

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: 88 (1969)

Rubrik: Protokoll der 103. 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: 31.03.2026

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

PROTOKOLL
DER 103. JAHRESVERSAMMLUNG DES
SCHWEIZERISCHEN JURISTENVEREINS

vom 3., 4., 5. Oktober 1969
in Genf

SITZUNG VOM SAMSTAG, DEN 4. OKTOBER 1969,
IN DER AULA MAGNA DER UNIVERSITÄT GENÈVE

Präsident:
Prof. Dr. HANS MERZ, Muri

I.

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 8.30 Uhr mit folgenden Worten:

Die große Zahl der Anmeldungen – über fünfhundert – zeigt unsern Genfer Gastgebern, wie gern wir zu ihnen in diese äußerste westliche Ecke des Landes gekommen sind. Ich brauche kaum beizufügen, daß der Ausdruck Ecke rein geographisch zu verstehen ist. Nach der politischen, der wirtschaftlichen, der geistigen Bedeutung ist Genf ein Ort der Mitte, nicht nur und vielleicht nicht einmal in erster Linie für die Schweiz, sondern für die ganze Welt. Ich nenne nur einige der Kräfte, deren Ursprung Genf war und die immer noch ausstrahlen: Calvin, Rousseau, der Völkerbund und seine Nachfolgeorganisation, die UNO, das Rote Kreuz. Wäre allerdings Genf nur der «Kanton Kosmopolis», so würden wir andern Schweizer uns vielleicht nicht so ganz wohl fühlen. Der universale Charakter der Stadt findet aber

sein Gegengewicht in einem ausgeprägten und durch geschichtliche Erfahrungen geformten eidgenössischen Gemeinschaftsgefühl, das wir auch an dieser Tagung dankbar auf uns wirken lassen wollen.

Mein Gruß gilt der ganzen Versammlung, denjenigen, die sich zu recht früher Stunde bereits eingefunden haben und denen ich sagen kann, daß die erste Genfer Tagung unseres Vereins im Jahre 1878 noch früher, um 8 Uhr, eröffnet wurde, denjenigen, die sich noch einfinden werden. Ich danke den Ehrengästen, die unsere Einladung angenommen haben: Herrn Bundespräsidenten Ludwig von Moos, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, der im Laufe des Tages zu uns stoßen wird, den Präsidenten der obersten Gerichte, Herrn Bundesgerichtspräsidenten Giovanoli und Herrn Bundesversicherungsgerichtspräsidenten Vaucher, den Behörden der République et Canton de Genève und der Stadt, Herrn Staatsrat Henri Schmitt, Vorsteher des kantonalen Justizdepartementes und Herrn François Picot, Vizepräsident des Conseil administratif der Stadt Genf, Herrn Jean Eger, Procureur Général, Herrn William Lenoir, Präsident der Société Genevoise de Droit et de Législation, Herrn Christian Dominicé in seiner Eigenschaft als Dekan der Genfer Juristischen Fakultät, Herrn Fernand Haissly, Bâtonnier de l'Ordre des avocats, Herrn Pierre Pillet, Präsident der Chambre des Notaires. Als Gast aus den Nachbarstaaten weilte heute unter uns Professor Hans Schima aus Wien, Präsident des Österreichischen Juristenvereins, der für die große Internationale Enzyklopädie für Rechtsvergleichung das erstinstanzliche Verfahren des deutschen Rechtskreises bearbeitet und deshalb an unseren Verhandlungen besonderen Anteil nimmt. Morgen wird auf unsere Einladung hin Herr Professor Konrad Hesse aus Freiburg i.Br., ein besonderer Kenner des modernen Bundesstaates, am Gespräch des Runden Tisches über den kooperativen Föderalismus teilnehmen. Schließlich darf ich mit der Gruppe der Ehrengäste die zahlreichen Vertretungen der oberen kantonalen Gerichte willkommen heißen und

ihnen erneut sagen, wie wichtig gerade ihre Anwesenheit und ihre Anteilnahme ist.

Bevor ich zur Tagesordnung übergehe, möchte ich jetzt schon dem Genfer Organisationskomitee den herzlichen Dank der ganzen Versammlung ausdrücken. Es hat unter dem Vorsitz von Me. Jacques Herren eine große uneigennützige Arbeit geleistet, deren Früchte wir nun ernten.

II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre und zugleich Stimmenzähler:

Madame FERNANDE AMBLART, Assistante pour le Droit Constitutionnel à la Faculté de Droit de Genève, und

Herrn Dr. HEINZ HAUSHEER, Oberassistent für Privatrecht an der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.

III.

A. Der Präsident legt seinen Bericht über das vergangene Vereinsjahr (1968–1969) vor:

1. In meinem Jahresbericht kann ich vorerst eine erfreuliche Zunahme des Mitgliederbestandes registrieren.

Wir haben 136 neue Mitglieder gewonnen. Diesen Eintrittten stehen 13 Demissionen und 24 Todesfälle gegenüber, so daß die Gesamtzahl der Mitglieder um 99 auf 2531 gestiegen ist, eine sehr erfreuliche Zunahme, besonders auch deshalb, weil sich darunter viele junge Juristen befinden.

Dem Verein sind beigetreten:

Zürich

Michael Béky, lic.iur., Zürich

Dr. Thomas Brunner, Auditor, Zollikerberg

Vera Brunner, lic.iur., Zürich

Dr. Felix Brupbacher, Rechtsanwalt, Zürich
Dr. Paul H. Burki, Conseiller juridique, Zürich
Dr. Konrad Heinrich Butz, Anwaltssubstitut, Zürich
Dr. Hans Eichenberger, Direktor, Wettswil a. A.
Wolfgang Hüsler, Anwaltssubstitut, Uster
Dr. Pierre Karrer, Rechtsanwalt, Zürich
Jean-G. Ladame, lic. en droit, Winterthur
Dr. Walter Meier, Rechtsanwalt, Zürich
Christian Sautter, Rechtsanwalt, Uster
Harald Olav Siegrist, Bezirksanwalt, Zürich
Dr. Jakob Schindler, Bezirksgerichtspräsident, Bülach
Hans Schoch, lic. iur. Steuerkommissär, Zürich
Paul Thalmann, lic. iur., Winterthur
Bernhard Vischer, lic. iur., Zollikerberg
Dr. Hans B. Wyss, Rechtsanwalt, Zürich
Marie-Hélène Zollikofer, lic. iur., Zürich

Bern

Anton Blatter, Fürsprecher, Wabern
André Faivet, lic. en droit et en sciences écon. et pol., Bienne
Ulrich Fässler, lic. iur., Bern
Andreas Jost, Fürsprecher, Bern
André Imer, juge à la Cour suprême du canton de Berne, La Neuveville
Markus Neuenschwander, Fürsprecher, Bern
Charles Robert, avocat, Saint-Imier
Andreas Roth, Fürsprecher, Bern
Rudolf Rüedi, Fürsprecher, Bern
Rolf P. Steinegger, Fürsprecher, Schwarzenburg
Dr. Stefan Trechsel, Assistent, Bern
Ulrich Zimmerli, Fürsprecher, Bern

Schwyz

Friedrich Huwyler, lic. iur., Goldau

Nidwalden

Paul Odermatt, Gerichtsschreiber, Stans

Glarus

Hans G. Käser, Gerichtsschreiber, Glarus

Zug

Rudolf Mosimann, Rechtsanwalt, Zug

Fribourg

Rémi Brodard, avocat, préfet de la Glâne, Romont
René Corminbœuf, avocat, président du Tribunal de la Broye,
Estavayer-le-Lac
Marius Cottier, Dr en droit, avocat, Fribourg
André Dousse, avocat, Fribourg
Dr. Thomas Fleiner, Fribourg
Michael Hank, lic. iur., Fribourg
Jean-Ludovic Hartmann, lic. iur., Fribourg
Francis Musy, Dr en droit, Fribourg

Basel-Stadt

Dr. Bernhard Christ, Basel
Dr. Peter Freudenreich, Basel
Georg Iselin, lic. iur., Riehen
Dr. Hermann Klein-Beglinger, Direktor, Basel
Dr. Andreas Linn, Advokat, Basel
Dr. Peter Mathys, Advokat, Basel
Enrico Mazzola, lic. iur., Basel
Markus Mohler, stellvertr. Staatsanwalt, Basel
Dr. Martin Schubarth, Advokat, Basel
Dr. Suzanne Schwarz, Advokat, Basel
Dr. Anton Stebler, Riehen
Prof. Dr. Günter Stratenwerth, Basel
Dr. Werner Wenger, Advokat, Basel

Baselland

Dr. Jeannette Attiger-Suter, Substitut am Zivilgericht Basel-Stadt,
Binningen
Dr. Günter Braun, jur. Beamter, Liestal
Dr. Roland Brehm, Versicherungsjurist, Bottmingen
Jörg Kubat, Jurist, Reinach
Dr. Hans Lagger, Jurist, Thürnen
Otto Pernet, Obergerichter, Reinach
Dr. Magdalena Rutz, Substitutin des Obergerichtsschreibers, Liestal
Dr. Peter Sidler, Advokat, Allschwil
Max R. Staehelin, lic. iur., Binningen
Werner Stocker, Gerichtsschreiber, Rheinfelden

Schaffhausen

Dr. Hans Peter Ricci, Rechtskonsulent, Neuhausen

St. Gallen

Bruno Becchio, Rechtsanwalt, St. Gallen
Wolf Linder, lic. iur., Anwaltssubstitut, St. Gallen

Graubünden

Dr. Heinz Peter Buchli, Aktuar des Kantonsgerichts Graubünden,
Chur
Reto Giuliani, Rechtsanwalt, Zuoz

Aargau

Dr. Thomas Boveri, Rechtsanwalt, Baden
Angelo Buchs, Direktionsadjunkt, Suhr
Peter Buser, Gerichtsschreiber, Buchs
Dr. Kurt Eichenberger, Obergerichter, Beinwil am See
Dr. Hans Fischer, Fürsprecher, Rombach
Dr. Urs Peter Frey, Fürsprecher, Aarau
Dr. Heinz Gehrig, Fürsprecher, Menziken
Dr. Werner Hartmann, Gerichtspräsident, Brugg
Dr. Hans Hemmeler, Vorsteher der Aarg. Handelskammer, Aarau
Markus Herzig, Fürsprecher, Brugg
Dr. Hans Jörg Huber, Fürsprecher, Baden
Alfred Koch, Fürsprecher, Bremgarten
Franz-Joseph Meng, Obergerichtsschreiber, Fislisbach
Dr. Beat Oehler, Gerichtspräsident, Aarau
Beat Oswald, lic. iur., Baden
Dr. Thomas Pfisterer, Aarau
Dr. Victor Rickenbach, Stadtschreiber, Baden
Heinz Steidel, Gerichtsschreiber, Ennetbaden
Dr. Rudolf Tschumper, Obergerichter, Baden
Dr. Leo Weber, Regierungsrat, Aarau
Dr. Max Werder, Direktor, Aarau
Dr. Josef Wyser, Fürsprecher, Niedergösgen
Dr. Erich Zimmerlin, Fürsprecher, Aarau
Dr. Fritz Zinniker, Fürsprecher und Notar, Aarau

Thurgau

Theo Lüchinger, lic. iur., Rechtskonsulent, Weinfelden

Tessin

Sandro Bernasconi, giudice del Tribunale di appello, Lugano-
Cassarate
Italo Macconi, giudice del Tribunale di appello, Mendrisio
Giuliano Respini, avvocato, Locarno
Dr. Pierfranco Riva, avvocato, Lugano
Dr. Plinio Rotalinti, giudice del Tribunale di appello, Bellinzona

Vaud

Roland Bersier, Dr en droit, Lausanne
 Roland Châtelain, Dr en droit, avocat, président des tribunaux de
 Vevey et Lavaux, Vevey
 Emmanuel Claude, lic. en droit, Vevey
 Claude Frossard, Dr en droit, avocat, Lausanne
 Jean-Pierre Guignard, avocat, président des tribunaux d'Aigle et du
 Pays-d'Enhaut, Aigle
 François Jomini, Dr en droit, avocat, Lausanne
 Jean-Jacques Leu, Dr en droit, juge cantonal, Lausanne
 Pierre Mercier, avocat, Dr en droit, Lausanne
 Pierre Moor, Dr en droit, Lausanne
 Edouard Nicole, lic. en droit, secrétaire au Tribunal fédéral, Vevey
 Jean-François Poudret, professeur Dr en droit, avocat, Lausanne
 Claude Rossier, notaire, Lausanne

Neuchâtel

Claude-Edouard Bétrix, lic. en sciences écon., Neuchâtel
 Geneviève Fiala, avocate, Neuchâtel
 Georges-Edouard Guillaume, greffier-adjoint, Tribunal du Lac,
 Neuchâtel
 Daniel-Huguenin, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds
 Jean-Pierre Kureth, lic. en droit, Neuchâtel

Genève

Fernande Amblard-Frachebourg, lic. en droit, Genève
 Yves Balet, lic. en droit, Genève
 Olivier Bochet, avocat, Petit-Lancy
 Andrée Borgognon, avocate, Genève
 Claude Bovon, Dr en droit, conseiller juridique, Genève
 Vincent Cardinaux, avocat, Genève
 Pierre Ferrero, lic. en droit, Genève
 Claude Henriod, lic. en droit, Genève
 Jean-Christian Jacquemoud, lic. en droit, Genève
 Henri Leuzinger, lic. en droit, Genève
 Claude Moreillon, avocat, Genève
 Jean-Jacques Peter, avocat, Genève
 Laurent Schmid, lic. en droit, Genève
 Maurice Schneeberger, avocat, Genève
 Martin Schwartz, Dr en droit, avocat, Genève
 Paul Weber, Dr en droit, rédacteur, Anières-Genève
 Maxime P. Zurlinden, lic. en droit, Genève

Ausland

Dr. Mario Vassalli, Rechtsanwalt, Paris

Ihren Austritt haben erklärt:

1. Dr. Oscar Allgäuer, Fürsprecher, Luzern
2. Dr. Walter Bänninger, a. Obergerichter, Zürich
3. Dr. Hans Bracher, Rechtsanwalt, Biberist
4. Dr. Ignaz Bühler, Gerichtspräsident, Bichelsee
5. Jean Chappuis, avocat, Porrentruy
6. Henri Droux, avocat, Fribourg
7. Dr. Gustav Gericke, Rechtsanwalt, Triesen FL
8. Hans Käser, Fürsprecher, Bern
9. André Marmy, Dr en droit, Fribourg
10. Dr. Willy Maron-von Wyss, Bonaduz
11. Henri Monfrini, avocat, Ecublens VD
12. Marius Piguet, notaire, Lausanne
13. Hermann Schwabe, Rechtsanwalt, Zürich

Seit dem letzten Juristentag hat der Verein durch den Tod folgende Mitglieder verloren:*

Der am 10. April 1969 im Alter von 71 Jahren gestorbene WILLY BALSIGER eröffnete nach absolviertem Studium, Promotion zum Dr. iur. und Patentierung als bernischer Fürsprecher ein Anwaltsbureau, das er bis zu seinem Tode betrieben hat. Seine Praxis hatte vorwiegend konsultativen, weniger forensischen Charakter, was seinem bedächtigen und Vertrauen erweckenden Berner Wesen entsprach. Er entfaltete daneben eine ausgedehnte gemeinnützige Tätigkeit. Der Öffentlichkeit diente er als langjähriges Mitglied des Großen Burgerrates. Mitglied des Juristenvereins war der Verstorbene seit 1933.

Am 22. Oktober 1968 ist der 75jährige LÉOPOLD BOISSIER an den Folgen eines Reitunfalls gestorben. Seine Laufbahn widerspiegelt den zugleich nationalen und übernationalen Charakter seiner Vaterstadt Genf. Nach Absolvierung seiner Studien in Zürich und Genf trat der junge Dr. iur. zunächst in den diplomatischen Dienst, der ihn in den Jahren 1917–1920 nicht nur nach Rom und London, sondern

* Der Präsident beschränkte sich auf die Bekanntgabe der Namen der Verstorbenen, hob aber die Tätigkeit einiger Mitglieder hervor, die dem Verein durch ihr Wirken in der Öffentlichkeit und auf andere Weise besonders verbunden waren: Léopold Boissier, Max Imboden, Hermann Rennefahrt. Die Verlesung der Nekrologe erfolgte am Sonntag, den 5. Oktober.

als Begleiter des Bundespräsidenten Gustave Ador und Max Hubers auch an die Versailler Friedenskonferenz führte. 1921 verläßt er jedoch das Politische Departement und wird Funktionär der Union interparlementaire, der er bis 1953 seine Person zur Verfügung stellt, seit 1933 als Generalsekretär. Er wird zum Vorkämpfer der Abrüstung, der Völkerbundsidee, der Völkerverständigung schlechthin. Die seine Ideale negierende Verschlechterung der internationalen Lage mag dazu beigetragen haben, daß sich Boissier als Universitätsdozent für vergleichendes Staatsrecht gewinnen ließ. Diese akademische Tätigkeit gab er 1955 nur ungern auf, um seine ganze Kraft einer neuen Aufgabe zu widmen. Das Internationale Rote Kreuz, dessen Comité er seit 1946 angehörte, berief ihn 1955 zu seinem Präsidenten. In die neun Jahre seiner Präsidentschaft fielen schwierige und schwierigste Aufgaben, – die Suez-Krise, der Einmarsch der Sowjettruppen in Ungarn, die Kuba-Krise, um nur die augenfälligsten zu nennen. Viele Ehrungen wurden ihm zuteil: Die Ehrendoktorate der Universitäten Genf und Warschau, die Ernennung zum Mitglied des Institut international de droit public und zum korrespondierenden Mitglied des Institut de France seien hier erwähnt. Er lebt in der Erinnerung jener, die ihn gekannt haben, als das Vorbild eines völlig unabhängigen Geistes weiter.

ADOLF BONER, geboren 1901, gestorben am 22. November 1968, eröffnete nach mit dem Doktorexamen abgeschlossenen Studien in Bern und Freiburg und nach bestandenem solothurnischen Staatsexamen 1931 ein Anwaltsbureau in Balsthal. Seit 1954 Ersatzrichter am Eidgenössischen Versicherungsgericht, wählte ihn die Bundesversammlung Ende 1959 zum ordentlichen Mitglied des Gerichts, das er 1968/69 präsidierte. Von 1933 bis 1959 war er als Vertreter der konservativ-christlichsozialen Volkspartei Mitglied des Solothurner Kantonsrates, von 1939 bis 1959 auch Mitglied des Nationalrates. Seine militärische Laufbahn beendete der sich eifrig auch außerdienstlich betätigende Artillerist als Regimentskommandant und Artilleriechef einer Division. Er war Präsident der Eidgenössischen Rekurskommission für Zivilschutzangelegenheiten und des Komitees gegen den Eintritt junger Schweizer in die Fremdenlegion.

PAUL FLÜCKIGER, geboren 1893, studierte in Bern und an verschiedenen deutschen Universitäten. Schon bald nach der Promotion zum Dr. iur. und nach dem Erwerb des Fürsprecherpatentes und der Eröffnung einer eigenen Praxis habilitierte er sich an der Universität Bern, die ihm den Lehrauftrag für bernisches Zivil- und Notariatsrecht, später auch für allgemeines Verwaltungsrecht erteilte, von 1945–1964 als nebenamtlicher außerordentlicher Professor. Aus seinen Publikationen ist der beliebte Kommentar zum

bernischen Steuergesetz hervorzuheben. Er war langjähriges Mitglied und Präsident der Prüfungskommission für die bernischen Notare. Sein politisches Interesse führte ihn als Vertreter des Freisinns in den Stadtrat, den er 1931 präsidierte, und in den Großen Rat, sowie in zahlreiche Kommissionen. Die militärische Laufbahn als Infanterist und Generalstabsoffizier beendete er als Regimentskommandant. Professor Flückiger war ein allseitig beliebter, guter und humorvoller Gesellschafter. Er starb nach längerer Invalidität zu Beginn des Jahres 1969. Dem Juristenverein gehörte er seit 1922 an.

Der 1894 in Münsterlingen als Sohn des Direktors der dortigen Heilanstalt geborene LUDWIG FRANK besuchte das Gymnasium in Zürich und studierte in Zürich und Bern die Rechte. Er promovierte 1919 zum Dr. iur. und erwarb 1921 das zürcherische Anwaltspatent. Von 1922 bis zur Wahl als Obergerichter im Jahre 1953 praktizierte er als Rechtsanwalt, bis 1929 in Rorschach, seither in Zürich. Nach seinem 1959 erfolgten Rücktritt aus dem Gericht blieb er noch eine Amtsdauer als Ersatzmann. Von 1938 bis 1953 war er von der Anwaltschaft gewählter Ersatzmann der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte. Während der Rorschacher Zeit war er Mitglied des Großen Rates des Kantons St. Gallen, von 1931 bis 1942 Mitglied des Gemeinderates der Stadt Zürich. Er vertrat einen Sozialismus stark ethischer Prägung. Sein besonderer außerberuflicher Einsatz galt der Arbeiterbildung und der Hilfe für politische Flüchtlinge, die ihm ein dankbares Andenken bewahren. Weit über die ihm politisch nahestehenden Kreise hinaus fanden seine strenge Rechtlichkeit, seine echt demokratische Gesinnung, sein Einstehen für die Rechte sozial Zukurzgekommener und seine lebenswürdige Menschenfreundlichkeit hohe Anerkennung. Dem Juristenverein ist der am 8. November 1968 Entschlafene im Jahre 1945 beigetreten.

Der 1900 in Spanien geborene Glarner HEINRICH HEER verbrachte seine Studienzeit in Zürich, unterbrochen durch die damals noch allgemein üblichen auswärtigen Semester in Bern, Genf und Leipzig. Nach erfolgter Doktorpromotion und bestandener Anwaltsprüfung in Luzern und nach kürzerer Tätigkeit als Gerichtsschreiber in Glarus eröffnete er daselbst sein Advokaturbureau, das er bis zu seinem am 24. Dezember 1968 eingetretenen Tod in allgemeiner Wertschätzung betrieb. Politisch diente er seinem Heimatkanton in nahezu allen Ämtern, die dieser zu vergeben hat: 1940 bis 1947 als Regierungsrat, 1947 bis 1950 als Landesstatthalter, 1950 bis 1956 als Landammann, 1956 bis 1963 als Obergerichtspräsident. Das Vertrauen seiner Mitbürger berief ihn in den Ständerat, dem er von 1953 bis 1968 angehörte. Er war seit 1956 Präsident der Glarner

Kantonalbank. Politischen Kämpfen abhold, ließ sich der Verstorbene in allen seinen hohen Ämtern von unbeirrbarer Objektivität leiten. Dem Juristenverein ist er 1945 beigetreten.

Der 1910 geborene ALFRED HUG erwarb nach Studien in Bern im Jahre 1933 das bernische Fürsprecherpatent. Er eröffnete bald sein eigenes Bureau, das er bis zu seinem am 18. April 1969 erfolgten Tode führte, geschätzt von einer großen Klientschaft. Das Vertrauen seiner Kollegen berief ihn in den Vorstand des bernischen Anwaltsverbandes. Sein juristisches Ansehen führte zu seiner Wahl als Suppleant des Obergerichts. Ein besonderes Anliegen war ihm das Einstehen für die Interessen der Mieter, in deren Organisationen er eine maßgebende Rolle spielte. Er gehörte als Mitglied der sozialdemokratischen Fraktion lange Jahre dem bernischen Stadtrat an.

Der 1915 in St. Gallen geborene und dort aufgewachsene MAX IMBODEN promovierte nach Studien in Genf, Bern und Zürich an der Universität Zürich mit einer heute noch wegweisenden Dissertation über das Thema «Bundesrecht bricht kantonales Recht». Seine berufliche Tätigkeit führte ihn zunächst als Substitut ans Bezirksgericht Horgen. 1946 wurde er Rechtskonsulent der Stadt Zürich. Dieser Ernennung war die Habilitation mit einer Arbeit über den wichtigen Staatsakt vorangegangen. 1949 erfolgte die Beförderung zum nebenamtlichen a. o. Professor, 1953 die Wahl zum Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Basel. Seine Lehrtätigkeit und seine wissenschaftlichen Publikationen, bisher vorwiegend das Steuerrecht und – wie das 1947 dem Juristenverein erstattete Referat über die Verwaltungsrechtsprechung – das kantonale Verwaltungsrecht beschlagend, dehnten sich nun auf das ganze Staats- und Verwaltungsrecht aus, wobei ihn die ideengeschichtlichen Grundlagen der Staatslehre besonders zu fesseln vermochten. Den Mittelpunkt bildete aber doch das Verwaltungsrecht, wie das zweite Referat, das Imboden für den Juristenverein 1958 zum Thema des verwaltungsrechtlichen Vertrages verfaßt hat, und wie vor allem das schon in 3. Auflage vorliegende und zum Standardwerk gewordene Buch «Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung» beweisen. In den letzten Jahren konzentrierte sich die Tätigkeit auf zwei weitere Gebiete: die schweizerische Wissenschaftspolitik und die Bemühungen um die Erneuerung unserer staatlichen Institutionen. Sein Amt als Rektor der Universität Basel in den Jahren 1963 und 1964 führte ihn mitten in die Hochschulpolitik. 1965 berief ihn der Bundesrat zum ersten Präsidenten des neu geschaffenen Wissenschaftsrates. Die Entwürfe für die Gesetzgebung über die Hochschulförderung und Vorschläge für weitere Strukturänderungen im Hochschulwesen sind weitgehend sein Werk. Es geht auch das Postulat einer

Totalrevision der Bundesverfassung, mit dem sich zur Zeit die Kommission Wahlen so intensiv beschäftigt, im wesentlichen auf die Initiative Imbodens zurück. Zahlreichen weiteren Institutionen, Behörden und Bestrebungen hat er seine Kraft gewidmet, dem Appellationsgericht Basel-Stadt, dem Bankrat der Basler Kantonalbank, dem Großen Rat des Kantons Basel-Stadt, schließlich dem Nationalrat. Die Stimme des am 7. April 1969 Verstorbenen wird künftig auch an wissenschaftlichen Tagungen fehlen, an denen er gerne und aktiv teilnahm, vor allem auch in unserem Verein, dem er 1941 beigetreten ist und dessen Vorstand er angehört hat.

Der 1884 als Sohn von Oberstkörpskommandant Isaac Iselin geborene FELIX ISELIN bestand nach Studien in Basel, Berlin und Tübingen 1907 in Basel das Doktorexamen, 1910 das Advokatur- und 1911 das Notariatsexamen. Er trat dann in das Bureau seines älteren Bruders ein. Neben der Praxis als Advokat und Notar wirkte er in zahlreichen Wirtschaftsunternehmungen in der Verwaltung mit, so in den Bâloise-Versicherungs-Gesellschaften, in der Neptun, Transport- und Schifffahrts-AG, in der Schweizerischen Treuhandgesellschaft und im Schweizerischen Bankverein. Sein reges politisches Interesse führte ihn in den Basler Großen Rat, dem er von 1920 bis 1944 angehörte und den er 1925/26 präsidierte. Der Familientradition folgend, verschloß er sich nicht der militärischen Laufbahn. Er kommandierte Basler Truppen als Bataillons- und Regimentskommandant und leistete während des zweiten Weltkrieges Dienst in der Abteilung Presse und Funkspruch des Armeestabes. Besondere Genugtuung bereitete ihm die Mitarbeit im Stiftungsrat der Schweizerischen Nationalspende, die sich über mehr als 30 Jahre erstreckte und wo er 1956 als Nachfolger von General Guisan das Amt des Obmanns übernahm. Er war langjähriges Mitglied des Kirchenrates der Evangelisch-Reformierten Kirche von Basel-Stadt. In seinen freien Stunden beschäftigte er sich intensiv mit der Geschichte der seit mehr als 600 Jahren in Basel ansässigen Familie Iselin. Der am 2. Mai 1968 Verstorbene ist dem Juristenverein 1920 beigetreten.

Der 1926 in Bern geborene und dort aufgewachsene PETER KÄSER trat nach bestandenem bernischen Fürsprecherexamen und nach Auslandsaufenthalten in Frankreich und England in das angesehenes Advokaturbureau seines Vaters ein. Er erwarb sich bald eine eigene ausgedehnte Klientschaft aus allen Kreisen. Sein lebendiges Interesse an den öffentlichen Dingen führte ihn nicht in die Parteipolitik, sondern zur Neuen Helvetischen Gesellschaft. Er war Mitglied des Zentralvorstandes, Präsident der Jahrbuchkommission, Mitglied der Auslandschweizerkommission und Präsident der Orts-

gruppe Bern, die unter seinem Vorsitz ein Ort aktiver staatsbürgerlicher Arbeit und Auseinandersetzung war. Das Vertrauen der Kollegen berief ihn in den Vorstand des bernischen Anwaltsverbandes. Während elf Jahren hat er das vielseitige und nicht leichte Amt des Zentralsekretärs der Gesellschaft schweizerischer Maler, Bildhauer und Architekten geführt und sich die Zuneigung der Künstler erworben. Seine berufliche wie seine gemeinnützige öffentliche Tätigkeit beruhte auf solidem juristischen Wissen und Können, auf intuitivem Erfassen der ihm bezeugenden Persönlichkeiten, auf einer ausgeprägten praktischen Ader, aber auch auf Güte, Hilfsbereitschaft und Herzlichkeit. Das schwere Leiden, das ihn am 9. September 1968 – viel zu früh – hinweggerafft hat, ertrug er in vorbildlicher Haltung. Dem Juristenverein ist er 1952 beigetreten.

Der 1921 geborene ROMAN KÖLBENER, ein vollblütiger Innerrhödlar, absolvierte seine juristischen Studien in Zürich und Bern, betätigte sich dann kurze Zeit in Goßau als Praktikant, um 1949 seine eigene Anwaltspraxis in Appenzell zu eröffnen. Einsatzfreudigkeit und Zuverlässigkeit schufen ihm eine wachsende Klientschaft und führten ihn auch ins öffentliche Leben. 1960 wählte ihn die Bezirksgemeinde zum Ratsherrn, was nach innerrhodischem Recht zugleich den Einsitz im Kantonsrat mit sich brachte. Er wurde sogleich in die wichtigsten Kommissionen des Bezirksrates berufen, in die Polizeikommission, in die Flurkommission, die sich mit agrar- und bodenrechtlichen Fragen zu befassen hat, in die Industriekommission. Im Kantonsrat wurde er Präsident der Kriminalkommission, die zugleich Staatsanwaltschaft und richterliche Behörde ist, Präsident der Invalidenversicherungskommission und Mitglied der Staatswirtschaftskommission und der Steuereinschätzungsbehörde. In einer Kampfwahl erhob ihn die Landsgemeinde von 1965 auf den großen Stuhl, indem sie ihm die kantonale Baudirektion, das Amt des Bauherrn übertrug. Seine ausgesprochene Freude am Technischen und am Organisatorischen fand hier weites Betätigungsfeld. In allen Ämtern setzte er die ganze, große Arbeitskraft ein. Erholung suchte er im Sport – er hatte 1947 die schweizerische Hochschulmeisterschaft im Skifahren errungen und war Sportpilot – und in der leidenschaftlich betriebenen Jagd. Eine heimtückische Krankheit hat den vielversprechenden Juristen und Politiker am 31. März 1969 zu früh abberufen. Dem Juristenverein gehörte er seit 1953 an.

Der 1907 geborene MAX KUHN absolvierte seine juristischen Studien an den Universitäten Zürich, Köln, Bonn und Freiburg i. Ue., wo er 1932 zum Dr. iur. promovierte. Er erwarb 1934 das aargauische Fürsprecherpatent, war kürzere Zeit Gerichtsschreiber am

Bezirksgericht Baden und praktizierte seit 1936 als Anwalt in Wohlen. Sein politisches Interesse führte ihn als Mitglied und Präsident der katholisch-konservativen Fraktion in den aargauischen Großen Rat, den er 1957/58 präsidierte. Dem Juristenverein ist der am 24. September 1968 Verstorbene 1945 beigetreten.

Der 1890 geborene ERNST METTLER promovierte 1915 an der Universität Leipzig zum Dr. iur. Während zehn Jahren war er Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Uster. Nach kurzer Tätigkeit in der Wirtschaft wurde er 1928 in Schaffhausen Mitglied des Obergerichts, dessen Vizepräsidium er von 1926 bis 1964 innehatte. Er war Mitglied des Einwohnerrates und 12 Jahre lang Präsident der Einwohnergemeinde von Stein am Rhein. Ihm war die Verwaltung des literarischen Nachlasses von J. C. Heer anvertraut. Kollegen und Anwälte schätzten ihn als Richter mit ausgewogenem Urteil, aber auch als eigenwillige und originelle Persönlichkeit. Dem Juristenverein gehörte er seit 1916 an.

Der 1899 geborene CARL PETER durchlief die Mittelschulen in Basel und Altdorf. Das Studium der Jurisprudenz schloß er 1923 in Basel mit dem Doktorexamen ab, dem 1926 das Advokatur- und das Notariatsexamen folgten. Nach längerem Aufenthalt in Paris betätigte er sich vorerst als Advokat und Notar im Bureau seines Vaters. Früh wandte er sich der Politik zu. Er wurde 1932 als Vertreter der Katholischen Volkspartei Mitglied des Großen Rates, den er 1943/44 präsidierte. Die Praxis verließ er 1936 nach seiner Wahl zum Richter am Appellationsgericht. Im Frühjahr 1944 erfolgte die Wahl in den Regierungsrat. Er führte, als Nachfolger von Regierungsrat Im Hof bis zu seinem aus gesundheitlichen Gründen veranlaßten Rücktritt im Jahre 1962 das Justizdepartement. Er erwies sich dabei, wie schon vorher in der anwaltlichen und richterlichen Tätigkeit, als ausgezeichnete Jurist, der klares Urteilsvermögen und nüchternen Wirklichkeitssinn mit gütiger Menschlichkeit zu paaren vermochte. Er hat erheblichen Anteil am Ausbau des modernen Strafvollzuges. Schwierige rechtliche und organisatorisch-administrative Probleme erwuchsen ihm auch in seiner Eigenschaft als Vizepräsident des internationalen Flughafens Basel-Mülhausen. Dem Juristenverein ist der am 13. Juni 1969 Verstorbene im Jahre 1928 beigetreten.

Der 1905 geborene CONRAD PFENNINGER studierte in Zürich die Rechte, promovierte 1931 mit einer von Professor Fleiner betreuten Dissertation zum Dr. iur. und erwarb 1938 das zürcherische Anwaltspatent. Seine berufliche Tätigkeit führte ihn zuerst an das Bezirksgericht, als Auditor und Substitut des Gerichtsschreibers,

1936 als Richter, 1948 als Vizepräsident. 1953 wurde er zum Oberrichter gewählt; seit 1965 war er Vizepräsident des Gerichts und Vorsitzender der II. Zivilkammer. Er präsierte die Notariatsprüfungskommission. Die nebenberufliche Tätigkeit als Lehrer für Rechtskunde an den landwirtschaftlichen Schulen Wädenswil und Strickhof Zürich führte zur Veröffentlichung einer «Rechtslehre»; sein wissenschaftliches Interesse fand in einer Anzahl von Aufsätzen – vor allem in der Schweizerischen Juristenzeitung und in der Schweizerischen Aktiengesellschaft – Ausdruck. Oberrichter Pfenninger war ein bei Anwälten und Kollegen hochgeschätzter Richter von außerordentlicher Arbeitskraft, speditiv und dennoch gründlich, beliebt im geselligen Kreis, treuer Besucher der Juristentage seit seinem 1958 erfolgten Beitritt zum Verein. Er starb am 11. September 1969 völlig unerwartet an einer Herzkrise.

Der 1904 geborene MAX RAPPOLD studierte in Zürich, Paris und Heidelberg, promovierte 1931 in Zürich zum Dr. iur. und war nach dem Erwerb des zürcherischen Rechtsanwaltpatentes zunächst als Mitarbeiter im Advokaturbureau seines Vaters und nach dessen Tod des Bruders tätig. Er eröffnete später eine eigene Praxis, die er als angesehener Rechtsanwalt bis zu seinem nach kurzer Krankheit am 8. Januar 1969 erfolgten Hinschied führte. Dem Juristenverein trat er im Jahre 1959 bei.

In der Person des am 30. September 1968 verstorbenen HERMANN RENNEFAHRT haben wir eines unserer ältesten Mitglieder verloren, das sich große Verdienste um den Juristenverein erworben hat. Der 1878 Geborene studierte in Bern, Paris und Berlin. Er erwarb das bernische Fürsprecherpatent und promovierte mit einer Dissertation «Die Allmend im Berner Jura», die bereits seine Neigung und besondere Befähigung zur Erforschung und klaren Darlegung komplizierter historischer Verhältnisse zutage treten ließ. Von 1903 bis 1943 betätigte er sich mit großer Gewissenhaftigkeit als Anwalt. Stets ging aber neben der beruflichen Tätigkeit die wissenschaftliche einher. Zunächst galt sein Interesse auch dem geltenden Recht. Mit der Zeit traten dann wieder rechtsgeschichtliche Arbeiten in den Vordergrund. Für diese Arbeit war die persönliche und wissenschaftliche Verbindung mit Friedrich Emil Welti bestimmend, der sich der Herausgabe von Rechtsquellen zugewendet hatte. Dessen Editionstätigkeit hat Rennefahrt weitergeführt, indem er die Stadtrechtsquellen Berns in einem inhaltlichen und zeitlichen Umfang bearbeitete, in dem sie für keine Stadt von ähnlicher Bedeutung vorliegen. Daneben stehen die Rechtsquellen von Laupen und der Talschaften Frutigen und Saanen, sodann die 1928 bis 1935 erschienenen Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, die 1400

Seiten umfassen, und – als krönender Abschluß – eine erst nach seinem Tod erschienene Einleitung zur Neuauflage der ersten zwei Bände des Berner Stadtrechtes mit dem Titel «Versuch eines Überblicks über die bernische Rechtsentwicklung». Während 25 Jahren, bis 1960, leitete Rennefahrt, dessen wissenschaftliche Tätigkeit auch durch die 1931 erfolgte Ernennung zum a.o. Professor der juristischen Fakultät der Universität Anerkennung gefunden hatte, die Rechtsquellenkommission des Juristenvereins mit vorbildlicher Treue im Kampf mit Schwierigkeiten aller Art. Er hat sich damit ein dauerndes Denkmal in den Vereinsannalen gesetzt.

Der 1904 geborene ARNOLD SCHLATTER studierte in Zürich, Berlin und Bern, wo er 1928 zum Dr.iur. promovierte. 1930 erwarb er das aargauische Fürsprecherpatent. Nach kurzer Tätigkeit als Gerichtsschreiber in Baden trat er in die Staatsanwaltschaft ein, der er bis 1949 angehörte, seit 1940 als erster Staatsanwalt. 1949 erfolgte die Wahl zum Obergerichter. Er war in dieser Eigenschaft auch Präsident des kantonalen Versicherungsgerichtes, Mitglied und später Präsident des Kriminalgerichtes und des Geschworenengerichtes. Das Obergericht präsidierte er 1959 bis 1961. Er widmete seine Kräfte verschiedenen gemeinnützigen Institutionen, dem aargauischen Verein für Schutzaufsicht und Entlassenenfürsorge, dem schweizerischen Verein für Straf-, Gefängniswesen und Schutzaufsicht, der aargauischen Gemeinnützigen Gesellschaft. Aktives Mitglied des schweizerischen Juristenvereins seit 1945 und regelmäßiger Besucher der Juristentage, war der am 7. Februar 1969 Verstorbene maßgebend an der Organisation der Aargauer Tagungen in Baden und Rheinfelden beteiligt. Er war Mitbegründer und mehrere Jahre Präsident des aargauischen Juristenvereins. Seine juristische Tätigkeit war gekennzeichnet durch ein ausgeprägtes Gerechtigkeitsgefühl, gepaart mit großem psychologischen Verständnis und praktischem Sinn.

RUDOLF SCHMID wurde 1888 als Sproß einer um den Stand Zug verdienten Magistratenfamilie in Baar geboren. Er studierte in Löwen und Zürich, wo er 1914 zum Dr.iur. promovierte, um hierauf in Baar ein Advokaturbureau zu eröffnen. Die Familientradition führte ihn bald in die Politik. 23 Jahre lang (1918 bis 1941) gehörte er dem Baarer Bürgerrat an, 1930 bis 1941 als dessen Präsident. Als Mitglied des Gemeinderates diente er der Gemeinde während 24 Jahren (1915 bis 1918 und 1927 bis 1946), von 1935 bis 1946 als Gemeindepräsident. 1931 wurde er in den Kantonsrat gewählt, dem er während 11 Jahren angehörte und den er 1935/36 präsidierte. 1941 erfolgte seine Wahl in den Regierungsrat, dem er bis 1954 als Justizdirektor angehörte. 1949/50 bekleidete er die höchste kantonale

Würde, diejenige des Landammanns. Dem Obergericht gehörte er von 1921 bis 1940 an. Seine Gaben als Verwaltungsmann und seine genaue Kenntnis aller wirtschaftlichen Probleme des Kantons Zug offenbarten sich auch in seinem über fünfzigjährigen Wirken im Bankrat der Kantonalbank, dem er 1954 bis 1965 als Präsident vorstand. Dem Juristenverein ist der am 29. März Verstorbene 1945 beigetreten.

EDOUARD SILLIG, geboren 1887, promovierte in Lausanne zum Dr. iur. und bestand 1917 das Anwaltsexamen. Er führte bis zu seinem am 17. Oktober 1968 erfolgten Tod sein Anwaltsbureau in Vevey, geschätzt von den bei ihm Rat Suchenden, deren Interessen er mit großem persönlichem Einsatz wahrnahm. Nebenamtlich besorgte er lange Jahre das Sekretariat der kantonalen Rekurskommission für baupolizeiliche Fragen. 1933 vertrat er im Prozeß Nicole und Konsorten vor den eidgenössischen Geschworenen in Genf die Eidgenossenschaft als außerordentlicher Bundesanwalt. Während drei Jahren war er Bâtonnier des Ordre des avocats vaudois. Erholung fand er als gewandter Alpinist vor allem in den Bergen und bei anderer sportlicher Betätigung. Dem Juristenverein trat er 1939 bei.

WERNER STAUFFACHER, geboren 1884, studierte in Zürich und Leipzig, wo er 1909 zum Dr. iur. promovierte. 1912 erwarb er das zürcherische Rechtsanwaltspatent. Er war zunächst einige Jahre als Substitut des Gerichtsschreibers in der Gerichtspraxis tätig und führte alsdann bis zu seinem am 17. Oktober 1967 eingetretenen Tode – der Nachruf ist verspätet und gehört eigentlich in den Jahresbericht 1967/68 – in Zürich ein angesehenes Anwaltsbureau. Einer weiteren juristischen Öffentlichkeit ist er als Herausgeber von Taschenausgaben des ZGB und des OR, als Bearbeiter von Registerbänden der Blätter für zürcherische Rechtsprechung und der Schweizerischen Juristenzeitung und auch als Verfasser von Aufsätzen aus verschiedenen Rechtsgebieten bekannt geworden. Dem Juristenverein gehörte er seit 1961 an.

Der 1895 geborene EDOUARD-G. WOHLERS erwarb nach nationalökonomischen und juristischen Studien an der Universität Genf 1918 die licence en sciences économiques, 1920 die licence en droit und 1922 das Anwaltspatent. Er praktizierte zuerst im Bureau Folliet und später in Bureaugemeinschaft mit seinem Vater, der als Buchsachverständiger tätig war. Bald wurde er zum gesuchten und geschätzten Spezialisten in steuerrechtlichen Fragen. Die ihm anvertrauten Interessen vertrat er mit innerer Anteilnahme und mit großem Einsatz. Von 1918 bis 1952 war er an der Ecole de Commerce als Lehrer für Rechtskunde und Buchhaltung tätig. Nach außen eher reserviert, widmete er seine Freizeit der Familie, den

Freunden und einer Vielfalt persönlicher Interessen, vor allem der Natur und der Kunst. Dem Juristenverein ist der am 10. Mai 1969 Verstorbene im Jahre 1948 beigetreten.

