonore des paroles d'autrui, dont il a déjà été question au sujet des moyens de preuve. Peut-on, avec le Tribunal fédéral allemand, poser le principe que l'enregistrement clandestin des paroles d'autrui constitue une atteinte illicite aux intérêts personnels? Cela me paraît discutable. L'enregistrement même clandestin d'un discours public est-il plus répréhensible que la prise en sténographie? Quant à la diffusion de l'image sonore, elle dépend aussi de la destination des paroles prononcées; adressées en public, elles peuvent être livrées au public. Réservées à un cercle limité, même en public, leur diffusion pourrait déterminer une atteinte à la personnalité, et de l'auteur et des personnes à qui l'auteur s'adresse.

15. J'ai déjà fait mention de l'action en cessation du trouble de l'union conjugale, à laquelle M. Grossen réserve un dernier chapitre. Je n'y reviens pas et voudrais si vous

m'accordez encore quelques minutes, ajouter quelques observations personnelles sur le centre même du problème.

16. Dans notre thèse de 1929, nous avons contesté l'existence de véritables droits subjectifs inhérents à la personne. A l'époque, notre maître, M. le professeur François Guisan était loin d'approuver notre position. Mais cinq ans plus tard, il adhérait à notre point de vue dans son étude sur la protection de la personnalité et le boycott commercial. Avec le recul du temps, nous nous sommes demandés si la dispute porte sur autre chose qu'une question de vocabulaire. Pas entièrement. Chaque fois que le juge est appelé à dire si un intérêt personnel est digne d'être protégé et si, dans le cas particulier, l'atteinte est illicite, il assume une tache qui n'est généralement pas la sienne. Il ne se trouve pas devant un état de fait et une norme qu'il doit lui appliquer, il doit encore peser les intérêts en présence et donner la préférence à l'un plutôt qu'à l'autre, en recherchant un juste équilibre évitant l'excès de droit de part et d'autre. Le jugement de valeur que le législateur lui-même exprime dans la loi et que le juge n'a plus à exprimer, étant le serviteur de la loi, les arts 28 CCS et 49, le lui imposent et, de plus, le lui imposent sans lui donner de directives. La jurisprudence suppléera-t-elle à la carence de la loi ? Oui, si elle peut fixer certains principes généraux applicables à tous les cas semblables, non si elle ne rend que des arrêts d'espèce. Lorsqu'un principe est posé par la jurisprudence, par exemple, par hypothèse, interdisant toute diffusion de la photographie et de l'enregistrement des paroles d'autrui sans le consentement de l'auteur, on peut parler d'un droit subjectif qui prend naissance. Mais aussi longtemps que le juge doit peser, d'un côté, la liberté du photographe ou de l'enregistreur, et de l'autre côté, l'intérêt de la personne photographiée et de la personne dont la parole est enregistrée, il n'y a pas encore de droit ni de part ni d'autre. On peut s'attendre que, dans certains domaines, la jurisprudence crée un certain nombre de droits subjectifs bien déli-

mités, que vraisemblablement la législation consacrera tôt ou tard. Mais il y aura toujours une zone résiduelle, où les arts 27 et 28 permettront au juge d'intervenir de cas en cas. A ce moment, cette disposition se confondra pratiquement avec l'art. 2 du code civil, avec lequel elle a une parenté évidente. Le système juridique ne peut être complet et, d'un autre côté, il peut être fait usage des institutions légales à des fins que la loi ne saurait approuver. Il convient donc de ménager, dans l'ensemble du système, quelques soupapes qui, sous des dénominations diverses, règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), l'abus ou l'excès de droit (al. 2), protection des intérêts personnels (art. 27 et 28, CC et 49 CO) faits contraires aux mœurs (art. 41 al. 2 CO) visent des situations analogues, que la règle légale ne peut serrer de plus près. Cependant la responsabilité civile fondée sur l'une ou l'autre de ces dispositions devrait être soumise à l'unique condition de la faute, dès que l'intérêt lésé est jugé digne de protection dans le cas particulier. Pourquoi exiger l'intention, ce qui exclut la négligence et l'imprudence pour la responsabilité résultant de faits contraires aux mœurs, alors qu'on ne l'exige pas pour la responsabilité résultant de l'atteinte aux intérêts personnels; pourquoi subordonner la réparation morale de l'art. 49 CO à la double gravité particulière du préjudice et de la faute?

Il serait intéressant d'étudier d'une manière comparative les arts 2, 27, 28 CC, 41 al. 2 et 49 CO et l'on verrait qu'il s'agit en gros de la même catégorie de faits juridiques, qui devrait être traitée d'une manière homogène.

17. Le caractère incertain des droits fondés sur l'art. 28 CC donne par là même une importance particulière à l'action en constatation de droit. Pour certaines atteintes lésant l'honneur ou la sphère de l'intimité, il suffit de faire juger que l'atteinte est contraire au droit pour qu'une protection soit procurée à la victime. L'action en constatation de droit est en quelque sorte sous-entendue dans chaque action fondée sur l'art. 20, mais le droit n'est en réalité pas

constaté, il est créé par un jugement de valeur, qui forme le lien de droit entre les parties.

18. Le rapport des libertés constitutionnelles avec la protection de la personnalité en droit civil n'est pas du tout simple. Ce n'est qu'en apparence que l'on peut dire que les deux institutions visent à sauvegarder l'autonomie de l'individu car, en réalité, elles ne se conjuguent pas, elles s'opposent presque toujours.

Les plus importantes libertés constitutionnelles, liberté de conscience, liberté de la presse, du commerce et de l'industrie, liberté des conventions (je laisse de côté la liberté d'établissement sans intérêt ici) interdisent à l'Etat d'intervenir pour limiter la libre concurrence des religions, des idées et de l'activité économique. On part du point de vue qu'il n'y a pas un bien objectif supérieur à celui que conçoit et vise librement l'individu et les conventions qu'il forme avec autrui.

Les libertés constitutionnelles sont, pour la plupart, des libertés d'indifférence. L'Etat ne doit pas porter de jugement de valeur sur les convictions religieuses, les idées exprimées dans la presse, l'activité économique des uns et des autres. Il conservera envers tous une parfaite neutralité dans le cadre d'un ordre public conçu sous la forme rudimentaire de l'absence de violence et de scandales.

Telle est, à l'origine, le fondement des droits de l'homme issus de la déclaration de 1791 et expression d'une philosophie individualiste, idéaliste et subjective.

La protection des intérêts personnels exige au contraire l'intervention du juge pour limiter le champ de la concurrence et pour délimiter les droits essentiels de la personne concrète, différenciée, engagée dans un complexe de rapports sociaux. Elle suppose un jugement de valeur, une balance des intérêts en présence, un arbitrage du bien commun, qui répugne à l'individualisme des droits de l'homme.

19. Avec le temps, cependant, les libertés constitutionnelles ont été interprétées par la jurisprudence d'une ma-

nière plus compatible avec les nécessités de l'ordre juridique. Au lieu de les prendre dans leur absolu, on en a cherché les fondements raisonnables. La liberté de conscience, en Suisse, n'est depuis longtemps plus dirigée contre l'Eglise. Ce n'est plus l'indifférence de principe de l'Etat qui la justifie mais la nécessaire abstention de la contrainte publique ou privée en matière de foi. Cette abstention de la contrainte sur la personne elle-même est la condition même de son autonomie. Tout acte de contrainte physique est ressenti comme une peine et toute peine est ressentie comme une contrainte.

Si en dehors du droit pénal et des obligations de droit public, l'Etat dit s'abstenir d'user de la contrainte sur la personne, il doit également s'abstenir de mettre la contrainte à la disposition du droit privé, en dehors des actions touchant le patrimoine ou l'objet matériel de l'acte illicite.

Si la vieille idée romaine des droits déduits en justice aboutissant à des sanctions purement pécuniaires n'est pas maintenue dans le droit moderne, la suppression de la contrainte par corps répond au même souci de tenir la personne même des justiciables à l'abri de l'action de la justice civile.

L'introduction dans le droit pénal du délit de désobéissance consacré par l'art. 292 du Code pénal présente un danger réel pour l'autonomie de la personne. Voici déjà trois lois de procédure cantonale qui en font usage pour contraindre la partie ou le tiers, à se prêter à une expertise corporelle dans les actions en matière de filiation. Ce moyen pratique pour le juge de se faire obéir risque de lui faire oublier que, dans le domaine du droit privé, la personne, pilier de l'ordre civil, ne peut devenir l'objet de contrainte directe et positive. On ne peut donc qu'approuver les réserves de notre rapporteur en ce qui concerne l'usage de la contrainte directe et de l'art. 292 CP pour l'administration de la preuve sanguine ou biologique dans les actions de filiation et la conclusion négative de M. Grossen concernant l'admission d'une action en cessation de trouble de l'union conjugale contre le tiers complice. Les gendarmes ne ramènent plus l'épouse fugitive au domicile conjugal. Ils ne

peuvent davantage placer des piquets devant sa porte pour en écarter les amants.

M. le professeur Jäggi élargit le débat en posant la question générale de l'effet de la sanction des actions en interdiction et en cessation du trouble causé aux intérêts personnels sur les droits de la personnalité du défendeur. S'agissant de rapports qui ne touchent qu'indirectement au patrimoine, le risque est réel de dépasser le but. M. Jäggi voudrait que le juge du fond, non celui de l'exécution forcée, décide de cas en cas de l'usage de l'art. 292 du Code pénal.

Pour notre part, il nous paraît dangereux de s'en remettre à l'arbitraire du juge dans une question aussi grave pour l'autonomie de la personne. Il me semble que l'usage de l'art. 292 doit se limiter à des interdictions, à des défenses à l'exclusion d'ordres positifs, et ne viser que la protection du demandeur contre des atteintes graves qui ne pourraient être empêchées par un autre moyen, le caractère subsidiaire de l'art. 292 devant être étendu à tous autres procédés d'exécution forcée directs ou indirects.

Si la réserve s'impose quant à l'usage de la contrainte par corps ou de la menace d'une peine, l'utilisation plus large de la réparation pour tort moral s'impose en contrepartie.

20. Si la liberté de conscience et la liberté personnelle doivent être ramenées à leur juste principe de l'interdiction de la contrainte, la liberté de la presse, dégagée de ses origines individualistes, a pour fondement la fonction d'information du public qui, dans un pays libre, ne doit pas être l'apanage exclusif de l'Etat.

C'est cette fonction d'information qui limite à la fois les droits des personnes dont la presse a à s'occuper et ceux de la presse elle-même. Nos deux rapporteurs ont clairement posé et défini le problème. Il est rare que ce soit le souci d'informer qui entraîne la presse à des abus. C'est en revanche, presque toujours, le souci de s'attacher la grande masse des lecteurs. Toute la question est ici: le métier de journaliste et d'éditeur de journal est-il une profession

libérale où le souci, légitime en soi, de faire prospérer ses affaires doit toujours être subordonné à la fonction que l'on assume dans la société, ou s'agit-il seulement d'une activité économique dont la fin principale est le succès financier et le choix des moyens une discipline supportée avec plus ou moins de conscience et de bonne volonté ?