In ATTILIO ZANOLINI, geboren 1875, dem Verein seit 1905 angehörend, gestorben am 19. April 1969, verliert der Verein eines seiner ältesten Mitglieder. Er studierte in Bern und promovierte 1897 in Heidelberg, an der gleichen Universität, die ihm 1953 den Dr. honoris causa verlieh. Nach kurzer Tätigkeit im Justiz- und Polizeidepartement seines Heimatkantons Tessin war er bis 1910 Richter am kantonalen Tribunale di appello. 1911 eröffnete er seine Anwalts- und Notariatspraxis in Locarno, die er bis zu seinem Tode, also während nahezu 60 Jahren, als im ganzen Kanton geschätzter Berater betrieben hat. Zahlreiche Wirtschaftsunternehmungen nahmen seine Dienste in Anspruch; hervorzuheben sind seine Mitgliedschaft im Bankrat der Schweizerischen Nationalbank und seine Tätigkeit als Präsident des Verwaltungsrates der Ferrovie Regionali Ticinesi. Geraume Zeit war er Suppleant des Bundesgerichts. Im gemeinnützigen Bereich galt seine Anteilnahme der Kinderhilfe.

Der im Jahre 1895 geborene PAUL ZIMMERLIN durchlief die Mittelschulen in Aarau und studierte hierauf an den juristischen Fakultäten der Universitäten Zürich und Bern. Nach bestandenen Examina wurde er 1925 Gerichtsschreiber des Bezirksgerichtes Aarau, dem er von 1930 bis zu seinem Rücktritt im Jahre 1965 als Präsident vorstand. Natürliche Autorität und außergewöhnliche Arbeitskraft verschafften ihm Ansehen und Vertrauen bei allen, die mit ihm in Berührung traten. Dem Juristenverein ist der am 21. Mai 1969 Verstorbene 1945 beigetreten.

2. In seiner Präsidialansprache am Juristentag des Jahres 1967 in Neuenburg erwähnte Bundesrichter Grisel die Bemühungen der schweizerischen Rechtsfakultäten um die Schaffung eines schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung. Der Schweizerische Juristenverein unterstützt das nach zeitraubenden, aber notwendigen Abklärungen beim Nationalfonds und bei den Bundesbehörden eingereichte Gesuch, dessen Realisierung noch einige Schwierigkeiten zu überwinden haben wird. Mögen sich nach dem schließlich zu treffenden Entscheid über den umstrittenen Sitz des Instituts alle Beteiligten bewußt bleiben, daß es um

eine gesamtschweizerische Aufgabe geht, in deren Erfüllung Prestigeerwägungen keinen Platz haben dürfen. Bei aller Betonung des großen Wertes eines spezialisierten Dokumentations- und Forschungszentrums für die Rechtsvergleichung darf gesagt werden, daß auch mit den beschränkten bisherigen Mitteln bei kluger Auswahl und kritischer Verarbeitung vom Einzelnen am Schreibtisch Bedeutendes geleistet werden kann und geleistet worden ist.

3. Der in der letztjährigen Berichterstattung angekündigte Beitritt des Juristenvereins zur Schweizerischen Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft ist in der Zwischenzeit vollzogen worden, und wir haben auch schon aus den Mitteln dieser Dachorganisation einen finanziellen Beitrag an die besonders hohen Druckkosten des Jahres erhalten. Eine Zusammenarbeit der Forschungskommissionen beider Verbände ist in Aussicht genommen.

4. Wie die schweizerischen Juristentage zu organisieren seien, hat immer wieder Gegenstand der Diskussion gebildet. Angeregt durch die Bemerkung eines Basler Mitgliedes, es sei schade, daß sich die Diskussion auf einige wohlvorbereitete Voten beschränke und daß nie die Möglichkeit bestehe, ein Thema wirklich auszudiskutieren, richtete sich der Vorstand im Januar dieses Jahres an die Mitglieder mit der Bitte, ihm ihre Wünsche und Anregungen bekanntzugeben, so etwa bezüglich der Gesamtdauer der Veranstaltung, bezüglich des Verhältnisses von wissenschaftlichem zu gesellschaftlichem Teil und vor allem auch bezüglich der Gestaltung der Aussprache über die Verhandlungsthemen.

Wer mit den schweizerischen Vereinsgepflogenheiten vertraut ist, den wird es kaum überraschen, daß von über 2400 Mitgliedern sechs Stellungnahmen eingelangt sind, vier aus Genf, eine aus Lausanne eines im Bundesgericht beheimateten deutschsprachigen Juristen und eine aus Basel. Das hat den Vorstand nicht gehindert, sondern es ihm im Gegenteil erleichtert, sich einläßlich mit den vorgebrachten Anregungen und Bemerkungen zu befassen. Er konnte sich hie-

bei auf eine substantielle, von seinem Mitglied, Oberrichter Dr. WALTER BÜHLER, verfaßte Analyse stützen, die aus den Vereinsakten auch frühere Äußerungen zu diesem Problemkreis verarbeitet hat. Über das Ergebnis dieser Aussprache ist an dieser Stelle folgendes zu berichten, wobei ausgeklammert wird, was mit der gestellten Frage keinen unmittelbaren Zusammenhang hat, wie die Anregung auf eine grundlegende Änderung der Vereinsstruktur und die Umgestaltung zum Dachverband, der sich auf regionale Untergruppen und Fachgruppen von Spezialisten zu stützen hätte.

Maßgebend für die Gestaltung der Tagungen ist einmal der zeitliche Gesamtrahmen und – innerhalb dieses Rahmens – das Verhältnis zwischen dem wissenschaftlichen und dem geselligen Teil. Ursprünglich beschränkte sich die Dauer auf einen Tag mit einem Empfangsabend am Vortag. Mit dem 16. Juristentag in Genf im Jahre 1878 begann die heute noch maßgebende und nur ganz ausnahmsweise preisgegebene Erweiterung auf einen Empfangsabend und zwei Verhandlungstage; das Programm des zweiten Tages hat die Möglichkeit der Heimreise zu berücksichtigen. Eine weitere zeitliche Ausdehnung kommt nach Ansicht des Vorstandes ebensowenig in Frage wie die Rückkehr zum eintägigen Kongreß.

Es bleibt zu prüfen, ob zwischen wissenschaftlichem und geselligem Teil Gewichtsverschiebungen vorzunehmen sind. Eine der uns zugegangenen Äußerungen fordert, «den ‹gesellschaftlichen› Teil kräftig zu beschneiden». Der Vorstand kann sich dieser Meinung nicht anschließen und hält im Einklang mit einer anderen Stimme das «Verhältnis zwischen wissenschaftlichem und unterhaltendem Teil für wohl- abgewogen». Wiederholt wurde in früheren Präsidialansprachen darauf verwiesen, daß der Juristentag den beiden statutarischen Zwecken des Vereins zu dienen habe und tatsächlich auch diene, der Pflege der Wissenschaft und der Begründung und Erhaltung freundschaftlicher Beziehungen unter den schweizerischen Juristen. Es ist zu erinnern an die geradezu begeisterte Wertung dieser zweiten Ausrichtung

durch die Präsidenten PAUL SPEISER und HENRI LE FORT beim Rückblick auf 25 und 50 Jahre Juristenverein.* Für unseren Staat und unsere Gesellschaft sind diese Gelegenheiten, sich aus Anlaß sachbezogener, wissenschaftlicher Arbeit über alle Unterschiede der Sprachen, der Herkunft, der Gewohnheiten, politischer Meinungen und weltanschaulicher Überzeugung hinweg kennen, achten, vertrauen und schätzen zu lernen von ganz besonderem Wert, heute mehr denn je. Den zwanglosen Kontakt ermöglicht aber vor allem das gesellige Programm, am schönsten meiner Meinung nach bei einer Seerundfahrt, wie sie uns heute bevorsteht, weil sie die Annehmlichkeit des Rundgangs von alten zu neuen Bekannten mit dem Wechsel der landschaftlichen Szenerie verbindet.

Läßt sich der gesellschaftliche Teil der Tagung nicht beschränken, so ist damit auch gesagt, daß der wissenschaftlichen Arbeit nur die beiden Vormittage zur Verfügung stehen, an denen auch noch die statutarischen Traktanden abzuwickeln sind. Das ist in der Tat ein knapper Rahmen, und es ist verständlich, daß die Zeitnot immer wieder ein gewisses Malaise zu schaffen vermag, besonders bei Mitgliedern, die in der Diskussion nicht oder nicht genügend zu Wort gekommen sind. Es wird kritisiert, daß die Diskussion sich aus zusammenhangslosen Monologen zusammensetze, daß Spontaneität und echter Dialog fehlen, daß es an einer abgerundeten Betrachtung der in den Referaten behandelten Fragen mangle. Ich mache mir zu eigen, was Oberrichter BÜHLER zuhanden des Vorstandes zu dieser Kritik zu bemerken hatte, und stelle fest, daß die Diagnose cum grano salis zutreffen dürfte, daß aber das düstere Bild gewissen aufhellenden Retouchen ruft. Die Vereinspräsidenten haben sich stets bemüht, dem Gang der Diskussion einen gewissen logischen Ablauf zu geben. Das ist nur möglich, soweit ihnen

* HANS FRITZSCHE, Der schweizerische Juristenverein 1861–1960, Basel 1961, S. 118, 181/2; vgl. auch S. 389 und des gleichen Verfassers persönliche Erinnerungen in seinem Büchlein «Dankbares Gedenken», Zürich 1963.

der allgemeine Inhalt der Voten bekannt ist und soweit neue Wortmeldungen wirklich das begonnene Gespräch fortsetzen. Persönlich glaube ich auch, daß man aus zeitlichen wie aus sachlichen Gründen die Formen einer Arbeitstagung im kleinen Kreis von Sachkennern – beispielsweise in den vom Verein eingesetzten Kommissionen, die zum Bodenrecht, zur Revision des Familienrechts oder zur Vereinheitlichung des Zivilprozesses Stellung zu nehmen hatten – mit straffer und von Frage zu Frage fortschreitender Gesprächsführung nicht einfach auf die Aussprache im großen Vereinsparlament übertragen darf. Ich kann mir nicht recht vorstellen, wie der Präsident in den rund zwei Stunden, die zur Verfügung stehen, eine materiell abgerundete Behandlung, ein eigentliches «Ausdiskutieren» zu verwirklichen vermöchte. Die zu straffe Lenkung mit Mahnungen, zur Sache zu reden, und mit Wortentzug würde kaum sympathisch aufgenommen und könnte möglicherweise sogar den Dialog ganz zum Erliegen bringen. Es hat auch in der Vergangenheit interessante, lebendige Diskussionen und einen echten Dialog gegeben. Ob das gelinge, hängt letztlich und entscheidend nicht vom Gesprächsrahmen ab, sondern vom Thema und vor allem von den Votanten selber.

Die Gesprächspartner des Vorstandes haben es nicht bei der Diagnose bewenden lassen; sie unterbreiten auch therapeutische Vorschläge.

Der Wunsch nach Einleitungsvoten der Referenten von höchstens 10–15 Minuten Dauer ist weitgehend erfüllt. Seit Jahrzehnten wird ihnen eine Viertelstunde zur Verfügung gestellt, und daran haben sich die meisten auch gehalten. Noch stärker wird man nicht kürzen dürfen, weil doch für die Mehrzahl der Teilnehmer eine Zusammenfassung als Gedächtnisstütze oder als Ersatz für die Lektüre der Referate erwünscht ist.

Soll man, wie auch postuliert wird, bestimmte Diskussionspunkte formulieren und den Mitgliedern schriftlich unterbreiten? So wurde am Juristentag 1950 für die Diskussion der Referate PANCHAUD und NEF über Verfassungs-

und Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgegangen. In den meisten Fällen dürfte das auf eine Paraphrasierung der zusammenfassenden Thesen hinauslaufen, die regelmäßig den Schluß der gedruckten Referate bilden. Immerhin wird der Vorschlag für das morgige Gespräch am Runden Tisch erneut verwirklicht.

Dieses Gespräch am Runden Tisch, an den der Vorstand neben den Referenten einige weitere Mitglieder eingeladen hat, entspringt ebenfalls einer Anregung aus Mitgliederkreisen. Es kommt, weil nur von einer verhältnismäßig kleinen Zahl sachkundiger Teilnehmer getragen, dem Wunsch nach abgerundeter und gleichwohl spontaner Diskussion entgegen. Hoffen wir, es trage uns nicht den im Jargon gewisser Kreise üblichen Vorwurf «elitären» Vorgehens ein.

Einschneidenderen Charakter haben Vorschläge auf Durchführung getrennter Teilversammlungen oder auf Erteilung eines jeweiligen einzigen Forschungsauftrages, zu dessen umfassender Behandlung ganze Arbeitsgruppen einzusetzen wären, denen vor allem auch die eigentlichen Spezialisten des betreffenden Fachgebietes anzugehören hätten. Am Juristentag selber bestünde für die Arbeitskreise die Gelegenheit, ihre Erfahrungen miteinander und mit einem weiteren Kreis auszutauschen, um allenfalls zu gemeinsamen Folgerungen vorzustoßen.

Der Vorstand steht keiner dieser Anregungen, die hier nicht mehr einläßlich gewürdigt werden können, grundsätzlich ablehnend gegenüber, mit Ausnahme vielleicht der Teilversammlungen, die einen Schritt mehr zur Spezialisierung darstellen würden. Der Juristenverein soll noch die Ebene bleiben, auf welcher nicht nur die eigene Spezialität gepflegt, sondern die Problematik verwandter und entfernter Gebiete zur Kenntnis genommen und damit eine gemeinsame Rechtsüberzeugung geschaffen und erhalten wird. Alle Vorschläge bleiben aber weiterhin in Diskussion, «mit freier Kognition», wie Bundesrichter GRISEL es schon 1966 in seiner Stellungnahme zur Form unserer Verhandlungen aus-

gedrückt hat.* Und alle Mitglieder, die dem Vorstand behülflich sind, seine Aufgabe zu erfüllen, seien unseres Dankes versichert.

Die neuerliche Beschäftigung mit allen diesen Fragen hat gezeigt, daß die Meinungen unter den Mitgliedern nicht einheitlich sind, daß es bei aller Aufgeschlossenheit nicht leicht fällt, gewisse Mängel zu beheben, die in der Natur der Menschen und der Dinge liegen, daß Beständigkeit in den äußeren Formen – wie Bundesrichter Viktor Merz am Juristentag 1931 ausgeführt hat – nicht stets ein Zeichen der Erstarrung ist, sondern auch ein Beweis für ihre Bewährung sein kann und daß entscheidend das innere Leben, die sachliche Leistung ist, mit der sich der Verein immer noch sehen lassen kann. Der Vorstand hat sich vorgenommen, von Jahr zu Jahr zu prüfen, ob und in welchem Umfang von der Tradition abgewichen und zu anderen Formen übergegangen werden kann.

5. Unser Verein erfüllt seine Aufgabe, die Kenntnis und harmonische Weiterentwicklung des schweizerischen Rechts zu fördern, vor allem durch die Auswahl geeigneter Verhandlungsgegenstände, die von sachkundigen Referenten bearbeitet und an den Jahresversammlungen diskutiert werden. Die Wirkung dieser auf streng wissenschaftlicher Grundlage geleisteten Tätigkeit auf die Rechtsfortbildung im Wege der Gesetzgebung, aber auch im Wege sinngemäßer Interpretation, kann kaum überschätzt werden. Ein Blick auf die lange Reihe unserer Publikationen bestätigt diese kühn klingende Behauptung, mag auch manchmal der Anstoß nur mit Verzögerung gewirkt haben oder gar erfolglos geblieben sein. Mit Genugtuung dürfen wir die am Juristentag 1960 angeregte Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes im Geheimbereich des Individuums durch das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 zur Kenntnis nehmen, während die beiden am gleichen Tag erlassenen Bundesgesetze über das Verwaltungsverfahren und über die

* Prot. vom 24. September 1966, S. 542/5.

Revision des Organisationsgesetzes, wenn wir sie mit den Forderungen des Juristentages von 1950 nach Verstärkung des Schutzes der Verfassung und der gesetzmäßigen Verwaltung konfrontieren, keinen Anlaß zu überbordender Begeisterung bieten, ist doch dieser Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit von Vorsicht, Zurückhaltung und auch von Umständlichkeit geprägt.

1970 werden ausschließlich Fragen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung zur Diskussion stehen, einerseits die allgemeinen verfassungsrechtlichen Probleme der Handels- und Gewerbefreiheit, andererseits der Komplex des Kartellrechts. Der Juristentag 1971 wird Referate über die Kodifikation des internationalen Privatrechts der Schweiz und über das weitschichtige Thema «Verwaltungsrecht und Strafrecht» entgegennehmen. Für 1972 besteht noch kein verbindliches Programm. Der Vorstand hat in Aussicht genommen, den Problemkreis Gemeindeautonomie, Zusammenarbeit der Gemeinden und Regionalordnung bearbeiten zu lassen und sodann eine Orientierung über Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes der automatischen Datenverarbeitung im Dienst der Rechtsetzung, Rechtsfindung und Rechtsverwirklichung zu organisieren.

Wie Sie sehen, an Verhandlungsgegenständen fehlt es nicht; Anregungen aus dem Kreis der Mitglieder sind dem Vorstand aber stets willkommen. Mein Dank gilt hier schon den Referenten, die sich immer wieder uneigennützig in den Dienst des Vereins und damit des Rechts stellen.

B. In seinen Beratungen über die künftigen Verhandlungsgegenstände zog der Vorstand auch in Betracht, den Juristentag mit Fragen der Gestaltung des juristischen Studiums zu befassen, wie das in der Vergangenheit schon mehrmals der Fall gewesen ist, 1891 in Genf mit den Referaten MEILI und GENTET, 1923 in Thun mit den Referaten BURCKHARDT und PICOT, 1949 in Frauenfeld mit den Referaten WEISS und ENGEL. Weil aber das Programm bis und mit 1971 schon feststand, während das Thema der soge-

nannten Studienreform im Zusammenhang mit anderen Universitätsproblemen jetzt diskutiert wird und somit eine erst nach Jahren erfolgende Standortbestimmung als verspätet und unnütz erscheinen mochte, wurde der Gedanke fallen gelassen. Ich möchte ihn in der kurzen Zeitspanne wieder aufnehmen, die traditionsgemäß dem Präsidenten zur Verfügung steht, um einige ihn bewegende Überlegungen anzustellen, die seine persönlichen und nur ihn verpflichtenden sind.

1. Ich gehe davon aus, daß die Studiengestaltung bei weitem nicht nur Dozenten und Studenten angeht. Sie berührt den ganzen Berufsstand und darüber hinaus Staat und Gesellschaft. Von der Ausbildung der Juristen hängt es zu einem wesentlichen Teil ab, ob sie ihre gesellschaftliche Aufgabe in der Verwirklichung einer gerechten Ordnung erfüllen, als Richter, Anwälte und Notare, als Verwaltungs-, Wirtschafts- und Verbandsjuristen, als Lehrer und Forscher.

Mit diesem Panorama des juristischen Tätigkeitsbereichs ist bereits eine Vorfrage angeschnitten, über die Klarheit bestehen muß, will man sich nützlich mit der Studiengestaltung befassen, die Frage nach dem Ziel des Studiums nämlich. Die Antwort liegt auf der Hand: Das Rechtsstudium soll eine ausreichende Vorbereitung für die Ausübung der juristischen Berufe sein. Ich formuliere bewußt so nüchtern und trocken, weil die gegenwärtige Hochschuldiskussion nicht selten unter Verwendung vieldeutiger oder verblasener Ausdrücke, ja gelegentlich unter einer eigentlichen Sprachperversion leidet. Es soll damit eine klare Trennungslinie gezogen sein gegenüber Modellen, welche die Universität etwa als «Stätte emanzipierender Wissenschaft in Forschung und Lehre» proklamieren, vom Bezug auf ein deutliches Berufsbild jedoch nichts wissen, sondern «autonome und permanente Reformen» durchführen wollen, in Wirklichkeit mit dem Mittel der allgemeinen und durchaus abstrakten «Kontestation» im Sinne HERBERT MARCUSES die Zerstörung der bestehenden gesellschaftlichen und staatlichen Strukturen anstreben, ohne verraten zu können, wie aus der

Anarchie eine bessere Menschlichkeit, eine höhere Gerechtigkeit erwachsen sollte. Umgekehrt schließt die Ausrichtung des Studiums auf den Beruf in keiner Weise das aus, was von jeher als zum Wesen wissenschaftlicher Ausbildung gehörig betrachtet worden ist, die kritische Würdigung des vorgegebenen positiven Rechtsstoffes, die Einordnung des einzelnen Rechtssatzes in ein Gefüge von Ordnungsvorstellungen, Zwecken und Wertungen, das Verhältnis des Rechts zu den außerrechtlichen sozialen Ordnungen. Es genügt – wie WALTHER BURCKHARDT betonte – in der Tat nicht, daß den Studenten «fachmännische Kenntnisse» beigebracht werden, «die gerade zur Ausübung der juristischen Berufe notwendig sind; der Staat muß auch darauf bedacht sein, einen Stamm von Gebildeten heranzuziehen, die über die Interessen ihres Berufes hinaussehen, Einsicht in die Zusammenhänge des ganzen Gemeinwesens und Sinn für seine höheren Bedürfnisse haben». Das Recht muß als soziale Ordnungsmacht, der Jurist (nach einem Wort des Romanisten ПУЧТА) als «Unterhändler zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem Leben» verstanden werden.

2. Ziele aufzuzeigen ist leicht. Wie können sie verwirklicht werden? Das ist die Frage. Wenn wir uns seit jeher darin einig sind, daß die Universität nicht nur spezialisierte Fachausbildung vermitteln soll, müssen wir uns darüber klar werden, wie das juristische Studium, wie ein Fachstudium überhaupt, zu betreiben ist, damit es mehr vermittelt als bloß handwerksmäßige Beherrschung eines vorgegebenen Stoffes. Die Antwort ergibt sich schon daraus, daß eine eigentliche Beherrschung des Stoffes gar nicht möglich ist. Ein Blick auf die dicken Bände der Gesetzessammlungen, der dazu gehörenden Materialien und der notwendigen Erläuterungen genügt, um sich davon zu überzeugen. Und ließe sich die Aufgabe einigermaßen vollständiger Stoffbeherrschung durch eine wahrhaft gigantische Gedächtnisleistung bewältigen, so wäre das Ergebnis von geringem Nutzen, weil beträchtliche Teile des heute aktuellen Stoffes

in zehn, in zwanzig und erst recht in dreißig Jahren überholt sind. Wer sich auf der Universität nur dieses Stoffwissen erworben hätte, könnte später in seinem Fach kaum bestehen.

Im Mittelpunkt des Studiums steht das Erarbeiten der Methoden, mit welchen die einzelnen Wissenschaften die vorhandenen Erkenntnisse ordnen und mit welchen sie neue Erkenntnisse gewinnen. Der Student muß für seine Disziplin wissen, anhand welcher Probleme diese Methoden geschichtlich entwickelt worden sind und wie sie heute eingesetzt werden, für die Naturwissenschaften, für die Medizin, für die Mathematik, für die verschiedenen Zweige der Geisteswissenschaften, für die Sozialwissenschaften, für die normative Rechtswissenschaft. Wer die seinem Fach gemäße Methode richtig erkannt hat, besitzt einen Schatz lebendigen Wissens, der allein ihn befähigt, sich neuen Stoff anzueignen, neue Erkenntnisse zu gewinnen, und beides in das erworbene Wissen einzuordnen und richtig anzuwenden. Der Studierende soll – so umschrieb schon SAVIGNY den Zweck eines «gelehrten Studiums» – sich eine selbständige Ansicht der Wissenschaft bilden, um sich hernach frei darin bewegen, das Fehlende selbst sich aneignen zu können.

Ein derartiges Studium der wissenschaftlichen Methoden läßt sich nicht denken ohne Studium des Stoffes, auf den sie angewendet werden. Am Gegenstand selber ist die Methode zu entwickeln, nicht im luftleeren Raum. Das gilt auf jeden Fall für den Anfänger; aber auch der Fortgeschrittene und der Kenner führen ein fruchtbares theoretisches Methodengespräch nur dann, wenn sie es jederzeit vergegenständlichen können. Es geht somit darum, Stoffauswahl und Methodenerkenntnis in Übereinstimmung zu bringen. Nicht so viel Stoff, daß der Jurist zum bloßen Paragraphenkenner wird, aber genug Stoff, um der Methode Blut und Leben zu verleihen, sie anschaulich zu machen.

Was das im einzelnen bedeutet, läßt sich hier nicht ausführen. Eine Richtschnur ergibt sich aus der Besinnung auf das Wesentliche juristischer Tätigkeit. In ihrem Mittel-

punkt steht die Interpretation, das Verstehen eines Textes, das Erfassen seines Sinns. Und von den verschiedenen Kriterien, nach denen der Interpret sich zu richten hat, scheinen mir zwei an sich und auch im Hinblick auf das Rechtsstudium von besonderer Bedeutung: die Interessenlagen und Interessenkonflikte, welche die Norm ordnet; der innere, systematische Zusammenhang der Rechtsordnung, in den sie sich einfügen hat.

Die einzelnen Normen und die Rechtsinstitute, zu denen diese Normen gehören, müssen somit in ihrer Problematik und in ihrer Funktion erkannt werden. Es gilt, die Wechselbeziehung zwischen den Lebensverhältnissen und der Rechtsregel sichtbar zu machen, die verschiedenen denkbaren Interessenbewertungen einander gegenüberzustellen, zu zeigen, was schließlich den Ausschlag für eine bestimmte positive Ordnung gegeben hat. Ginge es nur darum, diese teleologische Methode deutlich zu machen, so könnte der oft postulierte exemplarische Charakter des Unterrichts sehr weit getrieben werden. Es brauchten lediglich einige interessante Institute auf der Grundlage einer dogmengeschichtlichen und rechtsvergleichenden Betrachtung in ihrer heutigen Bedeutung und Bewertung behandelt zu werden, in aller Tiefe und aller Breite gewissermaßen, der Irrtum beispielsweise oder das Testament oder die Nutznießung, um bei dem mir vertrauten Privatrecht zu bleiben. Damit kann man sich ohne Schwierigkeit ganze Semester beschäftigen.

Es würde sich aber bald zeigen, daß ein richtiges Bild der einzelnen Norm, des einzelnen Institutes gar nicht gewonnen werden kann, wenn nicht auch der Gesamtzusammenhang gesehen wird. Der Systemgedanke eines inneren Begründungszusammenhangs der Rechtsordnung ist von entscheidender Bedeutung für das Verständnis ihrer Bestandteile, der Rechtsinstitute und der Rechtssätze. Weil das so ist, darf der Stoffabbau nicht so weit getrieben werden, wie es gelegentlich verlangt wird. Die Landkarte des Rechts, die sich dem angehenden Juristen allmählich erschließt, soll nicht nur einige noch so genau aufgenommene Teilpartien

enthalten. Sie bedarf der verbindenden Landmarken; Höhenzüge und Flußläufe sind einzuzeichnen, wobei aber die Art ihrer Kenntlichmachung durchaus mit ihrer größeren oder geringeren praktischen und dogmatischen Bedeutung variieren kann.

Mit der Forderung, es sei nicht nur Problematik und Funktion der einzelnen Rechtsnorm deutlich zu machen, sondern diese sei zugleich auch in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung zu stellen, wird nichts anderes verlangt als jene «Vertiefung», jene «Vergeistigung» des Unterrichts, die MAX GUTZWILLER in seinem schönen Bericht über die Frauenfelder Tagung von 1949 und über die von ihm veranstaltete Umfrage als eines der Hauptpostulate hervorgehoben und abgewandelt hat.* Gelingt diese Vertiefung, so liegt darin auch die von WALTHER BURCKHARDT 1922 postulierte allgemeine, die (im weiteren Sinne) politische Bildung, so führt sie zur Verwirklichung des höheren Bildungsziels des Juristen, wie WERNER KÄGI es 1949 als junger Dozent umschrieben hat. «In einer Zeit, in welcher der Sinn für die Normativität, für die Legalität, für die Gesetzestreue so sehr gefährdet ist wie in der unsrigen, müssen wir das juristische Denken wieder auf die harte Grundsätzlichkeit zurückführen. In einer Zeit, die in der Spezialisierung zu versinken droht, muß das Gegengewicht durch die Schulung des Blicks für den Zusammenhang des Ganzen geschaffen werden.» In solchen Zeiten – das können wir 1969 anfügen – hat sich die Rechtsordnung dem angehenden Juristen als eine Friedensordnung menschlicher Gemeinschaften zu erschließen, die der Macht und des Zwanges nicht entbehren kann, die Gerechtigkeit als höchsten und zugleich Sicherheit und Überblickbarkeit als unentbehrlichsten Rechtswert anstrebt.

3. Damit ist nun noch nichts ausgesagt über die Form des Unterrichts, der diesen Gehalt vermitteln soll. Es wird nicht selten angeregt, die Vorlesung, d.h. die einigermaßen abge-

* ZSR 68, 1949, S.336, vgl. 137 ff., 333 ff., 213 a ff., 273 a ff., 338 a ff.

rundete und zusammenhängende Darstellung eines bestimmten Gebietes stark zu beschneiden oder gänzlich zu unterdrücken. An ihre Stelle sollen Gruppengespräche und Übungen treten. Es ist leicht ersichtlich – wenn auch noch nicht durchwegs erkannt –, daß ein solches System eine ausgedehnte Vorbereitung erfordert. Wird sie nicht von Stunde zu Stunde geleistet, so verliert das Gruppengespräch jeden Wert.

Abgesehen davon bin ich der Meinung, daß die Vorlesung als gesprochenes lebendiges Wort durch das geschriebene Wort in mancher Hinsicht nicht ersetzt werden kann. Im mündlichen Vortrag werden schwer aufzunehmende abstrakte und konzentrierte Formulierungen aufgelockert und umschrieben. Er läßt Betonungen, Randbemerkungen und praktische Beispiele zu, er gestattet Unterstreichungen und Abschwächungen aller Schattierungen, spontane Exkurse, gute und weniger gute Witze, freiwillige und unfreiwillige Kathederblüten. Das alles schafft eine Differenzierung und Verlebendigung des Stoffes, welche die Lektüre allein den meisten Lernenden nicht vermittelt.

Eine Auflockerung der Vorlesung ist erwünscht und anzustreben. Die Hörer sollen Fragen stellen, sobald etwas unklar geblieben ist. Es können auch regelmäßige Kolloquiumstunden eingeschaltet werden. Im übrigen sind es dann vor allem die Übungen und Seminare, die in der Lösung von Fällen und in der Behandlung ausgewählter Fragen Gelegenheit zu aktiver Mitarbeit bieten, wenn die erforderliche häusliche Vorbereitung geleistet wird. Gemachte Erfahrungen zeigen, daß eine völlig autonome Gruppenführung nur durch Studenten nicht zu empfehlen ist, dies nach dem eigenen Urteil der Teilnehmer. Es fehlen auch bei gutem Willen und guter Vorbereitung der studentischen Leiter die fachlichen und methodischen Voraussetzungen. Das erforderliche methodische Geschick und die ebenfalls notwendige umfassende Kenntnis des Stoffes werden in der Regel nur auf Grund längerer wissenschaftlicher Arbeit und praktischer Lehrerfahrung erworben.

Ganz allgemein ist darauf zu achten, daß die Lehrmethoden nicht ausschließlich auf die Gruppe des besonders Begabten und Interessierten zugeschnitten werden. Es geht darum, auch den guten Durchschnitt so zu fördern, daß er das Examen bestehen und mit gutem Gewissen ins Leben entlassen werden kann.

4. Welche Auswirkungen ein nach den skizzierten Gesichtspunkten ausgerichtetes Rechtsstudium für das den einzelnen Fächern zuzuerkennende Gewicht hat, soll hier nicht erörtert werden. Darüber wird in den Referaten und Diskussionen von 1891, 1922 und 1949 Vortreffliches ausgeführt, das mit geringen Akzentverschiebungen auch heute noch gilt.*

Wie das Lehrprogramm, ist auch die normale Abschlußprüfung, sei sie zeitlich in Teilprüfungen gestaffelt oder nicht, auf Konzentration und Vertiefung auszurichten. Die Juristenausbildung ist einheitlich zu gestalten. Spezialisierungen durch Einführung verschiedener Prüfungsrichtungen sind nur mit Zurückhaltung vorzunehmen. Die Entscheidung für einen bestimmten juristischen Beruf sollte nicht, wie das jetzt in Italien und Frankreich der Fall ist, getroffen werden müssen, bevor der Student einen tieferen Einblick in die einzelnen Fachgebiete gewonnen hat.

Wünschenswert erscheint, daß auch in der deutschen Schweiz das Lizentiat als normaler Studienabschluß angesehen würde. Dabei wäre nicht etwa das Lizentiat abzuwerten, wohl aber das Doktorat aufzuwerten. An der Dissertation ist festzuhalten, m.E. auch am Druckzwang. Außerdem wäre im Doktorat eine anspruchsvolle mündliche Prüfung vorzusehen, die sich aber, im Gegensatz zum Lizentiat, ganz oder teilweise auf Wahlfächer beschränken könnte. Dabei hätte es durchaus nicht die Meinung, diese verhältnismäßig kleine Schar von zu voller wissenschaftlicher Selbständigkeit ausgebildeten Doktoranden nun von Anfang an

* So z.B. bei BURCKHARDT, ZSR 41, 1922, S.15 a/41 a, bei WEISS, ZSR 68, 1949, S.343 a/345 a, bei ENGEL, ZSR 68, 1949, S.285 a/301 a.

die hauptamtliche akademische Stufenleiter beschreiten zu lassen. Sie hätte sich in der Ausübung des Berufs auszuzeichnen, bildete aber zugleich ein Reservoir, aus dem sich nebenamtliche Dozenten und Forscher rekrutierten und aus welchem der Übertritt in die hauptamtliche Tätigkeit an der Universität je nach Umständen auch später vollzogen werden könnte.

Die schweizerischen Rechtsfakultäten haben 1968 eine Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung von Prüfungen abgeschlossen. Für das Doktorat werden die Lizentiaten jeder Fakultät denjenigen der eigenen Fakultät in jeder Hinsicht gleichgestellt; für das Lizentiat werden die reglementarischen Teilprüfungen und schriftlichen Arbeiten weitgehend anerkannt. Das befriedigende Funktionieren dieser Regelung, die als Ausdruck sachlich angemessener Koordinierungsbestrebungen im Hochschulwesen grundsätzlich zu begrüßen ist, wird entscheidend davon abhängen, daß überall ungefähr gleiche Studien- und Prüfungsforderungen gestellt werden und keine Fakultät den Weg des geringeren Widerstandes öffnet.

5. Abschließend ist noch kurz von den Anforderungen zu sprechen, die ein so verstandenes Studium an Dozenten und Studenten stellt.

Sicher ist die Latein-Matura (Typ A oder B) die beste Grundlage für ein erfolgreiches juristisches Studium. Unerläßlich ist sie aber nicht, wie schon die heutige Regelung aller Fakultäten zeigt, die eine Ergänzungsprüfung für die Träger lateinloser Maturitätszeugnisse vorsehen und Ausländer, deren Schulsystem die Latein-Matura nicht kennt, ohne Ergänzungsprüfung immatrikulieren. Die Ergänzungsprüfung ist ja nach nahezu einhelligem Urteil ein höchst unvollkommener und unbefriedigender Ersatz. Da aber von keiner Seite die Abschaffung dieser Ausnahme postuliert wird, liegt es nahe, noch etwas mehr Freizügigkeit und damit auch Folgerichtigkeit walten zu lassen. Man lese etwa die Ausführungen von WALTHER BURCKHARDT in

seinem Thuner Referat 1922* und vergegenwärtige sich, daß in den zwanziger Jahren die Fakultäten von Zürich und Bern die lateinlose Maturität generell anerkannten. Ich weiß mich in dieser lange nicht allseitig geteilten Auffassung in Übereinstimmung mit der überwiegenden und überzeugend begründeten Meinung der Genfer Fakultät.

Man wird sich übrigens darüber klar sein müssen, daß so oder so eine nach geistigem Milieu, Schulwissen und Studienethos immer uneinheitlicher werdende Studentenschaft die Universitätssäle füllen wird. Das stellt noch einmal erhöhte Anforderungen an den Dozenten. MAX GUTZWILLER hat in der 1949 erschienenen Festgabe für Jacob Lorenz das Bild des Universitätslehrers unnachahmlich gezeichnet. Man sehe mir nach, daß ich es bei diesem Hinweis bewenden lasse und nur ein Wort zu den Auswahlkriterien und zum Auswahlmodus beifüge. Entscheidend ist einzig die wissenschaftliche Qualifikation, weil alle anderen in Betracht fallenden Elemente, Charakter, Temperament, Gewicht der Persönlichkeit nicht oder doch nicht einigermaßen rational überprüfbar sind. Wird aber die wissenschaftliche Qualifikation unter den allgemeinen Gesichtspunkten beurteilt, die auch für die Ausbildung maßgebend sein sollen, so dürfte in der Regel die getroffene Wahl auch in anderer Hinsicht befriedigen. Der Soziologe MAX WEBER, sicher ein unerbittlicher Betrachter der Dozentenwelt, hat dem traditionellen System attestiert, es habe sich in der Praxis bewährt. Es ist ja auch so, daß eine Fakultät, die etwas auf sich hält, Dozenten vorzuschlagen und zu gewinnen versucht, die ihr Ansehen erhalten und mehren. Unheilvoll wäre jede Veränderung des Ausleseverfahrens, die zu Politisierungen, zu Liebedienerei oder zu einer Funktionärslaufbahn des Dozenten führen könnte. Die Warnung ist nicht völlig aus der Luft gegriffen, wie ja auch in anderer Hinsicht dafür Sorge getragen werden muß, daß die Dozentenlaufbahn wertvollen und selbständigen Persönlichkeiten nicht verleidet werde.

* ZSR 41, 1922, S. 8 a, 23 a ff., 41 a ff.

Ich habe zu Beginn dieser fragmentarischen Bemerkungen festgestellt, daß die Studiengestaltung nicht nur Studenten und Dozenten, sondern den ganzen Berufsstand und das Staats- und Gesellschaftsganze angehe. Aus diesem Grunde habe ich mir erlaubt, Ihnen meine Überlegungen vorzutragen. Wer vermöchte besser die Anforderungen zu beurteilen, denen die juristische Ausbildung zu entsprechen hat, als der ausgebildete und im Beruf stehende Jurist, der auf sein eigenes Studium zurückblicken kann. Gewähren Sie den Dozenten und Studenten Ihre Hilfe und Ihre Mitarbeit, damit auch künftige Juristengenerationen zu berufenen Dienern des Rechts herangebildet werden.

IV.*

M^e RENÉ HELG, Quästor des Vereins, legt die Jahresrechnung 1968/69 vor:

* Dieses und die folgenden Verwaltungsgeschäfte der Tagesordnung wurden erst am Sonntag, den 5. Oktober behandelt, werden aber der einheitlichen Protokollierung wegen schon hier angeführt.

*I. Comptes généraux**Etat de fortune au 30 juin 1969*

Actif	Fr.
Caisse	1 296.35
Chèques postaux	14 950.99
Banque Cantonale Vaudoise, Lausanne	
– Compte courant Fr. 6 090.70	
– Dépôt à terme Fr. 30 000.—	36 090.70
Portefeuille-titres	28 827.50
Actifs transitoires	5 741.02
	<u>86 906.56</u>

Passif	
Passifs transitoires et frais à payer	17 120.45
Capital au 1 ^{er} juillet 1968 Fr. 59 749.26	
Plus: Excédent des recettes Fr. 10 036.85	69 786.11
	<u>86 906.56</u>

Compte de résultats de 1968/69

Recettes	Fr.
Cotisations des membres	46 977.50
Contribution du Fonds national aux frais d'impression 1968	18 800.—
Contribution du Fonds national pour la Commission «Procédure civile»	4 000.—
Contribution du Fonds Dr Arnold Janggen.	3 000.—
Contribution Revue de droit suisse	1 600.—
Ventes de publications	2 815.10
Revenus du portefeuille-titres	1 377.50
Intérêts bancaires	469.71
Mandat de recherches «Allgemeine Geschäftsbedingun- gen» (solde)	94.40
	<u>79 134.21</u>

Dépenses

Impression des rapports et procès-verbaux 1968 . . .	42 839.25
Bibliographie du droit suisse	2 405.—
Congrès des juristes suisses 1968	7 168.05
Commission «Procédure civile»	8 508.95
Comité, commissions et représentations	1 876.80
Circulaires et imprimés	1 342.—
Archiviste, secrétaire et comptable	3 662.50
PTT et frais de bureau	1 024.40
Moins-value d'estimation du portefeuille-titres	141.50
Frais de banque	79.81
Impôts	49.10
	<u>69 097.36</u>

Excédent des recettes. 10 036.85

II. Fonds spécial «Sources du droit»

Etat de fortune au 30 juin 1969

Actif	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise, Lausanne	7 479.90
Portefeuille-titres	109 574.—
Actifs transitoires	3 130.93
	<u>120 184.83</u>
Passif	
Sauerländer AG, Aarau	29 721.90
Passif transitoire	66.80
Capital au 1 ^{er} juillet 1968	Fr. 116 393.32
Moins: Excédent des dépenses	Fr. 25 997.19
	<u>90 396.13</u>
	<u>120 184.83</u>

Comptes de résultats de 1968/69

Recettes	
Ventes de publications	5 834.60
Subventions	16 800.—
Revenus du portefeuille-titres.	5 029.20
Plus-value d'estimation du portefeuille-titres	101.—
Intérêts bancaires	40.24
	<u>27 805.04</u>
Dépenses	
Frais d'impression des «Sources du droit».	53 623.30
Frais de banque	178.93
	<u>53 802.23</u>
Excédent des dépenses	25 997.19

*III. Fonds Dr. Arnold Janggen**Etat de fortune au 30 juin 1969*

Actif	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise, Lausanne	2 057.80
Portefeuille-titres	32 865.—
Actif transitoire	457.58
	<u>35 380.38</u>
Passif	
Passif transitoire	5 000.—
Capital au 1 ^{er} juillet 1968	Fr. 32 225.90
Moins: Excédent des dépenses	Fr. 1 845.52
	<u>30 380.38</u>
	<u>35 380.38</u>

Compte de résultats de 1968/69

Recettes	
Revenus du portefeuille-titres	1 565.—
Intérêts bancaires	17.44
	<u>1 582.44</u>
Dépenses	
Frais de banque	58.96
Moins-value d'estimation du portefeuille-titres	369.—
Contribution pour recherches	3 000.—
	<u>3 427.96</u>
Excédent des dépenses	1 845.52

V.

Der Präsident verliest den Bericht der Rechnungsrevisoren, M. PHILIBERT LACROIX, notaire, Genève, und Dr. JOHN OCHSÉ, Basel. Auf Vorschlag der Rechnungsrevisoren erteilt die Versammlung dem Quästor Décharge.

VI.