Notre presse s'est toujours prévalué de sa fonction dans l'Etat et s'est déclarée constamment disposée à accepter les sacrifices que cette fonction honorable et importante comporte.

21. Dans le même sens que la presse, le citoyen et les groupements politiques, dans lesquels les citoyens se rangent selon leurs affinités, ont un rôle à jouer dans l'Etat. Spécialement lors des votations et élections. Cette fonction, qui est un droit et un devoir, entraîne également une limitation des intérêts personnels, des adversaires et des magistrats et candidats. Le droit de critique est celui auquel le citoyen tient le plus car, dans la complexité de l'Etat démocratique moderne, c'est encore le plus substantiel. Beaucoup d'attaques, même peu loyales, doivent être tolérées en période électorale et la vie des candidats est passée au crible d'une critique rarement bienveillante. Mais cette tolérance est un moindre mal.

Si l'on doit souhaiter que les attaques personnelles auxquelles les candidats sont exposés ne viennent pas décourager de faire acte de candidature de bons citoyens peu enclins à exposer en public leur intimité personnelle et familiale, les limites que doivent respecter les antagonistes dans leurs attaques ne peuvent guère être définies que par les mœurs elles-mêmes. Une intervention trop rigoureuse de la justice pour la sauvegarde des intérêts personnels jetteurait la suspicion sur les tribunaux eux-mêmes.

22. La liberté du commerce et de l'industrie doit également être ramenée à son principe positif pour pouvoir entrer en composition avec les intérêts personnels. Ce principe a été introduit dans la constitution pour éviter le re-

tour des corporations exclusives, titulaires de monopoles. C'est donc dans la mesure où les organisations professionnelles s'arrogent en fait l'usage des prérogatives de l'Etat et exercent un pouvoir quasi législatif, exécutif et judiciaire, au moyen, notamment des clauses arbitrales et pénales, en s'interposant entre l'Etat et les personnes privées, qu'elles portent atteinte à la fois au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et aux intérêts personnels dignes de protection des personnes (leurs membres ou des tiers) qu'elles entendent médiatiser. Il est donc normal que le Tribunal fédéral ait fait allusion à ce principe dans l'arrêt Gruen Watch bien que, comme tel, il ne puisse être invoqué que sur le terrain du droit public. L'intervention du juge limite ici la liberté de convention dans la mesure où ce principe est détourné de son but. Nous retrouvons l'abus de droit et le principe de proportionnalité.

23. La liberté d'association, à la différence des autres droits constitutionnels, n'a jamais eu un caractère individualiste. Elle était, au contraire, proscrite par la Révolution française et l'économie libérale à condition d'être comprise comme le droit de s'associer librement et de ne pas s'associer, ne me paraît pas pouvoir entrer en conflit avec les droits de la personnalité. Au contraire, c'est bien la liberté d'association qui est un des rares principes que les ouvriers ont l'occasion de revendiquer dans l'ordre des libertés personnelles. C'est le fondement de l'organisation syndicale en Suisse et dans tout l'Occident, hormis, sauf erreur, l'Espagne et le Portugal.

On peut se demander si la jurisprudence du T.F. sur le boycott en contraignant les associations à recevoir les outsiders en certaines circonstances ne porte pas atteinte à la liberté d'association pour sauver la liberté économique. Bien que le boycott soit exclu de notre discussion, je me permettrais de préférer une solution qui assure la vie économique des sauvages en dehors de l'organisation professionnelle ce qui sauvegarderait ensemble les deux libertés.

On voit par ces quelques réflexions rapides que la protection de la personnalité n'est pas un réduit individualiste où la personne se réfugierait à l'écart de la société mais une institution éminemment sociale où la personne est prise, non comme individu abstrait, semblable et égal à tout autre, mais au contraire dans la complexité concrète des réseaux sociaux auxquels elle participe. Il s'agit de la protéger, comme source vivante et autonome de ses droits subjectifs, dans ses rapports avec autrui pour qu'elle ne soit jamais traitée en chose que l'on exploite moralement ou commercialement, ou mise en sujétion par la contrainte ou la médiatisation de groupements pseudo étatiques.

Le maniement des art. 27, 28 CC et 49 CO est très délicat et les mœurs donnent, en dernière analyse, le niveau du respect auquel la personnalité peut prétendre.

Me AGÉNOR KRAFFT, avocat à Lausanne et Genève:

J'avais l'intention de reprendre un certain nombre de points qui me paraissent essentiels. Mais après l'exposé brillant du rapporteur, je me restreindrai donc au strict nécessaire et n'aborderai que la question de la presse, en remarquant que mon confrère, sur ce point-là, a été très réservé, ce qui ce comprend, car il est lui-même journaliste, et de ce fait, juge et partie: on peut donc admettre qu'il n'ait pas voulu s'attaquer lui-même.

Je me rends compte qu'en abordant cette question, je soulèverai quelques ininitiés auxquelles je suis d'ailleurs habitué. S'il est une question que la presse ne tolère pas que l'on discute, c'est bien cette fameuse question de la liberté de la presse, qui est à mon sens absolument méconnue dans son essence, dans son histoire et dans son principe. J'ai été très étonné de voir que dans le rapport de M. Grossen cette question qui nous paraît essentielle a été en quelque sorte traitée en passant, et c'est pourquoi, le 24 août 1960, j'ai écrit à votre président et au président de la presse suisse pour relever que de sérieuses critiques avaient

été formulées contre certains journaux, notamment sur les points suivants: attitude de cette presse lors du début d'une enquête pénale, c'est-à-dire, enquêtes parallèles, indiscretions, mises en cause; il en est de même pendant la durée des dites enquêtes et, lors des débats, dans les comptes-rendus de presse. Il y a là une série de questions que je ne peux aborder ici. Le dernier point, je l'ai d'ailleurs traité dans un article paru en 1954, dans la *Schweiz. Jur. Zeitung*, p. 325, à propos de la publicité des débats. J'ai relevé également dans ma lettre-propositions, que l'affaire Jacoud avait redonné à cette question une nouvelle et grave importance et j'ai même écrit dans un article que cette affaire avait été jugée non par les juges et le jury, mais par la presse. Je sais que cette question a été abordée par la Fédération suisse des avocats, à Zermatt, mais j'estime qu'elle devrait être reprise par la Société suisse des juristes, laquelle comprend des avocats, des juges et des professeurs. C'est pourquoi j'ai proposé à M. le Président le texte d'une résolution demandant une prise de contact entre les comités des deux associations, association de la presse et Société suisse des juristes, des discussions, des rapports de ces deux sociétés, puis des pourparlers, jusqu'à votation de décisions communes sur ces points cruciaux pour l'avenir du pays. Mais M. le Président m'a dit que le comité allait vous proposer une contre-proposition et c'est pourquoi je ne vous donne pas lecture de mon texte, que je retire.

J'insiste seulement, en résumé et pour terminer, que mon système est inspiré du système appliqué en Angleterre dans les rapports entre la presse et l'administration de la justice. Il s'agit là d'une question essentielle de la protection de la personnalité en droit privé et comme seul exemple de ce système anglais, je vous citerai ce qui s'est passé à Londres il y a quelques mois. Lors du procès de cet assassin anglais à Zürich, le correspondant du *Times*, qui assistait aux débats, a écrit dans son journal un article où il rappelait que l'assassin avait prétendu que sa femme l'avait trompé. Ce fait a suffit pour que l'ex-femme de

l'assassin intentât au *Times* un procès en dommages-intérêts pour des sommes considérables: elle a échoué. Le jugement, très sévère du reste, précisait qu'en Angleterre le *Times* aurait évidemment été condamné mais qu'il s'agissait d'un jugement étranger, que les conditions étaient spéciales, cette ex-femme voulant faire une affaire, puisque c'était la femme divorcée de l'assassin, etc.

Je voulais, par cet exemple, vous faire réaliser que dans notre pays, que nous nous obstinons à appeler un *Rechtsstaat*, nous avons souvent des principes en matière de protection de la personnalité en droit privé qui font penser à ceux qui sont parfois maintenant en vigueur dans certains pays que nous considerons comme, pour le moins, moins civilisés que le nôtre. Il nous appartient à nous juristes suisses, de résoudre ce problème des excès de la presse, d'un commun accord avec les journalistes, de façon à assurer au justiciable un minimum de garanties. Et que l'administration de la justice ne soit plus souvent, littéralement, bloquée par ce nouveau pouvoir, la presse, qui rend parfois nos principes de droit inapplicables et l'objet d'une véritable dérision.

Professor Dr. KARL OFTINGER, Zürich:

Ich möchte vorab lebhaft der Tendenz sekundieren, die in den beiden verdienstvollen schriftlichen Referaten die Leitlinie bildet; daß es die Aufgabe ist der Rechtsordnung – und der Juristen! – mit adäquaten Maßnahmen den vielfachen Bedrohungen entgegenzutreten, denen heute die Persönlichkeit – der Mensch – durch gewisse Entwicklungen, vor allem der Technik, ausgesetzt ist. Die beiden Verfasser der schriftlichen Referate haben uns gezeigt, daß auf dem Boden des Privatrechts *de lege lata* bei kundigem Einsatz der vorhandenen Mittel sehr vieles erreichbar ist. Doch müßte, so scheint mir, *pari passu* das öffentliche Recht mit mobilisiert werden. Darauf möchte ich hinweisen, obwohl das heutige Thema den Schutz der Persön-

lichkeit im Privatrecht visiert. Es zeigt sich nämlich, daß gerade hier das Privatrecht sehr des Sukkurses durch das öffentliche Recht bedarf. Zwei Fragen drängen sich auf: der Beitrag des Verfassungsrechts und der Beitrag des Polizeirechts. Dabei ist vorauszuschicken, daß ja die tragenden Ideen, vor allem die Grundwerte, dem öffentlichen und dem privaten Recht im wesentlichen gemeinsam sind.

Die Verfassung der deutschen Bundesrepublik, das Grundgesetz von Bonn, statuiert in Artikel 1 und 2 den Schutz der Persönlichkeit im Rahmen eines Grundrechts. Die Würde des Menschen – so liest man dort – wird für unantastbar erklärt, und einem jeden ist das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gewährleistet. Der Erlaß dieser Bestimmungen war entscheidend für die seitherige Entwicklung der Rechtsprechung, die heute, abweichend von einer jahrzehntelangen Praxis, die Persönlichkeit in weitem Umfange schützt, selbst ohne besonderen Gesetzestext (es gibt keine Art. 27 und 28 des ZGB im BGB, es gibt keinen Art. 49 OR im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch). Es frägt sich, ob die schweizerische Bundesverfassung nicht bereits ohne eigene Bestimmung eine entsprechende Norm enthalte. Es ist nicht Sache des Zivilisten, diese Frage mit *auctoritas* zu beantworten. Doch darf er darauf hinweisen, daß nach einer neueren Auffassung – ich erinnere vor allem an einen Aufsatz, ursprünglich eine Rektoratsrede, meines verehrten Kollegen Giacometti (ZSR 74, 149 ff.) – ,die Aufzählung der Freiheitsrechte in der Bundesverfassung keineswegs abschließend ist. Vielmehr – ich folge seinen Wendungen – sei jede individuelle Freiheit, die rechtlich relevant ist, von vorneherein garantiert. Nun ist aber – und hier setze ich selber wieder ein – der Schutz der Freiheit nur ein Teilespekt der allgemeinen Idee des Schutzes von Eigenwert und Würde des Menschen und damit seiner Persönlichkeit. Ist dies zutreffend, so liegt die Folgerung nahe, daß die Bundesverfassung schon heute das Grundrecht der Respektierung der Persönlichkeit kennt.