Le trésorier présente le budget de la Société pour l'exercice 1969/1970:

Budget pour l'exercice 1969/1970

Recettes	Fr.
Cotisations des membres	52 000.—
Contributions du Fonds national aux frais d'impression	32 000.—
Contribution de la Société suisse des sciences humaines	2 500.—
Vente de publications.	2 800.—
Contribution Revue de droit suisse	1 600.—
Revenus du portefeuille-titres	1 300.—
Intérêts bancaires	450.—
	<u>92 650.—</u>
Dépenses	
Impression des rapports et procès-verbaux 1969 . . .	60 000.—
Bibliographie du droit suisse.	2 400.—
Mandat de recherches (Allgemeine Geschäfts- bedingungen)	5 000.—
Congrès des juristes suisses	8 000.—
Comité, commissions et représentations	1 800.—
Circulaires et imprimés	1 500.—
Archiviste, secrétaire et comptable	4 000.—
PTT, frais de bureau	1 000.—
Frais de banque	100.—
Impôts	50.—
	<u>83 850.—</u>

Im Namen des Komitees beantragt der Quästor der Versammlung, den Mitgliederbeitrag von Fr. 20.– beizubehalten.

Den beiden Vorschlägen stimmt die Versammlung diskussionslos zu. Der Präsident dankt dem Quästor für die Rechnungsführung.

VII.

Der Präsident leitet die Diskussion über das Thema «Zur Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts» gemäß Berichterstattung des Vorstandes in dem allen Mitgliedern zugestellten und veröffentlichten Dokumentationsband mit folgender Vorbemerkung ein.

Ich glaubte, in meiner Vorbemerkung zum wissenschaftlichen Thema des heutigen Verhandlungstages nur gerade auf mein Vorwort zu dem Ihnen zugestellten Dokumentationsband verweisen zu können. Der Inhalt verschiedener mir zugekommener Mitteilungen und Vernehmlassungen zeigt, daß Mißverständnisse aufzuklären sind. Ich lasse dahingestellt, wie sie angesichts der klaren Unterlagen entstehen konnten, rufe Ihnen aber noch einmal das Wichtigste in Erinnerung. Ich behalte mir vor, im Laufe der Diskussion Ergänzungen anzubringen, wenn sich zeigen sollte, daß das Folgende zur Klarstellung noch nicht genügt.

Die im Vorwort skizzierte Geschichte des Geschäftes, das uns heute beansprucht, will ich nicht wiederholen. Es war keine ganz einfache, aber eine lohnende Arbeit, das Schicksal eines mehr als hundert Jahre alten Postulates aktengemäß nachzuzeichnen. Es finden sich darin Ansatzpunkte für die meisten grundsätzlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Problem der Rechtsvereinheitlichung stellen. Ich durfte annehmen, daß sie die Beachtung aller Mitglieder gefunden haben, die am Thema unserer heutigen Diskussion Anteil nehmen.

Der Vorstand hat sich darüber Rechenschaft gegeben, daß eine zeitlich beschränkte Aussprache den Äußerungsbedürfnissen der Mitglieder gerade bei diesem Thema nicht

zu entsprechen vermag. Er hat deshalb mehrmals, zuletzt in den verschiedenen Zirkularen dieses Jahres, zur Einreichung schriftlicher Bemerkungen aufgemuntert. Es sind etwas über 40 Stellungnahmen eingegangen. Zur Hauptsache stammen sie von Einzelpersonen. Daneben äußern sich das Tribunal Cantonal Vaudois, die Cour de justice civile von Genf, die Présidents des tribunaux de district vaudois, der Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes im Namen seines Geschäftsausschusses, der Conseil de l'Ordre des avocats vaudois, der Conseil de l'Ordre des avocats fribourgeois. Mehr als die Hälfte aller Stellungnahmen kommen aus dem Kanton Waadt. Ein schwaches Drittel äußert sich ohne Begründung lediglich zur Grundsatzfrage, ob die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts erwünscht sei oder nicht. Die übrigen nehmen mehr oder weniger ausführlich Stellung (in der Regel auf wenigen Seiten, in mehreren Fällen in umfangreicheren Eingaben), sei es zur Grundsatzfrage allein, sei es auch zu Einzelfragen, dies meistens unter Bezugnahme auf den Entwurf SCHWARTZ. Der Vorstand nimmt in Aussicht, eine Zusammenfassung grundsätzlicher Stellungnahmen zu der vorgelegten Dokumentation als Anhang zum Tagungsprotokoll abzdrukken, um auf diese Weise die knappe Diskussionszeit zu kompensieren.*

Nicht alle Stellungnahmen scheinen sich Rechenschaft über den Inhalt des Auftrages gegeben zu haben, der 1961 dem Vorstand erteilt wurde. Er gab auf, «die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts in der Schweiz weiterhin zu behandeln und zu fördern». Die drei seit 1961 amtierenden Vorstände, die mit dem Vollzug befaßt waren, haben

* Nach der Tagung verständigten sich der Vereinspräsident und die waadtländischen Wortführer der Vereinheitlichungsgegner auf die Teilpublikation des «Rapport adressé à la conférence des Chefs des Départements de justice et police des cantons romands et du Tessin par la Commission chargée d'étudier les conséquences de l'unification éventuelle de la procédure civile en Suisse au sujet du projet de loi fédérale sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral». Sie bildet einen Anhang zu der an der Tagung geführten Diskussion (s. S. 994 ff.).

sich von folgender Interpretation des Mandates leiten lassen. Es ist zu zeigen, wie ein vereinheitlichter Prozeß aussehen könnte, um auf diese Weise eine ausreichende juristische sachliche und rationale Grundlage für den politischen Grundsatzentscheid zu schaffen, der dem Gesetzgeber obliegt. Selbst in dieser zurückhaltenden unter den möglichen Auslegungen verlangt der Auftrag die Vorlage von einigermaßen in die Einzelheiten gehenden Entwürfen oder Skizzen. Es wäre denkbar gewesen, nur den Entwurf einer vollständigen Vereinheitlichung vorzulegen, die eine vorherige Verfassungsänderung voraussetzt. Die Vorstände haben es jedoch für richtig angesehen, in die vorzulegende Dokumentation auch eine Lösung ohne Verfassungsänderung einzubeziehen.

Einige Vernehmlassungen tadeln, daß mit den Herren Bundesrichter SCHWARTZ und Obergerichter SCHAAD nur Befürworter der Vereinheitlichung zum Wort kommen. Ich kann diese Kritik nicht verstehen. Es liegt auf der Hand, daß der Verfasser solcher Entwürfe oder Richtlinien nicht ein kategorischer Gegner der Vereinheitlichung sein kann. Die Vorstände mußten sich an Autoren wenden, die ein mehr oder weniger weit gehendes Vereinheitlichungsmodell auszuarbeiten bereit waren. Zu diesen Modellen nimmt der Vorstand selber nicht Stellung. Indem er sie vorlegt, glaubt er, Befürwortern und Gegnern der Vereinheitlichung in gleicher Weise zu dienen. Die Gegner werden in die Lage versetzt zu zeigen, weshalb ein eidgenössischer Zivilprozeß keinen oder keinen wesentlichen Fortschritt darstelle, die Befürworter können in gleicher Weise die Vorteile einer solchen Lösung würdigen, beides in sachbezogener Diskussion. Die vollständige Dokumentation geht als solche an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement zuhanden der politischen Behörden, die damit eine Grundlage für ihre Entschlußfassung besitzen, möglicherweise auch für den Entschluß, von Entschlüssen abzusehen. Die Dokumentation kann auch der Öffentlichkeit Anlaß zu weiterer Diskussion geben, insbesondere anderen juristischen Organisationen.

Diese Interpretation des Auftrages liegt schon der Bemerkung zugrunde, die Professor JÄGGI als Vereinspräsident in seiner Berichterstattung über die 1962 veranstaltete Umfrage gemacht hat: Der vom Vorstand zu vollziehende Auftrag betreffe die rechtswissenschaftliche, nicht die staatspolitische Seite des Vereinheitlichungsproblems. Alle Vorstände haben sich diese Auffassung zu eigen gemacht, und ich habe sie im Vorwort zum Dokumentationsband wiederholt. Vorsichtigerweise – und nicht unnötigerweise, wie schon die schriftlichen Vernehmlassungen zeigen – habe ich beigelegt, es sollten zum mindesten die verschiedenen Fragestellungen auseinandergehalten werden, die im Vordergrund stehende rechtswissenschaftliche einerseits, die staatspolitische und die allenfalls auch eine Rolle spielende standespolitische anderseits.

Ich habe, und damit bin ich schon beinahe am Schluß meiner Vorbemerkungen angelangt, auf die besondere Wichtigkeit der Frage hingewiesen, wie sich allenfalls die herkömmlichen kantonalen Gerichtsorganisationen mit einem einheitlichen Verfahrensrecht verknüpfen ließen. Gegner und Befürworter der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts werden ja gleicherweise zugeben müssen, daß die Grundsatzfrage ein verschiedenes Gesicht bekommt, je danach, ob mit der Vereinheitlichung der Verfahrensregeln auch ein mehr oder weniger schwerer Eingriff in die Gerichtsorganisation verbunden ist. In seiner Eröffnungsansprache am Juristentag 1871 hat der damalige Neuenburger Staatsrat und spätere Bundesrat EUGÈNE BOREL auf die Notwendigkeit hingewiesen, Vereinheitlichung des Rechts einerseits und politische oder administrative Zentralisation anderseits auseinanderzuhalten. Ich möchte diese Mahnung eines durchaus föderalistisch gesinnten frühen Befürworters weitgehender Rechtsvereinheitlichung als Wunsch an jene weitergeben, die sich mit dem uns heute beschäftigenden Problem zu befassen haben und sachbezogen befassen wollen.

Es bleibt mir lediglich übrig, den Dank an alle zu wiederholen, die sich um die Erfüllung des vor acht Jahren dem

Vorstand erteilten Auftrages verdient gemacht haben, den Herren SCHWARTZ, SCHAAD, BALMER, EICHENBERGER und GAUTHIER als Autoren wertvoller Entwürfe, Berichte und Gutachten, den Herren OCHSENBEIN, LEUBA und MEYLAN als Übersetzer, dem Vorstand der Jahre 1962–1964, schließlich der Kommission, welcher neben den Herren CAVIN, GROSSEN, GULDENER, HINDERLING und KUMMER die Vorstände der letzten und der laufenden Amtsperiode angehörten.

Möge die nun einsetzende Diskussion im gleichen Geist der Sachlichkeit geführt werden, von dem die große Vorbereitungsarbeit bis zum heutigen Tag getragen war.

M. CLAUDE BONNARD, conseiller d'Etat, chef du Département de Justice et Police du canton de Vaud:

Pour apprécier les projets qui nous sont soumis du point de vue politique, auquel je voudrais me placer, il convient d'en voir clairement certaines conséquences.

Le projet SCHAAD équivaut à une unification directe et immédiate de la procédure sur l'ensemble du territoire suisse. A plus longue échéance, le projet SCHWARTZ aurait la même conséquence exactement. Supposé qu'il soit adopté, il impliquerait sur nombre de questions l'application concurrente de la loi fédérale et du code cantonal de procédure. Ce régime aurait tant d'inconvénients qu'il conduirait, sans beaucoup tarder, à une unification aussi complète que celle du projet SCHAAD.

L'unification complète de la procédure conduirait à trois conséquences:

Tout d'abord, elle entraînerait, dans un avenir relativement proche, l'unification de l'organisation judiciaire. Ceux qui le contestent méconnaissent le fait fondamental qu'une procédure, quelle qu'elle soit, est destinée à garantir une bonne application du droit matériel par les tribunaux qui existent dans le pays où cette procédure s'applique. Pour faire œuvre valable, il faudrait unifier l'organisation des

tribunaux avant la procédure. Mais, si l'on commence par la procédure, l'organisation des tribunaux suivra à coup sûr.

Deuxième conséquence: l'unification de l'organisation judiciaire sera l'œuvre de la Confédération. En d'autres termes, il n'y aura plus des organisations judiciaires cantonales, mais une organisation judiciaire fédérale. Il n'y aura plus des tribunaux cantonaux, mais des tribunaux fédéraux. L'administration de la justice sera fédérale. Les arguments qui prévaudraient pour une unification de la procédure militeraient tout autant en faveur d'une unification de l'organisation judiciaire.

Troisième conséquence: les lois cantonales sur la profession d'avocat disparaîtraient pour faire place à une législation fédérale uniforme. En effet, pour agir devant des tribunaux semblables, se servant d'une procédure identique, il faut des avocats soumis non seulement aux mêmes exigences de formation, mais aux mêmes règles professionnelles.

Pour demeurer dans le sujet, je ne m'arrêterai pas à une quatrième conséquence. Reconnaissons cependant franchement que l'unification de la procédure civile ouvre la porte à une autre unification, aussi lourde et même plus lourde encore de conséquence: celle de la procédure et de l'organisation judiciaire en matière pénale, puis en matière administrative.

L'unification de la procédure et les suites qu'elle implique auraient des conséquences graves sur le plan politique. Ces conséquences ont déjà été évoquées au sein du parlement fédéral par le Conseiller national JACCOTTET, lors de la discussion du postulat SCHMID tendant à l'unification de la procédure civile et pénale. Mais elles doivent être rappelées ici. Il le faut, non pour assurer une défense stérile des positions cantonales ou des intérêts de la profession d'avocat, mais pour contribuer à promouvoir un vrai fédéralisme.

L'unification des matières en cause représenterait tout d'abord la disparition de la souveraineté cantonale dans un des derniers domaines où celle-ci est encore quasi totale. Les questions de procédure, d'organisation judiciaire et d'administration de la justice ont sans doute moins d'éclat que

les problèmes touchant à la recherche, à l'aménagement du territoire ou aux autoroutes. Elles sont cependant aussi importantes, si ce n'est plus, car les organes de la justice sont un des fondaments de l'ordre public, sans lequel il n'y a point de liberté. Et les cantons les ont résolues seuls, comme des Etats souverains, sans le concours de la Confédération. Les priver de leurs droits en cette matière marquerait un tournant décisif. Ils deviendraient de simples circonscriptions dans un système de décentralisation administrative.

L'unification de la procédure et ses conséquences entraîneraient, en second lieu, une modification profonde du climat de nos parlements cantonaux. J'ai eu le privilège de défendre devant le Grand Conseil vaudois plusieurs lois de procédure et, en particulier, deux nouveaux codes de procédure civile et pénale. Tous ceux qui ont assisté à ces débats ont été frappés par leur niveau. Cela a tenu, me semble-t-il, à une cause surtout: les députés avaient conscience de leur responsabilité entière et dernière, sous la seule réserve des droits populaires. La santé de nos parlements cantonaux dépend de l'étendue de cette pleine responsabilité. Plus celle-ci couvre de larges domaines, plus nos conseils législatifs sont vigoureux. La faculté qu'ils ont d'exercer en certaines matières leur pouvoir authentique de législateur souverain, est un contrepoids indispensable à l'obligation où ils se trouvent souvent de n'agir plus qu'en qualité d'organe d'exécution de la Confédération.

Enfin, si la Confédération portait atteinte à la souveraineté cantonale en matière de procédure, d'organisation judiciaire et d'administration de la justice, elle toucherait à un domaine qui, malgré ses apparences techniques, est indissolublement lié aux mœurs et aux traditions locales. Et quand je parle des mœurs, je ne pense pas tant aux mœurs judiciaires qui – cela va de soi – seraient transformées par l'unification envisagée, mais aux mœurs tout court. Le monde judiciaire ne saurait être un monde à part, sous peine de faillir à sa mission. Il est dans la société, où il joue un rôle essentiel. Il est modelé par elle et par les conceptions géné-

rales qu'elle admet. Suivant qu'elle accorde plus de poids à la recherche de la vérité judiciaire ou au respect des libertés individuelles, elle accordera au juge de plus ou moins larges pouvoirs d'investigation et lui enjoindra de diriger les plaideurs ou de les écouter. Dès lors, le rôle du juge diffère d'un canton à l'autre, parce que les us et coutumes le veulent ainsi. Il n'est ni possible, ni souhaitable, d'enfermer ces différences dans un moule commun.

Nous avons choisi de vivre sous le régime politique du fédéralisme. Ce régime, le plus difficile, est aussi le plus adéquat. Il repose sur un équilibre toujours précaire, il défie l'esprit logique, il entraîne des complications, mais seul il permet à nos communautés de vivre en bonne harmonie. Que certains cantons, très proches les uns des autres, désirent harmoniser leur procédure, je le comprends, mais qu'ils fassent alors un concordat. Que des chapitres très particuliers de la procédure méritent d'être unifiés et puissent l'être sans inconvénients, je le conçois aussi. Mais là encore, que les cantons concluent des concordats, qu'ils signent par exemple le concordat sur l'arbitrage, récemment approuvé par le Conseil fédéral, ou qu'ils élaborent un concordat sur les conflits de compétence intercantonaux. Il serait faux d'aller plus loin, sous le prétexte de rechercher d'illusoires avantages techniques.

M. JUSTIN THORENS, avocat, chargé de cours à l'Université de Genève, Genève:

Je désire m'exprimer ici uniquement sur le problème même de l'unification de la procédure civile.

Après avoir parcouru les études récentes à ce sujet, une première réflexion vient à l'esprit. Tout le monde, ou presque, est d'accord sur le fait qu'en soi l'unification de la procédure civile serait heureuse sur le plan pratique et favoriserait l'application uniforme du droit de fond.

De nombreuses personnes cependant, constatant que la procédure civile constitue l'un des derniers bastions im-

portants de l'autonomie cantonale, estiment qu'il ne convient de réduire encore celle-ci. Elles pensent au contraire qu'il faut laisser aux cantons cet attribut de leur souveraineté par ailleurs fortement battue en brèche par la vie actuelle et la technique moderne.

Cet argument a tout son poids, notamment pour un juriste appartenant à une minorité linguistique et culturelle.

Le devoir de notre Société est de rechercher si cet argument est non seulement valable, mais aussi déterminant.

La seule façon de trancher le débat consiste à peser les intérêts en présence, c'est-à-dire d'une part l'avantage qu'il y a sur le plan du fédéralisme à laisser la compétence de légiférer en la matière aux cantons et d'autre part les inconvénients que la multiplicité actuelle de lois entraîne pour les justiciables.

Je ne relèverai ici que les raisons pratiques qui militent en faveur de l'unification de la procédure et non pas les raisons fondées sur le bénéfice qu'en retirerait la science juridique sur le plan de la recherche et de l'enseignement.

A titre préliminaire un certain nombre de constatations s'imposent :

1. Selon les indications données par SCHURTER et FRITZSCHE nos parlements cantonaux ont «commis» environ 20000 articles de procédure civile entre 1819 et 1931.

Depuis lors, cette production «industrielle» a continué et n'est certes pas sur le point de s'arrêter.

2. L'existence simultanée d'un droit de fond unifié et de procédures cantonales est la source de nombreuses difficultés pratiques. Cette coexistence, pas toujours pacifique, «crée de nombreux points de friction et soulève des problèmes multiples» pour reprendre les mots de M. VOYAME dans son rapport de 1961, p.68.

3. Les exigences pratiques contraignent toujours davantage la Confédération à empiéter sur le domaine réservé des cantons. Les exemples abondent et je renvoie pour les plus récents à ceux énumérés dans l'étude remarquable de M. SCHAAD (p.146 ss.).

4. La procédure n'a pas de but en elle-même et son seul objectif est la réalisation du droit de fond; selon la formule consacrée, elle n'est que la servante de ce droit.

Le juriste et le législateur devraient toujours avoir cette vérité présente à l'esprit.

Si l'on étudie maintenant les avantages que procurerait une unification et les inconvénients dus à la multiplicité des lois cantonales, on peut relever ce qui suit:

1. Une procédure unique permettrait de soumettre les problèmes essentiels de son interprétation à notre juridiction fédérale suprême, ce qui entraînerait une harmonisation de la jurisprudence. Elle assurerait ainsi une application vraiment uniforme du droit de fond, ce qui actuellement, sous l'influence de la procédure cantonale, n'est pas toujours le cas.

2. A notre époque où les distances n'existent plus guère, il est absurde de soumettre le plaideur à une loi différente selon qu'il s'adresse à un juge de Genève ou à un juge de Lausanne, alors que toutes les frontières politiques et juridiques, sur le plan du droit de fond, ont été supprimées entre les cantons.

Le droit devant être le même pour tous en Suisse, il convient que le justiciable domicilié dans notre pays puisse, quel que soit son domicile, connaître la loi qui s'applique au procès auquel il se voit contraint de participer.

Cet argument devient de plus en plus pertinent avec le brassage actuel de notre population.

Il se justifiait sans doute de défendre la souveraineté cantonale en matière de procédure quand la très grande majorité des citoyens étaient domiciliés dans leur canton d'origine et désiraient être jugés selon les formes traditionnelles. Cette opinion n'est plus défendable aujourd'hui, car elle ne correspond plus à la réalité.

Est-il légitime d'obliger le confédéré domicilié à Genève de se soumettre à une loi de procédure différente de celle de son lieu de domicile pour plaider dans son canton d'origine ou à n'importe quel citoyen d'approfondir une loi de procé-

ture civile pour un cas unique parce que le hasard et les impératifs de la vie économique et sociale, suites de l'unification politique et juridique de notre pays, le rendent justiciable du for d'un autre canton ?

Le droit est au service du justiciable et non le justiciable au service du droit.

On a trop tendance à l'oublier.

3. Une saine économie procédurale exige que l'avocat puisse défendre son client et le représenter devant tous les tribunaux de notre pays.

Or, il est impossible actuellement à un avocat de connaître toutes les lois de procédure civile suisses. Cet avocat est donc contraint de recourir à un correspondant dans un autre canton, ce qui entraîne des frais considérables et inutiles pour le justiciable.

Je rappellerai en passant que, selon la formule saisissante du Professeur JEAN GRAVEN lors du débat de 1961, «la procédure est paradoxalement aussi diverse ou plus diverse dans notre petit pays que dans l'ensemble de l'Europe...».

4. Malgré le principe constitutionnel, la Confédération se voit obligée d'intervenir de plus en plus fréquemment dans le domaine de la procédure.

Les exemples cités dans la documentation qui nous a été transmise montrent que ces empiètements augmentent tous les jours en nombre et en importance.

Une solution générale et de principe serait très supérieure à une casuistique qui, en définitive, complique les choses et doit toujours être élargie parce que forcément toujours incomplète.

5. Je relèverai en dernier lieu que l'unification de la procédure éviterait souvent au praticien d'avoir à trancher la question parfois fort subtile de savoir s'il a affaire à une règle de procédure ou à une règle de droit de fond, puisque dès lors le droit, tout entier fédéral, relèverait de la même autorité.

En face de ces avantages qui seraient la conséquence d'une unification de la procédure civile, se trouve l'argument, non

négligeable nous l'avons dit, de la sauvegarde de la souveraineté cantonale qui s'amenuise davantage au fil des années.

En fait, la souveraineté cantonale en matière de procédure est de moins en moins réelle, car la vie est plus forte que le droit.

Les interventions multiples de la Confédération ont pour conséquence que le domaine de la procédure, déjà passablement compliqué, devient tellement enchevêtré que le praticien s'y perd. Le problème est aujourd'hui posé et il convient de le résoudre.

En ce qui me concerne, j'estime que la procédure civile doit être unifiée dans notre pays et qu'il convient de procéder le plus rapidement possible à cette unification.

J'estime également que ce n'est pas par une demi-mesure, comme l'harmonisation des lois de procédure cantonales, que nous arriverons au résultat souhaité.

De toute façon, il ne sera pas plus difficile d'unifier le droit de procédure qu'il a été difficile d'unifier le droit de fond.

Entre nous, quel serait le juriste qui, aujourd'hui, oserait soutenir que le droit de fond unifié n'est pas préférable aux droits de fond qu'auraient les vingt-cinq cantons ou demi-cantons ?

Les difficultés entraînées par une harmonisation des lois de procédure cantonales, qui ne constituerait qu'une solution provisoire, ne seraient pas tellement inférieures à celles nées d'une unification.

Sur le plan législatif les difficultés seraient même supérieures par la nécessité de modifier fondamentalement vingt-cinq lois de procédure civile.

Je me rallie, par contre, entièrement à l'argument des partisans de l'autonomie cantonale en ce qui concerne l'organisation judiciaire. Celle-ci règle les formes du troisième pouvoir et ressortit comme telle par principe à la compétence de chaque Etat, donc également de nos cantons.

Je suis donc d'avis que l'organisation judiciaire doit rester dans la compétence des cantons sous réserve des amé-

nagements nécessaires entraînés par l'unification de la procédure civile.

Ces aménagements ne seraient pas plus importants d'ailleurs que ceux que l'unification politique de notre pays a entraîné, à l'époque, pour le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

En ce qui concerne maintenant les principes mêmes qui devront se trouver à la base d'une loi de procédure civile unique, le législateur devra rechercher un juste équilibre entre les conceptions des diverses régions du pays. Il s'agit là d'une condition essentielle. En effet, la remarque parfaitement juste du Professeur GULDENER faite en 1967 devant la Société des Juristes zurichois, remarque citée par M. SCHAAD aux pages 158/159 de son travail, selon laquelle le projet zurichois et le code vaudois sont le reflet de deux mondes juridiques distincts, nous montre bien que les lois de procédure civile cantonales reposent sur des bases fondamentalement différentes.

La majorité devra respecter le droit des minorités afin de rechercher la solution la plus heureuse et la mieux conforme à notre fédéralisme.

Il s'agira d'ailleurs de la meilleure réponse aux partisans de l'autonomie cantonale, car le fédéralisme ne sera pas maintenu en défendant des compétences cantonales dépassées par la vie, mais en trouvant la solution qui respecte le mieux l'apport culturel de toutes les régions du pays.

Privatdozent Dr. H. U. WALDER, Zollikon :

Die Frage, vor die unser Verein und nach ihm das Justizdepartement und der Bundesrat sich gestellt sehen, ist die, ob die Verwirklichung eines Rahmengesetzes im Sinne des Entwurfes SCHWARTZ auf bestehender Verfassungsgrundlage oder eine schweizerische Zivilprozeßordnung auf der Grundlage eines neuen Kompetenzartikels als nächstes Ziel ins Auge zu fassen sei, wobei der erstgenannte Schritt sich als

Vorstufe zum zweitgenannten erweisen, ihn umgekehrt aber auch erschweren könnte.

Ich bekenne mich als Befürworter der vollständigen Vereinheitlichung, weil der gegenwärtige Zustand den Erfordernissen des Rechtslebens einer modernen Schweiz in keiner Weise mehr gerecht wird. Diesen Bedürfnissen hat sich ein dienendes Recht, als welches das Zivilprozeßrecht richtigerweise bezeichnet wird, unterzuordnen.

Was andererseits die viele Möglichkeiten ausschöpfende Vorlage betrifft, die uns das Rahmengesetz bietet, so zweifle ich trotz der brillanten Argumentation von Herrn EICHENBERGER stark daran, daß die Grundlage des Art. 64 Abs. 2 BV und anderer heranzuziehender Bestimmungen für ein so weitgehendes Gesetz genügt. Herr EICHENBERGER hat denn auch für die verfassungsrechtliche Betrachtung einzelner Titel des Entwurfes das Ergebnis der Nachweise und Argumentationen der Vertreter des Zivil- und des Prozeßrechts vorbehalten.

Auch das, was an prozessualen Eingriffen des Privatrechts in das Verfahrensrecht bereits besteht, darf uns bezüglich weiterer Ausschöpfung von stillschweigenden Kompetenzen nicht allzu sorglos stimmen, denn verschiedentlich waren es doch wohl reine Zweckmäßigkeitserwägungen, die den Zivilgesetzgeber verfassungsrechtliche Bedenken, die hätten angemeldet werden müssen, beiseiteschieben ließen. Die Gerichtsstandsbestimmung des Art. 761 OR für die Klage aus Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft am Sitze der Gesellschaft zum Beispiel ist ein auch bei wohlwollendster Interpretation des Verfassungstextes nicht haltbarer Eingriff in das Recht der Kantone, im Rahmen ihrer Verfahrenshoheit und von Art. 59 BV auch die Gerichtsstände festzulegen. In den parlamentarischen Beratungen dieses Artikels in den Jahren 1935 und 1936 hat man sich denn auch darauf beschränkt, die Unverbindlichkeit von Art. 59 BV für den Bundesgesetzgeber festzuhalten, ohne sich mit Überlegungen, wie sie Herr EICHENBERGER auf S. 509 angestellt hat, herumzuquälen.

Ein Rahmengesetz hat, so sehe ich es, überhaupt nur soweit Berechtigung, als es die sich aus dem Auseinanderfallen der prozessualen Ordnungen in den 25 Kantonen im interkantonalen Verhältnis ergebenden Unzulänglichkeiten in der Rechtsverwirklichung beheben will. Soweit es aber den Kantonen in ihrem eigenen Bereich Vorschriften über das Verfahren aufdrängt, zeigt sich die verfassungsrechtliche Problematik verhältnismäßig bald. Dafür ein Beispiel:

In Art. 47 Abs. 1 des Entwurfes SCHWARTZ heißt es: «Eid und Handgelübde der Zeugen sind unzulässig.» Herr BALMER hat auf S. 390 oben festgehalten, daß es dem Richter nach den meisten Gesetzen zustehe, Eid und Handgelübde eines Zeugen frei zu würdigen. Dennoch zögere der Richter nach der Erfahrung, die Wahrhaftigkeit einer auf solche Weise bekräftigten Aussage kritisch zu überprüfen. Indessen wird man in solchen Hemmungen des Richters nicht eine Gefährdung der Rechtsverwirklichung sehen können, sondern höchstens eine Gefährdung der Richtigkeit des einzelnen Urteils. Das ist aber nicht das gleiche. Zwar hat Herr EICHENBERGER die Aktivierung des Art. 58 BV in dem Sinne angeregt, als der Richter dazu eingesetzt sei, um zum richtigen Urteil zu gelangen. Das führt aber letztlich zur Annahme einer Verpflichtung der Kantone, die längstmögliche Berücksichtigung der materiellen Wahrheit zu gewährleisten, denn nur auf ihrer Grundlage kann das «richtige» Urteil ergehen. Dann wiederum ist es nicht möglich, den Kantonen jenes «Etwas», jene «Substanzgarantie» zu belassen, von der Herr EICHENBERGER spricht. Gehen wir also über Art. 114 BV hinaus, so stoßen wir in nicht absehbares Neuland vor.

Ist die Hilfe, die uns von dem gewiß begrüßenswerte Verbesserungsvorschläge bringenden Rahmengesetz zuteil wird, die von verfassungsrechtlichen und anderen Fährnissen umgebene Reise, die es bis zu seiner Gesetzwerdung zurückzulegen haben wird, wirklich wert? Gewiß dürfen wir dankbar sein, wenn unergiebig interkantonale Gerichtsstandskonflikte gelöst und die Beweismittel vereinheitlicht, Streit-

fragen um die Feststellungsklage, um Rechtshängigkeit und Rechtskraft endgültig archiviert werden können. Aber ist damit dem Rechtsgenossen des täglichen Verkehrs entscheidend geholfen? Nichts sagt nämlich und darf das Rahmengesetz unter dem geltenden Verfassungsrecht dazu sagen, unter welchen formellen Voraussetzungen der Richter die vereinheitlichten Beweismittel zu berücksichtigen hat, innert welcher Frist im Verfahren sie oder gar die mit ihnen zu beweisenden Behauptungen zu benennen bzw. vorzulegen sind, ob Nennung eines Zeugen genügt oder ob die sich auf ihn berufende Partei die an ihn zu richtenden Fragen selber zu formulieren hat. Der Mangel läßt sich plastischer als anhand der Beweismittel am Gegenstand der Tatsachenbehauptungen beleuchten, weil die kantonalen Prozeßordnungen hier eindeutiger sind. Nehmen wir als Maßstab etwa die Bundeszivilprozeßordnung (Art. 19 Abs. 2), welche vernünftigerweise die Benennung von neuen Tatsachen wie von Beweismitteln auch noch in der Vorbereitungsverhandlung zuläßt. Basel-Stadt schreibt das Vorbringen sämtlicher Behauptungen mit der ersten Prozeß-Schrift vor (ZPO 37 und 61 in Verbindung mit 81) und ist bezüglich der nachträglichen Nennung von Zeugen sehr zurückhaltend, wogegen der thurgauische Prozeß die Anführung neuer Tatsachen und Beweismittel noch in der dem Schriftenwechsel folgenden Hauptverhandlung, wenn auch unter Umständen mit der Folge von Ordnungsbuße, zuläßt (ZPO 169 und 174 Abs. 1). Auch unter dem Rahmengesetz wird, selbst wenn es in Art. 38 Abs. 1 des Entwurfes nicht ausdrücklich gesagt ist, Voraussetzung der Beweisnahme die rechtzeitige Behauptung der zu beweisenden Tatsachen sein müssen, wobei das kantonale Recht weiterhin die Rechtzeitigkeit der Behauptung (wie auch der Bestreitung) bestimmen wird. Der Ausschluß mit einem Beweismittel, welches nach dem Rechtsverwirklichungsgrad, den sich der eidgenössische Zivilprozeßgesetzgeber schon bei Erlaß der Bundeszivilprozeßordnung vorgestellt hat, noch hätte beigebracht werden dürfen, ist nun doch wohl unter dem Gesichtspunkt der

Rechtsverwirklichung bedenklicher als der Handschlag des Zeugen, der auf Grund der im gleichen Prozeß-Stadium aufgestellten Behauptung noch zugelassen wurde und seinen Beitrag zur Abklärung des Falles leisten konnte.

Wenn wir also die Rechtsverwirklichungsabsicht als Grundlage eines Auftrages des Verfassungsgesetzgebers ansehen wollten, so müßte dieser Auftrag doch in seiner letzten Konsequenz dahin gehen, daß in der ganzen Schweiz mit gleichen Mitteln und unter gleichen Voraussetzungen diese Rechtsverwirklichung stattzufinden habe und nicht auf Grund reiner Zufälligkeiten im einen Kanton an dieses und im anderen an jenes Relikt ehrwürdiger Rechtsentwicklung gebunden sei. Aber gerade einer solchen Auffassung dieses Auftrages steht Art. 64 Abs. 3 BV, man mag ihn so geschickt interpretieren, wie man will, im größeren oder kleineren Umfange immer entgegen, so daß wir jetzt bei der «Ausrichtung auf das Vernünftige und Maßvolle» (EICHENBERGER) haltmachen zu müssen glauben.

Davor ist zu warnen. Mit der Lösung von Einzelproblemen werden wir neue hervorrufen. Die Reibungsflächen zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, die uns so viele Zivilprozesse erschweren, werden nicht nur nicht aus der Welt geschafft, sondern es werden zum Teil neue entstehen.

Art. 38 Abs. 1 des Entwurfes behält die Oficialmaxime als Ausnahme vom Grundsatz vor, daß nur über bestrittene Tatsachen Beweis zu führen ist. Nach wie vor wird es aber eine vom geschriebenen und ungeschriebenen Bundesrecht verlangte und eine kantonale Oficialmaxime geben, wobei der Inhalt der kantonalrechtlich festgelegten vielfach unklar ist, weil man nicht weiß, ob er wörtlich auszulegen sei oder ob er nur das habe festhalten wollen, was das Bundesrecht verlangt.

Art. 38 Abs. 5 des Entwurfes behält die Prüfung infolge Ausbleibens oder Versäumens einer Prozeßschrift unbestritten gebliebener Behauptungen vor, wenn Gründe bestehen, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln. Liegt in dieser Bestimmung

nicht ein Eingriff, der mit seiner Verpflichtung, trotz Säumnis Beweis zu erheben, weit über das hinausgeht, was Art. 64 oder irgendein anderer noch heranzuziehender Artikel der BV zulassen oder gar fordern? Ferner stellt sich auch die Frage, ob dort, wo das kantonale Gericht von solcher Beweis-erhebung absähe, von Verletzung einer bundesrechtlichen Beweisvorschrift im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG gesprochen werden könnte, deren Anwendung vom Bundesgericht frei überprüft würde, obwohl es sich im Grunde genommen um eine Vorschrift über Säumnisfolgen handelt.

Die Kantone haben übrigens immer noch auch kantonales Recht anzuwenden. In Zürich werden beispielsweise Ansprüche aus dem neugeschaffenen Staatshaftungsgesetz im Zivilprozeß beurteilt. Für solche Prozesse hätte das Rahmengesetz keine Grundlage, es sei denn, daß die Kantone jene Abschnitte ihrer Zivilprozeßordnung, die durch das Rahmengesetz geregelt sind, generell außer Kraft setzen und das Rahmengesetz auch als ergänzendes kantonales Recht gelten lassen.

Gewiß trifft es zu, daß, wie Herr GULDENER es seinerzeit ausgedrückt hat, die kantonalen Gesetze durch «Welten» getrennt sind, aber man sollte glauben, daß auch die Schweizer in der Lage sein könnten, sich auf einem solchen Gebiet gelegentlich zu finden in einem Zeitalter, da in Europa ganz andere Fragen gemeinsam gelöst werden müssen. Ich mache mir keine Illusionen über die Chancen, die ein Verfassungsartikel, der das gerichtliche Verfahren in Zivilsachen zur Bundessache machen wollte, heute in einer Volks-Abstimmung hätte. Die Abstimmung würde zur politischen werden, zum Testfall des Föderalismus, und der kleinste Teil unserer Stimmbürger verstünde, daß es in Wirklichkeit darum ginge, den Rechtsweg zu vereinfachen, jedem Einzelnen für den von ihm nicht erwarteten Fall, daß er in eine Prozeß-Situation käme, Kosten und Enttäuschungen zu sparen, ihm in einem einfachen Fall sogar die selbständige Belangung seines weit entfernt wohnenden Schuldners zu ermöglichen. Er verstünde es deshalb nicht, weil er in einem Abstim-

mungskampf emotionell orientiert würde. Unsere Aufgabe als Mitglieder des Juristenvereins ist es, unentwegt für eine Wandlung in diesen Voraussetzungen zu kämpfen. Das ist nur möglich durch ständige Kontakte der in der Rechtspflege tätigen Juristen aus allen Kantonen, damit das Gesicht der künftigen schweizerischen Zivilprozeßordnung im Zusammenwirken aller Juristenkreise gestaltet werden kann. Erst wenn wir wissen, daß eine solche Gesetzgebung die Zustimmung einer großen Zahl von Juristen in allen Kantonen findet, können wir die Politiker von der Notwendigkeit der neuen Verfassungsgrundlage überzeugen. Den heute vorliegenden Entwurf eines Rahmengesetzes und der notwendigen Reformen der Gerichtsverfassung wie selbstverständlich auch die uns übergebene hervorragende Dokumentation halte ich aller eingangs geäußerten Skepsis zum Trotz für einen wichtigen Markstein auf dem Weg in der genannten Richtung. Hier dürfen wir indessen nicht stehenbleiben, vielmehr ist es Pflicht der schweizerischen Prozessualisten, ungeachtet weiteren vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement in Richtung des Rahmengesetzes zu unternehmenden Schritte an den technischen und wissenschaftlichen Grundlagen für eine schweizerische Zivilprozeßordnung weiterzuarbeiten und alles daran zu setzen, daß die Schweiz, die sich heute mehr denn je als Drehscheibe Europas fühlt, auf diesem Gebiet nicht zum Museum Europas werde.

M. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, avocat, professeur à l'Université de Lausanne, Lausanne:

A lire son titre, le projet de M. le juge fédéral SCHWARTZ porterait sur «l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral». Son objet ne serait donc pas d'unifier, même partiellement, les procédures civiles cantonales, mais plutôt de poser les principes que celles-ci devraient suivre pour assurer l'application du droit matériel. Cette loi viendrait en quelque sorte prendre la relève de la

jurisprudence du Tribunal fédéral qui, depuis plus d'un demi-siècle, veille à ce que les lois cantonales n'entravent pas la réalisation du droit privé.

A la lecture du texte du projet, on doit malheureusement constater que l'auteur a été bien au-delà du but qu'il s'était assigné. Il a en effet jugé utile de poser de nombreuses règles uniformes sur des questions qui ne touchent que de fort loin au droit matériel et qui sont d'ailleurs réglementées de façon satisfaisante, plus complète et parfois même plus efficace par les codes cantonaux. Nous pensons en particulier aux règles sur l'intervention et la substitution de parties, l'administration des preuves, les mesures provisionnelles, les mesures d'exécution forcée ou la police de l'audience. Ce faisant, il intervient dans tous les domaines de la procédure, sans d'ailleurs en régler aucun de façon exhaustive.

Nous n'entendons pas démontrer qu'une telle réglementation est incompatible avec l'art. 64 al. 3 de la Constitution, telle que l'a toujours interprété jusqu'ici le Tribunal fédéral, mais souligner les graves inconvénients pratiques d'une telle méthode. Tel qu'il est conçu, le projet supposerait la coexistence de règles fédérales et cantonales dans la plupart des domaines de la procédure. Cette dualité de législation sur un même objet provoquerait la plus profonde incertitude, alors que la procédure doit assurer avant tout la clarté et la sécurité du débat judiciaire.

Incertitude tout d'abord, et difficultés presque insurmontables pour les législateurs cantonaux. Au sein d'une commission chargée d'étudier les incidences du projet sur les codes de procédure de six cantons, nous avons dû constater que l'adoption d'une telle loi fédérale nécessiterait la revision du quart au moins des articles de la plupart des codes cantonaux qui ne sont pas alignés sur le modèle bernois. Et cela non pas parce que ces codes seraient contraires aux exigences du droit matériel, mais simplement parce que le projet part d'une autre conception de la procédure et pose des règles, plus ou moins complètes, dans les domaines les plus divers. Il en résulterait une regrettable incohérence des codes ainsi

«harmonisés» à la nouvelle loi fédérale, sans que le législateur cantonal ait même l'assurance de l'avoir parfaitement suivie.

Les cantons n'en seraient d'ailleurs pas dispensés pour autant de régler les questions déjà traitées par le législateur fédéral, puisque la procédure cantonale demeurerait seule applicable aux causes de droit cantonal ou étranger!

Incertitude et complications surtout pour les magistrats et les avocats, qui devraient appliquer concurremment deux lois de procédure, l'une fédérale et l'autre cantonale. Mes chers confrères, imaginez-vous plaidant avec un code dans la main droite, celle de la raison, et l'autre dans la main gauche... celle du cœur! Et vous MM. les magistrats, pour entendre un témoin, vous devriez tout d'abord l'assigner en application de la loi cantonale, puis le rendre attentif à son devoir de véracité en application de l'art. 41 al. 2 de la loi fédérale, recourir ou non à la ténorisation selon ce qu'exige le droit de votre canton, décider s'il est astreint à témoigner au regard des art. 42 à 44 de la loi fédérale, mais lui appliquer les sanctions prévues par la loi cantonale! Et encore ne serions-nous jamais sûrs, ni les uns ni les autres, que les dispositions du code cantonal «harmonisé» seront jugées compatibles avec l'esprit, si ce n'est avec la lettre de cette nouvelle loi fédérale!

Malgré tout l'intérêt scientifique que présentent le projet de M. le juge fédéral SCHWARTZ et le commentaire de M. BALMER, c'est cette situation concrète qu'il faut avoir présente à l'esprit avant de s'engager sur une telle voie. Le remède proposé serait incontestablement pire que le mal supposé! Et nous pensons que de telles conséquences sont inhérentes à toute dualité de législation dans une matière qui, plus que toute autre, exige cohérence et rigueur. La voie jurisprudentielle, suivie jusqu'ici, paraît beaucoup plus adéquate que la méthode législative pour assurer le respect du droit matériel. Et nul ne prétend que le Tribunal fédéral ait failli à cette tâche, ni que les cantons soient incapables d'adapter leurs codes aux exigences du droit fédéral.