Doch ist es wünschbar, die Bundesverfassung durch eine ausdrückliche Bestimmung zu ergänzen, welche den Schutz der Persönlichkeit generell garantiert. Die Verfassung ist, wenn man auf ihre ungezählten Revisionen zurückblickt, immer wieder der technischen Entwicklung gefolgt: Straßenverkehr, Luftverkehr, Atomenergie, demnächst die Pipelines, um einige Beispiele zu erwähnen. Immer ist sie – ich wiederhole es – der technischen Entwicklung gefolgt, und das vor allem, um dem technischen Fortschritt Raum zu geben. Es ist angezeigt, nunmehr das Gegengewicht zu schaffen mit einer Bestimmung, die dem Schutze der Persönlichkeit, unter anderem gegen ungünstige Auswirkungen der Technik, gewidmet ist. Ich denke dabei an eine näher zu prägende Formulierung ungefähr in der Art derjenigen des Grundgesetzes von Bonn. Ob man es wahr haben will oder nicht, der Mensch ist durch den Gang unserer Zivilisation, die beschleunigt weitereilen wird, so sehr den Aggressionen einer schonungslosen Umwelt preisgegeben, daß wirksame Dämme zu errichten ein dringendes Gebot ist. Dies hat vorab auf der Stufe der Verfassung zu geschehen.

Eine verfassungsrechtliche Garantie – wäre sie nun ausdrücklich im Text der Verfassung ausgesprochen, oder nähme man an, daß sie schon heute darin enthalten ist – müßte als Gebot und Mahnung ihre Wirkung ausüben, vor allem auf den Gesetzgeber und die Verwaltung in Bund und Kantonen. Ich denke neben anderem an das penible Kapitel der Immissionen aller Art, die uns die technische Entwicklung eingebbracht hat: an den allgegenwärtigen Lärm, an die Geruchsemanationen, um nur zwei Beispiele zu erwähnen. Sie stellen eine starke Schmälerung von Würde und Freiheit des Menschen und damit Eingriffe in die Persönlichkeit dar. Und wenig, sehr wenig, geschieht von Staats wegen dagegen.

Die Frage der sogenannten Drittirkung einer verfassungsrechtlichen Norm (also die Frage, ob sie auch unter den Privaten wirke, vom Zivilrichter zu beachten sei), sei lediglich gestreift. Bejahe man sie oder nicht: die Norm

kann vom Privatrecht nicht ignoriert werden, weil eben die Wertordnung an den entscheidenden Punkten im Privatrecht und im öffentlichen Rechte dieselbe sein muß. Die Verfassung enthält oberste Wertentscheidungen, hier die Entscheidung zugunsten der Persönlichkeit. Der Zivilrichter hat ihr dann z.B. in einem Immissionenprozeß Rechnung zu tragen und den Kläger eher zu schützen, als er ohne solche Anweisung leicht geneigt ist. Dies war denn auch – ich möchte das sehr unterstreichen – eine der Wirkungen der vorhin erwähnten Doppelbestimmung des Bonner Grundgesetzes. Sie hat in der Tat zur Folge gehabt, im Bereiche der Verwaltungsgerichtsbarkeit wie im Bereiche der Zivilgerichtsbarkeit, daß Immissionen viel eher als unerlaubt bezeichnet worden sind.

Wie an das Verfassungsrecht, so hat der Zivilist im Interesse des Schutzes der Persönlichkeit auch Wünsche an das Polizeirecht zu richten. Meine Bemerkungen knüpfen wiederum an das wenig erfreuliche Kapitel der Abwehr von Immissionen und ähnlichen Störungen an. Man denke z.B. an die Auswirkungen des Straßenverkehrs. Sie bedeuten – wir haben es gerade gehört – eben als Störungen, Eingriffe in die Persönlichkeit. Die Unwirksamkeit des polizeilichen Schutzes gegen Störungen beruht zum Teil darauf, daß die traditionelle Konzeption der Polizei durchwegs deren Wirkung, die Freiheit zu beschränken, hervorhebt, und daß sie überdies, ohne Präzisierung, unverbindlich von der Freiheit und speziell vom Eigentum spricht. Ziel und Wirkung des polizeilichen Eingriffes sind aber, ins Positive gewendet, in dem hier interessierenden Bereich der Schutz, und zwar nicht allein von Freiheit und Eigentum, sondern allgemeiner: der Persönlichkeit. Darum geht es bei der Abwehr von Störungen aller Art, auch wenn die Polizei das Motiv der Wahrung öffentlicher Interessen zum Ausgangspunkt hat. Die Nuance scheint mir sehr wesentlich zu sein.

Die übliche Zaghaftigkeit polizeilichen Eingreifens gegen Störungen, sie mögen noch so arg sein, hat hier eine ihrer Wurzeln, nämlich in der Furcht davor, die Freiheit des

Störers zu beschränken. Erkennt indes die Polizei, daß sie die Aufgabe erfüllt, die schützenswertere Freiheit des Opfers – allgemeiner: seine Persönlichkeit – zu schützen, dann verliert jenes retardierende Motiv seine Berechtigung. Dringt solche Einsicht durch, dann verwirklicht sich auf allgemeinerem Plane, als damals zur Beurteilung stand, ein Diktum des Bundesgerichts, das die beiden Referenten, die Herren Jäggi und Grossen, in einem anderen Zusammenhang zitiert haben: «La vie privée doit être murée». Heute dagegen ist die «vie privée» ohne ausreichenden rechtlichen Schutz; die Mauer, von der hier gesprochen wird, besteht nicht. «La vie privée» ist derart den Störungen der Umwelt preisgegeben, die uns das technische Zeitalter eingebracht hat, daß – wie gesagt – Dämme zu errichten sind auf Gebieten des öffentlichen Rechts, von denen ich zwei berührt habe; auf der obersten Stufe das Verfassungsrecht, auf einer unteren Stufe das Gebiet des effektiv gemachten Polizeirechts, das sich in sehr viele Bereiche hinein hilfreich auswirken kann.

Das sind die Bemerkungen, die ich mir erlaubt habe, Ihnen vorzutragen. Es ist vorhin angedeutet worden, daß vielleicht die Fassung einer Resolution in Betracht kommt; ich habe mir erlaubt, dem Vorstand den Text einer solchen auf den Tisch zu legen. Gestatten Sie, daß ich sie hier in deutscher Fassung vorlese (es ist auch eine französische Fassung bereitgestellt worden). Sie versucht, im Rahmen einer alten Tradition, die in den letzten Jahren etwas in *abusus* gekommen ist, die Quintessenz der Referate zusammenzufassen, und erstrebt dann weiter, den Horizont zu öffnen in der Richtung, die ich jetzt ange deutet habe: in der Richtung gewisser Hilfen von Seiten des öffentlichen Rechtes her. Der Text der Resolution lautet folgendermaßen:

«Der schweizerische Juristentag 1960, nach Kenntnisnahme von den Referaten der Herren Prof. Jäggi und Prof. Grossen, bejaht nachdrücklich die darin

zum Ausdruck gebrachte Tendenz nach verstärktem Schutz der Persönlichkeit mit den Mitteln des Privatrechts.

Die Versammlung ist sich indes bewußt, daß angesichts der Gefährdung der Persönlichkeit in der heutigen technischen Zivilisation und Massengesellschaft auch der Schutz durch die Grundrechte der Verfassung eine stark erhöhte Bedeutung erlangt, und daß ferner der Schutz durch das Polizeirecht und das Verfahrensrecht der Intensivierung und des Ausbaues bedarf.»

(Französische Fassung, redigiert von Herrn Bundesrichter Dr. A. Favre:

«Le congrès de 1960 de la Société suisse des juristes, après avoir pris connaissance des rapports de MM. les Professeurs Jäggi et Grossen ainsi que de Me Marcel Regamey, appuie fermement la tendance qu'expriment ces exposés d'une protection renforcée de la personnalité humaine par les moyens de droit civil.

L'assemblée est, de plus, pleinement consciente de ce que la mise en danger de la personnalité par le développement de la technique et de la civilisation de masse confère à la protection de la sphère personnelle par les droits fondamentaux de la constitution une importance fortement accrue et de ce que, en outre, la sauvegarde de la personnalité doit être rendue plus efficace à l'aide de prescriptions du droit de police et du droit de procédure.»)

Nur soviel zur Kommentierung. Wie Sie hören, ist im zweiten Teil der Resolution die Richtung gewiesen auf das Verfassungsrecht und auf das Polizeirecht zu, von denen ich in meinem Votum gesprochen habe, und es ist auch das Verfahrensrecht – sei es nun Zivilprozeß, sei es Strafprozeß oder Administrativprozeß – erwähnt; in diesen Komplex gehören dann Teilprobleme, wie etwa das des Schutzes der

Parteien, der Zeugen, weiterer Personen, und dies gegen Attacken, gegen übermäßige Publizität, etwa von seiten der Presse, von seiten des Fernsehens u. dgl. mehr.

Monsieur le Juge fédéral ALBERT COMMENT:

Messieurs les rapporteurs ont analysé d'une manière très approfondie la jurisprudence du Tribunal fédéral. J'ai lu ces rapports avec beaucoup d'intérêt. Je me permets de revenir sur l'un ou l'autre point.

1. *Rapports entre les droits attachés à la personnalité et les libertés individuelles.* M. Grossen rappelle (p. 14a et suiv.) la doctrine et la jurisprudence qui établissent la distinction entre ces deux domaines – les droits attachés à la personnalité valant dans les rapports d'individus à individus, les libertés individuelles dans les rapports de l'individu avec l'Etat. D'accord avec une opinion de doctrine récente, il paraît de plus souhaiter que les libertés individuelles déplient des effets réflexes de plus en plus marqués sur les relations entre individus. Il ne va cependant pas jusqu'à postuler leur application directe à celles-ci. Il demande simplement que le juge les prenne en considération dans l'interprétation des droits de la personnalité, au stade de la pesée des intérêts en présence que les art. 27/28 CC exigent du juge. C'est ce que le Tribunal fédéral a fait dans les arrêts RO 82 II 302 et 71 II 191. Je ne pense pas qu'on puisse aller plus loin. La Constitution fédérale règle l'organisation fondamentale de l'Etat et formule les droits de l'individu face à l'Etat. Le CC contient l'exécution de ces principes dans le domaine de la personnalité, singulièrement aux art. 27/28, qui doivent être interprétés pour eux-mêmes. Toutefois, dans cette interprétation, par exemple à propos de la licéité des atteintes à la personnalité, le juge peut s'inspirer de principes plus généraux, tels ceux de la Constitution fédérale. Avec M. Jäggi (p. 219a/220a), je pense cependant que cette influence du droit public sur cette partie du droit privé restera modeste dans l'avenir. Sans

doute les barrières entre le droit public et le droit privé cèdent sur plusieurs points. La structure de notre Etat fédératif et l'organisation des compétences judiciaires dans la Confédération et les cantons ne permettent toutefois pas de les supprimer.