Ce n'est point en paraphrasant la jurisprudence et en touchant à tous les domaines de la procédure que le législateur fédéral rendra service aux justiciables. Il serait infiniment préférable et plus urgent qu'il s'attache à résoudre de façon exhaustive et novatrice les problèmes d'une plus grande importance pratique pour la réalisation de la justice, en particulier les conflits de juridiction intercantonaux, l'autorité de la chose jugée ou la force exécutoire des jugements. La Confédération pourrait ici réaliser de grands progrès, sans porter atteinte ni à la souveraineté des cantons, ni à la cohérence indispensable de la procédure.

Prof. Dr. AUGUSTO BOLLA, Bellinzona:

Nel momento in cui la Società svizzera dei giuristi discute il problema della unificazione del diritto processuale civile sembra a me necessario che la voce della terza Svizzera, quella di lingua italiana, abbia pure a farsi sentire.

Per vero il titolo che mi legittima a parlare per conto del mio Cantone può essere dubbio: io lo traggo però da una esperienza forense ormai trentennale e da una esperienza quale docente proprio di diritto processuale durante 18 anni. Ora a qualcuno potrà apparire sorprendente, ma queste due esperienze mi portano ad una conclusione che è uguale: e cioè quella di salutare con piacere gli sforzi intesi a dare al diritto processuale una uniformità che non menomerebbe certo la nostra singolarità etnica, ma che sarà di sicuro giovamento al cittadino che è alla ricerca della tutela del proprio diritto, e che sovente – troppo sovente – incappa nei meandri di procedure cantonali che sembrano il retaggio di quei legulei illustrati con tanta forza persuasiva dai disegni di Daumier.

I 18 anni di docenza mi autorizzano a dire che niente è per il giovane studente più ostico che il diritto processuale. Perché il giovane può sì comprendere come, per la realizzazione del diritto materiale, occorra che esso sia fatto valere in determinate forme, ma non può comprendere che queste

forme assurgano talora ad elemento essenziale del processo, tra avvocati rotti alle sottigliezze di ogni procedura; sicchè la procedura ed il processo diventano sovente, anzichè il veicolo necessario alla realizzazione del diritto, un mezzo per sé stante, a tutto danno di chi ha ragione, ed a tutto vantaggio di chi sa di avere torto.

Per vero qualcuno mi potrebbe qui dire che niente impedisce ai Cantoni di darsi da se stessi delle leggi processuali moderne come alcuni Cantoni già hanno fatto. Ma l'esperienza insegna che nulla più tocca l'avvocato praticante che il campo della procedura. Il legislatore può tranquillamente modificare ogni legge, può emanarne di nuove di vastissima portata ed abrogare altre non ancora desuete, e niente accade: ma quando il legislatore si attacca alla procedura, allora – francamente – ogni avvocato si sente toccato nel suo feudo più prezioso, nel suo campo di lavoro più abituale.

Sicché non sarà certo per voi sorprendente sapere che nel nostro Cantone il progetto di riforma del codice di procedura civile è vecchio di oltre 20 anni, e che il messaggio della Commissione speciale del Gran Consiglio porta la data del 1953 e non è ancora stato discusso in aula! La procedura è tabù; la procedura è sacra; la procedura è intangibile.

Ed inverso io oso dire – e spero di non bruscare nessuno – che nulla tocca meno il cittadino, tocca meno le autonomie cantonali, che la procedura civile. Forse che l'autonomia cantonale ticinese sarà violata – vorrei addirittura usare la parola più grossa, per dire violentata – se domani una legge federale ci dirà che la parte nel processo può essere assunta quale elemento di prova, mentre oggi non lo può? Forse che l'autonomia cantonale sarà lesa se domani una legge unica federale ci imporrà di sostituire al giudice immobile, vincolato al principio strettamente attitorio, che il defunto giudice federale PLINIO BOLLA chiamava pittorescamente il Budda di porcellana, un giudice vivo, che scenda dal proprio seggio per discutere a tu per tu con le parti, per cercare con esse quella soluzione che sia conforme al diritto ed alla giustizia?

E magari potrà, questo giudice in veste nuova, assumere delle prove d'ufficio? Credetemi: non cadrà il mondo per questo, ed il Ticino non perderà per questo alcuna delle sue prerogative. O forse sì: perderà qualche aspetto di folclore giudiziario, per allinearsi con i tempi che marciano, i quali vogliono delle leggi moderne.

Sovente io ho constatato infatti che tra la vita pulsante dei nostri tempi e la vita forense v'è una frattura quasi incolmabile. Là un progresso si può dire quotidiano, un fervore di opere e di lavoro, una evoluzione tecnica costante; qui, nei nostri tribunali invece, una stasi polverosa, un sistema formale e sostanziale arcaico che si tramanda di generazione in generazione, ma che la gente alla ricerca del proprio diritto comprende sempre meno. Onde io non posso che salutare con piacere gli studi e gli sforzi della Società svizzera dei giuristi per portare una ventata di aria fresca e salutare nelle aule di giustizia di tutta la Svizzera, siano esse poste nelle grandi città, o siano esse poste al fondo delle nostre più remote vallate.

Dr. PETER HEFTI, Obergerichtspräsident, Glarus:

Mit Herrn Staatsrat BONNARD bin ich der Meinung, daß die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes auch Eingriffe in die kantonalen Gerichtsorganisationen bedingt. Dieser Gesichtspunkt hätte beachtet werden müssen. Die Vorschläge von Herrn Oberrichter SCHAAD bedingen Berufsrichter, Instruktionsrichter und einen Instanzenzug. Herr Oberrichter SCHAAD geht zu stark vom Berner Zivilprozeß aus. Wenn die Instruktionsmaxime noch weitergehend befürwortet wird als im letztgenannten Zivilprozeß, wird der Bogen überspannt. Die Gleichheit der Parteien bleibt nicht mehr gewährleistet. Die Tätigkeit der Anwälte muß berücksichtigt werden. Der Berner Zivilprozeß kann nicht als Idealfall angesehen werden. Im übrigen kann aus Art. 64 BV keine so weitreichende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gefolgert werden, wie das etwa zum Ausdruck kommt.

Schließlich bleibt zu bemerken, daß bisher keine wirklichen Mängel der geltenden Ordnung aufgezeigt werden konnten und daß auch die Zentralisationsidee leicht dogmatisiert werden kann.

Dr. DIETER STAEHELIN, Zivilgerichtspräsident, Basel:

Daß sich die Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechtes auf unser schweizerisches Rechtsleben segensreich ausgewirkt hat, wird heute wohl niemand mehr bestreiten. Es stellt sich aber angesichts der prozeßrechtlichen Zersplitterung die Frage, ob nicht nur auf dem Papier, sondern ob auch praktisch die Vereinheitlichung vollzogen ist, ob auch tatsächlich das gleiche Geschehen in der ganzen Schweiz zum gleichen Urteil führt, abgesehen vielleicht von verschiedener Rechtsauslegung durch verschiedene Richter. Solange das Prozeßrecht aber von Kanton zu Kanton verschieden ist, läßt sich nicht vermeiden, daß je nach der anwendbaren Prozeßordnung das Beweisergebnis z.B. ein anderes ist und daß daher auch das Urteil anders lautet, was durch die heute bestehenden Weiterbildungsmittel an das Bundesgericht nicht behoben werden kann. Beim bestehenden Zustand steht daher die Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechts wenigstens teilweise nur auf dem Papier.

Um diesem Übelstand abzuhelpfen, hat der Bundesgesetzgeber bekanntlich in verschiedenen zivilrechtlichen Gesetzen prozessuale Bestimmungen verschiedener Art aufgenommen; die kurze für ein Votum zur Verfügung stehende Zeit verbietet eine Aufzählung. Was auf diesem Gebiet bisher geschehen ist, ist aber notgedrungen Stückwerk geblieben. Es drängt sich daher auf, die Bruchstücke zu ergänzen zu einem Ganzen, soweit es nötig ist zu einer tatsächlichen Vereinheitlichung. Und dies ist im Entwurf SCHWARTZ geschehen, dessen klare und einfache Formulierungen ich bei dieser Gelegenheit doch auch erwähnen möchte. Er ist daher zu begrüßen, auch wenn über einzelne Punkte dieses Entwurfes durchaus diskutiert werden kann, auch darüber, ob er voll-

ständig genug ist oder ob er nicht zuviel enthält. Zu begrüßen ist aber auch, daß der Entwurf nicht das ganze Zivilprozeßrecht vereinheitlicht, daß er insbesondere nicht in die kantonale Gerichtsorganisation eingreift. Dazu sehe ich jedenfalls keine Notwendigkeit. Dadurch daß das eigentliche Verfahrensrecht den Kantonen verbleibt, besteht auch weiterhin ein Schutz gegen Anwaltsgrößfirmen und die bisherige Garantie für einen auf das ganze Land verteilten Advokatenstand.

Der Entwurf SCHWARTZ bringt in grundsätzlicher Beziehung keinen weiteren Eingriff in die Rechtshoheit der Kantone, als diese ihn bereits dulden müssen. Neu ist allerdings das Ausmaß dieses Eingriffs. Aber wir finden bereits heute in Bundesgesetzen mit zivilrechtlichem Inhalt Vorschriften über den Gerichtsstand, die Parteifähigkeit, über Beweismittel und Beweiswürdigung, über vorsorgliche Verfügungen usw. Wenn nun diese Gebiete und einige andere einheitlich für die ganze Schweiz geregelt werden sollen, so kann darin nur eine Wohltat erblickt werden; das Nebeneinander von Bundesrecht und kantonalem Recht auf dem Gebiet des Zivilprozesses hat nicht gerade zur Klarheit beigetragen, zumal bei älteren kantonalen Prozeßgesetzen wie z.B. demjenigen von Basel-Stadt, das in wenigen Jahren den 100. Geburtstag feiern kann, oft nicht klar ist, welche Bestimmungen vor dem einheitlichen schweizerischen Zivilrecht noch Geltung haben und welche nicht. Sollte ein Bundesgesetz Anlaß zur Revision kantonalen Prozeßordnungen geben, würde das oft nichts schaden.

Zum Schluß seien noch drei Bemerkungen zum Entwurf SCHWARTZ genannt:

1. Es wäre empfehlenswert, auch eine Regelung des Kostenlasses bzw. des Armenrechts in den Entwurf aufzunehmen, denn gerade dieses – wichtige – Rechtsgebiet geht ja letzten Endes auf Bundesrecht, nämlich Art. 4 BV, zurück. Eine schweizerische gesetzliche Regelung wäre daher angezeigt.

2. Verschiedene Bundesgesetze enthalten Vorschriften über vorsorgliche Verfügungen, z.B. das Patentgesetz, das Urheberrechtsgesetz, das UWG. Diese Gesetze regeln die vorsorgliche Verfügung z.T. verschieden und sind weitherziger im Zugestehen solcher Verfügungen als der Entwurf. Es wäre m.E. empfehlenswert, die Ordnung über die vorsorgliche Verfügung im Entwurf so auszubauen, daß auf Sonderregelungen in Spezialgesetzen verzichtet werden kann.

3. Schließlich ist es, um einen Lieblingsausdruck von Herrn Bundesrichter SCHWARTZ aus seiner Zeit als Zivilgerichtspräsident in Basel zu verwenden, «ein weit verbreiteter Aberglaube», wenn man annehmen wollte, mit dem Erlaß eines Bundesgesetzes betr. die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßverfahren an das Bundeszivilrecht, oder wie das Gesetz dann heißen wird, sei eine Vereinheitlichung des Prozeßrechtes erreicht. Die gesetzliche Vereinheitlichung bedarf, um wirksam zu werden, einer Vereinheitlichung auch durch die Praxis. Wenn nicht das Bundesgericht die Möglichkeit hat, die Anwendung der neuen Bestimmungen zu überprüfen, werden wir in kurzer Zeit wieder 25 verschiedene Prozeßordnungen haben, oder 24 nach einer Wiedervereinigung der beiden Basel. Wie das Beispiel der Rechtsöffnung zeigt, genügen Literatur, publizierte kantonale Praxis und Willkürentscheide des Bundesgerichts nicht, eine einheitliche Rechtsprechung zu schaffen. M.E. genügen auch die bestehenden Rechtsmittel zur Weiterziehung kantonalen Urteile an die oberste Instanz nicht. Wenn wir tatsächlich eine, sei es auch nur teilweise Vereinheitlichung des Prozeßrechtes wollen, werden wir nicht darum herumkommen, neben der Berufung und der zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht, ein weiteres Weiterziehungsmittel schaffen zu müssen. Ich denke dabei an eine Beschwerde wegen Verfahrensmangel, wie sie wohl den meisten Anwesenden als außerordentliches neben den ordentlichen Rechtsmitteln aus dem kantonalen Prozeßrecht bekannt ist; dieses bewährte kantonale Institut müßte auch auf Bundesebene segensreich wirken.

M. ROLAND JATON, avocat, Lausanne :

Bien que membre de la Société suisse des Juristes depuis plus de 35 ans, ce n'est ni à titre personnel que je prends la parole, ni en ma qualité d'avocat vaudois, mais comme président de la Fédération suisse des Avocats. Le Comité de cette Fédération m'a en effet chargé de vous faire connaître quelle est la position de la Fédération au sujet de l'unification de la procédure civile.

Les premiers et les plus intéressés à la procédure civile sont les avocats pratiquants, qui doivent tenir compte des dispositions de la loi de procédure non seulement devant la juridiction particulière saisie du procès, mais pendant toute la durée du litige, avant même l'ouverture d'action, et jusqu'à son achèvement, après le jugement de deuxième, voire de troisième instance et la phase de son exécution.

C'est pourquoi, surtout s'il est un «Juristenrecht», un code de procédure civile ne saurait être élaboré sans la participation active de cet interlocuteur nécessaire qu'est le Barreau, en l'espèce la Fédération suisse des Avocats, et, par elle, les Barreaux cantonaux.

Car il n'y a pas de justice sans avocats indépendants. L'administration de la justice repose sur trois piliers qui, pour qu'elle ne soit pas boîteuse, doivent être sur le même niveau, c'est-à-dire placés sur pied d'égalité : la magistrature assise, savoir le corps des juges, la magistrature debout, savoir le Parquet, enfin le corps des avocats, c'est-à-dire le Barreau. L'avocat est aussi indispensable à la justice que le juge et l'avocat général.

Plus ses tâches augmentent en nombre et en étendue, en particulier ses tâches sociales, plus l'Etat porte atteinte aux droits et aux libertés individuels ; par conséquent, plus aussi l'assistance d'un avocat indépendant est-elle nécessaire, afin que chacun puisse être défendu contre ces empiètements de la puissance étatique.

C'est pourquoi la Fédération suisse des Avocats proclame et entend faire reconnaître le droit imprescriptible de tout

justiciable d'être assisté et représenté par l'avocat indépendant de son choix, devant n'importe quelle juridiction, civile, pénale ou administrative, et pour n'importe quel contentieux.

C'est pour ce motif qu'avec les Barreaux cantonaux elle est intervenue afin que les cantons adhèrent au Concordat intercantonal sur l'arbitrage, évoqué par M. SCHAAD dans son rapport, car ce concordat consacre précisément ce droit fondamental.

L'administration de la justice étant la première tâche de l'Etat, le législateur s'écarte de cette mission lorsqu'il prive les justiciables de l'assistance d'un avocat indépendant devant certaines juridictions ou pour certains contentieux, dans le dessein de décharger les indigents et les gens de modeste condition des frais de procès. Lorsqu'il entend permettre à ceux qui n'en ont pas les moyens de se soigner et de se guérir, l'Etat ne commence pas par les priver de secours des gens de médecine, ni même d'une partie d'entre eux. Il en va de même dans l'administration de la justice, où l'avocat est aussi nécessaire que le juge et l'avocat général, d'autant plus que les avocats se sont toujours fait un honneur d'adapter leurs honoraires à la situation matérielle de ceux qui leur confient leur cause et que le Barreau est la seule et unique profession qui ait accepté d'être astreinte légalement à plaider pour le pauvre gratuitement ou moyennant une rémunération qui, souvent, ne couvre pas même les frais de l'avocat.

La Fédération suisse des Avocats soutient et soutiendra toujours que le véritable intérêt du justiciable est d'être défendu par un avocat indépendant qui, non seulement, soit au fait de la procédure appliquée par la juridiction saisie de la cause qu'il défend, mais encore par un avocat parfaitement assimilé aux mœurs de la population dont cette juridiction est l'émanation, en particulier ses mœurs judiciaires, et si possible, par un avocat connu des juges et les connaissant.

L'avocat qui penserait pouvoir plaider devant n'importe quelle juridiction du pays, loin d'être le défenseur des inté-

rêts et des droits qui lui sont confiés, risquerait fort d'en devenir rapidement le fossoyeur.

Car la procédure n'est pas uniquement la servante du droit matériel. Elle est l'un des moyens permettant de réaliser la Justice, dont le but final n'est pas le maintien de l'ordre juridique, même arbitraire, établi par l'Etat tout-puissant, mais la sauvegarde des droits et des libertés de chacun, dont le dernier défenseur sera toujours l'avocat indépendant.

Dr. ROLF RASCHEIN, Kantonsgerichtspräsident, Chur:

Die vom Vorstand des Schweiz. Juristenvereins in den Jahren 1961/62 durchgeführte Umfrage ergab kein sehr ermutigendes Resultat. Trotzdem war es m.E. richtig, daß die Frage der ganzen oder teilweisen Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts nicht einfach fallengelassen wurde. Das hätte schon dem Beschluß des Juristentages 1961 widersprochen. Immerhin hätte der Vorstand diesen formellen Bedenken dadurch Rechnung tragen können, daß er einem späteren Juristentag vorgeschlagen hätte, auf den früheren Beschluß zurückzukommen, weil das Ergebnis der Umfrage vernichtend ausgefallen sei. In der Tat hat eine deutliche Mehrheit der antwortenden Vereinsmitglieder, die weit überwiegende Zahl der oberen kantonalen Gerichte und auch der Schweizerische Anwaltsverband klare Absagen erteilt. Wer hätte es dem Vorstand verübeln wollen, wenn er unter diesen Auspizien jede weitere Beschäftigung mit dieser Aufgabe als nutzlose Sisyphusarbeit betrachtet hätte?

Das heute vorliegende Ergebnis der gegenteiligen Reaktion gibt den Optimisten recht. Ich glaube, es zeigt in erster Linie, daß ein großer Teil der Beantworter der damaligen Umfrage die Problemstellung und die Lösungsmöglichkeiten gar nicht richtig verstanden haben. Jedenfalls muß ich das für das Kantonsgericht von Graubünden feststellen, das sich damals ebenfalls negativ äußerte. Es sah in einer Vereinheitlichung in erster Linie einen schwerwiegenden Angriff auf die kantonale Gerichtsorganisation und damit einen Einbruch

in die staatsrechtlichen Befugnisse und Strukturen der Kantone.

Der heute vorliegende Entwurf SCHWARTZ, und mit gewissen Vorbehalten auch die Grundlinien SCHAAD, zeigen, daß sich weite Gebiete des Zivilprozeßrechtes vereinheitlichen lassen, ohne die kantonalen Gerichtsorganisationen einschneidend zu tangieren. Das Studium der vom Vorstand unterbreiteten Dokumentation hat jedenfalls das bündnerische Kantonsgericht von der Richtigkeit dieser Auffassung überzeugt. Ich bin ausdrücklich ermächtigt, die seinerzeit geäußerte Ablehnung in dem Sinne zu modifizieren, daß einer Lösung im Sinne des Entwurfes SCHWARTZ zugestimmt wird.

Zweifellos ist eine Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes aus zahlreichen Gründen, die ich hier nicht alle wiederholen will, notwendig und wünschbar. Über den Umfang und das Maß werden die Ansichten stets auseinandergehen. Nach meiner persönlichen Meinung stellt der Entwurf SCHWARTZ ein absolutes Minimum dar. Wenn wir aber berücksichtigen, daß er sich auf der heute geltenden Verfassungsgrundlage verwirklichen läßt und daß er sicher die besten Chancen einer politischen Realisierbarkeit besitzt, so scheint es mir zweckmäßig, sich vorderhand auf diese Lösung zu beschränken. Das Gutachten EICHENBERGER, das die vorgeschlagene Regelung im großen und ganzen als mit dem heutigen Art. 64 Abs. 3 BV vereinbar betrachtet, überzeugt in jeder Hinsicht. Meines Erachtens ist die Verfassungsmäßigkeit auch dort eindeutig zu bejahen, wo Prof. EICHENBERGER noch gewisse Zweifel hegt, nämlich bei den Gerichtsstandsbestimmungen. Wenn der Bund, was unbestritten ist, die Befugnis hat, die Gerichtsstände interkantonal abzugrenzen, so muß ihm die gleiche Kompetenz ohne jeden Zweifel auch im innerkantonalen Verhältnis zugestanden werden. Eine andere Interpretation hätte im Extremfall zur Folge, daß neben den interkantonal gültigen Gerichtsstandsvorschriften im kantonsinternen Verhältnis für jede einzelne Klageart abweichende Regelungen gelten könnten. Stellt

man dazu die Vielzahl von möglichen Sanktionen in Rechnung, die an die Anrufung eines unzuständigen Richters geknüpft werden können, so ergibt sich eine Uneinheitlichkeit und Unübersichtlichkeit, die die gleichmäßige und richtige Durchsetzung des materiellen Bundesrechtes in einer unerträglichen Weise erschwert, ja sogar sie in vielen Fällen verunmöglicht. Auf der anderen Seite lassen sich keine vertretbaren sachlichen Gründe gegen eine abschließende eidgenössische Regelung der Gerichtsstände anführen.

In der grundsätzlichen Frage möchte ich daher eine Vereinheitlichung im Sinne des Entwurfes SCHWARTZ entschieden befürworten, gleichzeitig aber aus praktischen Gründen empfehlen, sich im wesentlichen auch auf die darin gemachten Vorschläge zu beschränken. Die Frage einer weiteren Vereinheitlichung mit entsprechender Änderung der Verfassungsgrundlage wäre meines Erachtens im Zusammenhang mit der Totalrevision der BV zur Diskussion zu stellen.

Es ist hier wohl nicht der Ort, gewissermaßen eine Detailberatung des Entwurfes SCHWARTZ durchzuführen. Trotzdem gestatte ich mir einige kurze Hinweise:

1. Bei den Bestimmungen über den Gerichtsstand sollte meines Erachtens ein einheitlicher Gerichtsstand für Fälle geschaffen werden, da mehrere Beklagte aus den gleichen tatsächlichen und rechtlichen Gründen belangt werden. Ich denke hier insbesondere an den Fall eines Schadenersatzanspruches gegenüber verschiedenen – vertraglichen oder deliktischen – Verursachern oder sonst Haftpflichtigen. Mit dem Gutachten EICHENBERGER (S.510/511) bin ich der Meinung, ein derartiger gemeinsamer Gerichtsstand sei mit Art.59 BV vereinbar.

2. Bei der Parteivertretung würde ich eine etwas eingehendere Regelung, insbesondere über die Anforderungen an den Nachweis der Bevollmächtigung, für wünschenswert halten. Damit wären vor allem allzu formalistische kantonale Bestimmungen auszuschalten, wie z.B. Art.42 Abs.4 der bündnerischen ZPO, wonach einer Partei nur dann eine

Nachfrist zur Beibringung einer fehlenden schriftlichen Vollmacht angesetzt werden kann, wenn die Gegenpartei damit einverstanden ist.

3. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit sollte für sämtliche Streitsachen einheitlich und abschließend durch Bundesrecht festgelegt werden. Der in Art. 33 Abs. 1 des Entwurfes vorgesehene Vorbehalt wäre daher fallen zu lassen.

4. Im Beweisrecht würde ich die Pflicht von Parteien und Dritten, körperliche Untersuchungen, Blutentnahmen usw. zu dulden, allgemein festlegen. Diese Vorschriften in die Revision des Familienrechtes zu verweisen, halte ich aus formellen und materiellen Gründen für unrichtig. Einerseits stellen sie ausgesprochene Verfahrensbestimmungen und nicht materielles Recht dar. Dazu aber können derartige Beweismaßnahmen auch in nicht familienrechtlichen Streitsachen von Bedeutung sein. Als Beispiel möchte ich den Fall anführen, da gegen einen Anwalt Verantwortlichkeitsansprüche geltend gemacht werden, weil er es in einem Vaterschaftsprozeß unterlassen habe, ein AEG zu beantragen. Die Beurteilung dieser reinen Forderungsklage kann davon abhängen, welches Resultat ein AEG gegebenenfalls gezeitigt hätte.

Abschließend gebe ich der Hoffnung Ausdruck, dem Entwurf SCHWARTZ möge das Schicksal beschieden sein, in nicht allzu ferner Zeit geltendes Bundesrecht zu werden.

M. CLAUDE REYMOND, avocat et professeur à l'Université de Lausanne, Lausanne:

Il est heureux que, dans ces lieux voués à la contestation, un débat comme celui-ci puisse se dérouler dans la sérénité.

Le fédéralisme est un système compliqué. Il est facile d'imposer une solution de simplification. Il faut de l'imagination pour trouver des solutions fédéralistes.

De par sa nature, le fédéralisme pose des questions de limites. Quelles seront les relations des communautés entre elles ? Dans cette optique, il est certainement nécessaire d'apporter des solutions à un certain nombre de questions pratiques et quotidiennes que provoque la coexistence de plusieurs systèmes de procédure sur le territoire suisse. Je pense en particulier à la notification des actes judiciaires, domaine dans lequel il existe déjà de nombreux accords intercantonaux, à la faculté pour le juge d'assigner des témoins domiciliés sur le territoire d'un autre Canton, à l'entraide judiciaire intercantonale en matière d'expertise, de production de pièces et d'exécution de mesures provisionnelles. Je pense encore à l'arbitrage, domaine dans lequel la démonstration vient d'être faite de la possibilité d'une solution fédéraliste par la voie du concordat. Mais je pense aussi à une règle de droit fédéral, l'art. 59 Cst., qu'il faut considérer comme totalement dépassée dans une société moderne.

Faut-il aller plus loin et, comme les rapporteurs, s'engager sur la voie de l'unification de la procédure civile ? La démonstration n'a pas été faite de la nécessité de l'unification, ni de ce que l'application uniforme du droit matériel fédéral exigerait une procédure uniforme. L'Histoire nous démontre le contraire. En doctrine, les dernières études consacrées à cette question étaient les deux rapports présentés au congrès de 1961 à Zurich par le professeur GULDENER et par M. VOYAME, alors greffier du Tribunal fédéral. Tant M. VOYAME que le professeur GULDENER, qui ne peut être suspecté de partialité à l'égard des solutions fédéralistes, sont arrivés à la conclusion que la réalisation du droit matériel n'était pas entravée par l'existence de procédures cantonales. A ce jour, personne n'a sérieusement ébranlé ces conclusions, car les rapports qui nous sont soumis aujourd'hui procèdent par simple pétition de principe (v. rapp. SCHAAD, p. 144 fr. ; p. 35/36 all.).

La procédure civile est un moyen, mais elle est aussi une discipline. Elle l'est pour l'avocat et pour le juge. Cette discipline s'exerce dans l'intérêt des parties. C'est pourquoi la

procédure donne son style au débat judiciaire. A ce titre, elle est liée à l'organisation judiciaire. Il est faux de dire que l'on pourrait unifier la procédure sans toucher à l'organisation judiciaire. Ces questions sont liées les unes aux autres. L'exemple tout récent du jury zurichois, dont nos Confédérés ont dû modifier la procédure traditionnelle pour satisfaire aux exigences de la jurisprudence du Tribunal fédéral, est là pour le prouver.

Cela est si vrai que, bien loin de considérer les questions de procédure comme des problèmes purement techniques, les assemblées législatives cantonales en voient toute l'importance. Pour avoir participé aux travaux de la commission parlementaire chargée d'examiner le projet de code de procédure civile vaudois et aux débats du Grand Conseil sur ce texte, je puis dire combien j'ai été frappé de l'intérêt parfois passionné que les députés non juristes ont voué aux questions fondamentales de la procédure civile. Or les Grands Conseils de nos Cantons sont mieux placés que les Chambres fédérales pour statuer sur ces questions, parce qu'ils sont moins politisés et qu'on y trouve plus facilement une entente sur ces options fondamentales qui sont d'autant plus importantes qu'elles ne sont pas toujours exprimées. Aux Chambres fédérales, cette entente est remplacée par le compromis. Les récentes aventures des articles constitutionnels sur la propriété et les débats sur la modification du code pénal suisse devant le Conseil national sont là pour nous rappeler ces vérités d'évidence.

Cela est si vrai que le professeur GULDENER lui-même, présentant le nouveau code de procédure civile vaudois aux juristes zurichois, a déclaré que, comparé au projet de code zurichois dont il est lui-même l'auteur, il y voyait un «reflet de deux mondes juridiques distincts» (rapp. SCHAAD, p.50 all.; 158/159 fr.).

C'est la règle du jeu fédéraliste que la double minorité du peuple et des Cantons s'incline devant les mesures décidées par la majorité. Mais c'est aussi, tout autant et même plus, la règle du jeu fédéraliste que ceux qui sont en mesure, par

leur nombre et par leur poids, d'imposer une solution centralisatrice ne le fassent que si la centralisation est nécessaire au bien commun et s'il n'existe aucune autre solution qui permette de respecter la personnalité des Cantons. Des considérations purement utilitaires ou de prétendus avantages techniques doivent s'incliner devant cette exigence politique fondamentale. Or il est évident que la procédure qui nous est proposée aujourd'hui par les promoteurs de l'unification est étrangère à beaucoup d'entre nous. Le projet de M. SCHAAD est très largement inspiré du modèle bernois. Nul ne conteste la valeur du code bernois. Il s'agit d'un breuvage qui a du goût, mais il n'en a plus à partir du moment où, comme une ménagère économe, M. SCHAAD remet un peu d'eau chaude dans la théière du Juge fédéral LEUCH. Nous proposera-t-on au contraire une procédure sur le modèle zurichois, comme M. SCHAAD en attribue l'intention à M. le professeur GULDENNER (p.159 fr.; p.50/51 all.)? C'est avouer qu'on nous propose dans les deux cas le «reflet d'un monde juridique totalement différent» du nôtre.

Ce qui est grave, c'est que l'on crée de la sorte un problème de minorité. C'est à la lecture du rapport de M. SCHAAD que j'ai appris que je faisais partie d'une minorité (p.49 all.; p.157 fr.). Jusqu'ici, je n'avais jamais eu le sentiment de faire partie d'une minorité. Lorsque je suis à Bâle, à Berne, à Genève ou à Zurich, je me sens chez des Confédérés, ce qui est totalement différent. Parler de minorité, c'est créer le complexe de la minorité. C'est très exactement ce que fait M. SCHAAD, lorsqu'il cite telle solution du code de procédure civile vaudois pour la comparer avec celle qu'il propose, non pas pour l'adopter, mais pour montrer, avec une paternelle condescendance, qu'il s'est penché sur le droit local, comme un expert de l'UNESCO cite le droit indigène avant de proposer une solution scientifique sérieuse.

Or le miracle suisse, dont nous aimons tous à parler, consiste précisément à éviter les problèmes de minorité par le fédéralisme. C'est au fédéralisme et à lui seul que nous devons d'être ici, aujourd'hui et ensemble.

GEORG MÜLLER, dipl. Ing. agr. et. Lic. jur., Weinfelden

Vom Gesichtspunkt eines forensisch praktizierenden Anwaltes aus, der von den Möglichkeiten des Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur BV bisher in nahezu der Hälfte der schweizerischen Kantone – bis in die Westschweiz – Gebrauch gemacht hat, seien folgende Bemerkungen zum Diskussionsthema gestattet:

Es ist heute kaum mehr streitig, daß der wesentliche Vereinheitlichungsgrund im Postulat besteht, das Zivilrecht des Bundes auch in einem einheitlichen Verfahren zur Anwendung zu bringen. Von diesem Anliegen ausgehend erscheint es vor allem von Bedeutung, den für die Rechtsanwendung erheblichen Tatbestand ohne kantonale Unterschiede zu erheben. Diesem Zweck entsprechen im vorliegenden Entwurf von Herrn Bundesrichter SCHWARTZ die unter dem Titel «vom Beweis» aufgeführten Normen (Art. 37–67), deren Zielsetzung und Gestaltung volle Zustimmung verdienen.

Eine einheitliche Tatbestandsermittlung erscheint damit aber nicht hinreichend gewährleistet. Wohl bestimmt Art. 38 Abs. 1 des Entwurfes, daß – unter Vorbehalt hier außer Betracht zu lassender Sonderfälle im Bereich der Offizialmaxime – Beweis nur über «erhebliche und bestrittene Tatsachen», abzunehmen sei, womit wohl auch deren Behauptungsbedürftigkeit vorausgesetzt wird. Die gesamte Gestaltung des Behauptungsverfahrens bliebe damit nach wie vor den Kantonen überlassen und die beträchtlichen interkantonalen Diskrepanzen mit Bezug auf das dem Beweisrecht überhaupt zugängliche Behauptungsmaterial blieben bestehen.

Diese beruhen überdies nur zum Teil auf unterschiedlicher Normierung, sondern ebenso sehr auf divergierender Rechtsprechung selbst zu gleichen Grundsätzen. Der bundesgerichtlichen Überprüfung blieben diese Bereiche nach wie vor entzogen und weiterhin vor allem bestimmt durch die kantonale Gestaltung und Handhabung der Verhandlungs- und Eventualmaxime, die ohne bun-

desrechtliche Grundsätze verschieden bleiben und damit auch in der gleichen Sache hin und wieder zu verschiedenen Ergebnissen führen werden.

In diesem Rahmen trifft dies einmal zu für die sehr verschieden gearteten Anforderungen an die Substantiierungspflicht. Wie weit man gehen will, Beweis über allgemein oder nur konkretisiert vorgetragene Behauptungen zuzulassen und abzunehmen, wird immer streitig bleiben. Wesentlicher ist vielmehr, daß überall die gleichen Anforderungen gestellt werden. In diesen Zusammenhang gehören damit auch Umfang und Inhalt von Fragerecht und -pflicht des Richters immer da, wo eine hinreichende Substantierung erheblicher Behauptungen zweifelhaft ist.

Schwerwiegende und für eine einheitliche Anwendung des materiellen Rechts unhaltbare Divergenzen ergeben sich ferner aus der unterschiedlichen Gestaltung des sog. Behauptungsschlusses, als Beschränkung des beweis- und subsumtionsfähigen Tatbestandes. So bildet v.a. das vollständige oder praktische Novenverbot im Berufungsverfahren, wie es verschiedene Kantone kennen (vgl. Zusammenstellung bei GULDENER S. 466),

- eine Klippe, die inner- und vor allem außerkantonale Anwälte hin und wieder scheitern läßt, wobei ein hierauf beruhender Prozeßgewinn aber nur beschränkte Befriedigung vermitteln kann;

- einen Umstand, der beim sorgfältigen Anwalt zu vielfach übertrieben breiter Behauptungsstreuung im erstinstanzlichen Verfahren führt, die sich für eine rationelle Prozeßabwicklung oft hemmend und ärgerlich auswirkt;

- damit eine wesentliche Ursache dafür, daß die gleiche Streitsache hier oder dort verschieden beurteilt wird, ja werden muß, wie z.B. dann, wenn das bisherige Verfahrensergebnis eine Änderung des bezogenen Rechtsstandpunktes nahelegt, für dessen Begründung die erforderlichen neuen Behauptungen hier möglich, dort aber unzulässig sind.

Der gelegentlich eingeschlagene Ausweg, Unterlassungen oder Substantierungsmängel durch die Hintertüre völlig

abstrakter Beweissätze und an Officialuntersuchung grenzender Beweisabnahme zu korrigieren, ist meist weder rechtmäßig noch befriedigend und vor allem geeignet, die kritisierte Möglichkeit divergierender Prozeßergebnisse noch zu vergrößern.

Eine Grundsatz-Normierung der angeschnittenen Fragen hätte im Hinblick auf die kantonale Gerichtsstandshoheit im besonderen lediglich zu berücksichtigen, ob der Zivilprozeß vor einer einzigen kantonalen Instanz abgewickelt wird, oder ob ein Rechtsmittelverfahren mit Tatbestandsüberprüfung gegeben sei. Den Untersuchungen von Herrn GAUTHIER darf wohl entnommen werden, daß solchen Besonderheiten der kantonalen Gerichtsorganisation ohne erhebliche Schwierigkeiten begegnet werden kann.

Ich erlaube mir deshalb die Anregung, den Entwurf SCHWARTZ durch wenige Grundsatzregeln in diesem Bereiche zu ergänzen, in dem Sinne, wie sie in den «Grundlinien» von Herrn Oberrichter SCHAAD (S.79 ff., spez. S.86–90) anhand fortschrittlicher Prozeßrechte dargestellt sind. Damit bestünde auch dann eine taugliche bundesrechtliche Grundlage für eine der Einheit dienende bundesgerichtliche Praxis, wenn der Weg ohne Verfassungsänderung weiter verfolgt werden will. Damit wäre unser höchstes Gericht, zu dem wir vertrauensvoll aufschauen, auch sicher nicht überfordert, wie von einem Vorredner angetönt wurde. So wie ich das Gutachten von Herrn Prof. EICHENBERGER verstehe, wäre auch der bundesrechtliche Erlaß derartiger Verfahrensgrundsätze ohne Verfassungsrevision möglich, wobei nicht verhehlt sei, daß dessen Begriffsfunktionierung eine leichte iuristische Gänsehaut aufkommen läßt.

Die damit gestreiften Bereiche des Prozeßrechts bilden gerade für den Prozeßanwalt wesentliche, von Kanton zu Kanton besonders zu beachtende Gebiete, deren konsequente und pflichtgemäße Ausnützung aber hin und wieder den Verdacht eines Konfliktes mit der materiellen Rechtslage aufkommen läßt. Daran gemessen geht es im wirklichen Gehalt aber doch wesentlich um ein zweifellos interessantes,

intellektuelles Spiel, das aber pflichtgemäß gespielt werden muß und weitreichende Konsequenzen hat. Wer die Wahrung solchen Gutes als Wesensinhalt der kantonalen Souveränität erachtet, muß Gegner jeder Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes bleiben. Wenn aber der forensische Anwalt zugleich wirklich Diener des Rechtes sein soll und will – wie dies verschiedene Prozeßordnungen ausdrücklich gebieten – dann wird er die ehrliche Erklärung abgeben müssen, daß solche Ausnützung und Anwendung verschiedenen kantonalen Prozeßrechtes in viel größerem Maße dem tüchtigen Prozeßanwalt und seiner Partei, als der Verwirklichung des materiellen Rechtes dient. Erhebt er selbst nochmals die ins Archiv bestimmten Schwurfinger, so muß auch der Anwalt bekennen, daß er, wenn auch widerstrebend, einen möglichen, örtlichen Berufsvorteil der Substanz opfern muß, die ihm selbst auf dem Gebiet eines vereinheitlichten Zivilprozeßrechtes noch ein mehr als hinreichendes Betätigungsfeld offen läßt.

Dr. FELIX H. THOMANN, Advokat, Basel:

Als am Ende unserer letzten Vereinsversammlung der Tagungsort und die Verhandlungsgegenstände des diesjährigen Juristentages bekannt wurden, begann das Gerücht umzugehen, unsere Genfer Kollegen betrachteten es als eine Zumutung, daß gerade in ihrer Stadt das Thema «Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes» behandelt werden solle. Ich hoffe, es werde mir trotzdem nicht als Verletzung des Gastrechts ausgelegt, wenn ich es als Anachronismus bezeichne, daß sich unser Verein nicht längst zu einer klaren Unterstützung des Vereinheitlichungspostulates durchgerungen hat. Wir sind doch ein Juristenverein und nicht ein politisches Gremium; deshalb sollten wir uns auf die juristischen Probleme der Vereinheitlichung konzentrieren, diese leidenschaftslos diskutieren und nicht davor zurückscheuen, frei von politischen Rücksichten einen klaren Impuls in Richtung auf eine bestimmte Lösung zu geben, sofern uns diese

von der Sache her wünschbar erscheint. Die Bremserrolle sollten und dürften wir getrost anderen überlassen, denn man braucht gewiß nicht mit besonderen Sehergaben ausgestattet zu sein, um voraussagen zu können, daß das zarte Pflänzchen der Vereinheitlichung auch ohne die vorsorgliche Mithilfe unseres Vereins noch recht rauen Winden ausgesetzt sein wird!

Die Gründe, welche für die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes sprechen, sind allgemein bekannt; ich möchte mich daher nicht mehr mit ihnen befassen, sondern mich dem Hauptargument der Vereinheitlichungsgegner zuwenden. Dieses Argument führt uns zum zentralen Problem unseres Themas: Ich meine die Behauptung, die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes bedeute einen Angriff auf unser föderalistisches Staatsgefüge. In erster Linie möchte ich dieser Argumentation entgegenhalten, was unser Herr Präsident am Juristentag 1961 unter Hinweis auf die seinerzeitige Auseinandersetzung über die Vereinheitlichung des materiellen Rechts in den Eidgenössischen Räten ausgesprochen hat. Ich zitiere:

«Da scheint es fast etwas merkwürdig, wenn heute behauptet wird, die Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts gefährde die kantonale Souveränität, sie gefährde die föderalistische Struktur unseres Bundesstaates, an der mir ebensoviel liegt wie den Verneinern der Vereinheitlichung. Ich glaube, wenn die bundesstaatliche Struktur nur an einer solchen Kompetenz hängen würde, dann wäre es schlecht um sie bestellt.» (Referate und Mitteilungen des SJV 1961 S.441/442).

Nach Auffassung der Gegner geht die Gefährdung unserer föderalistischen Staatsstruktur in erster Linie von den tiefen Eingriffen in die Gerichtsorganisation der Kantone aus, welche eine Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechtes angeblich zur Folge haben müßte. In diesem Punkt sind sich nun interessanterweise die Herren Berichtstatter alles andere als einig:

Herr Bundesrichter SCHWARTZ (Berichterstattung des Vorstandes, Seite 299) ist zur Überzeugung gelangt, es sei unmöglich, den eigentlichen Gegenstand des Zivilprozesses für alle Kantone einheitlich zu regeln, ohne zugleich die Gerichtsorganisation zu vereinheitlichen. Herr Dr. GAUTHIER andererseits kommt zum Schluß, die meisten Teilgebiete des Zivilprozeßrechts könnten vereinheitlicht werden, ohne daß sich die Frage einer Beeinträchtigung der kantonalen Organisationsautonomie überhaupt stellt. Ich mache kein Hehl daraus, daß ich zur Auffassung von Herrn Dr. GAUTHIER neige, gebe aber ebenso offen zu, daß beim heutigen Stand der Dinge eine strikte Beweisführung für seine Meinung ebensowenig wie für die entgegengesetzte möglich ist. Bisher hat ja noch niemand versucht, einen konkreten Gesetzesentwurf auszuarbeiten, der einerseits das Zivilprozeßrecht möglichst umfassend vereinheitlicht, andererseits aber möglichst wenig in die Gerichtsorganisation der Kantone eingreift. Diese Aufgabe sollte meiner Meinung nach nunmehr in Angriff genommen werden. Dabei wird die von unserem Vorstand auf den heutigen Tag vorgelegte Dokumentation bestimmt eine wertvolle Hilfe sein. Wir würden jedoch auf halbem Wege stehen bleiben, wenn wir uns mit den bisherigen Forschungsergebnissen begnügten; eine Teilvereinheitlichung durch eidgenössisches Rahmengesetz nach der Art des uns vorliegenden Entwurfes erscheint mir nämlich als unbefriedigende Lösung des Problems. Der Erlaß eines Rahmengesetzes würde – etwas überspitzt ausgedrückt – das heutige unbequeme, aber immerhin einigermaßen vertraute aus 25 verschiedenen kantonalen Gewächsen zusammengesetzte Dickicht um eine weitere Pflanze bereichern, welche durch die bisherige Vegetation wachsen und die Orientierung für den Rechtssuchenden eher erschweren als vereinfachen würde.