2. *Dommage moral.* Les deux rapporteurs (p. 37a–44a, p. 189a) postulent une application plus généreuse de l'art. 49 CO. Il me semble également que, d'une manière générale, les montants alloués à ce titre par les tribunaux sont trop modestes si l'on tient compte d'une dévaluation certaine de la monnaie depuis 25 ans. Il serait désirable, en particulier, que l'une des deux exigences de l'art. 49 CO : gravité particulière du préjudice subi et de la faute, soit supprimée, de préférence la gravité de la faute. Cela éviterait peut-être de nombreuses procédures pénales. A Berne, ces exigences sévères furent pour beaucoup dans l'admission du lésé comme partie plaignante dans la procédure pénale. De plus, je pense avec M. Grossen que l'élévation sensible du taux de l'indemnité pour tort moral aurait un effet préventif appréciable.

3. *Action en cessation du trouble.* Avec les rapporteurs, je pense que cette action n'a pas grand effet en pratique. Elle ne peut guère jouer que si le juge est en mesure de prescrire au condamné un comportement déterminé et de prévoir la sanction appropriée. Dans ce chapitre figure l'action en cessation du trouble à mariage (Ehestörungsklage). Le rapporteur de langue française (p. 113a et suiv., p. 116a ch. 11) approuve dans l'ensemble la jurisprudence RO 78 II 289 et 84 II 329, le rapporteur de langue allemande (p. 182a/183a) est plus nuancé. Tandis que le premier juge cette action irrecevable, le second s'en montre partisan tout en reconnaissant qu'en pratique, elle sera souvent rejetée.

Sur le principe, la jurisprudence est claire. Elle admet nettement que le tiers qui entretient avec un époux des relations contraires au mariage et trouble l'union conjugale porte atteinte aux intérêts personnels de l'autre époux et peut encourir la sanction de l'art. 49 CO si les conditions

particulières en sont données. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas admis l'action en cessation du trouble, parce que:

a. dans cette matière, le juge ne peut pas fixer avec assez de précision le comportement futur du conjoint condamné avec la sanction qui convient, sans limiter dans une mesure inadmissible la liberté de celui-ci;

b. le droit pénal n'assure pas une répression de l'adultère dans tous les cas et que les mesures de l'art. 169 CC paraissent être les seules sanctions retenues par le législateur contre l'époux qui viole les devoirs conjugaux de fidélité. La critique de la jurisprudence faite par MM. les rapporteurs (p. 110a/111a et 182a/183a) m'a fait une certaine impression et si l'occasion s'en présente, je me promets de la prendre en sérieuse considération. Les imperfections de la répression pénale de l'adultère ne devraient en effet, me semble-t-il, pas être un obstacle à l'admission de l'action en cessation, pas plus que les art. 169 et suiv. CC, et j'admetts qu'on peut concevoir des cas où le comportement du condamné peut être prescrit avec précision. En revanche, cette action sera souvent aléatoire quant au dommage moral, vu les conditions exigées par l'art. 49 CO et aussi le fait que ces relations extraconjugales se produisent souvent comme représailles à des relations semblables de l'autre époux, ou à un moment où le lien conjugal est déjà irrémédiablement détruit par la faute de l'autre époux.

4. M. Jäggi (p. 158a) s'en prend à la jurisprudence RO 73 II 65 et 75 II 309, qui accepte que des associations professionnelles intentent des actions concernant les intérêts généraux de leurs membres qu'elles sont chargées de défendre conformément à leurs statuts. Il me semble que cette jurisprudence est solidement motivée et qu'elle doit être approuvée.

5. S'agissant de la renonciation par avance à une voie de droit, M. Jäggi (p. 153a) ne l'admet que dans les cas où le

juge ordinaire peut être remplacé par un arbitre. Ce sera souvent ainsi en pratique. La jurisprudence du Tribunal fédéral présente cependant la question sous un angle un peu différent. Elle admet la possibilité pour les parties de renoncer au recours en réforme avant que le jugement cantonal soit rendu et même avant l'introduction du litige, mais seulement dans les litiges dont elles peuvent librement disposer, non pas dans ceux où l'ordre public est intéressé, comme par exemple dans l'action en divorce. Et elle a prescrit pour ce dernier cas que la renonciation au recours en réforme n'est possible qu'après réception du jugement cantonal écrit (RO 79 II 237). Il me semble personnellement que cette jurisprudence va trop loin. J'admettrais la renonciation dès que le jugement est rendu en séance publique et que le renonçant connaît les motifs dans les grandes lignes; pas, en revanche, avant qu'il soit rendu. Une jurisprudence beaucoup plus large paraît cependant exister dans certains cantons.

Peut-être peut-on citer ici la jurisprudence de la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral qui fait abstraction du délai de recours lorsque, par la saisie, le débiteur se verrait retirer le vivre ou le coucher nécessaires, ou lorsqu'il y a atteinte au minimum vital, de sorte que le débiteur est placé dans une situation intolérable (RO 84 III 37 et les arrêts cités). Ces arrêts invoquent, il est vrai, exclusivement des raisons humanitaires et l'ordre public. Je pense qu'on pourrait tout aussi bien faire état de la protection de la personnalité du débiteur.

6. Les deux rapporteurs postulent la reconnaissance de l'action en constat comme moyen de satisfaction dans le cadre des art. 27, 28 CC et 49 CO, indépendamment de l'action tendant à une prestation (p. 44a et 192a–194a). Depuis que la jurisprudence reconnaît l'action en constat comme ayant sa base dans le droit fédéral, lorsqu'elle se rapporte à des matières de droit civil, et vu la teneur de l'art. 25 LPCF, je ne vois pas ce qui peut encore faire

obstacle à ce qu'on tienne compte de ces vœux, car il est indéniable que la constatation d'une atteinte illicite aux intérêts personnels du lésé peut aussi constituer une sanction appréciable pour celui-ci.

7. Dans le domaine des moyens de preuve en procédure civile, on trouve dans les rapports de judicieuses remarques au sujet de la protection de la personnalité. Il s'agit, à vrai dire, ici de la liberté de l'individu, opposée à l'Etat dans ses fonctions d'administration de la justice. M. Grossen (p. 64 a-66 a) se rallie dans l'ensemble à la jurisprudence de l'arrêt RO 82 I 234 relatif à l'expertise du sang dans les affaires de paternité. Cet arrêt de la Cour de droit public me paraît juste. En l'absence d'une disposition claire de la loi de procédure, le tiers n'a pas l'obligation de se soumettre à l'expertise du sang. Qu'elle soit d'importance ou non, il s'agit d'une atteinte à la liberté de mouvement de l'individu, et même à son intégrité corporelle. Il ne me paraît pas douteux que les prescriptions générales sur l'obligation de déposer en justice ne permettent pas d'obliger le tiers à se soumettre à l'expertise du sang. Si pareille disposition spéciale existe et prévoit cette obligation, je ne vois pas pourquoi la contrainte ne pourrait pas être employée à cet égard.

8. Du catalogue des droits attachés à la personnalité civile établi par MM. les rapporteurs, catalogue que j'approuve dans l'ensemble, je voudrais enfin en extraire un auquel on peut voir une allusion discrète dans les rapports (p. 56 a/57 a et 168 a n. 52): le cas des survivants d'une personne décédée dans un hôpital et qui, malgré la demande du médecin, s'opposent à l'autopsie du cadavre. Ce cas rentre-t-il dans la protection des droits attachés à la personnalité des survivants ? La grande majorité des auteurs reconnaissent aux survivants le droit de disposer du corps de leur défunt dans les limites du droit public, c'est-à-dire le droit de se faire remettre le corps, d'en prendre soin jusqu'aux obsèques, de décider du mode de celles-ci et de

s'opposer à toute autopsie non expressément prévue par une disposition légale de droit public. Il me paraît indéniable que les survivants d'un parent décédé ont le droit attaché à leur personnalité de donner libre cours à leurs sentiments de piété et de respect à l'égard de leur disparu, droit qui prime la curiosité du médecin ou même l'intérêt scientifique à déceler plus clairement les causes du décès. Si l'Etat veut limiter davantage ces droits, il doit le faire dans une réglementation claire et précise.

Le problème de la protection de la personnalité en droit privé est un des problèmes éternels du droit. Il est au centre de l'évolution juridique de tous les pays et il se place en étroite relation avec le régime politique d'un Etat. Personnellement, je souhaite que les art. 27 et 28 CC restent le rempart solide abritant cette protection et remercie MM. les rapporteurs d'avoir attiré notre attention une nouvelle fois et de magistrale façon sur cette colonne maîtresse de notre droit privé suisse.

Professor Dr. HANS HUBER, Bern:

Wir nüchternen Schweizer meiden, das Wort Persönlichkeit oder gar das Wort von der Menschenwürde allzu häufig in den Mund zu nehmen. Aber heute vormittag müssen wir wegen eines wichtigen Themas und eines brennenden Anliegens das gleichsam über uns ergehen lassen.

Aus beiden Referaten leuchtet, insbesondere aus dem gedruckten Referat von Herrn Prof. Jäggi, schön und eindrücklich das Bild des Menschen im abendländischen Recht hervor, das im schweizerischen Privatrecht seine Vollendung durch das ZGB fand und heute noch findet, das aber auch ungeschrieben den leider unvollendeten, unvollständigen Grundrechtsverbürgungen der Bundesverfassung voransteht. Es ist das Bild des zugleich freien und verantwortlichen Menschen. Seit der Bildung unserer abendländischen Rechtskultur, seit der griechische Strom mit dem christlichen und später mit dem germanischrechtlichen zu-

sammenfloß, ist dieses Bild nie verwischt worden, obschon die einzelnen geschichtlichen Epochen noch ihre besonderen Pinselstriche auftrugen, wie etwa das Zeitalter des Rationalismus im französischen *code civil* das Bild malte von der Persönlichkeit, die sich und ihrer vernünftigen Selbstbestimmung viel zutraut. In der Gegenwart schlägt die Rechtsphilosophie da und dort stark die Richtung der philosophischen Anthropologie ein, in der ganz der Mensch im Mittelpunkt steht. Daraus geht dann auch hervor, daß die Wertordnung der Verfassung eine einheitliche ist, weil die Person, die Persönlichkeitsidee, eine einheitliche ist. Es kann nicht in der Richtung gegen soziale Gewalten etwas anderes und entgegengesetztes gelten zum Schutze der Persönlichkeit, als in der Richtung gegen den Staat und die öffentliche Gewalt.

Man übertreibt wohl nicht, wenn man geradezu sagt, daß diese Angleichung an die Wertordnung der Verfassung mitwirkte, als überhaupt in unserem Zivilgesetzbuch die Artikel 27 und 28 und im Obligationenrecht der Artikel 49 geschaffen wurden. Es ist aber auch nötig, den soziologischen Hintergrund zu beleuchten, vor dem wir heute über die Persönlichkeitsrechte diskutieren und beraten.

Die menschliche Person ist in eine nie dagewesene Abwehrstellung hineingeraten. In den gesellschaftlichen Beziehungen hat sie die Entwicklung der Technik zu ertragen und zu erdulden, aber auch eine Machtdichte, wie man in Deutschland sagt, eine Vermachtung, die noch nie dagewesen ist, jedenfalls nicht vor dem ersten Weltkrieg.

Herr Kollege Oftinger hat in einer Schrift das Wort ausgesprochen vom «Schädigungspotential» der menschlichen Person, das angewachsen sei. Betroffen sind die Würde, die freie Entfaltung des Menschen, aber auch sein Privatleben, sein Bedürfnis nach einer abgeschirmten Privatsphäre. Gar kein Zweifel, daß die modernen Massenkommunikationsmittel Radio, Fernsehen, aber auch der Film und eine gewisse Presse Faktoren eines schonungslosen Eindringens in den nicht mehr genügend abgeschirmten Privatbereich sind.

Daß die amerikanische Präsidentschaftswahl vom nächsten Monat zu einem guten Teil das Ergebnis der Fernseh-Schaustellungen der beiden wohlgeschminkten Kandidaten sein wird, liegt auf einer etwas anderen Ebene. Ganz gewiß, man sagt auch bei uns, daß die sogenannten Personen der Zeitgeschichte und die Politiker mehr ertragen müssen von hemmungsloser Publizitätssucht. Aber symptomatisch ist das doch auch; man müßte Mitleid haben, und eigentlich ist es eine starke Abwertung der Substanz echter Politik, daß so etwas geschehen kann.

Herr Dr. Regamey hat in seinem Referat zu dem Persönlichkeitsschutz im Privatrecht die Justiziabilität gewisser Streitigkeiten bezweifelt. Er glaubt, daß die Privatrechtsprechung eigentlich nicht eine Ordnung erst schaffen könne, die nicht schon da ist. Ich möchte ihm da etwas entgegnen. Ich glaube nicht, daß die Persönlichkeitsrechte nicht schon anknüpfen können an eine Ordnung, die schon da ist. Die Idee der sittlichen Persönlichkeit ist zugleich ein Element einer schon bestehenden Ordnung und nicht nur Gegenstand eines politischen Kampfes um erst werdendes Recht, der noch aussteht, und daraus können auch die Gerichte ihre Schlüsse ziehen. Und die Kollisionsfälle sind zum größten Teil nicht Kollisionen in einer Wertantinomie, sondern es sind nur kollidierende Lebenslagen. Das Bild der menschlichen Persönlichkeit ist nicht Gegenstand eines Wertpluralismus, sondern eines Wertmonismus.

Vor diesem historischen, soziologischen Hintergrund stellt sich nun die schon mehrfach erwähnte Frage, welche Beziehung die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts zu den Freiheitsrechten und anderen Grundrechten der Verfassung haben. Ich habe in einer Abhandlung in der Zeitschrift für schweizerisches Recht¹ versucht, in dieser fast aussichtslosen Verteidigungslage des Einzelnen behutsam zu erwägen, ob nicht angezeigt sei, von der einseitigen Staatsrichtung der Verfassungsrechte abzugehen, und ihnen auch

¹ ZSR Bd. 74 1955 S. 173 ff.

eine gewisse Drittirkung, Horizontalirkung für die mitmenschlichen Beziehungen zuzugestehen. Mit einigen Ausnahmen haben Doktrin und Rechtsprechung in der Schweiz bis jetzt davon nichts wissen wollen. Eine Ausnahme ist z.B. unser Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen. Da wird ausdrücklich verlangt, daß nur solche Gesamtarbeitsverträge verbindlich erklärt werden können, welche die Verbandsfreiheit respektieren. Warum soll das nur dort Voraussetzung sein für die Allgemeinverbindlicherklärung? Warum soll nicht allgemein verlangt werden, daß die Koalitionsfreiheit respektiert werde? In andern Staaten entfalten mindestens bestimmte Grundrechte nach der ausdrücklichen Formulierung der Verfassung auch eine solche Drittirkung, etwa auch die Meinungsfreiheit.

Herr Prof. Jäggi hat vorhin in seinem mündlichen Referat in verdankenswerter Weise noch ein Verzeichnis der Literatur der letzten Stunde vorgelesen. Ich möchte sie noch um eine Position ergänzen. Vor vierzehn Tagen ist von einem jungen Münchener Privatdozenten ein Buch erschienen über Privatrecht und Grundrechte². In diesem Buche wird der Nachweis geführt, daß die einseitige Staatsrichtung der Verfassungsrechte ein Produkt des neunzehnten Jahrhunderts ist: Daß früher etwa das preußische Landrecht durchaus auch einen grundrechtlichen Gehalt in den mitmenschlichen Beziehungen unter den Rechtsgenossen kannte, daß die girondistische Erklärung der Menschenrechte einen grundrechtlichen Gehalt in das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu legen versuchte. Die einseitige Staatsrichtung ist ein Produkt des neunzehnten Jahrhunderts, sage ich, des Positivismus, und im Privatrecht insbesondere des Gedankens, daß es in den mitmenschlichen Beziehungen keine objektlosen Rechte gebe. Heute ist das doch wohl, jedenfalls bei uns, überwunden. Die einseitige Staatsrichtung der Grund-

² WALTER LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, 1960.

rechte spaltet die sittliche Persönlichkeitsidee von der Rechtspersönlichkeit.

Aber, nun kann ich Sie beruhigen, es geht ganz und gar nicht darum, die Autonomie des Privatrechts und seiner Persönlichkeitsrechte anzutasten oder diese zu ersetzen. Im großen und ganzen wird man sich nach wie vor an die klassische Formulierung des Eggerschen Kommentars halten, wo von der Selbständigkeit des Privatrechtes im Vergleich zu den Verfassungsrechten die Rede ist, wo aber auch betont wird, daß man dafür einstehen müsse, daß nicht die einen Rechte illusorisch werden, wenn die anderen gelten.

Es scheint mir aber, es dürfe nicht übersehen werden, daß es doch Fälle gibt, wo der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz versagt, wo aber die Inspiration durch die Verfassungsrechte zu einem fruchtbaren und großen Ergebnis führen könnte. Ich will nur ein Beispiel erwähnen, ein sehr aktuelles freilich, das Gebot, daß kein Schweizer seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen werden darf, auch nicht durch eine soziale Gewalt, nicht nur nicht durch den Staat. Das Bundesgericht als Zivilgericht hat in dem Uhrenboykottfall sich nicht am Gebot des verfassungsmäßigen Richters orientiert und einen Boykott als gerechtfertigt angesehen, der ausgeübt wurde, um einen Schweizer unter eine Verbandsschiedsgerichtsbarkeit zu zwingen. Entscheidend ist, daß über den Persönlichkeitsrechten und den Grundrechten eine einheitliche Wertordnung steht, und daß die Verfassung diese Wertordnung übernommen und feierlich verankert hat. Das deutsche Bundesverfassungsgericht faßte dieses Gebot, daß sich der Zivilrichter bei Beurteilung des Persönlichkeitsschutzes auch von den Grundrechten der Verfassung leiten zu lassen habe, in folgende treffende Worte:

«Vom grundrechtlichen Wertesystem fließt auch dem Privatrecht ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung mitbestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über die Persönlichkeitsrechte bleibt zwar

materiell und formell ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, aber die Auslegung hat der Wertordnung der Verfassung zu folgen.»

Meines Erachtens steht diese Wertordnung der Verfassung über der mehr nur strukturellen Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Das Bundesgericht ließ sich vereinzelt, aber nicht durchgängig auch von dieser Auffassung lenken, so hinsichtlich der Pressefreiheit in einem schönen Urteil im Band 71 II, wo es in den Urteilsgründen bei Beurteilung eines Genugtuungsanspruches wegen Ehrverletzung durch die Presse heißt: «Bei dieser Bewertung hat sich der Zivilrichter daran zu halten, wie der Gesetzgeber, vor allem der Verfassungsgesetzgeber, die Presse eingeschätzt hat. Hierüber gibt Art. 55 der Bundesverfassung Aufschluß.» Auch in Boykotturteilen ließ man sich schon von der Gewerbefreiheit inspirieren, in einem Zürcher Zigarettenfall aus dem Ende der zwanziger Jahre und später wieder. Freilich ist dann in allerletzter Zeit ein gewisser Novemberfrost über diese Praxis geraten.

Noch ein kurzes Wort über das Verhältnis von Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit.

Sie wissen, daß durch die Revision des Strafgesetzbuches von 1950 für die zahlreichen Fälle, in denen der Persönlichkeitsschutz mit der Pressefreiheit kollidieren kann – eben als Kollision von zwei Lebenslagen –, der Aufgabe der Presse im demokratischen Staat wieder ein besserer Schutz zuteil wurde als nach der ursprünglichen Fassung des StGB. Die Zeitungsschreiber, die ernsthafte Gründe hatten, eine zwar objektiv unwahre und ehrenrührige Äußerung in guten Treuen für wahr zu halten, sind nicht strafbar. Zu dieser Lösung wird wohl heute die große Mehrheit unseres Volkes und auch der Juristen stehen. Die bloße Möglichkeit, den Wahrheitsbeweis zu leisten, oder die andere Möglichkeit, eine unwahre Tatbehauptung rechtzeitig zu widerrufen, genügen nicht für das Kritikbedürfnis in einem solchen Staat durch die Presse, auch durch eine verantwortungsbewußte Presse.

Von der neuen Lösung des StGB hat sich bereits auch die Zivilrechtsprechung leiten lassen. Aber in Anbetracht des düsteren Hintergrundes, vor dem wir stehen, haben die Ehre und auch die Privatsphäre – ich würde wie Herr Jäggi annehmen, daß es mit der Zeit notwendig sei, bei den Persönlichkeitsrechten auch einzelne ideelle Rechtsgüter zu nennen – einen strengeren Schutz nötig, eine Anspannung der Rechtsprechung. Es muß darauf geschaut werden, ob eine Presseäußerung wirklich noch in den Rahmen der Aufgabe der Presse falle, der Wahrung berechtiger Interessen diene, und ob eine zumutbare, nicht eine unzumutbare Prüfung der Wahrheit vorausgegangen ist. Der deutsche Entwurf für ein Persönlichkeitsschutzgesetz, der übrigens für uns Schweizer außerordentlich lehrreich ist, ist nicht schärfer, aber expliziter als unser neuer Art. 173 des StGB. Die anständige Presse, selbst wenn sie mutig in der Kritik öffentlicher Mißstände ist, hat von einem besseren Persönlichkeitsschutz und Ehrenschutz und einem besseren Schutz der Privatsphäre nichts zu fürchten, weder strafrechtlich noch zivilrechtlich. Ja noch mehr, es wird sich ganz bestimmt erweisen, daß die freie Meinungsäußerung durch die Presse und der Ehrenschutz der gleichen Persönlichkeitsidee zugeordnet sind.