Unser Vorstand möchte offenbar mit der Überreichung unserer Dokumentation an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Vereinheitlichungsfrage für unseren Verein vorläufig ad acta legen. Ich respektiere diesen Be-

schluß – allerdings mit einem gewissen Bedauern, weil nach meiner Auffassung der am Juristentag 1961 erteilte Auftrag aus den soeben erwähnten Gründen noch nicht erfüllt ist. Meine Anregung, einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten, welcher das Zivilprozeßrecht unter möglichst weitgehender Schonung der kantonalen Gerichtsorganisationsautonomie umfassend vereinheitlicht, muß ich somit an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement richten. Diesen Versuch zu unternehmen, scheint mir auf jeden Fall der Mühe wert: Ein konkreter Gesetzesentwurf wird die weitere Diskussion bestimmt versachlichen; er wird Befürworter und Gegner der Vereinheitlichung zwingen, ihre Auseinandersetzung auf offenem Felde mit konkreten Argumenten auszutragen, anstatt ihre Stellungen durch abstrakte, zum Teil emotionell verfärbte Behauptungen und Befürchtungen einzunebeln.

M. JEAN-FRANÇOIS EGLI, juge cantonal, Neuchâtel:

1. Qu'un représentant d'un canton romand se montre plutôt réservé, face à l'idée d'une unification du droit de procédure n'étonnera personne. En effet, contrairement à ce qu'on pourrait s'imaginer à la lecture de la plupart des textes qui nous ont été soumis, le problème est avant tout *d'ordre politique*. C'est là que se situe le véritable débat.

2. Sans doute, du *point de vue purement technique*, il n'est guère contestable qu'une loi uniforme régissant toute la procédure civile – pour autant qu'elle soit de qualité – serait avantageuse à plus d'un titre. Encore ne faut-il pas en surestimer les bienfaits: l'expérience enseigne par exemple que la valeur des magistrats et des auxiliaires de la Justice contribue davantage au bon déroulement du procès que les mérites de la loi de forme. A l'heure des déplacements supersoniques, des voyages intersidéraux et des fructueux efforts d'unification du droit sur le plan international – aussi dans le domaine de la procédure – la multiplicité de nos lois de procédure,

dans un petit Etat, apparaît – nous le voulons bien – à certains égards anachronique. Convenons encore qu'il peut paraître insolite, voire illogique, que, d'un canton à l'autre, il faille mettre en œuvre des institutions de forme différentes pour faire valoir des prétentions fondées sur une loi unique de droit civil.

3. Sans doute aussi peut-on admettre, dogmatiquement, que le *droit constitutionnel actuel* pourrait permettre une unification partielle sur certains points qu'il resterait à définir. Mais l'adjonction à 25 lois de procédure d'une nouvelle loi à ce sujet ne serait-elle pas cause de plus d'inconvénients (insécurité juridique) que de profits ?

4. Le vrai problème – comme nos rapporteurs de 1961 l'avaient bien compris – est de savoir s'il est *politiquement indiqué*, dans un Etat groupant des communautés aussi diverses que les nôtres, de contribuer à rompre le sage *équilibre fédéraliste*, auquel nous devons tant, en réduisant encore davantage la peau de chagrin des compétences cantonales.

Pour répondre par l'affirmative, il faudrait que le système actuel soit condamné sans appel par ses inconvénients pratiques, et non point par des considérations dogmatiques.

En effet, ne perdons pas de vue que les désagréments ou les insuffisances résultant de la multiplicité des lois cantonales, nous les rencontrons plus ou moins dans les domaines du droit laissés à la compétence des cantons. En certaines matières – songeons à l'instruction publique – ils devraient même être plus lourds de conséquences qu'en procédure civile. Ils pourraient donc être invoqués pour supprimer la plupart des compétences législatives des cantons. Mais ces inconvénients sont, dans une certaine mesure, le prix du fédéralisme. Et le fédéralisme est le prix de notre équilibre politique.

En procédure civile, l'étendue des inconvénients pratiques ne nous a guère été démontrée.

Aucune enquête statistique ne révèle in concreto l'importance quantitative des cas où la loi cantonale aurait empêché

la réalisation du droit de fond ou conduit à des résultats différents d'un canton à l'autre. On peut avoir des raisons de penser qu'ils ne sont pas si nombreux.

D'autre part, les défauts résultant de l'application des lois cantonales peuvent être corrigés et le sont déjà, dans une grande mesure, par d'autres moyens.

a) D'une façon remarquable dans son ensemble, la jurisprudence fédérale a tracé la voie à suivre, notamment pour assurer la réalisation uniforme du droit fédéral et couper court aux excès de formalisme. Pourquoi ne pourrait-elle pas continuer à le faire ?

b) Les cantons eux-mêmes, sur le plan intra-cantonal, ont fait de louables efforts pour adapter leurs lois et leur jurisprudence aux conceptions modernes et aux exigences du droit fédéral. De nouvelles lois sont apparues, des révisions sont en cours.

c) Sur le plan intercantonal, nous connaissons le projet de concordat sur l'arbitrage, qui est sur le point de voir le jour. Un autre concordat se prépare, relatif à l'entraide judiciaire (citation directe des témoins, notifications directes). En procédure aussi, le fédéralisme coopératif, qu'avec à propos notre Société enrichit aujourd'hui de ses travaux, ne devrait pas être un vain mot.

Dans ce sens, et quelles que soient les décisions du législateur fédéral, les travaux de notre Société auront, de toute façon, eu cette grande utilité de permettre à chaque canton de procéder à un examen de sa propre loi, à la lumière des problèmes posés par nos rapporteurs, d'en déceler les insuffisances et de l'adapter aux besoins actuels, par voie légale ou prétorienne.

5. La *réserve* que nous manifestons face à l'idée de l'unification ne se veut pas *négative*.

Comme par le passé, la Confédération édictera les normes nécessaires à l'application de son droit de fond.

Elle contribuera aussi à l'amélioration de notre législation en revisant et complétant certaines de ses propres règles de

procédure, actuellement dépassées, notamment en matière de for et de conflits de juridiction.

Elle devrait aussi montrer le plus grand intérêt aux travaux d'unification du droit de procédure sur le plan international, et notamment européen. Si les ententes internationales auxquelles elle pourrait adhérer exigeaient une unification interne, on pourrait alors y procéder en tant que besoin.

Enfin, si les cantons ne se montraient pas à hauteur de la confiance que la Confédération devrait légitimement pouvoir leur faire, sans que la jurisprudence puisse y remédier, alors la nécessité d'une unification totale ou partielle pourrait devenir évidente.

Sachons gré à nos rapporteurs et au comité d'avoir mis en évidence tant de problèmes résultant de la coexistence des lois fédérales et cantonales dans le domaine de la procédure. Quelles que soient les solutions retenues en fin de compte, leurs travaux contribueront à l'amélioration de nos institutions.

M. MARCEL BRIDEL, professeur à l'Université de Lausanne, Lausanne:

Le temps qui nous reste ce matin est très limité. Je me bornerai donc à parler de l'art. 64 de la Constitution fédérale. Je ne dirai rien des autres dispositions constitutionnelles dont il a été question dans ce débat, ni de la nécessité de poser des règles de droit fédéral pour la solution des conflits intercantonaux de procédure.

J'ai lu avec attention et avec beaucoup d'intérêt le rapport de mon distingué collègue, M. le Prof. EICHENBERGER. J'y ai reconnu sa science étendue, son esprit fin et nuancé. Sur de nombreux points je suis d'accord avec lui. Mais, sur d'autres, j'avoue qu'il ne m'a pas convaincu et j'aimerais dire brièvement pourquoi.

Son rapport contient un brillant chapitre méthodologique. Notre collègue reconnaît cependant que, pour appli-

quer l'art. 64 Cst. féd., il n'est pas besoin de faire appel à de savantes méthodes d'interprétation. Sur ce point, je suis d'accord avec lui. Je vais même plus loin : l'art. 64 est d'une simplicité et d'une clarté telles qu'il ne pose pas de grosses questions d'interprétation – beaucoup moins, en tout cas, que de nombreuses autres dispositions constitutionnelles.

Que dit, en effet, cet article, sinon ceci : le droit civil matériel appartient à la Confédération, mais la procédure aux cantons. C'est si simple qu'à première vue cela se passe de commentaires.

Et cependant il y a eu des commentaires ! M. EICHENBERGER cite, en effet, une imposante littérature d'après laquelle, en vertu même de l'art. 64, la Confédération disposerait d'une certaine compétence en matière de procédure civile. Je ne suis pas d'accord avec cette doctrine et je dois dire très clairement qu'à mon avis il n'est pas possible de tirer de l'art. 64 al. 2 et 3 une compétence de procédure quelconque, expresse ou implicite, en faveur de la Confédération.

Contrairement donc à M. le Prof. EICHENBERGER, je pense que le partage de compétences qu'opère cette disposition est bel et bien fondé sur la distinction entre droit matériel et droit formel.

En revanche, je le rejoins quand il déclare que la compétence réservée aux cantons ne doit pas avoir pour effet de rendre inopérante l'application du droit matériel unifié. Mais alors, il ne s'agit plus de savoir quelles sont les compétences respectives de la Confédération et des cantons, mais bien de savoir si la compétence de l'une ne peut être exercée qu'au prix de certains empiètements sur la compétence des autres.

Une question analogue s'est quelquefois posée en matière administrative quand une autorité fédérale et une autorité cantonale se contrecarrent dans l'exercice constitutionnel et légal de leurs pouvoirs respectifs. Si ces deux activités sont absolument inconciliables, on doit donner la préférence à celle qui est au service de l'intérêt le plus élevé. C'est un principe bien établi en jurisprudence. Le même principe doit être appliqué, par analogie, en matière législative. S'agissant

notamment du rapport entre le droit matériel et la procédure, je reconnais volontiers que celui-là sert en général – peut-être pas toujours – un intérêt plus élevé que celui-ci. En matière de législation civile, j'arrive donc à la même conclusion que M. le Prof. EICHENBERGER, mais par un chemin différent, qui ouvre au législateur de droit privé des perspectives beaucoup plus restreintes.

Oui, le législateur civil peut poser certaines règles de droit formel, mais seulement s'il s'agit d'assurer l'application d'une norme de droit matériel et seulement si cette norme risque d'être compromise par certaines institutions de la procédure civile. Le Code civil suisse en contient quelques exemples, ainsi l'art. 158 ch. 1 et l'art. 310 al. 2. Dans ces deux cas – et dans d'autres – l'une des compétences garanties par l'art. 64 a été sacrifiée à l'autre, parce que c'était *indispensable* pour assurer l'application de principes de haute justice et d'ordre social adoptés par la législation civile matérielle.

Cette nécessaire sauvegarde justifie seule un renversement des compétences constitutionnelles; car – quel que soit le respect dû à son œuvre – le législateur civil est lié par la Constitution. Or la Constitution ne l'autorise pas à empiéter sur le domaine de la procédure simplement parce que cela lui paraîtrait plus opportun ou plus rationnel.

C'est pourquoi je suis forcé de dire que la méthode suivie par la Société suisse des Juristes dans cette affaire ne paraît pas la bonne. Avant de présenter un projet détaillé, il eût été correct de voir si – et éventuellement jusqu'à quel point – des règles de procédure cantonale paralysent ou entravent sérieusement l'application du droit civil fédéral et d'en dresser en quelque sorte le catalogue. Alors seulement, suivant le résultat de cet examen, on pourrait passer à des propositions concrètes sur la manière d'éliminer ces obstacles.

Cette voie peut encore être suivie. Je souhaite qu'elle le soit avant qu'on entre en matière sur le projet de M. le Juge fédéral SCHWARTZ, quel que puisse être, d'ailleurs, l'intérêt de ce projet.

Dr. GASTON KUPPER, Advokat und Notar, Olten:

Im Grunde müssen wir uns fragen: Wie sieht ein zeitgemäßes schweizerisches Zivilprozeßrecht überhaupt aus? Dann rückt auch die Frage seiner Vereinheitlichung an den richtigen Platz.

Die kritische Einstellung unserer Zeit gegenüber hergebrachten Formen hat auch vor dem Recht nicht haltgemacht. Für den Zivilprozeß bedeutet das, daß hinsichtlich der Form, in der einer beim Gericht sein Recht sucht, nur das verlangt werden soll, was in der heutigen Form anständigen Verkehrs sachgemäß ist. Jeder Formalismus darüber hinaus tangiert die Überzeugungskraft eines gerichtlichen Urteils. Erforderlich ist ein Verfahren, das in den Grenzen des Streits alle angemessenen Mittel zur Rechtsfindung ausnützt. Der Eid als Beweismittel mit transzendenten Voraussetzungen gilt dabei mit Recht als Fremdkörper. Die freie Beweiswürdigung gerät aber ins Ungefähre, wenn sie von einem Richter vorgenommen wird, der nicht auch mit den Ergebnissen der modernen Psychologie und Soziologie vertraut ist. Die Gerichte sollen sich auch möglichst weitgehend für neue Wendungen, die ein Streit nimmt, offenhalten. Eine Grenze kann hier nur die Abwehr von Machenschaften der Parteien und die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit des Aufwandes bilden.

Die bisherigen kantonalen Zivil- aber auch Strafprozeßordnungen sind heute noch zum Teil mit einem Formalismus belastet, der das Bundesgericht sogar dazu geführt hat, einzelne Bestimmungen als «Rechtsverweigerung durch überspitzten Formalismus» und damit als Unrecht zu erklären. Daß diese Prozeßordnungen weitgehend kein eigenständiges kantonales Rechtsgut sind, zeigte kürzlich wieder Herr Prof. MAX GULDENER in seiner Abhandlung «Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozeßrechts» (1966). Das Prozeßrecht ist weitgehend Juristenrecht und wie fremd es selbst Mitgliedern gesetzgebender Behörden ist, hat Herr Oberrichter PETER SCHAAD in seinen «Grundlinien einer schwei-

zerischen Zivilprozeßordnung» eindrucklich gezeigt. Was dort über das Beratungstempo bei der Behandlung der neuen Prozeßordnung im Großen Rat des Kantons Waadt steht, kann durch Zahlen aus dem Kanton Solothurn ergänzt werden: Der Kantonsrat bewältigte bei der Detailberatung der neuen Zivilprozeßordnung am 10. Mai 1966 282 Paragraphen in ungefähr 2 Stunden. Darin, daß Prozeßrecht Juristenrecht ist, liegt aber gerade die besondere Verantwortlichkeit der Juristen gegenüber der Öffentlichkeit für diesen Teil des Rechts.

Die weiterhin zunehmende Verflechtung der menschlichen Beziehungen führt zu einer weiterhin zunehmenden Komplizierung unserer Rechtsordnung und wir haben dieser Komplizierung gewachsen zu sein. Wir können uns darum auch nicht leisten, Unterschiedlichkeiten aufrechtzuerhalten, die ihren Sinn verloren haben. Eine zeitgemäße Lösung und Weiterentwicklung unseres Zivilprozeßrechts kann nach meiner Auffassung nur eine gesamtschweizerische sein und der Schweizerische Juristenverein hat sich daher mit Recht dieser Frage angenommen. Das Eintreten für den Föderalismus im Prozeßrecht ist heute nur noch eine Demonstration am falschen Ort zur falschen Zeit.

Dr. PAUL SCHWARTZ, Bundesrichter, Lausanne, Verfasser des Entwurfs eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßverfahren an das Bundeszivilrecht, gibt folgendes Schlußvotum ab:

Mehrere Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins haben von der ihnen gebotenen Möglichkeit der schriftlichen Äußerung zu dem auf der heutigen Tagesordnung stehenden Thema Gebrauch gemacht. Wenn im Folgenden auf die dabei manchmal sehr einläßlich und detailliert begründeten Vorbehalte gegenüber der Ihnen zugestellten Dokumentation zur Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts nicht eingegangen wird, so schon deshalb, weil eine erschöpfende Stellungnahme, wie sie allein in Frage käme, wegen

Zeitmangels ausgeschlossen ist. Vor allem aber haben diese schriftlichen Eingaben beim jetzigen Stand der Angelegenheit im Schoße des Juristenvereins als nicht an die Autoren der Dokumentation, sondern an die zuständigen Bundesbehörden gerichtet zu gelten, zu deren Händen die gesamte Dokumentation einschließlich der dazu erfolgten Meinungsäußerungen dem Eidgenössischen Justizdepartement überreicht werden soll. Und nun zur Sache selbst:

Noch vor wenigen Jahren mochte der Gedanke an eine Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts als wirklichkeitsfremd erscheinen. Die vom Schweizerischen Juristenverein im Jahre 1962 veranstaltete Umfrage bei seinen Mitgliedern und den kantonalen Obergerichten rief hier wie dort eine beachtliche Gegnerschaft auf den Plan. Kurz darauf, am 19. September 1962, wurde das auf Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozesses zielende Postulat GRENDELMEIER vom Nationalrat abgelehnt. Andererseits verschlossen sich schon damals manche Gegner einer gänzlichen Vereinheitlichung nicht der Einsicht, daß gewisse bis jetzt in den kantonalen Zivilprozeßordnungen behandelte Gegenstände um einer einheitlichen Durchsetzung des materiellen Rechts willen vom Bundesgesetzgeber geregelt werden sollten. Da es sich dabei durchwegs um Dinge handelte, die bei Lichte betrachtet ohnehin eher dem materiellen als dem eigentlichen Verfahrensrecht angehören, lag es nahe, den Versuch zu unternehmen, eine eidgenössische Regelung zu entwerfen, die sich auf die dem Bund vorbehaltene Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiete des Zivilrechts stützen könnte. So entstand der Ihnen vom Vorstand des Juristenvereins unterbreitete Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßverfahren an das Bundeszivilrecht. Es soll damit ein Weg gewiesen werden, auf dem ohne Verfassungsänderung den stoßendsten Übelständen begegnet werden kann, die sich aus dem Nebeneinanderbestehen von 25 Zivilprozeßgesetzen ergeben. Die Vereinheitlichung auch des eigentlichen Verfahrensrechtes, die den Gegenstand der von Herrn Oberrichter SCHAAD verfaßten «Grund-

linien einer schweizerischen Zivilprozeßordnung» bildet, könnte später nachgeholt werden, nachdem inzwischen die erforderliche Verfassungsgrundlage geschaffen worden wäre.

Die Aussichten wenigstens für eine beschränkte Vereinheitlichung scheinen heute günstiger als noch vor wenigen Jahren. Am 3. Oktober 1968 nahm der inzwischen verjüngte Nationalrat ein wiederum auf Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozeßrechts gerichtetes Postulat SCHMID an. Die Ansicht bricht sich Bahn, daß der heutige Rechtszustand einen Anachronismus darstellt. Indessen sollte die Hoffnung auf eine als nachgerade ohnehin unvermeidlich erachtete Vereinheitlichung des gesamten Prozeßrechtes kein Grund sein, die vorher schon ohne Verfassungsänderung behebbaren Übelstände einstweilen weiterbestehen zu lassen. Es rechtfertigt sich vielmehr nach wie vor, eine Lösung im Sinne des Ihnen vorgelegten Entwurfes in Betracht zu ziehen, dies umso mehr, als die kantonalen Prozeßordnungen weniger durch die Diskrepanz der eigentlichen Verfahrensvorschriften einer einheitlichen Anwendung des materiellen Rechtes im Wege stehen, als vielmehr durch Verschiedenheiten in der Regelung von Dingen, die von Hause aus dem materiellen Recht angehören und daher einer bundesrechtlichen Regelung auch ohne Verfassungsänderung zugänglich sind. Wohin der jetzige Zustand führt, mag an einigen Beispielen gezeigt werden:

1. Die Zulassung der Geschwister der Parteien als Zeugen nach den einen und deren Ausschließung nach den andern Prozeßordnungen hat zur Folge, daß bei genau gleichem Tatbestand ein Vaterschaftsprozeß von vornherein aussichtslos oder mit Sicherheit erfolgreich sein muß. So etwa wenn der bestrittene Verkehr der Kindsmutter mit dem Beklagten nur durch Zeugnis der Geschwister der ersteren oder der bestrittene Mehrverkehr nur durch einen Bruder des Beklagten beweisbar ist.

2. Im Kanton St. Gallen wurde eine Ehe auf Klage der Ehefrau auf Grund von Indizien wegen Ehebruchs des Man-

nes geschieden. Dieser hatte den Entlastungsbeweis durch das Zeugnis der angeblichen Geliebten erbringen wollen. Der Anwalt der Klägerin vereitelte dies durch die Erklärung, die Klägerin behalte sich gegebenenfalls den Strafantrag wegen Ehebruchs vor. Damit wurde dem Beklagten der Beweis verunmöglicht, weil Art. 238 Ziffer 5 des St. Galler Gesetzes über die Zivilrechtspflege als Zeugen ausschließt «Personen, die zum Geständnis einer gerichtlich zu bestrafenden Handlung aussagen müßten ...». In andern Kantonen wäre diesem Umstand lediglich durch das Zeugnisverweigerungsrecht Rechnung getragen und damit die Abweisung der Klage immerhin in den Bereich der Möglichkeit gerückt worden.

3. Je nach der Existenz oder Nichtexistenz eines obligatorischen Sühneverfahrens und der Ausgestaltung des letzteren sind die vom materiellen Recht gesetzten Klagefristen im Ergebnis von Kanton zu Kanton verschieden. Wo zur Begründung der Rechtshängigkeit das Gesuch um Vorladung zum Sühneversuch genügt, genießt der Kläger tatsächlich eine längere Frist als anderswo, und zwar nicht nur zur Vorbereitung des Prozesses, sondern vor allem zur Abwägung der für und gegen die Prozeßführung sprechenden Umstände. Besonders bei kurzen Fristen wie etwa derjenigen des Art. 253 Abs. 1 ZGB kann dies zu einer geradezu empörenden Rechtsungleichheit führen.

Das Stoßende an solchen Beispielen ist nicht das tatsächliche Fehlen einer einheitlichen Durchsetzung des materiellen Rechtes, für die es ja ohnehin keinerlei Gewähr gibt, sondern deren rechtliche Ausschließung durch Unterschiede in den Prozeßgesetzen. Diesem unbefriedigenden Zustand abzuhelpen, steht den gesetzgebenden Behörden des Bundes für die im Entwurf behandelten Gegenstände schon auf Grund der geltenden Verfassung die Befugnis zu. In dieser Beziehung mag es angesichts der den Mitgliedern des Schweiz. Juristenvereins zugestellten Abhandlungen der Herren Obergerichter SCHAAD, Prof. EICHENBERGER und alt-Bundesgerichtsschreiber BALMER bei einigen Hinweisen sein Bewenden haben:

I. Die Bestimmung des Gerichtsstandes ist zumal im interkantonalen Verhältnis Sache des materiellen, also des Bundesrechtes. Der Gesetzgeber hat denn auch von der ihm danach zustehenden Befugnis bereits ausgiebig Gebrauch gemacht. Einige Beispiele aus dem ZGB: Art. 111 (Einspruch gegen die Eheschließung), Art. 136 (Ungültigerklärung einer Ehe), Art. 144 (Scheidungsklage), Art. 261 (Ehelicherklärung), Art. 312 (Vaterschaftsklage), Art. 376/78 (Bevormundung), Art. 538 (erbrechtliche Klagen).

II. Wer als Partei oder Dritter an einem Prozeß teilnehmen kann, hängt von den ihm vom materiellen Recht zugewilligten Rechten und Interessen ab und ist daher eine Frage des Zivilrechts. Daraus erklärt sich z.B. Art. 193 OR betr. Streitverkündung wegen Gewährleistung des veräußerten Rechtes durch den Verkäufer. Diese Bestimmung verpflichtet implizite die Kantone, dem Käufer die Streitverkündung und damit die Teilnahme des Verkäufers am Prozesse zu gestatten.

III. Daß die Rechtshängigkeit ein Begriff des Bundesrechtes ist, hat das Bundesgericht in ständiger Praxis festgestellt. Vgl. BGE 63 II 170, 66 I 288 E. 2, 81 II 538, 82 II 590, 85 II 315 und 536 E. 3.

IV. Die bundesrechtliche Natur der Feststellungsklage hat das Bundesgericht in BGE 77 II 344 ff. nachgewiesen.

V. Das Beweisrecht ist nur insofern Verfahrensrecht, als es die Modalitäten der Beweiserhebung regelt, wie etwa die Art der Vorladung der Parteien und Zeugen, die Art der Befragung der Zeugen und der allfälligen Protokollierung ihrer Aussagen oder die Art der Instruktion der Sachverständigen. Dagegen ist die Frage der grundsätzlichen Tauglichkeit und Zulässigkeit eines Beweismittels und des grundsätzlichen Anspruchs auf Erhebung eines Beweises eine solche des Bundesrechtes. Darauf gründet sich u.a. die Bundesgerichtspraxis betr. Abstammungsgutachten. Aber auch der Gesetzgeber selber hat diese Rechtslage in

zahlreichen Vorschriften vorausgesetzt. Es sei beispielsweise an folgende Bestimmungen des ZGB erinnert: Art. 10 (Beweisvorschriften), Art. 141 (Erfordernis einer Expertise bei Scheidung wegen Geisteskrankheit), Art. 158 (Scheidungsverfahren), Art. 310 Abs. 2 (Beweis im Vaterschaftsprozess), Art. 374 Abs. 2 (Gutachten bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit), Art. 436 (Gutachten bei Aufhebung der Vormundschaft), Art. 717 (richterliches Ermessen bei der Beurteilung eines *constitutum possessorium*). Ferner Art. 289 SchKG (Freie Beweiswürdigung bei der paulianischen Anfechtung), Art. 29 Abs. 4 des Fabrikgesetzes (freie Beweiswürdigung).

VI. Die materielle Rechtskraft ist, wie der ihr gegebene Name zutreffend zum Ausdruck bringt, überwiegend materiellrechtlicher Natur. Insbesondere ist es eine Frage des materiellen Rechtes, wem gegenüber sie wirkt. Daraus folgt aber auch, daß der Zeitpunkt ihres Eintritts und ihre Tragweite vom Zivilgesetzgeber zu bestimmen sind. Im übrigen vgl. BGE 78 II 401, 81 II 492 und 83 II 267.

VII. Der Anspruch auf Erlaß vorsorglicher Verfügungen ist ein Ausfluß des dadurch zu sichernden zivilrechtlichen Anspruches und daher selber materiellen Rechtes. Vgl. z.B. Art. 321 ZGB, der den Richter ermächtigt, bei Glaubhaftmachung der Vaterschaft den noch erst vermuteten Vater zur Sicherstellung gewisser Leistungen anzuhalten. Ferner Art. 145 ZGB betr. vorsorgliche Maßregeln im Scheidungsprozeß.

VIII. Worin die Vollstreckung eines vom Richter festgestellten Anspruches zu bestehen hat, ist eine Frage des Zivilrechtes, ebenso die Frage, welche Maßnahmen der Verpflichtete dulden muß.

Es wäre zu begrüßen, wenn die gesetzgebenden Behörden unbeschadet einer auch das eigentliche Verfahrensrecht umfassenden Vereinheitlichung, der eine Verfassungsänderung vorauszugehen hätte, zunächst einmal die jetzt schon mögliche Anpassung der kantonalen Gesetzgebung an das mate-

rielle Recht vornehmen würden. Damit würde einerseits den unhaltbarsten Folgen der Rechtszersplitterung in absehbarer Zeit wirksam begegnet und andererseits wertvolle Vorarbeit für eine allfällige gänzliche Vereinheitlichung des Prozeßrechts geleistet.

Dr. PETER SCHAAD, Obergerichter, Bern, Verfasser der Grundlagen einer schweizerischen Zivilprozeßordnung, wendet sich mit folgenden Schlußbemerkungen an die Versammlung:

1. Das Interesse am Gesamtthema «Zur Vereinheitlichung des Zivilprozesses» äußerte sich in zahlreichen schriftlichen und mündlichen Äußerungen. Ich kann hier nur zu einzelnen Voten replizieren.

Zunächst ist eine Ergänzung zum Text des Referates anzubringen: auf Seite 62 wird Bezug genommen auf die bundesrechtlichen Ausschließungsgründe (Art. 22 OG), wobei ich für einen einheitlichen Prozeß die lit. c ausschloß, die dem Richter verbietet, in Sachen seines Heimatkantons oder seiner Gemeinde zu entscheiden. Seit einigen Tagen (1. Oktober) ist der Hinweis hinfällig, da die lit. c gestrichen wurde (BG über die Änderung des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 20. 12. 1968, AS 1969, S. 767 ff.).

2. Zu einzelnen Detailfragen haben die Herren Obergerichter SIDLER, Luzern und Fürsprecher LIFSCHITZ, Bern, Bemerkungen angebracht. Ich verweise auf diese Eingaben.

Herr Dr. KARL WEGMANN, Zürich, stellt einen Widerspruch fest zwischen meiner Auffassung, daß der Richter nur Tatsachen berücksichtigen darf, die die Partei behauptet oder er selbst erfragt habe und der Äußerung von Prof. GULDENER im Referat 1961, ZSR 1961 II 45, wo von der Offizialmaxime gehandelt wird. Aber nur, wenn die Offizialmaxime im vollen Umfang zur Anwendung kommen muß nach dem materiellen Recht, z.B. bei Bevormundung und Entzug der elterlichen Gewalt, wird der Richter fragen und fragen, nicht aber bei den Gründen zur Scheidung.

Herr Obergerichtspräsident HEFTI, Glarus, befürchtet in seinem heutigen Votum Eingriffe in die kantonale Gerichtsorganisation, die vielfach auf das Laienelement abstellt, für das sich die vorgeschlagene Regelung nicht eigne. Er übersieht dabei, daß ein sehr hoher Teil der Prozesse z.B. auch im Kanton Bern sich vor den Amtsgerichten abspielt, welche aus vier Laien und einem Berufsrichter bestehen. Das geltende Prozeßrecht hat sich hier auch für dieses Gericht bewährt.

3. Der umfänglich größte Teil der Eingaben und der Voten bezieht sich auf die Frage der Vereinheitlichung als solcher und lehnt sie ab. Diese Eingaben stammen fast ausschließlich aus Lausanne, eine von Herrn Kantonsrichter MEYER, Fribourg.

Soweit föderalistische Gesichtspunkte geltend gemacht werden, sind sie hinzunehmen und hier, wo es nur um ein Wie der Vereinheitlichung, nicht aber um ein Ob geht, ohne Diskussion zur Kenntnis zu nehmen. Das Bekenntnis zum Föderalismus ist umso glaubwürdiger, wenn es auch in allen anderen den Kantonen zustehenden Hoheitsrechten seinen Niederschlag findet.

Wo der Föderalismus aber verbunden wird mit einer Polemik gegen eine andere Lösung ist kurz Stellung zu nehmen.

Herr Kantonsrichter MEYER scheint über die teilweise Übernahme des bernischen Prozesses in die neue (1953) friburgische ZPO nicht glücklich zu sein. Das bernische Modell, wird gesagt, habe einen höchst idealisierten Richter «qui voit tout, qui comprend tout, partout vigilant et actif». Die Arbeit dieses Richters werde erleichtert durch Parteien und Zeugen, die, im bernischen Verfahren, immer die Wahrheit und nichts als die Wahrheit sagen (S.7 der Eingabe). Der Richter sei «omniscient et omnipotent». Ein ähnlicherweise falsches Bild wird von Herrn Rechtsanwalt CLAUDE REYMOND, Lausanne, vom Richter meiner «Grundlinien» gegeben. Diese «présupposent un juge omniscient et omniprésent» (S.16 der Eingabe). Beides ist zwar übereinstimmend,

aber unrichtig. Wenn der Richter die Parteien befragt, um den wahren Sachverhalt abzuklären, so gerade darum, weil er nicht alles versteht oder weiß.

Ähnliche Vorwürfe wurden übrigens auch schon an andere Adressen erhoben: ich darf sie zitieren, weil sie publiziert wurden (SJZ Bd. 42, S. 238) und weil sie die waadtländischen Richter betreffen.

Es handelt sich um eine «Pétition de dix avocats au Grand Conseil vaudois» vom Jahre 1946. Sie bezog sich auf die «solutions testimoniales» der waadtländischen Zivilprozeßordnung. Hier heißt es u.a.:

«Le canton de Vaud est, sauf erreur, le seul canton de Suisse qui connaisse ce système de pleins pouvoirs donnés au juge de première instance, sorte de magistrat censé infaillible et tout puissant.»

In der Petition wurde weiter gesagt: «Il n'est pas admissible que l'honneur ou la liberté du citoyen puisse dépendre d'un seul juge sans aucune possibilité de contrôle sur les faits par l'autorité de seconde instance.»

Bei den Vorarbeiten zur Revision der ZPO des Kantons Waadt hatte der Entwurf der parlamentarischen Kommission, welcher Richter aller Instanzen und Anwälte angehörten, das kritisierte Institut beseitigt, die parlamentarische Kommission hat es hingegen wieder aufgenommen (Exposé Waadt, S. 909), womit auch der Vorwurf der Petition der 10 waadtländischen Anwälte bestehen bliebe.

Ich möchte aber solchen Karikaturen des Richters keinerlei überzeugenden Wert beimessen. Der Richter ist wie jeder andere ein irrender Mensch. Er tut einfach seine Pflicht, wenn er nach der Wahrheit forscht.

4. In den schriftlichen Stellungnahmen wird z.T. eindringlich geltend gemacht, das Prozeßrecht sei weit mehr als eine bloße Technik der Urteilsfindung, es sei «quelque chose de beaucoup plus profond, qui concerne en définitive les mœurs d'une région déterminée et la manière, dont la population de cette région conçoit en l'extériorisant son sentiment de la

justice» (Rechtsanwalt FATTON) oder: «que le code vaudois correspond aux sentiments profonds des habitants du Canton de Vaud».

Ich bin nicht in der Lage, bestimmend zu erklären, auch die bernische ZPO sei der Ausfluß einer spezifischen bernischen Denkart. Diese ZPO hat allerdings, mit allen Abänderungen, die Zustimmung der Mehrheit erhalten, weil das obligatorische Gesetzesreferendum auch eine Prozeßordnung umfaßt. Die Erfahrung zeigt immer wieder, wie wenig gerade das Prozeßrecht bekannt ist.

Man ist versucht zu fragen, um welche grundlegenden Überzeugungen es bei einer Revision eines Prozeßrechtes geht. War die «tiefe Überzeugung des Volkes» z.B. im Kanton Waadt im Gesetz von 1911 oder im neuen Gesetz von 1966 wiedergegeben? Nach Meinung des Berichterstatters der parlamentarischen Kommission fielen Regierung und außerparlamentarische Kommission gegenüber dem zu revidierenden Gesetz von einem Extrem ins andere. Oder: war die vorberatende Behörde nicht ebensogut – ich würde ohne zu zögern sagen, sogar besser – in der Lage, diese tiefe Überzeugung des Volkes zu interpretieren?

Gesetz wurde aber, wie es sich gehört, die Fassung der gesetzgebenden Behörde.

5. Die Eingabe des Anwaltsverbandes, die nicht zur Frage der Vereinheitlichung Stellung nimmt, befürchtet eine Schwächung der Stellung des Anwalts in einem neu zu schaffenden Verfahren. Diese Befürchtung ist in einem Verfahren, das in weitem Umfang zur Vorbereitung einen Schriftenwechsel postuliert, unbegründet. Die Partei, die eine Rechtschrift selbst verfaßt, mutet sich, dem Richter und der Gegenpartei zuviel zu. Der Anwalt schafft in den Behauptungen, in den Beweisanträgen und in den Rechtsschlüssen erst die Voraussetzungen zu einem zweck- und zielgerichteten Verfahren.

6. Der Weg von Konkordaten – statt Vereinheitlichung durch Bundesgesetzgebung –, wie er auch vorgeschlagen

wurde, ist ein Fluchtweg. Er könnte allenfalls vorweg in Frage kommen auf dem beschränkten Gebiet der Rechtshilfe gemäß Vorschlag von Herrn Oberrichter FRANK, Zürich.

* * *

ANHANG

Extraits du RAPPORT

adressé à la

Conférence des Chefs des Départements de justice
et police des cantons romands et du Tessin

au sujet du

Projet de loi fédérale sur l'harmonisation
des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral.*

I. Introduction

La Conférence des chefs de Départements des cantons romands et du Tessin a chargé une commission intercantonale d'étudier les conséquences d'une unification éventuelle de la procédure civile en Suisse et, en premier lieu, du Projet de loi fédérale établie par M. le juge fédéral PAUL SCHWARTZ à la demande du Comité de la Société suisse des juristes (cf. Rapport du Comité sur l'Unification de la procédure civile, Bâle 1969, p.269s.). Cette commission était composée comme il suit:

Vaud	M. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Professeur de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, président.
Fribourg	M. FRANCIS MEYER, juge cantonal.
Genève	M. PIERRE GREBER, alors Président du Tribunal de Première Instance et actuellement Juge à la Cour.
Neuchâtel	M. JEAN-FRANÇOIS EGLI, juge cantonal.
Tessin	M. ROBERTO SIMONA, juge cantonal, lequel remplaçait M. FERNANDO GAJA, empêché pour raisons de santé.
Valais	M. GÉRARD EMERY, juge cantonal.

* Voir page 936.

Le secrétariat de la Commission a été assuré par Me PIERRE MERCIER, conseiller juridique au Département vaudois de justice et police.

Après avoir siégé à plusieurs reprises, la Commission a adopté à l'unanimité, dans sa séance du 4 septembre 1969, un rapport rédigé par le Président et le secrétaire de la Commission, sur la base du procès-verbal des délibérations et des rapports établis par chacun des membres sur tous les articles du Projet. Ce rapport, qui est l'expression d'une commune conviction des membres de la Commission, si ce n'est là où des réserves ont été expressément formulées, a été adressé à la Conférence des chefs de Départements et, par elle, au Département fédéral de Justice et police et au Comité de la Société suisse des juristes.

Le Projet de M. le juge fédéral SCHWARTZ a été examiné sous les trois aspects suivants:

- a) constitutionnalité;
- b) incidences sur les procédures des cantons romands et du Tessin;
- c) mérites ou défauts des solutions proposées.

La présente publication ne reprend que les considérations générales du rapport et les remarques formulées sur les points a et c ci-dessus dans la discussion article par article. Ce sont en effet là les questions qui présentent le plus grand intérêt pour l'ensemble des juristes suisses et pour les autorités chargées d'apprécier les conséquences qu'entraînerait l'adoption du Projet de M. le juge fédéral SCHWARTZ. Il convient cependant de relever que l'étude de la question b au regard des codes de six cantons, qui constitue la partie la plus importante du rapport précité, a permis de mesurer concrètement les incidences extrêmement étendues qu'aurait une telle loi sur les législations cantonales de procédure et de constater que les codes cantonaux examinés assuraient généralement de façon suffisante, voire même plus efficace, la réalisation du droit matériel fédéral (cf. Conclusions, p.1051/52 ci-dessous). Les mêmes constatations pourraient sans doute

être faites en soumettant à un examen analogue les codes de procédure des cantons alémaniques.

II. Remarques préalables au sujet de la constitutionnalité du projet

Tout en se réservant de solliciter ultérieurement l'avis d'un constitutionnaliste, la Conférence des Chefs de Départements a invité la Commission à donner son avis au sujet de la légitimité du Projet au regard de la Constitution fédérale et plus particulièrement de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en cette matière. Les membres de la Commission tiennent à préciser qu'ils ne sont pas des spécialistes du droit constitutionnel et que c'est avant tout en praticiens du droit privé et de la procédure qu'ils se prononcent sur ce point. Toutefois, dans l'avis de droit qu'il a établi à l'intention de la Société suisse des juristes au sujet du Projet (cf. p.486 litt.b; p.507 ch.2 et p.512), le Professeur K.EICHENBERGER relève lui-même qu'une fois les principes posés, il appartient avant tout aux privatistes et aux spécialistes de la procédure de déterminer sur quels points et dans quelle mesure la Confédération doit intervenir pour assurer la réalisation du droit matériel. Aussi la Commission, composée principalement de magistrats appelés à confronter quotidiennement le droit matériel avec la procédure cantonale, estime-t-elle pouvoir se prononcer sur ce point, non sans souhaiter que son opinion soit complétée par celle d'un constitutionnaliste réputé au cas où le Département fédéral de justice et police estimerait devoir donner suite au Projet.

Les principes qui doivent servir de guide à une telle appréciation peuvent d'ailleurs être dégagés sans grande difficulté, car ils ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral et de plusieurs travaux de la doctrine, en particulier des rapports présentés en 1961 à la Société suisse des juristes par MM. GULDENER et VOYAME. La règle fondamentale se trouve à l'art.64 al.3 CF, aux termes du-

quel «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé». Il est évident que cette phrase ne signifie point que tout empiètement nouveau de la législation fédérale dans le domaine de l'organisation judiciaire et de la procédure soit exclu depuis l'entrée en vigueur de cette disposition constitutionnelle. D'ailleurs, depuis 1898, le législateur fédéral a édicté de nombreuses normes de procédure dont on ne saurait prétendre qu'elles violent toutes l'art. 64 al. 3 CF. Mais, selon l'opinion généralement reçue, cette disposition implique que la Confédération ne peut légiférer dans ces domaines, en principe réservés aux cantons, que dans la mesure où de tels empiètements sont indispensables pour assurer l'application effective et uniforme du droit matériel fédéral (cf. en particulier VOYAME RDS 1961, p. 84s.). En particulier, la Confédération peut prévenir des conflits de juridiction entre cantons, qui priveraient les justiciables de leurs droits, veiller à ce que les procédures cantonales sanctionnent efficacement les droits déduits en justice, bannir les règles cantonales qui fausseraient l'application du droit fédéral et obliger les cantons à mettre à disposition des plaideurs les institutions et moyens de preuve nécessaires à cette application. Cependant, le but assigné aux empiètements fédéraux en fixe les limites. La Confédération ne saurait, que ce soit par voie législative ou jurisprudentielle, aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation effective et uniforme du droit fédéral. En particulier, comme l'a jugé à plusieurs reprises le Tribunal fédéral, elle ne peut imposer aux cantons la procédure qui lui paraît la plus rationnelle et la mieux apte à réaliser le droit matériel (cf. en particulier RO 85 II 108 et 86 II 316). Simplification et rationalisation ne sont pas des motifs suffisants pour unifier la procédure. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral dans un arrêt récent, «cette retenue s'impose parce que des interventions dans la procédure cantonale ne peuvent se justifier que si elles sont indispensables pour assurer l'application du droit fédéral» (RO 84 II 495).

Si le problème est ainsi clairement posé, la solution des cas d'espèce peut en revanche s'avérer délicate. Seules une connaissance approfondie ou une longue expérience de la pratique judiciaire et de la façon dont les procédures cantonales sont effectivement appliquées permettent souvent de déterminer si elles répondent ou non à ces impératifs. Aussi faut-il se garder de juger les règles cantonales de procédure in abstracto et de les condamner trop hâtivement.