Professor Dr. HANS MERZ, Bern:

Ich möchte im Dank an die Referenten, die uns ja eine eigentliche Neukommentierung der Art. 27 und 28 ZGB beschert haben, besonders unterstreichen, daß sie es verstanden haben, auf der grundsätzlichen Basis eine Erläuterung zu geben, die nicht im Allgemeinen und Unverbindlichen stecken bleibt, sondern zu den konkreten Fragen und zu den konkreten Wertungen vorstößt.

Ich habe es etwas bedauert, daß im Katalog der speziell behandelten Fragen vorwiegend die Gefahren, die durch die moderne Entwicklung der Technik der Persönlichkeit drohen, behandelt worden sind und nicht auch die Frage der

wirtschaftlichen Persönlichkeit, dies im Hinblick auf die Abgrenzung des Widerrechtlichen vom Erlaubten, die hier ganz besonders schwer ist. Immerhin sind im allgemeinen Teil der Referate und auch in den heutigen Ausführungen des Herrn Regamey gewisse Richtlinien aufgezeigt, insbesondere – allerdings mit etwas verschiedener Gewichtsverteilung – die Richtlinien aus dem Verfassungsrecht, die Frage der Drittewirkung der Verfassung, der Bedeutung der Grundrechte auch im privatrechtlichen Bereich.

Ich möchte in keiner Weise wiederholen, was heute gesagt worden ist, aber vielleicht festhalten, daß niemand etwa behauptet, es solle eine unmittelbare Anwendung der verfassungsrechtlichen Norm stattfinden. Es handelt sich nur um eine Inspiration, um eine Auslegungshilfe beim Erfassen der Freiheit der wirtschaftlichen Persönlichkeit, um den sich aufdrängenden Schluß, eine Verfassung, die dem Einzelnen die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung gegenüber dem Staat feierlich garantiert, könne es nicht zulassen, daß nun privatwirtschaftlich und privatrechtlich ein eigentlicher *numerus clausus* auf dem Wege des Boykotts und der Diskriminierung eingeführt werde. Wo die Grenzlinien im einzelnen verlaufen, ist mit dieser Feststellung nicht gesagt. Aber mißachten darf der Zivilrichter dieses Leitmotiv, das ihm in der Verfassung gegeben ist, sicher nicht, und es ist auch bereits betont worden, daß ja in verschiedenen Urteilen zur Pressefreiheit und auch zur Freiheit der wirtschaftlichen Persönlichkeit das Bundesgericht diese Beziehung klar herausgestellt, in anderen Urteilen dann allerdings mit Stillschweigen übergangen hat.

Es will mir nun scheinen, daß man die abschließende Bemerkung, die im Referat von Herrn Jäggi zu dieser Frage enthalten ist, nämlich, es sei nicht Sache des Zivilrichters, in die Wirtschaftsverfassung Ordnung zu bringen, nicht ganz billigen kann. Nämlich weil und soweit die Wirtschaftsverfassung ihr Gepräge auch erhält durch das Verhalten Privater untereinander, kann ja der Zivilrichter

dem Urteil über Konflikte in diesem Verhalten der Privaten untereinander nicht ausweichen. Und indem er nun ein Urteil fällt über die Frage, wie weit die persönliche Wettbewerbsfreiheit beschränkt werden kann durch privatwirtschaftliche Mittel, gestaltet er unausweichlich auch die Wirtschaftsverfassung. Sein Urteil hat notwendigerweise Ordnungsfunktion. Und es hat diese Ordnungsfunktion sogar dann, wenn gestützt auf eine rein formal verstandene Privatautonomie und Vertragsfreiheit der privatwirtschaftlich, privatrechtlich wirkte Ausschluß des Einzelnen von der Möglichkeit freier wirtschaftlicher Betätigung gebilligt wird, eine Auffassung, die übrigens, wie ich verstanden zu haben glaube, Herr Jäggi nicht billigen würde. Ich würde aber weiterfahren: wer die private Wettbewerbsfreiheit in einem gewissen Ausmaß anerkennt, der anerkennt notwendigerweise den Zusammenhang auch zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Ordnung, oder – anders ausgedrückt –, er anerkennt den institutionellen Charakter des betreffenden verfassungsrechtlichen Grundrechts.

Eine zweite Bemerkung möchte ich mir noch erlauben zur Frage der Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes insbesondere gegenüber aufdringlichen Publizitätsmitteln. Heute ist gesagt worden, daß die Beseitigungs-klage eine sehr geringe Rolle spielt. Ich glaube, wir sind uns darüber einig, daß das nicht unbedingt heißen will, die Störungen, die eine Beseitigung verlangen, seien wenig zahlreich, sondern es ist eben so, daß der Rechtsschutz hier nicht auszureichen vermag. Ich erinnere nur an die Stellungnahme des Anwalts gegenüber dem Klienten, der sich bei ihm über eine Ehrverletzung durch die Presse beklagt. In neun von zehn Fällen wird ihm der kluge Anwalt sagen: «Tun Sie nichts, es kommt sonst nur noch dümmer heraus, wenn Sie sich irgendwie zu wehren versuchen». Da möchte ich mich immerhin fragen, ob privatrechtlich vielleicht noch gewisse Verbesserungen des Schutzes möglich sind. Ich nehme das Beispiel der widerrechtlichen Verwendung

von Photographien in der Presse, oder sagen wir deutlich, in der Sensationspresse. Es ist ganz klar, daß ein obsiegendes Urteil über die Widerrechtlichkeit dieser Verwendung dem Betroffenen nichts mehr nützt nach drei Monaten oder vielleicht auch erst nach drei Jahren, wenn unterdessen das Bild in Hunderttausenden oder vielleicht sogar – je nach dem Organ, in welchem es abgedruckt wurde – in Millionen von Exemplaren erschienen ist. Hier könnten die Bestimmungen über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag mit Nutzen herangezogen werden. Die ausländische Praxis ist gelegentlich so vorgegangen. Es geht in der Tat um die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag: wenn jemand schon unerlaubterweise mit dem Bild eines andern glaubt, seine Geschäfte machen zu können, so soll der Geschäftsherr, dessen Recht hier eben ohne seine Billigung verletzt worden ist, auch gemäß der Regel des Art. 423 OR den Vorteil abschöpfen können, ein Gedanke, der nicht ganz so neuartig ist, der ja im Gewerberecht, im immateriellen Güterrecht, durchaus vertraut ist.

Und eine weitere Bemerkung zum Ungenügen des Rechtsschutzes. Ich glaube, daß die Voraussetzungen der Selbsthilfe vielleicht etwas häufiger gegeben sein können, als das beispielsweise im Referat von Herrn Jäggi ausgeführt ist. Denn wiederum: was nützt es mir, die Identität des Pressephotographen feststellen zu lassen, der unerlaubterweise eine Aufnahme gemacht hat, um dann eben erst, nachdem die Photographie veröffentlicht worden ist, diese Unerlaubtheit auch gerichtlich feststellen zu lassen. Ich glaube, daß hier die Voraussetzungen des Art. 52 OR vorliegen können: wenn nämlich nicht in Selbsthilfe der Film herausgenommen und zerstört wird, ist der Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit regelmäßig vereitelt, nicht nur wesentlich erschwert, was ja auch schon genügen würde. Und ich würde auch durchaus die Bemerkungen billigen, die Herr Oftinger über die Notwendigkeit einer Verstärkung des polizeilichen Schutzes auf diesem Gebiet gemacht hat.

Und ein letzter Punkt zu dieser Frage der Verwirkli-

chung des Persönlichkeitsschutzes. Ich möchte sehr vorbehaltlos zustimmen der These 6 des Referates von Herrn Jäggi zu der sogenannten Berichtigungspflicht. Es geht dort um einen rasch zu verwirklichenden Rechtsschutz noch vor der definitiven Beurteilung der Widerrechtlichkeit, und zwar in der Form, daß dem Verletzten das Recht auf Publikation einer Gegenerklärung zusteht. Ich möchte das vielleicht verdeutlichen mit einem kurzen Satz, wie eine solche Gegenerklärung lauten würde: «In Nr. 17 des Blattes X wird Herrn Y vorgeworfen, er habe sich als Gestapoagent betätigt. Herr Y gibt die Erklärung ab, daß diese Mitteilung eine freie Erfindung darstellt». Herr Jäggi postuliert die gesetzliche Verankerung einer solchen Berichtigungsmöglichkeit. Ich betrachte das als wünschbar, aber nicht als unerlässlich. Es läßt sich heute schon als Beseitigungsanspruch verwirklichen. Und ich kann feststellen, daß die bernischen Gerichte im Jahre 1945 eine solche Erklärung genau mit diesem Wortlaut im Sinn einer sofortigen Reaktion, verbunden mit einem Verbot weiterer Publikationen, bis das endgültige Urteil ergangen ist, zugelassen haben (vgl. ZbJV 96 (1960) 474). Ich glaube, diese Berichtigungspflicht wäre keine Zumutung an die Presse. Die seriöse Presse handelt von sich aus ja so, daß sie derartige Erklärungen aufnimmt, und auf die unseriöse Presse brauchen wir keine Rücksicht zu nehmen.

Und eine letzte abschließende Bemerkung vielleicht zur Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes. Es ist gesagt worden, daß diese Fragen, die hier behandelt worden sind, etwas am Rand der großen gesellschaftlichen Geschehnisse liegen. Das mag richtig sein, aber ich glaube, es gilt für den Persönlichkeitsschutz das gleiche wie für den Freiheitsschutz, der ja, wie heute mehrfach betont wurde, mit ihm untrennbar verbunden ist. Es gibt eine Unteilbarkeit der Freiheit, und es gibt auch eine Unteilbarkeit des Persönlichkeitsschutzes. Wenn man nicht den kleinen Einbrüchen entgegentritt, so riskiert man, daß der große Dammbruch kommt, ehe man es sich versieht.