Si l'art. 64 CF délimite ainsi les attributions respectives de la Confédération et des cantons, d'autres dispositions constitutionnelles viennent également restreindre la souveraineté cantonale en cette matière. Citons tout d'abord l'art. 4 CF, dont le Tribunal fédéral a déduit plusieurs principes importants dans le domaine de la procédure (cf. VOYAME *op.cit.*, p. 78s.). A côté de l'égalité entre les plaideurs et de la prohibition du déni de justice formel, qui se passent de commentaires, il faut citer en particulier le droit d'être entendu. S'il appartient en premier lieu aux cantons de déterminer l'étendue de ce droit dans les procès civils, la Confédération peut intervenir lorsqu'il est insuffisamment garanti (RO 87 I 100). Il implique notamment pour les justiciables le droit de participer à l'instruction, de faire valoir leurs moyens, d'être régulièrement assignés aux audiences, de consulter le dossier. Très proche est le droit des plaideurs indigents à l'assistance judiciaire gratuite. Un autre principe découlant de l'art. 4 CF peut être lourd de conséquences: il s'agit de la prohibition du formalisme excessif. Le droit cantonal ne saurait poser des exigences qui ne sont justifiées par la protection d'aucun intérêt juridique ni compliquer de façon insoutenable l'application du droit matériel. C'est sans doute sous cet angle que le Tribunal fédéral a exercé le contrôle le plus étendu sur les formes de la procédure cantonale. Ainsi, dans un arrêt récent (RO 92 I 9), il a jugé contraire à l'art. 4 CF la jurisprudence neuchâteloise exigeant, à peine d'irrecevabilité, qu'une copie conforme du jugement soit jointe au pourvoi en cassation. Ou encore, il a jugé «très douteux que l'art. 4 CF permette de déclarer un

recours irrecevable du simple fait que le mandataire n'y a pas joint sa procuration» (RO 92 I 13). On peut à vrai dire se demander si de telles interventions dans un domaine réservé aux cantons ne sont pas excessives, car toute procédure implique un certain formalisme qui n'a pas de raison d'être en soi, mais par la sûreté et la clarté qu'il introduit dans le débat judiciaire. De toute manière ce n'est guère sous cet angle que le Projet entend réformer et unifier les procédures cantonales.

A côté de l'art. 4, il faut également mentionner l'art. 58 CF, qui interdit de distraire le justiciable de son juge naturel et de créer des tribunaux extraordinaires. En vertu de cette règle, les justiciables ont le droit d'être jugés par les tribunaux légalement compétents et par eux seuls (RO 89 I 65). Nous aurons l'occasion de revenir plus loin, à propos du for, sur la règle de conflit de l'art. 59 CF, dont la jurisprudence n'a cessé de restreindre la portée et dont on peut se demander sérieusement si elle est encore adaptée aux exigences actuelles et ne fait pas parfois obstacle à une saine application du droit matériel. Citons enfin l'art. 61 CF, aux termes duquel «les jugements civils définitifs sont exécutoires dans toute la Suisse». Il ne semble pas que la jurisprudence fédérale en ait déduit jusqu'ici toutes les conséquences désirables.

Bien que l'organisation judiciaire et la procédure appartiennent en principe aux cantons, la Confédération est donc armée à plus d'un titre pour intervenir dans ce domaine. Mais ces interventions doivent tendre exclusivement à assurer la réalisation du droit fédéral et le respect des principes constitutionnels rappelés ci-dessus, et non à substituer la réglementation fédérale au droit cantonal.

Aussi est-ce de préférence par voie jurisprudentielle que la Confédération est intervenue jusqu'ici: elle a laissé le soin au Tribunal fédéral de remédier aux abus ou lacunes qui apparaissent à l'occasion de cas d'espèce. D'une façon générale, on peut affirmer que les cantons, en particulier ceux représentés au sein de la Commission, ont su adapter leurs lois de procédure et leur pratique judiciaire aux exi-

gences du droit fédéral et à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cette méthode jurisprudentielle a le double avantage de la souplesse et de la retenue, car le Tribunal fédéral n'intervient que dans la mesure où cela apparaît réellement nécessaire. On doit néanmoins reconnaître que, dans certains domaines, une unification législative éviterait des incertitudes et répondrait mieux à la commodité des justiciables. Mais la tentation est alors grande de ne pas s'en tenir à l'essentiel et, sous prétexte d'adapter les procédures cantonales aux exigences du droit fédéral, de les unifier, ce qui est contraire à l'art. 64 al. 3 CF. Nous aurons l'occasion de le voir en abordant la méthode adoptée par l'auteur du Projet.

III. Considérations générales sur l'objet et le contenu du Projet

Comme le relève le Commentaire de M. BALMER (p. 298/9), M. le juge fédéral SCHWARTZ a constaté lui-même l'impossibilité d'unifier la procédure civile, c'est-à-dire la marche et les formes de l'instance, sans porter atteinte à l'organisation judiciaire, à laquelle tous les cantons sont attachés. Aussi a-t-il opté pour une réglementation partielle, qui n'affecterait pas les organisations judiciaires cantonales et qui ne nécessiterait pas une révision de la Constitution fédérale. Si, sur le premier point, la Commission a pu effectivement constater que l'adoption du Projet n'obligerait pas les cantons romands et du Tessin à modifier l'organisation de leurs tribunaux ni même, sous quelques réserves, les formes de l'instance, elle est en revanche persuadée que, d'une façon générale, le Projet va bien au-delà des limites assignées à la Confédération par l'art. 64 CF et que plusieurs des règles de for proposées sont inconciliables avec la garantie de l'art. 59 CF. Nous aurons l'occasion de le montrer plus loin.

Selon son auteur (cf. Commentaire, p. 299), le Projet tendrait uniquement à assurer la réalisation du droit matériel et ne porterait que sur des questions qui relèvent en

réalité du droit civil, et non de la procédure. Le législateur fédéral serait donc directement habilité, en vertu de l'art. 64 al. 2 CF, à légiférer en pareilles matières. Le titre du Projet précise d'ailleurs que cette loi porterait «sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral». C'est dire que son objet ne serait pas d'unifier les procédures cantonales dans certains domaines, mais de poser les principes que celles-ci devraient suivre afin d'assurer l'application du droit matériel. Or, force est de constater que l'auteur s'est laissé entraîner bien au-delà du but qu'il s'était assigné. Nous renvoyons ici à ce qui sera exposé plus bas, en particulier au sujet de la substitution et de la représentation des parties en justice (art. 29 s.), de l'administration des preuves (cf. art. 37 s.), des mesures provisionnelles (art. 75 s.), des mesures d'exécution forcée (art. 85 et 86) et de la police de l'audience (art. 88). Ce sont là des questions de procédure, qui touchent à l'administration de la justice et non, ou dans une mesure infime seulement, à la réalisation du droit matériel. Au lieu de se borner à poser certains principes auxquels le droit cantonal devrait se conformer, le Projet réglemente, de façon d'ailleurs fragmentaire, certaines institutions de procédure qui touchent de près ou de loin au droit privé fédéral.

D'ailleurs, la plupart des institutions réglementées par le Projet sont déjà consacrées, sous des formes parfois différentes, dans tous les codes cantonaux étudiés par la Commission. En pareil cas, une intervention du législateur fédéral ne peut guère être utile à la réalisation du droit matériel et a pour seul objet d'uniformiser les droits cantonaux, ce qui est contraire tant au but de la loi qu'à l'art. 64 CF. Parfois même les réglementations cantonales sont apparues mieux adaptées à l'application du droit privé que celles du Projet, qui consacrerait une régression fâcheuse (cf. en particulier art. 6, 19, 27, 28, 29 à 31, 48, 50, 79, 81 al. 3, 83).

Si le Projet contient certes des suggestions intéressantes ou d'utiles codifications de la jurisprudence fédérale sur certains points, on doit déplorer un fâcheux manque de

cohérence. Il glane des règles éparses dans la législation ou la jurisprudence fédérales, posant parfois des principes très généraux, qui mériteraient d'être développés (cf. notamment les articles 48, 68, 70 et 81), et entrant ailleurs dans une réglementation détaillée que ne postule nullement la sauvegarde du droit matériel (cf. notamment art. 22, 29 al. 3, 32 al. 2, 34 al. 2, 38, 41 al. 2, 42 al. 2 à 4, 45, 46, 49, 51 à 55, 57, 58 al. 2 et 3, 59 à 62, 64, 65, 69, 74, 77, 78, 79 al. 3, 85, 86, 88). Mais, partout, la réglementation proposée s'avère fragmentaire et suppose la coexistence de règles fédérales et cantonales.

C'est d'ailleurs là un des plus graves inconvénients pratiques de la méthode adoptée par l'auteur du Projet. Son entrée en vigueur nécessiterait non seulement une refonte complète et délicate des codes cantonaux, mais entraînerait une dualité de législation applicable dans la plupart des domaines de la procédure. Magistrats et praticiens devraient appliquer concurremment deux codes, l'un fédéral et l'autre cantonal, sans être jamais assurés que les dispositions du second ne seront pas jugées incompatibles avec les principes énoncés par le premier. Il en résulterait des complications et une profonde insécurité, que la Commission unanime tient à souligner tout particulièrement.

Cet inconvénient serait encore aggravé par le fait que la loi, bien que l'art. 1^{er} ne le précise pas, ne s'appliquerait qu'aux causes civiles jugées en application du droit fédéral, alors que la procédure cantonale serait seule applicable aux causes de droit matériel cantonal ou étranger. C'est dire que pratiquement, les cantons devraient aligner leurs procédures sur la nouvelle loi fédérale, même pour les causes de droit cantonal ou étranger où ils sont pourtant souverains. Mais la dualité subsisterait en ce qui concerne les voies de recours, seules les règles fédérales appliquées dans des causes de droit fédéral étant soumises au contrôle du Tribunal fédéral.

Dans la mesure où les promoteurs du Projet estiment réellement que la voie jurisprudentielle, suivie jusqu'ici, s'avère insuffisante pour assurer la réalisation du droit fédé-

ral ou qu'une certaine unification législative est souhaitable pour la commodité des justiciables et des juges, ils feraient mieux de s'attacher à réglementer de façon exhaustive certaines questions d'une grande importance pratique, en particulier les conflits de juridiction entre cantons, l'autorité de la chose jugée, la force exécutoire des jugements dans toute la Suisse et l'entraide judiciaire intercantonale. Or, sur ces points où de sérieux progrès pourraient être utilement réalisés, le Projet ne comporte qu'une réglementation fragmentaire et fait preuve d'une retenue surprenante.

L'étude détaillée des dispositions du Projet nous permettra d'illustrer ces considérations générales et nous conduira à formuler certaines suggestions dans le sens qui vient d'être indiqué.

Titre premier

Du for

Considérations générales sur les articles 2 à 24 du Projet

Le Projet pose des règles de compétence sur les plans intracantonal et intercantonal. Il lui arrive même de le faire sur le plan international.

Au cours des discussions, il est apparu à la Commission que certaines options pouvaient être prises en matière de for. Ce sont celles qui sont exposées ci-dessous, avant que ne soit entrepris, article par article, l'examen des dispositions que le Projet consacre à ce sujet.

1. La réglementation du for sur le plan intracantonal

Il résulte de l'art. 2 du Projet et du commentaire BALMER (p. 312) que les règles de for prévues ont une portée intracantonale. Elles ne se bornent donc pas à éviter des conflits de juridiction entre cantons en désignant lequel d'entre eux

a, de manière générale, compétence pour connaître de tel ou tel litige. Elles s'imposent à l'intérieur même du canton où elles désignent parmi tous ses tribunaux lequel doit être saisi.

La Commission reconnaît qu'en procédant de la sorte, les auteurs du Projet se sont ralliés à une méthode déjà adoptée notamment par le Code civil (cf. par exemple les art. 144 et 538 al. 2). Elle ne pense pas cependant qu'en l'état de la Constitution, le législateur fédéral puisse créer de manière générale des règles de for de portée intracantonale. Elle fonde son opinion sur les motifs suivants:

a) même si, contrairement à une interprétation traditionnelle et historiquement fondée que l'on ne saurait bouleverser sans compromettre la sécurité du droit (cf., à propos du suffrage féminin, RO 83 I 173 c. 4 et 5), l'art. 59 CF avait la portée intracantonale que lui assigne le Professeur EICHENBERGER (cf. p. 508), il n'offrirait de base constitutionnelle que pour l'unification du for des réclamations personnelles contre des débiteurs solvables domiciliés en Suisse et non pour la plupart des règles de for figurant dans le Projet. M. EICHENBERGER le reconnaît d'ailleurs (p. 508/9 litt. b).

b) La jurisprudence du Tribunal fédéral a interprété toujours plus restrictivement la notion de «réclamation personnelle», limitant ainsi beaucoup la portée de l'art. 59 CF. Plusieurs règles de for contenues dans le Projet (cf. notamment art. 4, 7, 9, 10, 79 al. 2 et 84) y contreviennent directement et impliquent l'abrogation de l'art. 59 CF, qui a perdu dans une large mesure sa raison d'être et apparaît dépassé.

c) Selon la doctrine dominante (cf. VOYAME, RDS 1961, page 85/6; GULDENER, RDS 1956 II 23; BRIDEL, Précis, tome I, p. 186, 187 n° 93, p. 232 n° 145 note 2; BURCKHARDT, Commentaire, p. 588 et 589; SCHURTER-FRITZSCHE, p. 421), la Confédération ne peut poser des règles de for de portée intracantonale que dans la mesure nécessaire pour assurer l'application du droit privé fédéral. Dans son avis de droit (p. 509), M. EICHENBERGER émet lui-même des doutes sur la nécessité d'une telle unification des fors à l'intérieur des cantons. Pour sa part, la Commission est convaincue qu'une telle solution violerait l'art. 64, al. 3 CF. En effet, dans la mesure où les conflits de juridiction intercantonaux sont évités, on ne voit pas en quoi la diversité des règles de for à l'intérieur des cantons pourrait compromettre l'application du droit matériel fédéral. Les tribunaux du même ordre d'un même canton sont en effet censés appliquer ce

droit de façon semblable, sans compter que les autorités de recours sont là pour assurer cette application uniforme.

d) Il paraît au surplus paradoxal de vouloir réglementer les fors de manière uniforme à l'intérieur des cantons, alors que ceux-ci sont de toute manière libres d'organiser leurs tribunaux comme ils l'entendent et de prévoir, en particulier, une juridiction unique pour le territoire cantonal, ce qui est le cas de Genève.

En résumé, la Commission ne pense pas que la Confédération est habilitée à prévoir de manière générale des règles de for de portée intracantonale. Il en résulte que toute la rédaction du titre I du Projet devrait être revue, afin qu'il apparaisse sans ambiguïté que la plupart des règles prévues n'ont et ne peuvent avoir, en l'état de la Constitution fédérale, qu'une portée intercantonale. Ainsi, chaque fois que la règle ne peut avoir qu'une portée intercantonale, elle doit renvoyer «aux tribunaux du canton» (compétence générale) et non pas à un tribunal déterminé (compétence spéciale ou interne).

Sur le plan de la seule opportunité, on peut certes se demander s'il ne conviendrait pas que tout for posé par le législateur fédéral ait une portée intracantonale. La détermination directe du juge compétent, plutôt que le renvoi aux juridictions d'un canton, paraît comporter de sérieux avantages. On peut ajouter qu'à l'heure où les Etats membres de la Communauté Economique Européenne tendent à supprimer entre eux les conflits de juridiction en instaurant des règles communes de compétence internationale dont plusieurs désignent directement, au sein des Etats contractants, le tribunal compétent (réglementation de la compétence internationale ou générale aussi bien que de la compétence interne ou spéciale), certains jugeront paradoxal qu'un état fédéral comme la Suisse ne réglemente le for que sur le plan de la compétence générale. Mais ces considérations d'opportunité ne suffisent pas à justifier une atteinte aussi grave à la répartition actuelle des compétences entre la Confédération et les cantons.

La Commission admet toutefois, pour des raisons pratiques évidentes, qu'il conviendrait d'insérer dans la loi un article prévoyant que toutes les règles de for du Projet ont une portée intracantonale, dans la mesure où le législateur cantonal n'a pas prévu de règles différentes. Un tel rattachement subsidiaire serait constitutionnellement justifié pour prévenir les dénis de justice pouvant résulter de l'absence de réglementation cantonale. Il permettrait au surplus de conduire progressivement à une unification des fors sans violer la souveraineté cantonale.

2. La réglementation du for sur le plan intercantonal

La Commission estime qu'en l'absence même de toute base constitutionnelle expresse, la Confédération est habilitée à régler les conflits de juridiction intercantonaux. Elle se rallie à cet égard sans hésiter à la doctrine traditionnelle selon laquelle il appartient à la Confédération de délimiter les compétences respectives des cantons (en ce sens: GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, p.30/31; BRIDEL, Précis, tome I, p.163). Elle déplore même que les auteurs du Projet ne se soient pas engagés assez loin dans cette voie et souhaite une réglementation exhaustive des conflits de for intercantonaux. Constitutionnellement justifiée, celle-ci serait au surplus fort opportune pour la sécurité et la commodité des justiciables.

Soucieuse de choisir des règles de for intercantionales adaptées aux conditions modernes, la Commission estime qu'il conviendrait pour ce faire de s'inspirer des règles adoptées par les Etats membres du Marché commun, tant en raison de l'analogie frappante entre les relations intercantionales et internationales que pour mieux préparer l'avenir. L'article 59 CF devrait être alors soit abrogé soit modifié.

3. La réglementation du for sur le plan international

Plusieurs dispositions du Projet ne se limitent pas au champ interne. Elles envisagent les relations internationales (cf. en particulier les art.3 al.2, 5, 17, 19). La Commission a

été ainsi appelée à examiner si la Confédération est compétente pour prévoir des règles de for de portée internationale qui s'imposent aux cantons et se substituent à leurs propres dispositions à cet égard.

La Commission considère qu'en l'état de la Constitution fédérale, la Confédération n'est pas habilitée à prévoir de telles règles. On ne peut certes ignorer l'existence des traités internationaux posant des règles de for internationales, comme la Convention franco-suisse de 1869. En vertu de l'art.8 CF, la Confédération peut seule conclure de tels traités internationaux. Mais elle ne saurait, par ce moyen, imposer sans nécessité aux cantons une unification de la procédure et, en particulier, des règles de for, contrairement à l'art.64 al.3 CF (cf. BRIDEL, Précis tome I, p.344s.; en particulier au sujet de l'art.64, al.3 CF, p.347, n° 2). Ce n'est qu'avec le consentement des cantons que de telles conventions pourraient être conclues. En opportunité toutefois, la Commission estime qu'avec les progrès de l'intégration internationale, tout particulièrement en Europe, la Confédération pourrait se voir conférer utilement le pouvoir d'édicter sans réserve des règles de for de portée internationale.

En conclusion, la Commission considère que, sauf sur le plan intercantonal, les bases constitutionnelles du Projet ne sont pas suffisantes.

Article 1^{er}

Le texte devrait préciser que la loi ne s'applique que «dans les causes civiles *de droit fédéral*» (cf. ci-dessus p.1002).

Article 2

a) Le principe posé paraît anticonstitutionnel dans la mesure où les dispositions particulières prévues ont une portée intracantonale et internationale (cf. les observations générales ci-dessus, p.1003s.).

c) La note marginale de cet article doit passer à l'article premier du Projet.

Article 3

a) Pour les raisons indiquées ci-dessus (cf. observations générales, p. 1003s.), cette règle fédérale ne saurait avoir une portée intra-cantonale ou internationale. En prétendant s'appliquer au-delà du strict plan des conflits de juridiction entre cantons, cette disposition ouvre une large brèche dans leur souveraineté en matière de procédure.

c) La Commission estime que le deuxième alinéa de l'art. 3 n'est pas très clair. Elle croit pouvoir l'interpréter en ce sens qu'il prévoit successivement les rattachements suivants: le domicile, la résidence habituelle, le séjour ou la dernière résidence connue en Suisse. Ce dernier critère fait toutefois l'objet de sérieuses réserves car il apparaît comme trop ténu pour justifier un for à l'égard du défendeur non domicilié en Suisse.

La Commission propose les rattachements suivants:

1. Il faudrait retenir seulement le critère de la résidence et non le séjour ou la dernière résidence connue.

2. Il faudrait introduire à l'art. 3 le for du demandeur pour les obligations contractées ou devant être exécutées en Suisse, ce qui serait compatible avec l'art. 13 CPC neuchâtelois, l'art. 57/c de la loi genevoise d'organisation judiciaire et l'art. 51 al. 3 du CPC vaudois.

Article 4

a) Cette disposition englobe les professions indépendantes non commerciales, en particulier les professions libérales. Dans cette mesure, la Commission considère qu'elle contrevient à l'art. 59 CF (cf. GULDENER, ZPR, p. 79).

c) La Commission approuve l'innovation contenue dans l'art. 4 à condition que l'art. 59 CF auquel elle contrevient soit abrogé. Elle précise que le for de la profession indépendante ne présente un intérêt que sur le plan intercantonal.

Enfin, la note marginale ne correspond pas au contenu de la disposition dans la mesure où celle-ci englobe les professions indépendantes non commerciales.

Article 5

a) (remarque générale valant pour les deux alinéas de cette disposition).

Le législateur fédéral ne saurait réglementer l'institution de la prorogation que pour les fors fédéraux ou les règles de conflit fédé-

rales (cf. CHRISTIAN FISCHER: Les conventions de prorogation de for inter- et intracantonales en droit fédéral et en procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1969, p. 90s.). En revanche, il appartient au droit cantonal de régir les prorogations de for qui n'ont qu'une portée intracantonale.

c) *Article 5 alinéa premier* (élection de domicile et prorogation de for).

Contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. RO 33 I 736 et 75 I 31), le Projet présumerait que l'élection de domicile emporte prorogation de for. Bien plus, cette présomption serait *irréfragable*, alors que «les parties peuvent fort bien n'avoir eu en vue que des effets de fond, touchant le lieu d'exécution ou le lieu de livraison» (RO 75 I 35, c. 2/a).

Cette solution paraît donc aller trop loin.

En résumé, les membres de la Commission ne sont pas opposés à ce que l'élection de domicile emporte prorogation de for. Ils doutent cependant qu'il convienne d'attribuer un caractère irréfragable à cette présomption.

Effet de la prorogation à l'égard du juge prorogé

La Commission s'est préoccupée des effets de la prorogation sur le juge prorogé. Elle considère indispensable pour la sécurité des plaideurs que les conditions auxquelles le juge pourrait décliner sa compétence soient précisées.

De l'avis de la majorité de la Commission, en matière intercantonale, le juge prorogé serait tenu de juger. Si tel ne devait pas être le cas, les circonstances de rattachement dont dépend la validité de la prorogation devraient être prévues dans la loi elle-même, car elles ne peuvent être laissées à l'appréciation du juge.

Forme de la prorogation de for

La Commission juge excessive l'exigence de l'art. 5 selon laquelle «l'accord écrit peut résulter soit d'une pièce signée par les deux parties, soit d'un échange de déclarations écrites». Elle est d'ailleurs contraire à la jurisprudence fédérale (cf. RO 59 I 23 et 68 III 65) et aux conventions internationales auxquelles la Suisse est partie (cf. art. 2, ch. 2 des conventions germano et italo-suisse).

La Commission propose à la place de «pièce signée par les deux parties» ou de l'«échange de déclarations écrites» prévue par le Projet la solution retenue par la Convention générale d'exécution de la Haye de 1966, inspirée elle-même par celle de la Convention CEE (Convention du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), aux termes de laquelle il suffit que l'accord des parties résulte d'une convention écrite ou d'une convention verbale confirmée par écrit. Cette solution est en effet conforme à la pratique des affaires, qui se contente de la confirmation d'une seule des parties.

La Commission relève enfin que l'art.5, disposition de portée générale, est mal placé dans le Projet et qu'il devrait figurer soit au début, soit à la fin du titre II.

Article 6

a) Dans la mesure où cet article a une portée intracantonale, il est contraire à la Constitution fédérale, l'art.59 n'ayant qu'une portée intercantonale (cf. p.1004 ci-dessus).

c) La Commission constate que l'application de l'art.6 sur le plan intracantonnel marquerait un retour en arrière considérable pour tous les cantons, sauf Genève où la question ne se pose pas pour des raisons d'organisation judiciaire. Elle estime même qu'il serait contraire à une saine application du droit matériel, voire insensé, de ne plus pouvoir citer deux co-défendeurs, domiciliés dans le même canton, devant le tribunal de l'un d'eux. Les tribunaux du même ordre d'un même canton sont en effet censés appliquer de façon identique le droit matériel fédéral.

Sur le plan intercantonal, la Commission n'est pas non plus favorable à la réglementation du Projet. Elle pense qu'il serait opportun de prévoir à ce niveau l'extension du for des co-défendeurs, du moins toutes les fois qu'il y a non seulement «consortité nécessaire» (terme préférable à celui de «communauté» utilisé à l'art.6 al.2 du Projet), mais encore solidarité parfaite ou imparfaite entre les défendeurs. Elle est certes consciente qu'une telle innovation impliquerait l'abrogation de l'art.59 CF, mais elle pense qu'en l'état des relations intercantionales, le for de chacun des défendeurs ne s'impose plus. Toutefois une telle innovation pourrait susciter des oppositions au Tessin. Elle considère aussi qu'à l'heure où les Etats mem-

bres de la CEE ont prévu, sur le plan international, le for des co-défendeurs, il serait paradoxal que ce for soit admis plus restrictivement dans les relations intercantionales. Enfin, une saine application du droit privé fédéral postule un tel progrès, qui permettrait notamment d'éviter des jugements contradictoires.

Article 7

a) Cette disposition est contraire à l'art. 59 CF, dans la mesure où elle permet aux créanciers du défunt de faire valoir contre les héritiers, domiciliés dans d'autres cantons, des réclamations personnelles dont ces héritiers répondent sur leurs propres biens et non seulement sur la masse successorale (cf. TUOR-PICENONI, rem. 10, 11 et 17 ad art. 538 CC).

c) La Commission considère qu'il conviendrait d'adopter la règle de l'art. 7 sur le plan intercantonal, quand bien même l'adoption de cette solution n'est pas conforme à l'interprétation actuelle de l'art. 59 CF, du moins pour l'action des créanciers successoraux, et impliquerait l'abrogation de cette disposition constitutionnelle.

Article 8

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel pour autant que la règle n'ait qu'une portée intercantonale.

c) La Commission considère qu'il vaut mieux s'en tenir au «lieu de situation de l'immeuble» plutôt qu'au siège du registre foncier, qui ne se confond pas nécessairement avec ce lieu.

Le texte devrait prévoir en outre une règle en cas de pluralité d'immeubles. On peut citer, à cet égard, les dispositions fribourgeoises (art. 65, premier al.) et vaudoises (art. 52), aux termes desquelles l'action qui concerne plusieurs immeubles est intentée au lieu de situation de l'immeuble dont la taxe fiscale est la plus élevée.

Enfin, le délégué valaisan verrait volontiers que le for du lieu de situation ne soit que facultatif, à côté du for du défendeur.

Article 9

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel pour autant que les dispositions prévues n'aient qu'une portée intercantonale.

c) La meilleure solution consisterait à adopter le for du lieu de situation pour toutes les actions portant sur un immeuble. Elle permet en effet d'échapper à la distinction souvent délicate entre l'action réelle et l'action personnelle.

Pour les actions réelles mobilières en revanche, la Commission n'estime pas indispensable de déroger au for du défendeur en matière intercantonale. Elle relève au reste que la rédaction du texte de l'art. 9 al. 2 in fine n'est pas heureuse. On voit mal, en particulier, pourquoi ce for s'appliquerait seulement à l'action du locataire et non à celle du bailleur tendant à l'évacuation des lieux.

En conclusion, la Commission pense qu'il conviendrait, moyennant abrogation de l'art. 59 CF, d'étendre le for de l'art. 8 à toutes les actions ayant pour objet un immeuble ou un droit sur un immeuble (art. 52 CPC vaudois et 11 CPC neuchâtelois), ce qui rendrait sans objet le for alternatif de l'art. 9 al. premier pour le gage immobilier et celui de l'art. 9 al. 2. Par ailleurs, le for alternatif de l'art. 9 al. 1 pour l'action réelle mobilière devrait être supprimé et l'al. 3 deviendrait sans objet. Il en résulte que, de l'avis de la majorité de la Commission, l'art. 9 pourrait être purement et simplement supprimé. Toutefois, les délégués fribourgeois et valaisan verraient avec faveur que l'art. 9 consacre, dans les relations intercantionales, le for du lieu de situation pour toute action née d'un contrat immobilier.

Article 10

a) La Commission juge excessive et, par conséquent, contraire à l'art. 59 CF cette dérogation au for du domicile du défendeur en matière intercantonale, bien qu'elle ait déjà été partiellement admise par le Tribunal fédéral (cf. RO 94 I 48).

c) La Commission estime que cette dérogation au for du défendeur est excessive en particulier pour des sûretés telles que les garanties bancaires, qui ne créent aucun rattachement digne d'être pris en considération.

Articles 11 et 12

a) Ces articles sont conformes à la jurisprudence fédérale, ils ne soulèvent par conséquent pas d'objection d'ordre constitutionnel.

b) Il s'agit de litispendance et non de connexité, comme l'indique la note marginale. Les art. 11 et 12 ne figurent pas en bonne place dans le Projet, car ils ne posent pas des règles de for. L'art. 11 devrait figurer au titre III et l'art. 12 au même endroit ou au titre VII relatif aux mesures provisionnelles.

Article 13

a) Dans la mesure où ce texte pose le principe de l'attraction de compétence *ratione fori*, il n'est pas conforme à l'art. 59 CF tel qu'on l'applique aujourd'hui.

c) Le texte de l'art. 13 n'a pas le mérite de la clarté. Il est difficile de savoir à sa seule lecture ce que les auteurs du Projet ont voulu exactement. Il semble que la fin de cet article devrait être ainsi libellée: «à condition que ce juge soit également compétent pour connaître des autres en vertu des règles cantonales d'attribution.»

Article 14

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel dans la mesure où cette règle n'a qu'une portée intercantonale.

c) La Commission considère qu'il est fâcheux qu'une loi fédérale impose la connexité sur le plan intracantonal. Il lui paraît en revanche souhaitable de conserver la connexité sur le plan intercantonal.

Il serait enfin opportun que le Projet reprenne la règle des art. 82 al. 2 CPC valaisan et 54 al. 2 CPC vaudois: «Il demeure compétent même en cas de passé-expédient ou de transaction sur la demande principale.»

Article 15

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel, la Confédération paraissant habilitée à légiférer en vertu de l'art. 64 al. 1 CF.

c) La Commission constate que dans les relations intercantionales, les chiffres 1, 2, 3, 4, 7, 8 de l'art. 15 relèvent déjà du for de la poursuite, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Seuls les cas prévus sous chiffres 5 et 6 appellent par conséquent des remarques.

Chiffre 5:

Action en revendication de l'art. 107 LP.

Le ch. 5 est contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 86 III 134; JT 1961 II 51) qui, en cas de conflit intercantonal, donne la préférence au lieu de situation de la chose.

La Commission pense qu'en matière mobilière, les cantons peuvent renoncer à leur souveraineté en faveur du for de la poursuite, comme le prévoit le Projet, car il s'agit d'un incident de l'exécution forcée: la question est uniquement de savoir si le créancier peut ou non réaliser la chose saisie.

En matière immobilière, la Commission incline à croire que le for de la poursuite peut aussi être admis ici, mais cela non sans quelques inconvénients. C'est ainsi que le juge du for de la poursuite serait compétent pour statuer sur l'action en revendication portant sur une servitude non inscrite, tel un droit de passage acquis par prescription sur l'immeuble d'un Zurichois aux Grisons.

Chiffre 6:

Action en contestation de revendication de l'art. 109 L P.

La Commission pense qu'il faut choisir entre le for de la poursuite et celui du domicile du défendeur. Des raisons pratiques font incliner en faveur du for de la poursuite en raison de la brièveté des délais et de l'avantage qu'il y a à constituer un seul mandataire. Une majorité de la Commission s'exprime en faveur du for de la poursuite, tandis qu'une minorité, sans s'y opposer, a quelques hésitations.

Article 16

a) Disposition contraire à l'art. 64 al. 3 CF dans la mesure où elle a une portée intracantonale ou internationale. La Commission se doit de relever que le texte de cet article implique que, pour l'auteur du Projet, l'art. 59 CF n'a qu'une portée intercantonale, contrairement à l'avis du Professeur EICHENBERGER (cf. p. 1004 ci-dessus), sans quoi le for proposé n'aurait aucune portée!

- c) La Commission constate que le for de l'art. 16 s'appliquerait:
1. aux débiteurs dans le canton (plan intracantonal),
 2. aux défendeurs insolubles qui ne peuvent bénéficier de la garantie de l'art. 59 CF,
 3. aux défendeurs domiciliés à l'étranger quand l'Etat où ils se trouvent n'est pas lié à la Suisse par un traité posant des règles de for.

La Commission considère que sur le plan intracantonnel, les cantons doivent être libres de prévoir le for qui leur convient. En matière intercantonale, l'art. 16 est inutile puisque l'art. 3 du Projet impose le for du défendeur et qu'il ne paraît guère justifié de faire une exception pour les défendeurs insolubles, comme le voudrait l'art. 59 CF. L'art. 16 apparaît ainsi superflu.

Le délégué tessinois penche cependant pour le for du séquestre.

Article 17

a) Disposition contraire à la Constitution, le législateur fédéral n'ayant pas compétence pour instituer des fors de portée internationale, sauf par voie de traité (cf. les observations générales, p. 1006/07).

c) Disposition à supprimer pour les raisons indiquées sous art. 15, ch. 6.

Article 18

a) Pas d'observation d'ordre constitutionnel, s'agissant d'un incident de la faillite.

c) La Commission estime que l'art. 18 est valable pour les actions contre la masse, seules visées à l'art. 242 LP.

Article 19

a) Dans la mesure où cet article a une portée intracantonale, il est contraire à la Constitution fédérale.

c) La Commission considère:

1. qu'en matière intracantonale une réglementation fédérale consacrant le for du défendeur n'est pas justifiée, car elle aurait pour effet d'abroger des dispositions cantonales consacrant le for du délit, qui ne compromettent nullement l'application du droit matériel fédéral, bien au contraire;

2. que sur le plan intercantonal, il paraît en revanche discutable de déroger à la garantie du for du défendeur;

3. qu'en matière internationale la Confédération ne peut poser de règle de for indépendamment d'un traité (cf. supra les observations générales, p. 1006/7).

Article 20

a) Pas d'observation.

c) La rédaction de cette disposition est équivoque. Suffira-t-il par exemple qu'une instruction pénale soit ouverte, même si elle apparaît totalement infondée, pour justifier une dérogation au for du défendeur? Cela paraîtrait abusif. Aussi la Commission propose-t-elle le texte nouveau suivant: «Pour autant que l'acte illicite soit l'objet d'une instruction pénale et donne lieu à condamnation, le juge pénal, dans la mesure où le droit cantonal l'y autorise, ou à ce défaut le juge civil de ce canton est compétent pour connaître de l'action délictuelle fondée sur les faits retenus à l'appui de la condamnation.»

Article 21

a) Pas d'observation.

c) La Commission constate qu'il existe un hiatus entre le système du déclinatoire tel qu'il est pratiqué au Tessin et dans le canton de Vaud et celui de l'*Einlassung*, appliqué en particulier par le Tribunal fédéral à l'art. 59 CF et repris par le Projet. La différence entre la conception du déclinatoire et celle de l'*Einlassung* apparaît en cas de défaut du défendeur: alors que dans le système du déclinatoire le juge doit entrer en matière, selon l'art. 21 du Projet il devrait se déclarer d'office incompétent.

On peut se demander s'il est opportun d'étendre à des règles de for non impératives une sanction d'office, qui se justifie peut-être pour une disposition constitutionnelle. Il apparaît en tout cas qu'un seul système doit être prévu, sous peine d'une grave insécurité, à l'égard des règles fédérales et cantonales de for.

On peut relever encore que la rédaction de l'art. 21 est fâcheuse:

– elle traite de la «prorogation tacite» (*Einlassung*), c'est-à-dire de l'exception, au lieu de poser la règle; elle devrait dire: le juge doit assurer d'office le respect des règles fédérales de for, à moins que le défendeur n'ait procédé sans réserve sur le fond;

– elle emploie les termes de «compétence exclusive» dans le sens de «compétence impérative», c'est-à-dire qui s'impose au juge lui-même;

– enfin, le terme de «loi» est imprécis: il ne s'agit ici que des règles fédérales de for.

La Commission pense que le législateur fédéral pourrait imposer aux cantons la règle suivante pour les fors fédéraux: «le juge incompetent selon les règles de droit fédéral doit décliner d'office sa compétence, soit lorsque le défendeur n'a pas procédé au fond sans faire de réserve quant à la compétence, soit lorsque la loi fédérale prévoit la compétence impérative d'un autre juge.»

Une telle règle impliquerait toutefois une adaptation des lois de procédure vaudoise et tessinoise.

Article 22

a) Le législateur fédéral peut uniquement prévoir que l'éconduction d'instance, prononcée en application des règles de procédure cantonale, n'affecte pas le droit, ce qui va de soi.

c) Alors même que les auteurs du projet invoquent comme exemple l'art. 61 CPC vaudois (cf. BALMER, p. 337), l'art. 22 en diffère sur trois points:

1. le report de cause n'aurait lieu qu'à la requête du demandeur et non d'office.

2. La cause serait reportée devant le juge que le demandeur désigne, et non devant celui que le juge saisi déclare compétent.

3. Alors que l'art. 61 CPC ne prévoit de renvoi que si la cause relève d'une autorité judiciaire du canton, l'art. 22 du Projet n'apporte aucune limite quelconque.

Aussi la Commission fait-elle les observations suivantes:

1. En matière intracantonale, il vaut mieux que le juge désigne d'office et non pas sur requête le tribunal devant lequel la cause est reportée, ce qui éviterait des déclinatoires successifs.

2. En matière intercantonale, le report de cause n'est concevable

que dans la mesure où le for résulte de règles fédérales, mais présenterait néanmoins certaines difficultés pratiques (impossibilité de fixer la compétence *ratione materiae* selon le droit d'un autre canton, différence de procédure, etc.). Le mieux serait sans doute de prévoir ici une éconduction d'instance avec un délai de grâce pour introduire une nouvelle demande (cf. art. 168 al. 3 CPC neuchâtelois et 61 al. 3 CPC vaudois).

A l'art. 22 al. 2, il faudrait renvoyer au droit cantonal de procédure et non à l'appréciation du juge.

Article 23

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel. Le texte prévu apparaît conforme à l'art. 64, al. 3 CF, puisqu'il tend exclusivement à prévenir des conflits négatifs de compétence qui feraient échec à l'application du droit privé fédéral. On peut alors se demander pourquoi la même méthode n'a pas été suivie pour les fors en matière contentieuse.

c) La Commission pense que l'art. 23 est justifié. Tout au plus peut-on faire valoir que ce texte a un caractère un peu insolite, isolé comme il l'est dans le Projet.

Article 24

La Commission constate que cette disposition n'a plus grande raison d'être à cause du nouveau concordat sur l'arbitrage (ROLF 1969, p. 1117s.), solution qui paraît plus conforme au fédéralisme coopératif inscrit par la Société suisse des Juristes à son ordre du jour aux côtés de l'unification de la procédure civile!

Titre II

Des parties et des tiers intervenant au procès

Remarques générales

On ne saurait dénier au législateur fédéral le droit de poser des règles dans ce domaine, mais on peut en revanche douter de l'utilité de plusieurs dispositions prévues ici par le Projet. La capacité d'être partie (art. 25) et celle d'ester en justice (art. 26) n'étant que l'aspect procédural de la jouissance (art. 11 CC) et de l'exercice (art. 12s. CC) des droits

civils, le renvoi au droit civil est conforme à l'opinion commune de la doctrine et de la jurisprudence (cf. VOYAME, op.cit., p.131/2). Il convient toutefois de relever que ce droit n'est pas nécessairement le droit fédéral, mais également le droit étranger ou même cantonal (cf. art.59 al.1^{er} et al.3 CC). D'autre part, étant donné que la plupart des codes cantonaux ou, à ce défaut, la jurisprudence consacrent ce renvoi, les dispositions proposées ne paraissent nullement indispensables à la réalisation du droit civil fédéral.

L'intervention volontaire ou forcée de tiers pose des problèmes plus délicats. Plusieurs dispositions du droit fédéral (cf. notamment art.312 al.2 CC et 193 CO) impliquent déjà que des tiers puissent participer au procès. Alors qu'il appartient au droit cantonal de régler la forme de l'intervention ou de la dénonciation d'instance et la manière de procéder, les effets en sont déterminés par le droit matériel (RO 90 II 404 – JT 1965 I 354). Le droit fédéral oblige donc les cantons à prévoir de telles institutions mais ne saurait les réglementer à leur place, comme le fait le Projet aux art.27 et 28. Certes, le commentaire (p.344) affirme que cette réglementation laisse au droit cantonal la possibilité de prévoir d'autres formes d'intervention, mais le texte du Projet n'est pas clair à cet égard. Il serait préférable que celui-ci se borne à prescrire que les cantons sont tenus de permettre à des tiers, qui justifient d'un intérêt légitime au regard du droit fédéral, d'intervenir au procès et aux parties de dénoncer le litige à des tiers ou de les appeler en cause. On peut d'ailleurs douter de l'utilité d'une telle règle, presque tous les cantons ayant été au-delà des exigences du droit fédéral en cette matière.

La Commission n'estime pas que la diversité des droits cantonaux au sujet de la substitution de parties compromette la réalisation du droit matériel. En effet, celui-ci implique seulement que le titulaire d'un droit privé ait la possibilité de le déduire en justice, mais non point que le jugement ne puisse être rendu qu'entre un demandeur et un défendeur qui sont encore parties au rapport de droit liti-

gieux. Certes, la qualité («légitimation»), c'est-à-dire la titularité active ou passive, relève-t-elle du droit matériel, mais il appartient au droit cantonal de procédure de déterminer à quel stade elle doit être appréciée. On ne saurait donc empêcher le droit cantonal de se reporter au moment de l'ouverture de l'instance pour en juger. S'il est certes souhaitable que le procès se poursuive entre ceux dont les intérêts sont effectivement en jeu, on ne saurait pour autant imposer la substitution ni aux cantons, ni aux parties. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que, le plus souvent, le cédant ou l'aliénateur demeure intéressé au sort du procès en raison des garanties assumées envers le cessionnaire ou l'acquéreur. En bref, la Commission conteste la légitimité d'une réglementation fédérale sur ce point et estime au surplus que les solutions proposées aux art. 29 à 31 ne sont guère heureuses.

Articles 25 et 26

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel. La Commission admet que le droit fédéral s'applique en lieu et place du droit cantonal dans le champ délimité par les art. 25 et 26.

c) La rédaction de l'art. 25 pourrait être améliorée.

Article 27

a) Cf. les observations générales sur le Titre II, supra p. 1017 s.

c) La Commission considère que l'art. 27 n'assimile pas le Ministère public à un tiers et que les dispositions du droit cantonal relatives à l'intervention du Ministère public subsisteraient même si l'art. 27 devait être adopté tel quel. Elle estime au surplus que l'intervention principale, consacrée par la plupart des codes cantonaux étudiés, doit subsister en raison de son utilité, même si ses cas d'application sont rares.

Article 28

a) Cf. les observations générales, supra p. 1017 s.

La Commission relève en outre que les auteurs du Projet auraient dû songer à harmoniser les dispositions de procédure proposées avec le droit privé fédéral. On peut citer à cet égard l'art. 193 CO qui va plus loin que le Projet SCHWARTZ, tout en renvoyant au droit de

procédure cantonal en ce qui concerne les formes que doit prendre la dénonciation d'instance. Le commentaire BALMER (p. 343 in fine et 344) réserve d'ailleurs lui-même les dispositions du droit privé fédéral (art. 193, 237, 365, 258 et 280 CO).

Articles 29 à 31

a) La Commission estime qu'une solution uniforme ne s'impose pas pour assurer la réalisation du droit matériel et que la réglementation proposée n'est par conséquent pas constitutionnelle (cf. supra p. 1018/19).

c) La Commission considère que les art. 29 à 31 soulèvent de sérieuses objections. Elle estime tout d'abord, comme dit ci-dessus (p. 1018), qu'une solution uniforme ne s'impose pas, la substitution de parties pouvant être laissée au droit cantonal. En cas d'unification, il conviendrait plutôt de s'inspirer soit des dispositions fribourgeoises (art. 85 CPC) et valaisannes (art. 63 CPC), qui prévoient la fourniture de sûretés pour assurer l'exécution du jugement, soit des solutions tessinoises (art. 44 CPC) et vaudoises (art. 64 CPC) qui exigent dans tous les cas le consentement de la partie adverse.

Article 32

a) La Commission estime que l'alinéa premier de cet article est inutile et que le second alinéa n'a pas sa place dans une loi fédérale, car il est relatif à une pure question de procédure cantonale. L'application du droit matériel fédéral ne postule nullement une telle règle.

c) La Commission considère qu'un délai doit toujours pouvoir être accordé au représentant pour justifier de ses pouvoirs. L'automatisme prévue par l'art. 32 al. 2 est considérée comme une erreur.

Titre III

De la litispendance

Remarques générales

La réglementation légale devrait ici consacrer la jurisprudence tendant à uniformiser la définition des actes introductifs d'instance en tant qu'ils sont interruptifs des délais

de droit fédéral. Mais on ne comprend alors pas pourquoi ces dispositions ne concerneraient que les délais de péremption, et non ceux de prescription qui sont également interrompus par une ouverture d'action (art. 135 ch. 2 CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. notamment RO 59 II 401; JT 1934 I 77), l'acte interruptif des délais de prescription, au sens de l'art. 135 ch. 2 CO, est également une notion de droit fédéral. Dans cette perspective, il conviendrait alors de réglementer également l'interruption des délais de prescription ou péremption par arbitrage, cette question revêtant une grande importance pratique (cf. à ce sujet THILO, JT 1945 I 94).

La forme des actes introductifs d'instance et la marche du procès différant beaucoup d'un canton à l'autre, il importe que le législateur fédéral s'en tienne à des critères très généraux, qui puissent s'adapter aux diverses procédures. Or, le Projet entre ici dans trop de détails, sans nécessité aucune, et empiète par conséquent sur un domaine réservé aux cantons. On peut d'ailleurs se demander si, en pareille matière, la voie jurisprudentielle, beaucoup plus souple, n'est pas préférable à une réglementation législative.

Enfin, on ne saurait dénier au législateur fédéral le droit de fixer les conditions auxquelles peuvent être restitués les délais qu'il fixe.

Article 33

a) Cf. les observations générales ci-dessus. La règle de l'al. 2 apparaît en particulier inconstitutionnelle car elle touche à la marche et l'organisation de l'instance et non à son introduction.

c) Dans sa traduction française en tout cas, l'al. 2 n'est pas clair. Dans la mesure où il dispenserait le demandeur d'observer les exigences du droit cantonal concernant le contenu et, en particulier, la motivation de l'acte introductif d'instance, il serait inconciliable avec les codes romands et du Tessin.

Le Projet devrait régler également l'interruption des délais par voie d'arbitrage, cette question étant particulièrement importante et délicate. A ce propos, la Commission considère qu'il serait paradoxal que pour l'action judiciaire, l'objet du litige doive être clairement désigné alors que pour l'arbitrage, il suffirait de désigner un

arbitre pour que la prescription soit interrompue. Elle propose par conséquent que le premier acte accompli pour la constitution du tribunal arbitral soit interruptif, à condition que cet acte désigne l'objet du litige. Il faut entendre par là que des conclusions précises doivent être prises au sujet d'un litige expressément désigné, à moins qu'il l'ait été antérieurement par écrit.

La Commission exprime enfin l'avis que les délais de dix jours prévus par la LP sont trop courts, seul M. GREBER étant favorable au maintien de ces délais. La Commission pense néanmoins que ce n'est pas par le biais d'une telle loi qu'il y a lieu de remédier à cette brièveté, mais qu'il convient d'attirer l'attention du législateur sur ce point.

Article 34

a) Cf. les observations générales à la p. 1021 ci-dessus.

c) La Commission pense que les délais dans lesquels la demande doit être déposée après la tentative de conciliation pourraient être plus longs dans les actions en divorce et séparation de corps que dans les autres cas, afin d'éviter la marche forcée que le Projet impose à la procédure. Si les deux époux ne veulent pas hâter la procédure, il convient de les laisser agir selon leur volonté. Si un seul d'entre eux veut aller de l'avant, il faut le laisser faire.

Par ailleurs, l'art. 34 al. 2 du Projet devrait être assoupli pour permettre au magistrat conciliateur de réassigner au besoin les parties si une conciliation n'est pas exclue.

En outre le critère adopté par le Projet pour l'ouverture du procès est équivoque et peu sûr. Il est difficile de déterminer le moment exact où le juge conciliateur est effectivement saisi. Il serait plus sûr et précis de tenir compte de la remise de l'acte à l'adresse de ce magistrat à un bureau de poste suisse (art. 35 CPC vaudois).

Enfin il faut observer que le magistrat conciliateur ne peut pas toujours citer les parties «dans les plus brefs délais», ce qui peut être parfois impossible (absence temporaire à l'étranger, etc.) ou inopportun (notamment en cas de divorce, lorsque l'action a été ouverte exclusivement pour sauvegarder un délai).

Article 35

a) Disposition compatible avec l'art. 64 al. 3 CF (cf. supra p. 1021).

c) Dans la mesure où l'art. 35 vise les délais d'ouverture d'action (cf. BALMER, p. 354), il faudrait une norme de droit matériel unique plutôt que des dispositions éparses (art. 257 CC etc.). Dans la mesure, en revanche, où l'art. 35 est relatif aux délais de procédure fédérale,

son champ d'application paraît des plus limités. Il ne s'appliquerait qu'aux délais maxima prévus aux art. 33 et 34, et pour le reste le droit cantonal demeurerait seul applicable. Celui-ci varie d'ailleurs beaucoup d'un canton à l'autre.

Titre IV

De l'action en constatation de droit

Article 36

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel, cette question concernant la recevabilité de l'action et non de l'instance. Cette règle irait, à vrai dire, à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui reconnaît une certaine autonomie aux cantons en cette matière (cf. RO 84 II 493 et 92 II 107). La Commission se rallie toutefois aux critiques émises notamment par GULDENER et VOYAME à l'encontre de cette jurisprudence (RDS 1961, p. 32 et 123) et admet par conséquent une réglementation uniforme.

c) La Commission constate que l'art. 36 est conforme au droit fédéral. Il aurait toutefois pour effet d'abroger les actions provocatoires des droits valaisan et tessinois, dans la mesure où celles-ci ne sont pas déjà actuellement contraires au droit fédéral (cf. VOYAME, RDS 1961, p. 105/6). Or, dans ces cantons, de telles actions sont courantes et considérées comme utiles, notamment là où le registre foncier n'est pas encore introduit.

Titre V

Des preuves

Remarques générales

Dans leurs rapports de 1961 à la Société suisse des juristes, les deux rapporteurs estimaient que la réglementation différente des preuves d'un canton à l'autre compromettrait l'application uniforme du droit fédéral et proposaient tous deux l'unification des moyens de preuve par voie législative (cf. GULDENER, p. 49/50 et 66; VOYAME, p. 162 à 164 et 181).

Déférant à ces vœux, le Projet consacre 31 articles (37 à 67) à cette question. L'unification des preuves est à la fois l'objet principal du Projet et le domaine où une intervention du législateur fédéral serait la plus délicate.

On ne saurait certes nier que la réglementation des moyens de preuves exerce une influence directe sur la réalisation du droit matériel ni que la diversité des procédures cantonales en cette matière soit de nature, dans certains cas, à compromettre une application uniforme du droit fédéral. On peut en effet imaginer des hypothèses où, suivant qu'un moyen de preuve est admis ou non par la loi cantonale (interrogatoire de la partie, serment, témoignage d'un proche), un fait décisif sera ou non admis et la prétention accueillie ou rejetée par le juge. Et, comme le relève GULDENER (p. 49 n. 118), le contrôle du Tribunal fédéral ne permet pas, en principe, d'éviter cette diversité, puisqu'il est lié par les faits retenus par l'autorité cantonale en application des règles de la procédure cantonale. Sans contester de tels inconvénients, la Commission estime toutefois qu'il ne faut pas en exagérer l'importance pratique. Rares sont sans doute les cas concrets où des situations de fait identiques ont conduit à des solutions judiciaires opposées en raison de différences dans la réglementation uniforme des preuves. D'ailleurs, une réglementation uniforme des preuves et même de toute la procédure ne permettrait pas d'éviter que des juges différents tranchent différemment des cas identiques sans que le Tribunal fédéral puisse y remédier, en particulier parce que l'appréciation des preuves continuera, de toute façon, à lui échapper. Une uniformisation complète de la justice est illusoire tant que celle-ci demeurera humaine!

Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas estimé que l'application du droit fédéral impliquait, de façon générale, l'unification des moyens de preuves. Au contraire, il a jugé dans plusieurs arrêts qu'il appartient à la procédure cantonale de prévoir quels sont les modes de preuves à disposition des parties et comment ces preuves doivent être administrées (cf. RO 71 II 127; 84 II 537; 86 II 313 c. 3). Certes, quelques

dispositions du droit fédéral imposent des modes de preuve déterminés (cf. notamment les art. 141 et 374 al. 2 CC) et le Tribunal fédéral en a fait de même dans le domaine de la filiation. Mais, ces cas exceptionnels mis à part, l'autonomie cantonale n'a pas été jugée incompatible avec la réalisation du droit privé fédéral.

Sur le plan de l'opportunité, il convient de mettre en balance les avantages pouvant résulter d'une telle unification pour l'application uniforme du droit fédéral avec les inconvénients qu'entraînerait une telle atteinte à l'autonomie cantonale. Dans le domaine des preuves tout particulièrement, on ne saurait suivre VOYAME (p. 180) lorsqu'il considère la procédure comme «une matière essentiellement technique», qui ne serait guère marquée par le tempérament et la culture des peuples. Les débats au sein de la Commission ont au contraire montré combien étaient profondément enracinées certaines conceptions en cette matière. Tel est notamment le cas du serment, institution intimement liée aux conceptions éthiques et religieuses, et de l'interrogatoire des parties, qui met en cause la conception même du procès civil: dans plusieurs cantons, on ne saurait admettre que les déclarations des parties puissent faire preuve en leur faveur ni que la menace de sanctions pénales soit utilisée pour contraindre les parties à être véridiques. L'expérience fribourgeoise montre d'ailleurs qu'il ne suffit pas de légiférer pour modifier les conceptions profondes des juges et des justiciables. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'y revenir à propos de l'examen de certaines dispositions du Projet.

Les divergences qui subsistent encore entre les procédures cantonales en particulier dans ce domaine, comme dans celui du rôle respectif du juge et des parties, contribuent à donner à la justice un visage plus familier et mieux adapté aux tempéraments des cantons. D'aucuns le déplorent, en invoquant l'unité du droit matériel, alors que d'autres y voient au contraire un bienfait. Le choix entre ces deux conceptions est davantage d'ordre politique que juridique.

En résumé, tout en reconnaissant que la Confédération serait habilitée à unifier les moyens de preuves pour contribuer à l'application uniforme du droit matériel, la Commission est très réservée quant à l'opportunité d'une telle atteinte à l'autonomie cantonale. A l'exception du délégué genevois, elle doute même que l'unité du droit privé fédéral soit réellement compromise par la diversité des réglementations cantonales en matière de preuves.

* * *

Si l'on admet une intervention du législateur fédéral dans ce domaine, il faut alors en fixer strictement les limites. L'unification devrait porter au premier chef sur les modes de preuves. Il incomberait au législateur de dire quels sont les modes admissibles pour établir tel genre de faits et de prohiber ceux auxquels il n'attacherait aucune valeur probante. Une telle unification implique toutefois presque inévitablement celle des moyens de preuves eux-mêmes. Si, par exemple, le droit fédéral confère aux justiciables le droit de prouver tels faits par témoins, il doit pouvoir déterminer qui est habilité à témoigner. Une unification aussi étendue ne serait toutefois pas sans présenter de sérieux inconvénients tant sont diverses les conceptions cantonales en ce domaine. Elle nécessiterait au surplus une réglementation beaucoup plus complète que celle du Projet. Certains membres de la Commission doutent même qu'une unification des moyens de preuves soit réellement nécessaire pour assurer la réalisation du droit matériel et, par conséquent, qu'elle soit légitime au regard de l'art. 64 al. 3 CF.

La Commission unanime considère en revanche que le législateur fédéral ne saurait intervenir dans l'administration même des preuves. C'est là un domaine qui relève exclusivement du droit cantonal, sous réserve du respect de l'art. 4 CF, ainsi que l'a toujours reconnu le Tribunal fédéral. Or, il faut malheureusement constater que plusieurs dispositions du Projet enfreignent cette limite et prétendent poser des

règles uniformes quant à l'administration de preuves (cf. art. 41 al. 2, 45, 46, 47, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58 al. 2 et 3, 59, 61, 64, 65) et même quant aux formes de la procédure (cf. art. 38, 40, 51 al. 3, 60, 61, 67 al. 2).

Article 37

Pas de commentaire, sinon que cette disposition paraît superflue.

Article 38

a) Il n'appartient pas au législateur fédéral de distinguer entre faits admis et contestés, de réglementer l'aveu ou les conséquences du défaut ni d'imposer la maxime d'office en matière d'administration des preuves, ces questions relevant toutes des formes ou de la marche du procès, c'est-à-dire du droit cantonal. Le commentaire ne démontre d'ailleurs nullement en quoi la réalisation du droit matériel dépendrait des solutions qui sont ici proposées. Aussi la Commission estime-t-elle que l'art. 38 est contraire à l'art. 64 al. 3 CF et porte une atteinte inadmissible aux procédures cantonales.

c) *Ad alinéa 1*: La Commission estime que la rédaction du premier alinéa de l'art. 38 est maladroite. Les faits ne doivent en particulier pas être établis, mais vérifiés d'office dans certains cas.

L'art. 38 devrait d'autre part laisser ouverte la question de savoir qui est juge de la pertinence des faits allégués. De l'avis de la Commission, les efforts faits en vue de l'unification du droit matériel ne devraient pas imposer un choix entre la maxime officielle et celle des débats (cf. litt. a ci-dessus).

Le premier alinéa de l'art. 38 créerait en outre des difficultés en ce qui concerne l'aveu. En effet les régimes des cantons diffèrent. Dans le canton de Vaud et à Neuchâtel, l'admission d'un fait ne peut résulter que d'un aveu exprès. Au contraire, au Tessin, à Fribourg, en Valais et à Genève, les faits qui ne sont pas contestés peuvent être tenus pour admis. Cette question doit demeurer du domaine cantonal.

Ad alinéa 2: A l'exception du délégué genevois, la Commission admet que cette disposition n'est pas nécessaire à l'application uniforme du droit matériel fédéral. Les cantons doivent pouvoir régler aussi bien les allégations que les déterminations des parties.

C'est une question formelle que de savoir quand il y a aveu ou contestation. Une disposition comme l'art. 38, al. 2, favorise l'arbitraire du juge en lui permettant de considérer comme admis un fait

qui est en réalité contesté dans une procédure précise, comme l'est par exemple la procédure vaudoise.

La Commission s'oppose donc, tout d'abord pour une question de principe, à l'al. 2 de l'art. 38. Elle fait ensuite valoir à l'encontre de cette disposition les dangers de son application pratique.

Ad alinéa 3: La Commission estime que cette disposition ruine sans raison la notion de l'aveu indivisible connue des droits vaudois, neuchâtelois, valaisan et tessinois.

Ad alinéa 4: La Commission estime que la rédaction de cette disposition est malheureuse. La règle posée ne heurte pourtant aucune des lois cantonales de procédure.

La formule de l'art. 169 CPC vaudois rencontre l'agrément des membres de la Commission. Elle est la suivante: «Le juge apprécie librement la portée des déclarations extrajudiciaires rapportées à titre d'aveu et celle des déclarations que les parties peuvent avoir faites dans une autre instance judiciaire.

Ces déclarations se prouvent de la même manière que toutes autres circonstances de fait.»

Néanmoins, une telle réglementation n'a pas place dans une loi fédérale.

Ad alinéa 5: La Commission constate que la notion du défaut varie d'un canton à l'autre. C'est à Genève qu'elle s'écarte le plus des conceptions des autres cantons romands et se rapproche le plus du Projet. L'application de l'al. 5 de l'art. 38 entraînerait donc de sérieux bouleversements.

Au surplus, la Commission rappelle qu'il n'appartient pas à la Confédération de réglementer les conséquences du défaut (cf. litt. a ci-dessus).

Article 39

a) Cette règle peut s'appuyer sur l'art. 4 CF (droit d'être entendu, cf. Remarques préalables p. 998), mais il ne paraît pas nécessaire de l'introduire dans une loi fédérale.

c) La Commission observe que l'art. 42, al. 2 paraît réserver l'art. 39. Si la sauvegarde de l'art. 39 paraît opportune pour les pièces, elle ne saurait, en revanche, s'étendre aux témoignages. Il est en effet inadmissible d'entendre des témoins en secret.

Article 40

a) Si la première phrase n'appelle pas d'objection, la suite en revanche de cet article s'immisce dans le domaine réservé au droit cantonal, auquel il appartient de déterminer quelles peuvent être

les conséquences de l'«attitude des parties» dans le cours de l'instance.

c) La Commission estime que l'on ne peut pas imposer aux cantons de prononcer leurs jugements en les fondant sur l'attitude des parties. De l'avis de la majorité, cette dernière notion est du reste beaucoup trop vague pour que l'on puisse raisonnablement y avoir recours.

Des modes de preuves

1. Preuve testimoniale

Article 41

a) Avant de réglementer la preuve testimoniale, le législateur devrait en déterminer le champ d'application (cf. supra p. 1026) ce que ne fait pas le Projet. L'al. 1 est admissible dans la mesure où la Confédération est habilitée à réglementer non seulement les modes, mais les moyens de preuves (cf. supra p. 1026). En revanche, l'al. 2 est en tout cas contraire à l'art. 64 al. 3 CF car il touche à l'administration de la preuve (cf. supra p. 1026).

c) La Commission se demande si l'on peut déduire du premier alinéa de cet article que le juge peut contraindre à comparaître dans toute la Suisse, ce qui serait manifestement exagéré. Elle pense qu'à défaut de concordat, l'entraide judiciaire pourrait faire l'objet de règles particulières prévues dans une loi fédérale. L'art. 41 al. 1 du Projet est toutefois trop elliptique pour résoudre la question.

La Commission estime que l'al. 2 de l'art. 41 est une prescription d'ordre, qui n'a pas sa place dans une loi fédérale, alors même qu'elle est conforme à la pratique, si ce n'est à la législation, de la plupart des cantons.

Article 42

a) La liste des personnes qui peuvent refuser de témoigner selon l'art. 42 paraît défendable au point de vue constitutionnel tant au président qu'aux délégués tessinois et neuchâtelois. Ces trois délégués font toutefois d'expresses réserves quant à l'opportunité de cette réglementation.

Le délégué genevois pense qu'elle est utile pour l'application uniforme du droit matériel fédéral, tandis que le délégué valaisan est d'avis que cette question doit être abandonnée aux cantons afin

de respecter leur autonomie. Il y a d'ailleurs plusieurs divergences sur ce point entre les droits cantonaux.

c) La Commission approuve l'art. 42 al. 1 litt. c du Projet, qui consacre un droit absolu au secret. A propos de l'al. 4, la Commission relève à quel point il est paradoxal que le Projet permette au juge de retenir des faits en se fondant sur l'attitude des parties (art. 38 al. 2 et 40), alors qu'il ne le peut pas d'après l'attitude des témoins.

Le Projet présente à cet égard une contradiction interne, qui est fâcheuse.

Article 43

a) S'agissant de l'unification d'un moyen de preuve, on se réfère aux réserves formulées ci-dessus.

c) La Commission arrive à la conclusion que dans la mesure où le législateur fédéral serait fondé à légiférer sur ce point, la règle de l'art. 43 appelle quatre réserves:

1. Il serait préférable de parler de «mineurs» et non «d'enfants» à l'art. 43, alinéa premier et second.

2. La notion de l'intérêt de l'enfant est très variable. Dans la mesure où les procédures cantonales prévoient des incidents sur preuves sans recours possible au Tribunal fédéral, on peut craindre que la diversité ne soit réintroduite par la jurisprudence. L'unification peut donc être un leurre.

3. La notion de l'intérêt de l'enfant devrait être élargie en tenant compte des critères prévus à l'art. 196, al. 2, CPC vaudois en vertu duquel le juge peut refuser d'entendre des mineurs en particulier lorsqu'il «estime inadmissible que leur témoignage soit requis contre leurs parents ou sur des faits contraires aux mœurs».

4. Dans la mesure où le serment est maintenu, les cantons devraient être libres de déterminer à partir de quel âge il peut être prêté.

5. La Commission constate que la réglementation du Projet n'est d'ailleurs pas complète puisqu'elle ne comprend pas des dispositions concernant les déments comme le font les codes neuchâtelois (art. 220) et valaisan (art. 214 al. 2).

Article 44

a) La Commission constate que l'art. 44 est lié à l'interrogatoire des parties comme mode de preuves. Si cet interrogatoire n'est pas imposé aux cantons, ceux-ci doivent pouvoir entendre largement toutes sortes de témoins. Le droit matériel fédéral distingue en effet la personne morale et les personnes physiques qui en font partie à

quelque titre que ce soit. Les cantons doivent dès lors pouvoir entendre celles-ci, leur personnalité étant distincte de celle de la partie au procès. Les cantons doivent pouvoir se fonder sur le droit matériel pour apprécier qui est partie au procès et qui ne l'est pas.

c) La Commission relève que les mots «organes» et «associés» sont trop larges et qu'il convient de préciser ce qu'il faut entendre par là.

Il est constaté que dans la mesure où cette réglementation serait justifiée au regard de l'art.64 al.3 CF et du droit matériel, elle ne serait que partielle.

Article 45

a) La Commission estime que cette disposition concerne l'administration de la preuve et qu'elle n'a pas à figurer dans une loi fédérale (cf. p.1026 ci-dessus).

c) La Commission constate que l'al.2 est mal rédigé. Il ne vise que la récusation sans motif ou pour des motifs qui ne sont pas prévus par le Projet SCHWARTZ. En raison de sa rédaction défectueuse, le texte paraît avoir une portée absolue, ce qui n'est pas le cas.

Article 46

a) La Commission est d'avis qu'il s'agit là d'une question d'administration des preuves. Cette disposition ne doit donc pas figurer dans la loi, pour les raisons de principe adoptées par la Commission (cf. les observations générales sur le titre V, supra, p.1026 et les remarques ad art.88 du Projet).

c) A supposer qu'une telle réglementation soit admissible, elle devrait alors préciser si les cantons peuvent mettre les frais de renvoi à la charge du témoin défaillant.

Article 47

La Commission s'élève contre la suppression du serment du témoin, question qui relève de l'administration de la preuve, donc du droit cantonal (cf. p.1026 ci-dessus).

2. Preuve par titre

Article 48

a) Cf. les observations générales faites à p.1023s. ci-dessus au sujet de l'unification des moyens de preuves.

c) Après un long débat sur l'alinéa premier de l'art. 48, la Commission arrive à la conclusion que la définition des titres doit être large et ne pas être faite dans l'optique du Code pénal. La Commission estime qu'il y aurait lieu en particulier de retenir, comme l'art. 174 CPC vaudois, «les photographies, les films et les autres moyens d'enregistrement et de reproduction, sonores ou visuels».

A propos du deuxième alinéa de l'art. 48, la Commission constate que cette disposition est inspirée par l'art. 110 ch. 5 du Code pénal et que cette définition n'est pas heureuse pour une loi de procédure civile.

Article 49

a) La Commission estime que cette disposition a trait à la preuve testimoniale puisqu'elle ne fait que prévoir une manière de recueillir l'avis de tiers qui peuvent être entendus comme témoins. Elle concerne donc un mode d'administration de la preuve et ne doit pas figurer dans une loi fédérale, selon la décision de principe prise par la Commission (cf. supra, les observations générales sur le titre V, p. 1026).

c) A supposer que cette disposition soit conservée, elle devrait figurer dans le chapitre relatif à la preuve testimoniale et réserver le choix entre la maxime officielle et celle des débats.

Article 50

a) Cf. les observations générales faites ci-dessus au sujet de l'unification des moyens de preuves (p. 1026). Il n'appartient en tout cas pas au droit fédéral de poser des règles relatives aux titres de droit cantonal et de droit étranger.

c) La rédaction de l'alinéa premier de l'art. 50 paraît malheureuse. Il faut en effet distinguer:

a) l'authenticité de l'acte lui-même, qui n'est pas présumée (cf. art. 51 du Projet, GULDENER: *Beweiswürdigung*, p. 29/30);

b) l'exactitude du contenu de l'acte, qui est seule présumée en vertu de l'art. 9 CCS, mais qui peut être infirmée par toute preuve contraire.

C'est dire que l'alinéa premier du Projet irait au-delà de l'art. 9 CCS et serait en contradiction avec l'art. 51 du Projet.

La Commission constate enfin que l'art. 50 al. 2 ne fait que répéter le principe déjà posé à l'art. 40, premier phrase du Projet, et qu'il est donc superflu.

Article 51

a) La Commission estime qu'une fois le fardeau de la preuve réparti, il appartient aux cantons de régler cette question d'administration de la preuve, puisqu'elle est liée à l'organisation de l'instance. Dès lors, le législateur fédéral ne devrait pas intervenir (cf. les remarques générales supra, p. 1026).

c) Il apparaît à la Commission que l'art. 51 n'est qu'un cas particulier d'application de l'art. 40 deuxième phrase du Projet. Au point de vue systématique, les dispositions prises paraissent contestables. Ne vaudrait-il pas mieux poser des règles sur le fardeau de la preuve, comme le fait le CPC vaudois ?

Ad alinéa 2: La Commission relève que, dans les procès où le juge doit être convaincu de la réalité des faits, le refus de collaborer à la preuve ne permet pas à lui seul d'admettre la réalité du fait à prouver.

Article 52

a) Seul le principe de l'art. 52, première phrase, peut être admis (avec les réserves qu'on verra sous lettre c) ci-dessous). En revanche, la deuxième phrase de l'art. 52 premier alinéa et le deuxième alinéa de l'art. 52 relèvent de l'administration de la preuve et par conséquent du droit cantonal, selon la position de principe arrêtée par la Commission (cf. supra, p. 1026).

c) La Commission estime qu'il convient d'assortir l'art. 52 d'une réserve qui pourrait être inspirée de celle de l'art. 178, al. 2 du CPC vaudois, aux termes duquel: «sauf dans les cas de l'art. 963 du Code des obligations, cette obligation (obligation de produire des titres) ne vise pas les livres comptables, papiers et registres domestiques et autres écritures faites par la partie pour son usage, ni aux lettres, missives ou autres écrits émanant de tiers qui, s'ils étaient appelés à témoigner, ne seraient pas tenus de répondre, ni à la correspondance privée de nature confidentielle échangée avec des tiers».

La Commission estime en effet que la protection de la personnalité selon l'art. 28 CC doit être réservée et qu'il s'agit d'assurer une coordination entre l'obligation de témoigner et celle de produire des pièces. La seconde ne saurait être plus étendue que la première.

Article 53

a) *Alinéa premier:* La Confédération est habilitée à consacrer cette obligation dans la mesure où l'on admet qu'elle peut régler les moyens de preuves (cf. supra, p. 1026). En outre, en vertu du droit matériel (art. 28 CC, etc.), le législateur fédéral peut à la

rigueur imposer aux cantons de prévoir des dispositions propres à sauvegarder des secrets et le respect de la sphère intime.

Ad alinéa 1, 3^e phrase, et alinéa 2: La Commission estime qu'il s'agit d'une pure question d'administration des preuves et par conséquent que le législateur fédéral n'a pas à intervenir (cf. les observations générales ci-dessus, sous titre V, p.1026).

Ad alinéa 3: La Commission renvoie aux remarques qu'elle a faites au sujet de l'art. 44 du Projet (supra, p.1030).

c) *Ad alinéa 1 et 2:* Au cas où le législateur fédéral serait appelé à légiférer sur la production de pièces par des tiers, la majorité de la Commission pense que ceux-ci ne devraient être tenus de produire des titres que dans la mesure où ils seraient astreints à témoigner. En outre, leur obligation ne saurait être plus étendue que celle des parties (cf. ad art.52 ci-dessus). Les délégués tessinois et genevois font toutefois des réserves, car ils estiment qu'il convient d'être plus restrictif pour la production des pièces que pour l'obligation de témoigner.

Ad alinéa 3: La Commission fait les mêmes réserves que pour l'art.44 du Projet.

Ad alinéa 4: Cet alinéa est jugé inutile.

Article 54

a) La Commission estime que ce domaine appartient au droit cantonal et qu'il n'est pas question de le voir figurer dans une loi fédérale, car il s'agit d'une pure question d'administration de la preuve.

Article 55

a) Comme pour l'art.54, la Commission estime que ce domaine appartient au droit cantonal, puisqu'il s'agit d'une question d'administration de la preuve. Le législateur fédéral ne doit donc pas intervenir.

3. Inspection locale

Article 56

c) La Commission considère tout d'abord que le Projet envisage la constatation directe par le juge et non pas l'inspection locale, comme le laisse entendre la note marginale.

La Commission est en principe favorable à la constatation directe par le juge en tant que mode de preuves, avec obligation pour les

parties de se soumettre, ou de soumettre les choses en leur possession, à l'examen du juge. Toutefois, des réserves importantes doivent être faites:

- tout d'abord les termes d'«inspection de la personne» devraient être écartés,
- les règles de la bienséance, le secret de la vie intime et le respect de la sphère privée doivent être réservés,
- au sujet de la 2^e phrase du premier alinéa de l'art. 56, la Commission renvoie à ce qui a été dit au sujet de l'art. 40,
- il faudrait introduire une limitation pour les pièces à produire par des tiers.

Le délégué tessinois fait toutefois valoir les mêmes réserves générales que pour l'art. 53 du Projet.

Article 57

a) La Commission estime que cette disposition concerne l'administration des preuves et qu'elle ne doit donc pas figurer dans une loi fédérale.

4. Expertise

Article 58

a) La Commission estime que les dispositions prévues par la 2^e phrase de l'al. 1^{er}, l'al. 2 et l'al. 3 n'ont pas à figurer dans un texte de droit fédéral. Il appartient en effet au droit cantonal de déterminer le rôle des experts dans l'instruction de la cause, cette question relevant de l'administration de la preuve; seule la première phrase de l'al. 1 serait ainsi compatible avec l'art. 64 al. 3 CF.

c) La Commission fait des réserves au sujet de la rédaction de l'al. 1^{er}, 1^{re} phrase. Elle pense que le législateur fédéral pourrait adopter un texte inspiré de l'art. 220 CPC vaudois aux termes duquel «l'expertise judiciaire est admise pour certifier une circonstance ou un état de fait, ... dont la vérification et l'appréciation exige des connaissances spéciales, scientifiques, techniques ou professionnelles». La Commission pense que le législateur fédéral pourrait aussi trouver un exemple dans l'art. 246 CPC neuchâtelois selon lequel «Il y a lieu à expertise quand le tribunal doit être renseigné sur des questions dont la solution exige des connaissances spéciales et techniques».

La Commission estime en outre que la loi fédérale proposée ne devrait pas préjuger du choix entre la maxime officielle et celle des débats.

La Commission considère par ailleurs qu'il serait utile de prévoir une règle uniforme de droit fédéral sur l'obligation pour les parties et les tiers de se prêter à l'expertise des sangs et à l'expertise anthropobiologique.

Il appartiendrait alors soit à la législation fédérale, soit au droit cantonal de prévoir les sanctions en cas d'inobservation de cette règle.

Article 59

a) La Commission est d'avis que cette question relève du droit cantonal, et non du droit fédéral, puisqu'elle concerne l'administration de la preuve.

c) La rédaction de cette disposition est malencontreuse dans la mesure où elle permettrait d'invoquer la partialité de l'expert pour invalider l'expertise.

Article 60

a) La Commission estime qu'il s'agit là d'une pure question de procédure cantonale relevant de la marche de l'instance. Il n'appartient en effet pas à la procédure fédérale de dire comment l'expert est désigné. Tous les cantons connaissent du reste la récusation *a posteriori*. Il en résulte que l'art. 60 n'est pas adapté à la marche de l'instance telle que la prévoit le droit des cantons romands et tessinois.

c) La rédaction de l'al. 2 est malheureuse car le Projet n'interdit apparemment que la récusation sans motif et non toute récusation.

Article 61

a) La Commission estime que le législateur fédéral n'a pas à intervenir en cette matière qui concerne l'administration des preuves et le déroulement de l'instance.

c) *Ad alinéa 1^{er}, dernière phrase*: Cette disposition ne paraît pas être en harmonie avec le 2^e alinéa de l'art. 61, ce qui n'ajoute pas à la clarté du texte proposé.

Ad alinéa 2: La Commission considère que la fin de la 2^e phrase de cette disposition est dangereuse car il est utile de pouvoir faire appel à deux experts sans préjuger, surtout si deux écoles s'affrontent sur la question litigieuse. Les dispositions des art. 238 et 239 du CPC vaudois paraissent préférables:

Articles 238: «Si (...) le rapport n'est pas suffisamment explicite ou si il est incomplet, le juge ordonne un complément d'expertise sur tels points qu'il indique à l'expert.»

Article 239: «Le juge peut ordonner une seconde expertise. Il ne peut y avoir au cours d'un même procès plus de deux expertises sur le même objet qu'au cas où une partie voudrait faire constater que cet objet a changé.»

Article 62

a) Pas d'objection d'ordre constitutionnel, puisqu'il s'agit d'un mode de preuve et non de l'administration de la preuve.

c) 1. La Commission relève une confusion entre la note marginale «rapports privés» et le corps du texte relatif à des «rapports d'expertise hors procès». Ce texte est donc mal rédigé. Il faudrait parler dans le texte également de «rapports privés».

2. L'art. 62 semble vouloir dire que le juge peut se contenter d'un tel rapport privé, c'est-à-dire d'une pièce. Il vaudrait donc mieux ajouter un alinéa à l'art. 58 disant que, dans certains cas, le juge peut se contenter d'un rapport privé.

En revanche, l'expertise hors procès, ordonnée à titre de preuve à futur, doit avoir la même portée qu'une expertise en cours de procès.

Article 63

a) Cf. les observations générales sur le titre 5, supra, p.1025.

c) Tous les membres de la Commission, sauf le délégué valaisan, qui comprend pourtant la position de ses collègues, condamnent l'interrogatoire des parties comme mode de preuve. Ils jugent particulièrement choquant que le texte de l'art.63 prévoie que cet interrogatoire puisse permettre au juge «d'établir un fait».

Article 64

a) La Commission considère qu'il s'agit de questions relevant de l'administration de la preuve et par conséquent du droit cantonal.

c) La Commission constate que l'art.42 al.1, lettre a du Projet est en contradiction avec le 1^{er} alinéa de l'art.64, puisque le tuteur est considéré dans un cas comme témoin et dans un autre comme partie.

Article 65

a) La Commission constate que cette disposition n'a pas sa place dans une loi fédérale, puisqu'elle est relative à l'administration de la preuve et non à son admissibilité.

c) Il est fâcheux de recourir à une menace de sanction pénale à l'encontre des parties dans un procès civil. La Commission tient à relever que l'art. 65 consacre l'escalade de la terreur! Le législateur fédéral admettrait un droit au premier mensonge, mais pas au deuxième!

Article 66

a) Dans la mesure où le législateur fédéral décide nécessaire d'uniformiser tous les modes de preuves, on ne peut pas lui contester le droit de supprimer le serment supplétoire ou décisoire, quand bien même cette suppression paraît peu souhaitable en opportunité. La Commission préfère en tout cas que le serment soit supprimé, plutôt qu'imposé partout comme mode de preuve. Il apparaît en effet qu'il ne joue pas un grand rôle dans les cantons qui le connaissent, soit Fribourg, Genève, Neuchâtel et le Tessin.

Le délégué fribourgeois tient à souligner toutefois ses vives réticences pour la suppression du serment.

Article 67

a) La Commission constate que cette disposition est relative à des mesures d'instruction qui ne sont pas imposées par le droit matériel et qui, par conséquent, relèvent du seul droit cantonal.

En outre, au sujet du 2^e alinéa, la Commission relève qu'il n'appartient pas au législateur fédéral de choisir entre la maxime officielle et celle des débats. Elle fait d'ailleurs observer que si le Projet l'admet ici, il n'en tient guère compte ailleurs.

c) La Commission estime que la notion de «droit de famille» est trop large, car elle contient beaucoup d'actions pour lesquelles l'interrogatoire des parties n'est pas nécessaire.

Même en matière de divorce, en raisonnant *a contrario* à partir de l'art. 158 ch. 3 du Code civil, on peut considérer que l'interrogatoire des parties devrait au contraire être l'*ultima ratio*. Il semble donc que le Projet ne respecte guère cette disposition du droit fédéral.

* * *

Etant donné les conceptions très différentes qui règnent en Suisse à propos de l'interrogatoire des parties, on doit regretter que le Projet ne se soit pas borné à proposer l'interrogatoire des parties comme mode de preuve subsi-

diaire et supplétoire, susceptible de corroborer d'autres indices, mais non pas de faire preuve à lui seul.

Mais, même ainsi limitée, cette institution n'en appellerait pas moins des réserves sérieuses de la part des juristes conscients de la différence fondamentale existant entre les procédures civiles et pénales et davantage soucieux de la sécurité que de la recherche, d'ailleurs souvent illusoire, de la vérité matérielle.

Titre VI

De la chose jugée

Remarques générales

L'autorité de la chose jugée est actuellement garantie en matière intercantonale par l'art. 61 CF. En revanche, selon le Tribunal fédéral, les cantons pourraient la subordonner à des conditions plus strictes en matière intracantonale et permettre ainsi de remettre plus librement en question des jugements définitifs émanant de leurs propres tribunaux (cf RO 78 II 402; 81 II 147; 88 I 159). Cette jurisprudence a toutefois été critiquée avec pertinence, notamment par VOYAME (RDS 1961, p. 172, ch. 3), qui souligne à juste titre les inconvénients pratiques, voire les incohérences auxquelles peut conduire cette dualité. Dans son commentaire (p. 411 ss.), M. BALMER souligne les relations étroites existant entre cette institution et la protection des droits privés, qui ne doivent pas pouvoir être remis en question lorsqu'ils ont fait l'objet d'un jugement. Sans admettre pour autant qu'il s'agisse d'une institution de droit matériel, la Commission estime que la Confédération peut être habilitée à assurer le respect de l'autorité de la chose jugée tant sur le plan intracantonnel qu'intercantonal, cela bien entendu pour les seuls jugements rendus en application du droit privé fédéral. Mais ce pouvoir de la Confédération doit être limité à fixer de façon uniforme

les conditions de l'autorité de la chose jugée, alors qu'il appartient aux cantons de déterminer quand les jugements de leurs tribunaux entrent en force et comment doit être assuré le respect de cette règle (cf. VOYAME, op.cit. p.174/5, ch.4). Ce sont en effet là des questions de pure procédure, intimement liées aux voies de recours, d'une part, et au choix entre la maxime officielle et celle des débats, d'autre part.

Le Projet méconnaît malheureusement cette distinction importante et réglemente des questions qui ne peuvent relever que du droit cantonal (art.68: moment où le jugement passe en force de chose jugée; art.69: effet dévolutif partiel du recours; art.70: choix entre la maxime d'office et celle des débats au sujet de l'exception de chose jugée). En revanche, il ne comporte qu'une réglementation fragmentaire des questions qui relèvent du droit fédéral. Il ne définit qu'incidemment et de façon incomplète les conditions (cf. art.70) et l'objet (cf. art.72) de l'autorité de la chose jugée. Cet exemple illustre les critiques formulées plus haut (cf. p.1001 ss.) quant à la méthode suivie par l'auteur du Projet et quant aux inconvénients pratiques qu'elle entraînerait.

Les mêmes remarques doivent être faites au sujet des dispositions consacrées à la révision. S'il est justifié que la Confédération détermine à quelles conditions il peut être apporté une exception au caractère définitif des jugements et par là à l'autorité de la chose jugée, elle ne saurait en revanche déterminer quand les actes assimilés aux jugements entrent en force (art.74). Cette question n'intéresse nullement la réalisation du droit matériel et l'on constate des différences de réglementation assez grandes d'un canton à l'autre, qui empêchent de les réduire à un dénominateur commun. Au regard du droit fédéral, l'essentiel est que leurs effets soient identiques.

Article 68

a) La Commission considère qu'il ne sert à rien de dire dans une loi fédérale qu'un jugement passe en force de chose jugée lorsqu'il ne peut plus être attaqué. Une telle loi ne peut de toute façon pas fixer

le point de départ de la force de chose jugée, car il incombe au seul droit cantonal de déterminer ce moment-là (cf. VOYAME, ZSR 1961, p. 174).

c) La Commission relève que les termes «entrée en force» ne sont pas heureux. Si l'art. 68 se borne à dire que le jugement passe en force quand il ne peut plus être attaqué, c'est un pléonasme.

La Commission est d'avis que l'art. 68 n'est pour le surplus pas compatible avec les droits cantonaux qui diffèrent sensiblement à cet égard.

Article 69

a) La Commission estime qu'il n'appartient pas au droit fédéral de dire si un jugement attaqué passe en force *pro parte*. C'est là une question liée à la réglementation du recours.

c) La Commission estime que la solution proposée est critiquable, notamment en matière de divorce. En effet le principe posé par l'art. 69 1^{er} al. peut aboutir à une contradiction entre les jugements de première et de seconde instances. Exemple: divorce prononcé en première instance aux torts de la femme pour adultère, avec la conséquence du refus de toute pension; recours de la femme sur la seule question de la pension admis en seconde instance, l'autorité de recours ne retenant pas l'adultère; conséquence: le divorce reste prononcé en raison de l'adultère de l'épouse, mais une pension lui est accordée en raison du défaut d'adultère. Des motifs d'ordre public peuvent en outre justifier que l'autorité de recours puisse revoir des points non attaqués.

La réglementation proposée ne tient enfin pas compte du recours joint.

La Commission estime qu'il est préférable de renoncer à une réglementation uniforme de cette question, qui est trop étroitement liée aux formes et modalités des recours.

Article 70

a) Cf. supra, les observations générales sur le titre VI.

c) La Commission considère que le Projet devrait commencer par consacrer, en s'inspirant de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les conditions de l'autorité de la chose jugée (triple identité d'objet, de cause et de parties) et préciser à quoi elle s'attache (dispositif et non motifs du jugement). La réglementation fédérale devrait en outre prévoir des exceptions au principe, soit les cas où l'autorité de la chose jugée est opposable à quiconque, notamment dans les

affaires d'état civil ou d'annulation d'une décision d'assemblée générale.

La Commission estime en outre que le Projet devrait mieux préciser les effets de la dénonciation d'instance à l'art. 28.

Article 71

a) La Commission considère que la disposition prévue en deuxième phrase de cet article ne peut relever que du droit cantonal, puisqu'elle concerne l'organisation de l'instance. Il n'appartient pas au législateur fédéral d'imposer la maxime des débats sur ce point.

c) La Commission estime que la rédaction de l'art. 71 est malencontreuse, car c'est l'instance qui doit être invalidée, et non l'action (sur la distinction entre l'action et l'instance, voir MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e édition, p. 43 ss.). L'exception de chose jugée est en effet une exception de procédure, car c'est la nouvelle instance engagée au mépris de cette règle qui est irrégulière (voir notamment OLIVIER PIGUET, *L'exception de chose jugée*. Thèse Lausanne 1956, JT 1932 III 23; 1960 III 76; 1963 III 28). Il faudrait donc dire que le juge invalide l'instance.