Monsieur le Professeur PIERRE A. LALIVE, Genève:

Le sujet que notre comité a eu la très heureuse idée de mettre à l'ordre du jour est si vaste et si important, et les deux rapports dont nous sommes saisis sont si riches en contenu, que le lecteur éprouve un grand «embarras du choix» au moment de faire quelques commentaires; et cet embarras est renouvelé, si je puis dire, pour celui qui, comme moi, approuve entièrement, sinon toutes les thèses de détail des deux rapporteurs, du moins leurs tendances générales et ce que j'appelerais leurs conclusions communes, quant à la nécessité urgente d'une meilleure protection de la personnalité. Mais puisqu'il faut choisir, et dans le temps limité qui nous reste, je voudrais me borner à une observation tout-à-fait générale, qui ne prétend à aucune profondeur scientifique. Cette observation touche un aspect essentiel, je dirais même l'aspect essentiel, à mon sens, du problème: celui de la mise en œuvre des droits de la personnalité, de leur sanction pratique. La mise en œuvre des principes du code civil se heurte, on le sait, en matière de protection des droits de la personnalité, à des difficultés particulières, d'ordre purement juridique, dont la plupart sont très bien mises en lumière par les rapporteurs. Ces difficultés tiennent à la nature même de ces principes, à leur caractère un peu vague et philosophique, ensuite aussi à certaines imperfections de notre législation; à cet égard, j'aimerais appuyer en passant les très justes remarques de mon collègue M. Grossen, aux No 43 et suivants de son rapport, sur l'insuffisance des voies de droit en matière de protection de la personnalité. Cette insuffisance ressort d'ailleurs aussi du rapport de mon collègue M. Jäggi, par exemple du passage qu'il consacre à l'action en constatation de droit, et de son analyse extrêmement pénétrante de la notion de réparation morale, aux No 32 et suivants de son rapport. Il est vrai que ces obstacles à une meilleure protection de la personnalité pourraient être surmontés dans une assez large mesure, me semble-t-il, sur la base des textes actuels, si imparfaits soient-ils.

La pratique de certains de nos tribunaux devrait se décider à tirer des normes législatives en la matière un plus grand et un meilleur parti; elle devrait se montrer moins timide, par exemple, lorsqu'elle apprécie l'existence de la condition d'intérêt à agir, ou lorsqu'elle évalue le montant de la réparation du dommage moral. Hier matin, dans une intervention qui m'a beaucoup frappé, mon collègue M. Imboden faisait allusion aux hésitations, à la réserve que nous éprouvons en Suisse à l'idée de déduire des grands principes constitutionnels toutes leurs conséquences naturelles; je crois que M. le Professeur Jäggi a fait à peu près la même remarque ce matin. On pourrait faire une observation analogue, me semble-t-il, au sujet de l'attitude timorée de certains tribunaux dans l'interprétation et l'application des principes de notre droit privé sur la protection de la personnalité. Il est assez étrange, en effet, comme l'a remarqué M. Imboden, si je l'ai bien compris, que notre droit public paraisse mieux protéger le droit des citoyens à la propriété privée que le droit à la liberté personnelle. Il serait étrange, également, que notre droit privé accordât aux intérêts privés d'ordre purement matériels une protection infiniment plus efficace qu'aux intérêts personnels, qu'au droit de la personnalité. Si cette conclusion devait se vérifier dans les deux domaines, il y aurait peut-être lieu d'y voir la marque d'un inquiétant matérialisme, non pas de notre droit, mais de notre pratique juridique; ce serait contraire à l'idéal extrêmement élevé qui a inspiré aussi bien les auteurs de la Constitution fédérale que les auteurs de notre code civil.

Mais les difficultés d'une sanction efficace des droits de la personnalité et les difficultés que j'ai appelées juridiques n'expliquent pas tout. Le caractère peu satisfaisant de la situation actuelle provient encore d'autres causes: de causes qui sont plus sociologiques, ou psychologiques, que proprement juridiques; c'est à ces autres causes que je voudrais maintenant faire brièvement allusion, en souhaitant – mais le temps ne le permet guère – que nombreux

soient les praticiens qui viennent nous faire part de leurs réflexions à ce sujet.

Il n'est pas niable que les atteintes au droit de la personnalité se multiplient partout aujourd'hui, et je ne pense pas spécialement à certains cas scandaleux; je pense aussi à quantité de tout petits abus qui tendent à s'insinuer, à s'installer dans notre vie quotidienne, et qui rétrécissent d'autant ce qu'on peut appeler notre domaine personnel effectif. Nos deux rapporteurs ont très bien montré les dangers qu'entraînait ici le développement des techniques modernes; or, devant ces dangers, ces atteintes toujours plus fréquentes, quelle est l'attitude de plusieurs d'entre nous? Il faut bien le dire, c'est une attitude de désapprobation résignée. L'idée s'est répandue dans le corps social, et par conséquent aussi parmi les juristes, que le progrès technique est inévitable, ce qui est évident, qu'il faut en payer le prix – mais ce prix, lui, est discutable – et qu'il est vain de s'opposer à ce que l'on baptise l'évolution des mœurs. Ainsi s'accrédite, par exemple, dans certains milieux la légende que le droit serait désarmé devant les méthodes de la presse à sensation, ou qu'il serait vain de chercher à modérer – je pense à un exemple cher à M. Oftinger – le bruit infernal que font les avions à réaction. Ainsi l'on voit la justice, soumise à de fortes pressions, en venir à tolérer dans le prétoire la présence des photographes, ou peut-être demain de la télévision. On pourrait multiplier les exemples. Or, si les juristes eux-mêmes se laissent envahir par ce sentiment d'impuissance, comment s'étonner que les non-juristes en arrivent à ne plus croire au droit? Sans doute, et les rapports l'on fait ressortir, le droit ne peut offrir jamais qu'une protection relative; comme l'écrit en conclusion M. Grossen, aux No 53 et 54 de son rapport, que je voudrais citer: «...Quid leges sine moribus? De là à adopter une attitude résignée, il n'y a qu'un pas. Les juristes ne le franchiraient pas sans manquer à leur vocation. L'enthousiasme qu'ils mettent à défendre les intérêts d'argent, ils le doivent aussi aux valeurs supérieures et mieux partagées.

Il faut qu'ils s'appliquent à la recherche des améliorations possibles du système.» Et ceci me paraît une des parties les plus remarquables du rapport de mon collègue Grossen.

Va-t-on objecter, à ce plaidoyer en faveur d'une protection plus énergique des droits de la personnalité, que cette recherche d'une meilleure protection risque de nous entraîner trop loin, qu'elle va nous entraîner à d'autres atteintes à la personnalité, mais en sens opposé ? S'agit-il de museler la presse, de protéger les hypersensibles, les susceptibles, d'encourager les plaideurs professionnels ? Aucunement. Je n'oublie pas que mon collègue le Professeur Jäggi a parfaitement montré les deux aspects positif et négatif, ou, comme il dit je crois, actif et passif du problème. Mais il est superflu d'insister ici sur l'aspect «actif» de la question, car une chose est certaine : des deux dangers contraires qui peuvent surgir aujourd'hui : d'une part celui d'une protection exagérée de la personnalité, d'autre part celui d'une protection insuffisante, le second danger est évidemment beaucoup plus important, plus réel, plus actuel que l'autre. C'est pourquoi je crois que nous pouvons lui réservier nos efforts et notre discussion. En terminant ces quelques remarques tout-à-fait générales, sans aucune prétention scientifique, je le répète, je tiens à remercier très vivement et à féliciter nos deux rapporteurs, non seulement pour la valeur de leur contribution scientifique, mais pour les solutions concrètes, pour les suggestions pratiques qu'ils nous proposent. Je tiens aussi à appuyer très chaleureusement les conclusions de mon collègue M. Oftinger, en souhaitant que la discussion d'aujourd'hui aboutisse à des améliorations pratiques dont l'urgence, je crois, n'est plus à démontrer.

Me CLAUDE SCHMIDT, avocat à Genève :

J'avais l'intention, dans une première partie, de relever la différence que présente la notion de protection de la per-

sonnalité humaine en droit privé et en droit public. Cette question apparaît sur deux plans bien distincts. En droit privé, la protection de la personnalité est principale et, en quelque sorte, absolue. Au contraire, en droit public cette protection ne joue qu'un rôle accessoire qui est conditionné par la notion de l'intérêt commun. C'est ce point de vue que je me proposais de développer. Vu l'heure tardive et les exposés qui viennent déjà d'être faits, je renonce à cette première partie, tout en relevant que les remarques de Me Régamey à ce sujet m'ont paru particulièrement intéressantes.

Je ferai une observation sur un second point qui soulève un problème actuellement discuté. Il s'agit de l'utilisation par la justice civile des enregistrements mécaniques et tout spécialement de l'admission de ce procédé en tant que moyen de preuve dans un procès, même si le document invoqué a été pris clandestinement.

Je sais que les tribunaux ont marqué une grande répugnance à ce sujet jusqu'à présent. J'ai constaté que les deux rapports écrits y sont défavorables.

Pourtant, la justice ne doit-elle pas faire le maximum pour tenter de découvrir la vérité? Un enregistrement par son procédé mécanique est en principe un témoin fidèle. Il peut être falsifié, c'est vrai. Je répondrai à ce reproche que les tribunaux utilisent tous les jours des témoignages incontrôlables. Vous savez tous aussi bien que moi, car ce n'est nullement un secret, combien d'inexactitudes et d'incertitudes contiennent les témoignages directs les plus sincères. Combien souvent aussi les témoins mentent effrontément, parfois même dans de bonnes intentions.

Un enregistrement mécanique sera-t-il vraiment plus dangereux pour la recherche de la vérité?

On dit que la façon secrète dont il peut-être pris est déloyale. Question d'appréciation! Pour ma part, je ne vois pas une grande différence entre la surveillance d'un détective ou d'un huissier dans une cage d'escalier qui offre une vue plongeante sur la fenêtre de la chambre de l'adultère

et l'installation d'un micro clandestin contre la porte de cette chambre. Le procédé est perfectionné, c'est tout!

On n'aime pas penser que les paroles échangées, par exemple, entre deux époux ou entre les directeurs de deux entreprises commerciales ou industrielles puissent être surprises par un microphone secret. Je reconnais que le procédé a quelque chose de gênant. Mais n'est-il pas plus choquant encore de penser qu'un juge aurait pu mieux tenir compte d'un ensemble de faits si un mode de preuve supplémentaire avait été admis ?

Sauf erreur, plusieurs pénalistes estiment déjà que l'utilisation des enregistrements secrets est licite dans l'intérêt de la procédure pénale.

Il faut naturellement réunir un maximum de garanties. La fidélité mécanique de l'enregistrement n'empêche pas des manipulations frauduleuses ni des arrangements ultérieurs; elle est donc insuffisante à elle seule.

Dans son rapport, M. Grossen signale que le 29 juin 1955, la Cour d'appel de Dijon a accepté ce moyen de preuve en prenant des précautions. L'audition a lieu en présence des parties intéressées qui ont la faculté de faire les observations qu'elles pensent utiles au sujet de l'enregistrement produit. Ainsi, dans le cas où un truquage aurait été fait, la partie lésée peut le signaler et le rendre vraisemblable aux yeux du juge en donnant toutes les explications utiles. Il appartient alors au juge d'apprécier la valeur de ce document de la même façon dont il tient plus ou moins compte d'un élément de preuve. Ajoutons que l'on pourrait faire intervenir une expertise; en effet, des spécialistes sont en mesure de déceler certaines manipulations. La falsification d'un enregistrement devrait pouvoir donner lieu, le cas échéant, à une plainte pénale à l'égal d'un faux témoignage ou d'un faux dans les titres.

Je ne vois pas pourquoi, en conclusion, les tribunaux, qui ont souvent tant de peine à déterminer des faits controversés avant de pouvoir appliquer le droit, se priveraient d'un moyen d'investigation que leur offre la science pour

la seule raison que ce moyen n'apparaît pas spécialement sympathique.

Fürsprech Dr. WALTER HILDEBRANDT, Bülach:

Die beiden Referenten stimmen darin überein, daß sie gewisse Grenzen ziehen zwischen dem, was mit Bezug auf eine Persönlichkeit zu tun erlaubt ist und was nicht. Sie zeigen die unteren Grenzen der Rechtswidrigkeit und zugleich die oberen Grenzen der geschützten Persönlichkeit, auf Art. 27 ZGB angewendet z.B. die Grenze der Verpflichtbarkeit gegenüber einem Vertragspartner in bezug auf Dienstleistung, auf Art. 28 angewendet z.B. die Grenze der Verwendbarkeit eines photographischen Bildes. (Nebenbei gesagt, in den Referaten wird die Kenntnis der Texte der maßgebenden Gesetzesartikel vorausgesetzt.)

Beide Referenten stimmen auch darin überein, daß sie diese Grenzen nach eigenem Befinden oder nach dem Befinden von anderen Juristen ziehen. Man fragt sich, ob sie dabei einfach vernünftige Überlegung oder ein bestimmtes Bild der menschlichen Persönlichkeit leite. Leider wird darüber nichts gesagt. Ich halte dafür, daß die Jurisprudenz fehlgeht, wenn sie dermaßen das Recht aus sich selbst heraus entwickelt, wenn sie dergleichen tut, als ob sie ein geistiger Bereich für sich allein wäre. Die Jurisprudenz kommt nicht aus ohne die Verwurzelung, ohne das Ersprießen aus einer allgemeinen Auffassung, aus einer Religion oder Weltanschauung. Und nun frage ich, wo sollen wir die Richtlinien herbeziehen für das Bild der zu schützenden Persönlichkeit einerseits und für die Schutzmaßnahmen des Staates andererseits? Das ZGB läßt ja weithin die Möglichkeit offen für den Entscheid darüber, was wir unter Entäußerung der Freiheit oder unter der Beschränkung ihres Gebrauches in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade verstehen wollen. Auch können wir weitgehend darüber entscheiden, worin die persönlichen Verhältnisse bestehen, die das ZGB schützen will. Ferner kommt es auch an und kann es auch ankommen auf die Auf-

fassung, die wir von der Aufgabe des Staates, also des Richters, mit Bezug auf Verhältnisse unter Privatpersonen haben.

Zweifellos sind die Auffassungen heute ziemlich uniform. Sie entsprechen einer mäßig liberalen, ziemlich fortschrittsfreudigen Betätigung der Vernunft im Rahmen einer christlichen Tradition. Dessen sind wir uns kaum bewußt. Es müßte aber nur eine andere Auffassung Platz heischen, etwa eine kommunistisch-materialistische, dann wären wir gezwungen, unseren Standort schärfer zu ergründen und herauszuarbeiten. Aber auch heute schon sollten wir dem auf den Grund gehen, was wir unter Persönlichkeit, unter ihrer Wahrung und unter der Aufgabe des Staates zu ihrem Schutze verstehen. Auch der Jurist kommt so wenig wie der Theologe ohne eine Anthropologie aus. Ist nicht ein ziemlich hilfloses Tasten nach der rechten Ordnung festzustellen, hilflos zum Teil deshalb, weil uns die großen Gesichtspunkte der Religion oder Lebensanschauung mangeln?

Lassen Sie mich in Kürze dartun, wie ich persönlich die Grundlegung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte auffasse. Der Mensch ist nur aus dem Grunde eine Persönlichkeit, weil ihn Gott zu seinem Bilde geschaffen hat. Als Geschöpf Gottes hat er auch Anspruch auf Schutz seines Wesens, und Gott hat ihn selbst durch sein Moralgesetz in den zehn Geboten gegenüber seinen Mitmenschen mit einem Schutzzaun umgeben. Offensichtlich genügt aber das an das Gewissen gerichtete Moralgesetz für die zur Verletzung der Persönlichkeit des Nebenmenschen geneigte Menschheit nicht. Und so ist die Obrigkeit, der Staat, eingesetzt, um den Schutz der Persönlichkeit herbeizuführen. Natürlich ist die menschliche Gerechtigkeit, die der Staat praktiziert, nur ein schwacher Abglanz der von Gott geforderten Gerechtigkeit. Aber sie vermag immerhin einigermaßen Ordnung und Frieden zu schaffen.

Es scheint mir festzustehen, daß wir heute den privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit vorwiegend deshalb zum Thema unserer Tagung gemacht haben, weil die Möglichkeiten, die Persönlichkeit einzuziehen und zu verletzen,

zahlreicher geworden sind. Durch die Vertiefung der Wissenschaft und die Entwicklung der Technik ist das so gekommen. Der Mensch mit seinen natürlichen Gaben steht nicht mehr dem anderen Menschen mit seinen gleichen natürlichen Gaben gegenüber. Der Nebenmensch verfügt vielmehr, eben kraft Wissenschaft und Technik, über ganz neue Fähigkeiten, mit dem Körper, mit der Erscheinung, mit den Äußerungen des Menschen – der anderen Persönlichkeit – umzugehen. Gewiß ist niemand in diesem Saale, der der Wissenschaft und der Technik in diesem Sinne freien Lauf gewähren, ihnen die Persönlichkeit ausliefern möchte. Aber, wo sind die Grenzen des Zulässigen und des Unzulässigen? Womit soll sich der Staat in der Zivilrechtspflege, die hier gemeint ist, befassen, womit nicht befassen? Es kann keine Rede davon sein, daß wir hier einen Katalog von Naturrechtssätzen aufstellen, wie dies im Zeitalter der Aufklärung, des Rationalismus gemacht worden ist. Hingegen mag es erlaubt sein, auf einige Grundsätze hinzuweisen, die die Richtung angeben können, in der die Akte des Staates zum Schutze der Persönlichkeit liegen sollten, bewährte Grundsätze, die unserer Zeit anscheinend abhanden gekommen sind:

1. Der Staat soll sich nur mit offensichtlichen Rechtsverletzungen abgeben. Daraus folgt, daß nicht nur keine Verletzungen aufgewühlt, sondern namentlich auch keine Verletzungen, etwa durch das staatliche Prozeßverfahren, gerade durch die Zuhilfenahme von Wissenschaft und Technik, über ihre ursprüngliche Bedeutung hinaus aufgebläht werden. Der Perfektionismus, zu dem Wissenschaft und Technik auch die Rechtsprechung verleiten möchten, ist verwerflich.

2. Der Schutz der Persönlichkeit soll der Billigkeit entsprechen. Leider ist der schöne Begriff der «Aequitas», wie ihn das römische Recht gebraucht, in unserer Literatur, auch in unseren Referaten, nicht mehr anzutreffen. Aus der «Aequitas», der Billigkeit, folgt aber der größtmögliche Schutz des natürlichen Menschen und ferner, daß die wis-

senschaftlichen und technischen Angriffe auf die Persönlichkeit kein Privileg genießen.

3. Endlich darf der Richter auch darauf achten, aus welcher Gesinnung geklagt wird. Am besten wird es sein, daß sich jedermann von der Liebe beraten läßt. Wenn jemand ohne Schädigung der Liebe seine Sache glaubt verteidigen zu können, deren Verlust ihm gar zu großen Schaden brächte, so verstößt er nicht gegen die Absicht des Paulus, die Christen vom Richter fernzuhalten. Das hat der Jurist unter den Reformatoren, Johannes Calvin, gesagt.

Das sind einige Gedanken an der Quelle des Problemes des Schutzes der Persönlichkeit, welches uns beschäftigt. Vielleicht sind sie ein Beitrag zu einer weiteren Überlegung. Mir will scheinen, was uns heute rund um dieses Thema zusammengeführt hat, ist das brennende Anliegen der Gegenwart, die Bedrängung des Menschen in seinem schöpfungsgemäßen Bestande und Bereiche durch Wissenschaft und Technik, die Bedrängung der eigentlichen Natur des Menschen abzuwenden. Gewissermaßen ist also das Anliegen der Gegenwart und unser Anliegen: der Naturschutz des Menschen durch den rechtlichen Schutz der Persönlichkeit.

Schlußwort von Professor Dr. PETER JÄGGI:

Es kann nicht der Sinn meines Schlußwortes sein, auf die einzelnen Diskussionsvoten einzugehen, die alle zur Bereicherung beigetragen haben. Was die Resolution als solche anbetrifft, so erkläre ich mich mit ihr ohne weiteres einverstanden. Ich möchte dies aus folgendem Grunde noch eigens festhalten: Gegenstand der Referate bildete ein privatrechtliches Thema. Herr Grossen und ich sind damit im Bereich unserer wissenschaftlichen Disziplin geblieben. Es war unausweichlich, daß das Gespräch auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes ausgedehnt wurde. Daher ist es in der Natur des Themas begründet, wenn eine Resolution gefaßt wird, die sich nicht auf das Privatrecht beschränkt. Ich möchte mit dieser Zustimmung eine Feststellung verbinden: daß der Juristenverein gerade das Gremium dar-

stellt, in welchem Juristen verschiedener Disziplinen zusammenkommen und ein Thema allgemeiner Art besprochen wird von Fachleuten der verschiedensten Gebiete. Damit dienen wir dem gemeinsamen Anliegen, um dessentwillen wir hier zusammengekommen sind, dem Recht in seiner Gesamtheit, und vermeiden die Gefahren des Spezialistentums.

Die Versammlung stimmt der von Herrn Professor Dr. Oftinger vorgeschlagenen Resolution mit überwältigendem Mehr zu.

Präsident Dr. GUBLER:

Ich möchte den Kollegen von Lugano und vom Tessin gratulieren, daß diese Diskussion auf ihrem Boden hat stattfinden können. Ich kann Ihnen die Mitteilung machen, daß der Vorstand des Juristenvereins diese Probleme weiter behandeln und aufmerksam verfolgen wird. Wir können vielleicht sagen, daß in diesen Tagen im Vergleich zum Jahre 1941, als der Krieg brandete, nicht nur die Würde des Menschen, sondern auch seine Existenz und unsere Gemeinschaft auf eine neue Art gefährdet sind. Diese gewisse Verhältnislosigkeit der Gefahren, die uns drohen, wird uns Juristen nie hindern, diese zentrale Frage, die heute in so würdiger und schöner Weise diskutiert wurde, weiter im Auge zu behalten und wach für diese Anliegen zu sein.

XV.

Am Schlußbankett im «Kursaal» begrüßt der Präsident die Gäste des Juristenvereins. Herr Bundesrat von Moos als neuer Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes richtet das Wort an die Schweizer Juristen. Die Teilnehmer am Juristentag werden schließlich noch begrüßt von Herrn Stadtpräsident Dr. Paride Pelli aus Lugano und Herrn Staatsrat Pellegrini, dem Justizdirektor des Kantons Tessin.