D'autre part, le Projet ne devrait pas préjuger du choix entre la maxime d'office et celle des débats, ce choix appartenant au législateur cantonal.

Article 72

La Commission pense que cette disposition consacre une entorse à l'exigence de l'identité d'objet. Il semble qu'elle devrait par conséquent être rédigée comme il suit: «Lorsqu'une question préjudicielle a déjà fait l'objet d'un jugement préalable entre les mêmes parties, le juge est lié par le premier jugement.»

a) La Commission se déclare favorable à une réglementation fédérale de la révision, car il s'agit d'une exception opposée au principe de l'autorité de la chose jugée (cf. p. 1040 supra). Elle souhaite toutefois une formulation meilleure, voir à ce sujet sous lettre c ci-dessous.

c) *Ad alinéa premier*: La Commission propose de retenir comme première cause de révision celle de l'art. 476, ch. 1 du CPC vaudois qui permet la révision:

«Lorsqu'une procédure pénale établit que le jugement a été influencé au préjudice du requérant par un crime ou un délit, même si aucune condamnation n'est intervenue; si l'action pénale n'est pas possible, la preuve peut être administrée d'une autre manière.»

Comme deuxième cause de révision, la Commission propose la formulation suivante:

«Lorsque le requérant apprend subséquemment des faits importants que, sans sa faute, il ignorait lors de la procédure ayant conduit au premier jugement.»

Comme troisième cause de révision, la Commission propose le texte suivant:

«Si le requérant découvre un moyen de preuve décisif, qu'il ignorait ou ne pouvait faire valoir lors d'une première procédure, dans la mesure où les faits concernés existaient déjà au moment du premier procès.»

Ad alinéa 2: Cette disposition va de soi, vu l'objet du Projet.

Ad alinéa 3: La Commission pense que dans la mesure où le passé-expédient et la transaction judiciaire valent jugement, ils devraient en principe être soumis aux mêmes règles de révision que le jugement lui-même. Néanmoins, à défaut d'état de fait et, parfois même, de preuves administrées, les motifs de révision ne semblent pas adéquats en pratique. La Commission propose l'al.3 nouveau suivant:

«Le passé-expédient ou acquiescement, le désistement et la transaction, ou le jugement se bornant à entériner un tel acte ne peuvent être remis en question qu'en application des règles du droit privé.»

La Commission entend par désistement, au sens de cette disposition, le désistement consistant dans l'abandon de la prétention elle-même (contraire à 122 CPC vaudois). Elle se demande si une précision dans la loi ne serait pas nécessaire pour éviter toute confusion à cet égard.

Ad alinéa 4: La Commission se rallie à cette disposition qui lui paraît justifiée.

Ad alinéa 5: La Commission constate que certains codes ont seulement des délais relatifs, alors que d'autres posent en outre des délais absolus. Elle estime que le législateur fédéral peut poser des délais dans la mesure où ils entraînent la péremption du droit. Deux délais sont jugés nécessaires par la Commission. Elle propose un délai relatif de trois mois et un délai absolu de dix ans.

La Commission se demande enfin, sans pouvoir résoudre la question, si cette réglementation laisse subsister l'art.324 CPC tessinois ainsi que la procédure d'interprétation.

Article 74

a) La Commission estime que la question traitée ici relève exclusivement du droit cantonal et n'a pas à figurer dans une loi fédérale.

Il s'agit en effet seulement de savoir quand ces actes de procédure produisent leurs effets et non quels sont ceux-ci (cf. p.1040 supra).

c) Pas d'observation, vu l'impossibilité de trouver une règle commune à ces institutions de droit cantonal très diverses.

Titre VII

Des mesures provisionnelles

Remarques générales

On ne saurait contester que cette institution soit souvent utile et parfois nécessaire pour assurer la protection efficace des prétentions litigieuses et, par conséquent, la réalisation du droit fédéral. Aussi la Confédération est-elle habilitée à imposer une telle protection, alors même que celle-ci relève de la procédure. Elle a d'ailleurs déjà fait un assez large usage de cette compétence et le droit fédéral régit exhaustivement les cas de mesures provisionnelles dans plusieurs domaines du droit privé. La Commission ne voit par conséquent pas d'objection majeure d'ordre constitutionnel à une généralisation de cette réglementation fédérale. Mais il serait alors hautement souhaitable que cette réglementation uniforme emporte abrogation de la diversité que l'on constate non seulement entre cantons, mais également dans la législation fédérale. Aussi la Commission regrette-t-elle que l'auteur du Projet ait réservé à l'art.80 ces dispositions spéciales des lois fédérales au lieu de dégager des principes suffisamment généraux pour être applicables dans tous les domaines du droit privé. Le législateur fédéral devrait commencer par donner lui-même l'exemple de l'harmonisation que le Projet préconise en matière de procédure!

Sur le plan de l'opportunité, on peut en revanche se demander s'il est réellement nécessaire de substituer une réglementation fédérale à celles figurant dans les codes cantonaux. En effet, en tout cas dans les cantons romands et au Tessin, les lois de procédure accordent une protection provisionnelle

assez large et permettent de sauvegarder efficacement les droits privés déduits en justice.

Si une réglementation fédérale uniforme était néanmoins jugée nécessaire, elle devrait alors se limiter à fixer les conditions auxquelles le titulaire d'un droit privé peut obtenir une telle protection. En revanche, il appartient au droit cantonal d'organiser ces mesures. En particulier, c'est à lui de décider si le juge doit intervenir d'office ou sur requête, comment les mesures obtenues avant procès doivent être validées, quand et comment des sûretés doivent être fournies ou restituées. A cet égard, plusieurs dispositions du Projet (cf. en particulier art. 76 al. 2, 77, 78 al. 2 et 79 al. 3) paraissent n'avoir pas leur place dans une loi fédérale et ne pourraient que créer une brèche fâcheuse et inutile dans la réglementation cantonale, qui demeure nécessaire pour organiser les mesures provisionnelles.

Au sujet de la règle de compétence *ratione fori* prévue à l'art. 76 du Projet, la Commission renvoie à ses remarques générales sur le titre I^{er} (cf. p. 1003 ss. supra).

Enfin, la Commission formule de sérieuses réserves au sujet de l'art. 79 du Projet, consacré à la réparation du dommage causé par les mesures provisionnelles. C'est là, en effet, une question de droit matériel dont la place n'est guère dans une loi de procédure, bien que telle ait parfois été la solution adoptée par le législateur (cf. art. 84 PCF et 237 LP). Le for proposé à l'art. 79 al. 2 est au surplus, on l'a déjà souligné, contraire à l'art. 59 CF.

Article 75

a) Cf. les observations générales, p. 1044 ss. ci-dessus.

c) La Commission pense que des mesures provisionnelles doivent pouvoir être ordonnées d'office et non seulement sur requête de l'une des parties, comme le prévoit le Projet. Le droit fédéral l'exige d'ailleurs dans certains cas (cf. notamment RO 74 IV 160).

Article 76

a) La Commission pense que la règle de l'alinéa premier n'est justifiée qu'en matière intercantonale, alors que sur le plan intra-

cantonal le droit fédéral n'a pas à fixer le for (cf. Remarques générales ad titre I^{er}, p.1003ss. supra). La réglementation fédérale ne doit au surplus pas empêcher le juge incompetent quant au fond de prendre des mesures provisionnelles en matière internationale, comme le prévoit notamment l'art.103 al.5 du CPC vaudois.

L'al.2 de l'art.76 ne paraît pas devoir figurer dans une loi fédérale, puisqu'il est relatif à l'organisation de l'instance.

c) La Commission propose que l'alinéa premier soit au moins complété par la réserve suivante: «cela sans préjudice de la compétence du juge du lieu de situation de prendre des mesures purement conservatoires.» En effet, même en matière intercantonale, il peut être indispensable d'obtenir des mesures immédiates du juge du lieu de situation avant d'avoir pu saisir le juge compétent pour connaître de l'action.

Article 77

a) La Commission considère que le 2^e alinéa de cette disposition ne doit pas figurer dans une loi fédérale car il s'agit de l'organisation et non du principe de la protection provisionnelle (cf. p.1044 supra).

c) A l'al.1, la Commission relève l'ineptie des mots «en règle générale». Elle propose que la fin du 1^{er} alinéa soit rédigée comme il suit: «Le requérant doit ouvrir action dans le délai fixé par le droit cantonal.»

Pour l'al.2, elle propose le texte nouveau suivant: «Le droit cantonal détermine dans quels cas et sous quelle forme le requérant doit fournir des sûretés.»

Article 78

a) Cf. les observations générales sur le titre VII p.1045 ci-dessus.

c) La Commission relève une contradiction entre l'art.75 qui prévoit la maxime des débats et l'art.78 qui introduit la maxime officielle. Elle propose le texte nouveau suivant pour le premier alinéa: «Les mesures provisionnelles peuvent être modifiées lorsque les circonstances ont changé.»

Et pour le 2^e alinéa le texte nouveau suivant: «Elles sont caduques lorsque le requérant n'a pas utilisé le délai imparti pour ouvrir action.»

Article 79

a) *Ad alinéa 1:* Il s'agit là d'une question de droit matériel, qu'il ne paraît pas opportun de régler ici (cf. p.1045 ci-dessus).

Ad alinéa 2: La Commission relève que cette disposition déroge au for de l'art. 59 CF dans la mesure où les sûretés fournies ne sont pas des sûretés réelles.

Ad alinéa 3: La Commission estime qu'il faut renoncer à régler cette question, selon le principe adopté au sujet de l'art. 77, al. 2, où il a été décidé de renvoyer au droit cantonal.

c) *Ad alinéa 1:* La Commission relève que l'art. 79, en instaurant une responsabilité causale, irait bien au delà de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui consacre uniquement une responsabilité aquilienne au sens des art. 41 ss. du Code des obligations (cf. JT 1963 I 140). Cette extension ne lui paraît guère justifiée.

Ad alinéa 2: Une dérogation au for du défendeur ne paraît pas justifiée, en tout cas dans les relations intercantionales.

Ad alinéa 3: La Commission estime que la rédaction de cette disposition est malheureuse. Elle est confuse, imprécise et n'apporte rien.

Article 80

Remarques générales: La Commission estime qu'il est nécessaire d'harmoniser les règles fédérales relatives aux mesures provisionnelles plutôt que de les réserver.

Titre VIII

De l'exécution

Aux art. 81 à 87 le Projet prétend réglementer trois questions qu'il convient de distinguer nettement: la force exécutoire des jugements, la conversion d'une créance en nature en dommages-intérêts et l'exécution forcée proprement dite. Si la Commission admet que la première question pourrait avoir sa place dans une telle loi fédérale, elle estime que la seconde relève en réalité du droit matériel et que la troisième, soit l'exécution forcée proprement dite, doit demeurer régie exclusivement par le droit cantonal. Tant au regard de la constitution qu'en opportunité, il est justifié que le droit fédéral assure de façon efficace la force exécutoire des jugements civils dans toute la Suisse. La Commission estime même que l'on pourrait aller plus loin que le Projet dans

cette voie et que, moyennant une réglementation exhaustive des conflits de juridiction intercantonaux, la réserve de l'art. 81 al. 2 LP devrait être supprimée: les jugements rendus dans d'autres cantons devraient être exécutoires aux mêmes conditions que ceux rendus par les tribunaux du canton et la possibilité de contester la compétence ou la régularité de la citation devrait être supprimée. Ce sont là des conséquences que le législateur fédéral peut tirer de l'art. 61 CF sans porter en rien atteinte à l'autonomie cantonale en matière de procédure.

En revanche, pour autant qu'ils assurent efficacement l'exécution forcée des jugements civils, les cantons doivent demeurer libres d'organiser celle-ci comme ils l'entendent, sous réserve du domaine régi par la LP. On ne voit pas pourquoi la réalisation du droit privé fédéral postulerait que l'exécution incombe au juge plutôt qu'à une autorité administrative ou à des huissiers, comme à Genève. De même, les cantons n'ont nul besoin d'une nouvelle loi fédérale pour recourir à la force publique ou pour prononcer des sanctions contre le récalcitrant. C'est dire que, là aussi, le Projet contient plusieurs dispositions (cf. art. 84 à 85) qui n'ont pas leur place dans une loi fédérale et qui sont de surcroît superflues.

Enfin, la Commission estime que la plupart des dispositions du Projet (cf. art. 81 al. 3, 83 et 87) qui touchent au droit matériel, en particulier aux art. 82 et 97 CO, sont malencontreuses. Quant au for prévu par l'art. 84 pour l'action en dommages-intérêts, il déroge sans nécessité à l'art. 59 CF.

Article 81

a) La Commission estime que seule la force exécutoire des décisions peut être réglée par la Confédération, à l'exclusion de l'exécution forcée.

c) La Commission estime que les auteurs du Projet auraient dû se préoccuper d'améliorer l'efficacité intercantonale des décisions. A condition de réglementer de manière exhaustive les conflits de juridiction intercantonaux, il serait possible d'exclure ex-

pressément tout contrôle de la compétence ou de la régularité de l'assignation au stade de l'exécution forcée. Ce système impliquerait la modification parallèle de l'art. 81 al. 2 LP, une dualité de régime selon la nature de l'obligation n'étant pas justifiée.

Il importe d'autre part que le caractère exécutoire de la décision ne soit pas lié à la force de chose jugée, certains jugements étant exécutoires avant même d'être définitifs. Aussi la Commission propose-t-elle le premier alinéa nouveau suivant: «L'exécution des jugements rendus dans des causes civiles et déclarés exécutoires peut être poursuivie dans toute la Suisse.» Il conviendrait en outre de préciser quels autres actes de procédure (transaction judiciaire, acquiescement, etc.) sont assimilés au jugement quant à la force exécutoire (cf. art. 80 al. 2 LP).

Ad alinéa 2: Cette disposition est superflue.

Ad alinéa 3: La Commission considère que cette disposition est malheureuse, car elle permet à l'autorité d'exécution de modifier le jugement. Elle paraît au surplus contraire à l'art. 82 du Code des obligations. Enfin, remplacer l'exécution de la contre-prestation par la fourniture de sûretés aboutirait à modifier le jugement lui-même, sans que le Projet précise quel est le juge qui doit déterminer la nature et le montant de ces sûretés. Aussi convient-il de s'en tenir au principe posé à ce sujet par l'art. 87 al. 1, 2^e phrase.

Article 82

a) Pas d'observation.

c) La Commission propose la suppression pure et simple de cette disposition qui est inutile. Elle relève à titre subsidiaire que la note marginale est mal rédigée. Elle devrait dire: «condamnation à un paiement ou à des sûretés pécuniaires».

Article 83

a) Cf. les observations générales sur le titre VIII (supra, p. 1047).

c) La Commission pense que seul l'art. 97 CO peut s'appliquer en cette matière. Il s'agit en effet de la conversion d'une créance en nature en une créance en dommages-intérêts, question qui relève du droit matériel et non d'une loi de procédure. Une nouvelle décision judiciaire paraît nécessaire pour obtenir cette modification.

Article 84

a) Pour les raisons indiquées plus haut (remarques générales ad titre I^{er}, p. 1003ss.), cette règle de for ne saurait avoir qu'une portée intercantonale. Même ainsi limitée, elle contreviendrait à l'art. 59 CF dans la mesure où le juge compétent n'est pas celui du

domicile du défendeur à cette action en dommages-intérêts, celle-ci constituant une réclamation personnelle. Enfin, le législateur fédéral ne saurait imposer aux cantons de confier l'exécution forcée à une autorité judiciaire plutôt qu'administrative.

c) La Commission propose le texte nouveau suivant, compte tenu des remarques figurant sous lettre a ci-dessus: «En matière inter-cantonale, l'exécution forcée d'un jugement ressortit à l'autorité compétente du lieu où le jugement doit être exécuté.»

Avec ce nouveau texte, l'al.2 de l'art.84 devient sans objet.

Article 85

a) La Commission considère que cette question relève exclusivement du droit cantonal car elle concerne l'exécution forcée des décisions (voir les observations générales, supra p.1047/48).

Article 86

a) La Commission considère que l'exécution forcée ne peut relever que du droit cantonal. Tout ce que le législateur fédéral peut demander aux cantons, c'est d'assurer l'exécution forcée des jugements civils par des moyens efficaces.

Article 87

a) Pas d'observation d'ordre constitutionnel, cette disposition touchant au droit matériel.

c) *Ad alinéa premier:* La Commission considère que la première phrase est superflue. La solution prévue par la deuxième phrase étant conforme à celle préconisée en lieu et place de l'art.81 al.3, il n'y a pas lieu de renvoyer à cette disposition.

Ad alinéa 2: La Commission le juge superflu. Au point de vue de la technique législative, il est fâcheux qu'une loi se réfère à une ordonnance. C'est l'ordonnance sur le registre foncier qui doit s'adapter à la loi et non le contraire!

Titre IX

De la police de l'audience

Article 88

a) Cette disposition donnerait malencontreusement à penser que les cantons n'ont pas déjà, en vertu de leur souveraineté, la faculté

d'infliger des amendes d'ordre. Ils n'ont nul besoin pour cela d'une délégation de pouvoir du législateur fédéral.

c) La Commission constate tout d'abord que le titre «de la police de l'audience» est trop étroit par rapport aux questions prévues à l'art. 88.

En outre, l'art. 335, chiffre premier, al. 2 CP réserve déjà la faculté pour les cantons d'édicter des peines et non seulement des amendes dans ce domaine. Le choix du juge ne saurait dès lors se limiter, comme le prétend le commentaire BALMER (p. 461/2), à une amende d'ordre ou à l'application de l'art. 292 CP.

Titre X

De l'entraide judiciaire

Article 89

La Commission relève à quel point il est paradoxal que le serment, banni par le Projet sur le plan suisse, soit toléré dans les cas d'entraide judiciaire avec l'étranger. La Commission se rallie en outre à l'opinion du délégué valaisan selon lequel le Titre X du Projet pourrait porter avant tout sur l'entraide judiciaire inter-cantonale et régler notamment:

- a) La notification des actes judiciaires
- b) Les citations aux témoins, parties, experts
- c) Les commissions rogatoires
- d) l'exécution des jugements, etc.,

cela dans la mesure où des concordats n'aboutiraient pas sur ces sujets.

Conclusions

L'ampleur des remarques contenues dans le rapport de la Commission, dont seule une partie est publiée ici, souligne, mieux que toute démonstration dogmatique:

- le nombre et la diversité des institutions procédurales touchées par les dispositions du Projet;

- les difficultés que rencontreraient les législateurs cantonaux à adapter leurs codes de procédure civile à une telle loi fédérale;
- les incertitudes et les complications qui résulteraient de cette dualité pour les magistrats, les avocats et les plaideurs;
- enfin, le peu d'utilité de la plupart des dispositions proposées pour assurer la réalisation du droit matériel fédéral, qui apparaît de façon générale suffisamment garantie par les lois de procédure des cantons romands et du Tessin.

Aussi, dans la mesure où la Confédération estimerait utile de légiférer en matière de procédure, serait-il préférable de s'attacher à régler de façon exhaustive certaines questions d'une grande importance pratique, telles que les conflits de juridiction intercantonaux, l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire des jugements ou l'entraide judiciaire intercantonale.

SITZUNG VOM SONNTAG, DEN 5. OKTOBER 1969
IN DER AULA MAGNA DER UNIVERSITÄT GENÈVE

Präsident:

Prof. Dr. HANS MERZ, Muri

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 9 Uhr mit einem Dankeswort an die juristische Fakultät der Universität Genf:

Wer die ihm zugesandte Festkarte aufmerksam betrachtet hat, wußte, daß uns eine Überraschung besonderer Art bevorstand. Der Abschnitt «Recueil d'Etudes» verriet, daß die juristische Fakultät der Universität Genf es sich nicht nehmen lassen werde, die Tagungsteilnehmer mit einer wissenschaftlichen Festgabe zu beschenken, wie sie das an den vergangenen Genfer Tagungen getan hat. Ich kann den Inhalt nicht würdigen, da ich – wie Sie alle – das Buch eben erst erhalten habe. Ich kann aber ermessen, was an entsagungsvoller Arbeit geleistet werden mußte. Man hat die Festgaben schon mit Friedhöfen verglichen. Ich möchte demgegenüber festhalten, daß die schweizerische Rechtsentwicklung durch das in den vielen Festgaben enthaltene monographische Schrifttum eine bedeutsame Stütze und Förderung erfahren hat. An Beispielen würde es nicht mangeln und ich zweifle nicht daran, daß auch dieser neue Band gebührende Beachtung finden wird. Die Verfasser und die Fakultät seien unseres herzlichen Dankes versichert.

VIII.

Prof. Dr. HANS HEROLD, Zürich, verliest als Präsident der Rechtsquellenkommission den folgenden Bericht:

Herr Prof. Dr. HERMANN RENNEFAHRT, der am 30. September 1968 im Alter von fast 90 Jahren starb, hinterließ die

Bände XI «Wehrwesen» und XII «Bildungswesen» noch druckfertig. Die Korrekturen und die Anpassung des Sachregisters hat Herr Dr. phil. J. J. SIEGRIST in Meisterschwanden übernommen. Er wird seine Arbeit an den Rechtsquellen der Freien Ämter und des luzernischen Amtes Merenschwand etwas zurückstellen müssen. Die beiden Halbbände IX «Gebiet, Haushalt, Regalien» und X «Polizei, Fürsorge» der Berner Rechtsquellen konnten ausgeliefert werden. Trotz erheblichen Beiträgen der Friedrich-Emil-Welti-Stiftung und bernischer Subvenienten bleibt noch eine erhebliche Belastung des Schweizerischen Juristenvereins, woraus sich der Vermögensrückgang erklärt. Die Kosten der zweiten Auflage des Bandes I/II der Berner Stadtrechte übernimmt die erwähnte Stiftung.

Herr Ständerat Dr. phil. FRITZ STUCKI setzte seine Arbeit an den Glarner Rechtsquellen fort, Herr Prof. Dr. EUGEN GRUBER diejenige der zugerischen. Seine Arbeit steht vor dem Abschluß, das Material ist noch auszuscheiden, zu gliedern und auf die verschiedenen Bände zu verteilen. Der den Mitgliedern des Schweizerischen Juristenvereins zum Preise von Fr. 5.— vor Jahresfrist angebotene Vorabdruck konnte leider nur in 45 Exemplaren abgesetzt werden.

Angesichts seines vorgerückten Alters hat Herr Prof. Dr. KARL SCHIB sein Material für die Rechtsquellen von Schaffhausen 1345–1454 Herrn Dr. phil. KARL MOMMSEN übergeben, der es im Auftrag der Rechtsquellenkommission für die Drucklegung überarbeiten wird. Dr. h.c. WALTER MÜLLER in Zürich hat sein Manuskript für einen Band mit Landrecht der Fürstabtei St. Gallen und anderen fürstenländischen Quellen druckfertig erstellt. Der Historische Verein des Kantons St. Gallen wird einen Teil dieser Quellen im Vorabdruck veröffentlichen. Die Rechtsquellenkommission hat einen Betrag von Fr. 7000.— für die Drucklegung des ganzen Bandes zugesprochen, den der Autor in höchst verdienstvoller Weise ohne Beanspruchung eines Honorars erstellt hat. Von den Rechtsquellen Graubündens ist ein zweiter Band mit Dorf-ordnungen des Engadins in der Serie B erschienen, der latei-

nische, hauptsächlich aber ladinische Dorfordnungen enthält. Der Bearbeiter, Dr. ANDREA SCHORTA, hat eine deutschsprachige Einleitung dazu verfaßt und wird nun die Zivil- und Kriminalstatuten des Engadins sowie ein Glossar für deutschsprachige Leser bearbeiten. Von den übrigen graubündnerischen sowie den Tessiner Rechtsquellen ist wenig Neues zu berichten.

Sehr stark vorangetrieben werden konnte jedoch im Berichtjahr die Bearbeitung des waadtländischen Gewohnheitsrechtes, das im Spätmittelalter vor allem in den Enquêtes seinen schriftlichen Ausdruck fand. Herr Prof. Dr. JEAN-FRANÇOIS POUDRET von der Universität Lausanne arbeitete einen Plan für die Herausgabe der waadtländischen Rechtsquellen aus, der folgende Teile umfassen soll:

- I Enquêtes coutumières
- II Formulaires et traités notariaux
- III Chartes de franchises
- IV Recueils coutumiers du XVI^e siècle
- V Les lois et statuts du Pays de Vaud de 1616
- VI Coutumiers locaux de l'époque bernoise
- VII Droit lausannois
- VIII Auteurs de droit civil du XVIII^e siècle
- IX Traités de procédure
- X Droit féodal
- XI Mandats et ordonnances souveraines
- XII Codes et ordonnances consistoriales

Seine Mitarbeiterin Madame JEANNE GALLONE-BRACK hat einen Teil der Gewohnheitsrechte für eine spätere Drucklegung vorbereitet. Im Kanton Neuenburg hat der neuernannte Lehrbeauftragte, Dr. iur. DOMINIQUE FAVARGER sich bereit erklärt, in den nächsten drei Jahren zwei Drittel seiner Arbeitszeit der Erforschung der Neuenburger Rechtsquellen zu widmen, die er bereits inventarisiert hat. Im Vordergrund stehen auch hier Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechtes, die allerdings mehr von einzelnen Persönlichkeiten als, wie im Waadtland, aus großen Einzelprozessen stammen.

Herr Dr. phil. KARL MOMMSEN hat neben seiner oben erwähnten Arbeit für Schaffhausen vor allem im Landesarchiv Karlsruhe nach den Urkunden geforscht, die für die schweizerische Rechtsgeschichte oder für Kantonsarchive von Bedeutung sind. Er ist vollamtlich vom Schweizerischen Nationalfonds besoldet. Soweit seine Arbeit den Kantonsarchiven zugut kommt, haben diese dem Nationalfonds die Spesen zu vergüten. Unterstützt wird Dr. MOMMSEN von Cand. phil. JOSEF BRÜLISAUER, Freiburg.

Der Schweizerische Nationalfonds sprach einen vom 1. Oktober 1969 bis 30. September 1972 laufenden neuen Kredit zu, der zur Hauptsache für die Besoldung der beiden vollamtlichen Mitarbeiter Dr. MOMMSEN und Dr. SIEGRIST und der teils im Monats-, teils im Stundenlohn entlöhnten nebenamtlichen Mitarbeiter bestimmt ist. Zudem gibt der Nationalfonds Verbilligungsbeiträge für die erscheinenden Bände und unterstützt die Herausgabe der ladinischen Rechtsquellen aus anderen Krediten. Örtliche Subvenienten und namentlich die F.E. Welti-Stiftung ermöglichen die Herausgabe der Berner Rechtsquellen; diese Stiftung hat auch einen namhaften Beitrag an die bündnerischen Rechtsquellen zugesprochen.

Es ist mir ein Bedürfnis, im Namen der Rechtsquellenkommission den Mitarbeitern und Subvenienten meinen herzlichen Dank auszusprechen.

IX.

Da die Forschungskommission im vergangenen Vereinsjahr keine Tätigkeit entfaltet hat, kann der Versammlung kein Bericht vorgelegt werden. Das Traktandum fällt dahin.

X.

Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern, gibt bekannt, daß sich der Berner Juristenverein geehrt fühlen würde, wenn der nächste Juristentag im Kanton Bern stattfinden könnte. Als Ta-

gungsort ist Interlaken in Aussicht genommen worden. Diese Einladung wird mit Applaus angenommen.

Da keine Wortmeldungen mehr vorliegen, schließt der Präsident die geschäftliche Sitzung.

XI.

Die Diskussion über das Thema «Kooperativer Föderalismus» wird getragen durch ein Gespräch am runden Tisch. Daran nehmen auf Einladung des Vorstandes teil die Herren:

R.HELIG, Rechtsanwalt, a. Staatsrat des Kantons Genf, Genf, Gesprächsleiter; Professor J.-F.AUBERT, Corcelles; Staatsrat CL.BONNARD, Lausanne; Ständerat A.BOREL, Genf; Professor CH.DOMINICÉ, Genf; Professor F.GYGI, Bern; Professor U.HÄFELIN, Zürich; Professor K.HESSE, Merzhausen (BRD); Staatsschreiber H.STADLER, St. Gallen.

Dem Gespräch am runden Tisch lagen folgende Thesen der Referenten DOMINICÉ (D) und HÄFELIN (H) zugrunde:

I. Begriff und Bedeutung des kooperativen Föderalismus

1. Der kooperative Föderalismus als Zusammenarbeit unter den Kantonen sowie zwischen Bund und Kantonen muß im Gesamtrahmen der bundesstaatlichen Ordnung betrachtet werden. Er bezieht sich auf die Mehrheit aller staatlichen Funktionen und erstrebt eine möglichst rationelle und harmonische Bewältigung der Staatsaufgaben unter Aufrechterhaltung der föderalistischen Staatsstruktur. (D + H)

2. In dem Maße als sie auf eine grundsätzliche Ordnung hinzielt, liegt in der föderalistischen Zusammenarbeit eine Stärkung des Föderalismus. Koordination und Kooperation stellen nicht einen Widerspruch zur kantonalen Autonomie dar, sondern bedeuten eine gemeinsam vorgenommene Ausübung der kantonalen Autonomie. Zum Teil vermögen die Kantone nur in gegenseitiger Zusammenarbeit und eventuell

in Zusammenwirken mit dem Bund die ihnen zugedachten Aufgaben zu erfüllen. Die Beteiligung des Bundes ist wesentlich; in ihr darf nicht einfach eine Bedrohung der Selbständigkeit der Kantone erblickt werden. (H)

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen der föderalistischen Zusammenarbeit

3. Im schweizerischen Bundesstaatsrecht sind die verfassungsmäßigen Grundlagen für die föderalistische Zusammenarbeit gegeben. Dies gilt sowohl für die horizontale Kooperation zwischen den Kantonen, wie auch (mit einer gewissen Einschränkung) für die vertikale Kooperation zwischen Bund und Kantonen. (D + H)

4. Es ist eine Verfassungsänderung zu erwägen, die dem Bund umfassende Rahmengesetzgebungskompetenzen in gewissen Materien, wie z.B. öffentliche Gesundheit, Sicherstellung der natürlichen Lebensgrundlagen und Wissenschaftspolitik, vermittelt. (D)

III. Grenzen der föderalistischen Zusammenarbeit

5. Für den kooperativen Föderalismus bestehen verfassungsrechtliche Schranken. Er muß die in der Bundesverfassung enthaltene Kompetenzordnung beachten und darf nicht zur Verschiebung der verfassungsmäßigen Kompetenzen und Verantwortlichkeiten führen. Die Kantone und der Bund sind nur je innerhalb ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen zur föderalistischen Zusammenarbeit befugt. Daraus ergibt sich eine Beschränkung der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen; eine gemeinsame Besorgung von Staatsaufgaben durch Bund und Kantone ist nur zulässig, soweit dazu verfassungsmäßige Grundlagen bestehen. (H)

6. Der föderalistischen Zusammenarbeit sind politische Grenzen gesetzt. Der kooperative Föderalismus ist kein Allheilmittel zur Lösung aller Probleme, die der moderne

Staat dem Föderalismus stellt. Die Übertreibung eines falsch verstandenen kooperativen Föderalismus führt zu einer unübersehbaren Vermehrung von Zusammenarbeitsformen und letztlich zu einer Beeinträchtigung der bundesstaatlichen Ordnung. (H)

IV. Bisherige Praxis der föderalistischen Zusammenarbeit in der Schweiz

7. Die bisherige Praxis verblieb weitgehend im Zufälligen und vermochte nur eine beschränkte Wirksamkeit zu entfalten. Der kooperative Föderalismus – obwohl als Ausdruck heute viel verwendet – ist noch kein tragendes Element des schweizerischen Bundesstaates. (H)

V. Finanzordnung

8. Die Finanzordnung ist von großer Bedeutung für die Ermöglichung einer leistungsfähigen föderalistischen Zusammenarbeit. (D + H)

9. Den Kantonen soll ein wichtiger Teil der Finanzquellen belassen werden. Die Bundesmittel sollen vor allem zur Finanzierung von zusammenhängenden Planungen und Programmen verwendet werden und nicht so sehr zur Finanzierung einer Vielzahl von Teilmaßnahmen. (D)

VI. Rechtsschutz

10. Zur Sicherung der komplexen föderalistischen Ordnung sollte für alle föderativen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen den Kantonen ein umfassender Rechtsschutz durch das Bundesgericht bestehen. Die in Art. 113 Abs. 3 BV liegende Beschränkung widerspricht dem föderalistischen Grundgedanken. (H)

VII. Mittel zur Verstärkung der föderalistischen Zusammenarbeit

11. Es ist eine systematische wissenschaftliche Bearbeitung der verschiedenen Formen föderalistischer

Zusammenarbeit und ihrer Wirksamkeit anzustreben.
(D + H)

12. Um eine wesentliche Funktion innerhalb der bundesstaatlichen Ordnung zu erfüllen, müssen in der Praxis zwei Anforderungen beachtet werden:

– die Forderung der Grundsätzlichkeit, d.h. die föderalistische Zusammenarbeit muß eine grundsätzliche Ordnung anstreben und nicht in einer Vielzahl beschränkt wirksamer Institutionen steckenbleiben, die jeweils bei einem besonders dringenden Bedürfnis der Koordination für einen bestimmten Sachbereich aufgestellt werden, aber untereinander ohne Zusammenhang sind,

– die Forderung der Leistungsfähigkeit, d.h. soweit eine Zusammenarbeit als notwendig erscheint, soll sie ohne Verzögerung praktische Ergebnisse zeitigen, und die gemeinsamen Organe müssen mit den notwendigen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sein. (H)

13. Insbesondere ist eine Verstärkung der interkantonalen Zusammenarbeit erstrebenswert. (D + H)

14. Zum Zwecke der Information und des Erfahrungsaustausches sind eine umfassende Dokumentation und Publikation für die föderalistische Zusammenarbeit notwendig. Alle Vereinbarungen unter den Kantonen sowie zwischen Bund und Kantonen sollen zuverlässig und konsequent publiziert werden. (D + H)

15. Eine Koordination der verschiedenen Formen der föderalistischen Zusammenarbeit drängt sich auf. Nur dadurch wird eine den Föderalismus beeinträchtigende Aufsplitterung in eine unüberblickbare Vielzahl von föderalistischen Zusammenschlüssen von beschränkter Wirksamkeit vermieden und die Kantone in ihrer grundsätzlichen Stellung gestärkt. Eine solche Koordination bedeutet:

– Koordination der verschiedenen Formen der Zusammenarbeit mit anderen Kantonen und mit dem Bund innerhalb jedes einzelnen Kantons,

- Koordination der verschiedenen Formen der interkantonalen Zusammenarbeit,
- Beteiligung des Bundes an der Koordination im Sinne einer Verknüpfung von horizontaler und vertikaler Kooperation.

Als ideale Koordinationsstelle könnte der Ständerat in Frage kommen, falls er als Vertretung der Kantone organisiert wäre. Er würde über die notwendige Autorität verfügen, und es müßte kein zusätzliches Organ geschaffen, sondern nur die föderalistische Funktion des Ständerates verstärkt werden. (H)

16. Zur Ausbildung der für die vielfältigen und schwierigen Verwaltungsaufgaben notwendigen Funktionäre sollte ein *institut universitaire d'études nationales et d'administration* errichtet werden. (D)

* * *

1. M. HELG: Mon premier devoir est de remercier les rapporteurs de l'immense travail fourni. Ce sujet, vaste et encore inexploité sérieusement par les juristes, se présentait davantage comme une nébuleuse que comme une notion bien précise. Il a demandé un effort de réflexion et de documentation considérable, les renseignements étant éparpillés et devant être recherchés jusque dans les chancelleries cantonales.

Ces rapports sont d'autre part extrêmement intéressants dans le cadre des travaux en cours en vue de la révision de la Constitution, auxquels ils apportent une contribution constructive.

La discussion de cette «table ronde» prendra comme point de départ les thèses mises au point par les rapporteurs telles qu'elles sont exprimées sur les formules, en allemand et en français, qui ont été remises aux participants.

Pour commencer, il conviendrait de définir le fédéralisme coopératif. Toutefois, la recherche d'une définition risquant de prendre une bonne partie de notre temps, je vous propose

de nous arrêter à la définition des rapporteurs (point I/1) et de considérer si celle-ci soulève des objections.

Tel n'étant pas le cas, nous pouvons poursuivre par l'examen du point 2. Je poserai moi-même tout d'abord une question.

A l'heure actuelle on se rend compte de plus en plus que si l'on définit le fédéralisme en termes de compétences, il se vide peu à peu de son contenu, étant donné que les tâches requièrent des solutions fédérales et que, souvent, c'est perdre son temps que de se lancer dans des combats d'arrière-garde. Le fédéralisme, pour rester vivant, devrait plutôt se définir comme l'organisation constitutionnelle d'une autonomie à la fois administrative et financière. Le fédéralisme coopératif tel que les rapporteurs l'ont conçu n'est-il pas de nature à donner une nouvelle définition au fédéralisme ?

2. M. DOMINICÉ: Il est déjà tellement difficile de se mettre d'accord sur une définition du fédéralisme qu'il est encore plus difficile de dire ce que serait une «nouvelle» définition du fédéralisme! Toutefois, il y a lieu d'envisager probablement différemment les principes de fonctionnement des structures fédérales, dans ce sens qu'au lieu d'être fondées sur une sorte de séparation des domaines d'intervention des pouvoirs publics – domaines fédéraux et domaines cantonaux – on devrait envisager plus largement, tout au moins dans les tâches les plus difficiles, délicates et importantes, une intervention conjuguée des cantons et de la Confédération dans les mêmes domaines selon des modalités à définir. Faut-il essentiellement se tenir à des principes, à des objectifs au plan fédéral et laisser la mise en œuvre complète, adaptée aux circonstances locales, aux cantons? C'est une solution.

Il s'agirait donc moins d'une définition nouvelle du fédéralisme que d'une conception nouvelle de la répartition des tâches, qui ne se ferait plus en fonction des domaines ou des matières spécifiques, mais en fonction des différents aspects de la prise en charge d'une même matière.

3. Herr HÄFELIN: Im Grunde stimme ich mit dem, was Herr DOMINICÉ gesagt hat, weitgehend überein. Ich habe gewisse Bedenken gegenüber einer zu weit gehenden Begründung des Begriffes neuer Föderalismus, *new federalism*, weil der Anschein erweckt werden könnte, man finde eine neue Konzeption, – die es bis heute einfach nicht gibt –, mit der alle weiteren Probleme zu lösen wären. Ich glaube, der kooperative Föderalismus – ein fragwürdiger Terminus, wenn er wissenschaftlich maßgebend sein soll – betont im Grunde das, was in jedem Bundesstaate vorhanden sein muß. Ich möchte hervorheben, daß das, was heute als kooperativer Föderalismus ausgegeben wird, in der Schweiz eine alte Erscheinung darstellt und schon im 19. Jahrhundert geübt wurde. Nur ist im modernen Verwaltungsstaat der Gedanke der Kooperation in den Vordergrund gerückt. Die neuen Gegebenheiten des Verwaltungsstaates verlangen eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen.

4. Herr HESSE: Ich habe mit lebhafter Zustimmung im Referat von Herrn DOMINICÉ gelesen, daß der kooperative Föderalismus nichts anderes als die heutige Form des Föderalismus darstellt. Das ist unter zwei Aspekten wesentlich. Einmal ist ein Staat, in welchem die Idee des kooperativen Föderalismus gut verwirklicht wird, leistungsfähiger als der Einheitsstaat. Dann aber ist der Gedanke des kooperativen Föderalismus auch von grundlegender Bedeutung für eine Ordnung der politischen Freiheit. Die Zusammenarbeit tritt beim kooperativen Föderalismus an die Stelle autoritärer Anordnungen. Kooperation wird somit zu einem Element der freiheitlichen Betätigung und berührt sich insofern mit dem Ideengehalt der Demokratie. Ein Wandel im Föderalismus hat sich dahingehend vollzogen, daß früher die Selbständigkeit verschiedener Willensbildungseinheiten, heute aber die Zusammenarbeit dieser selbständigen Einheiten im Vordergrund steht. Eine fruchtbare Zusammenarbeit setzt einerseits eine gewichtige funktionelle Bedeutung und andererseits die Unabhängigkeit der einzelnen Partner voraus.

Freiheit und Selbständigkeit müssen sich heute in einem starken Staat bewähren. Dabei kann sich der Gedanke des kooperativen Föderalismus als hilfreich erweisen, obwohl man sich davon keine Patentlösung versprechen darf. Immerhin besitzt die Idee des kooperativen Föderalismus den Vorteil elastischen Denkens, das sich in den USA, und wie ich nach dem Lesen der beiden vorliegenden Referate als Grundlage des heutigen Gesprächs feststellen kann, auch in der Schweiz immer mehr Bahn bricht.

5. M. HELG: J'aimerais poser une question au Professeur HESSE qui a déclaré que «l'Etat unitaire n'est pas nécessairement centralisateur». Dans ces conditions n'est-il pas difficile de faire la différence entre un Etat fédératif et un Etat décentralisé?

6. Herr HESSE: Der Unterschied zwischen Zentralisation und Föderalismus ist in der Tat nicht ohne weiteres in ausgeprägter Weise deutlich zu machen. Trotzdem läßt sich sagen, daß Zentralisation nicht gleichbedeutend ist mit einer föderativen Ordnung und sicher nicht mit kooperativem Föderalismus. In der Dezentralisation bleibt eine hierarchische Ordnung bestehen, es fehlt das Element der Verselbständigung autonomer Einheiten bei der Lösung gemeinsamer Aufgaben, das den kooperativen Föderalismus kennzeichnet.

7. M. BONNARD: Je suis inquiet face à l'opinion exprimée notamment dans le rapport de M. DOMINICÉ, selon laquelle on devrait remettre à l'Etat central l'action normative, du moins dans sa plus grande partie, et aux collectivités membres l'application ou l'exécution de la législation. Il ne s'agit plus alors de fédéralisme, mais de décentralisation administrative. Or, le fédéralisme comprend dans son essence de la souveraineté.

Cependant, l'idée de décentralisation pourrait être combinée avec celle d'un fédéralisme authentique en posant deux règles:

1. la première règle, qui serait l'expression d'un fédéralisme authentique, dirait: une matière n'est unifiée par la loi fédérale que si et dans la mesure où le bien commun l'exige et s'il n'existe aucune autre solution, notamment s'il est avéré qu'il est impossible de procéder par la voie de conventions intercantionales;

2. la seconde règle, qui exprimerait ce fédéralisme coopératif serait: lorsqu'une matière est unifiée par la loi fédérale ou par une convention intercantonale, les cantons sont chargés de l'application en disposant à cet effet de la plus large sphère d'autonomie.

8. Herr STADLER: Von Föderalismus oder kooperativem Föderalismus kann nicht in rein theoretischen Modellen gesprochen werden. Es bedarf auch der Berücksichtigung der politischen Seite, der Betrachtung des politischen Rahmens, in welchem sich der kooperative Föderalismus bewähren soll. Recht und Politik befinden sich häufig näher beisammen, als man wahr haben will. Das zeigte sich auch bei der gestrigen Diskussion um die Vereinheitlichung des Zivilprozesses, welche im Rahmen dieser Jahrestagung des Schweiz. Juristenvereins stattgefunden hat.

Was nun den politischen Rahmen des kooperativen Föderalismus betrifft, müssen zwei Dinge klar unterschieden werden:

1. Auf der einen Seite steht die nachbarliche Zusammenarbeit zwischen mehreren Kantonen im Rahmen einer bestimmten Region, die je nach der zu erfüllenden Aufgabe ihre territorialen Grenzen findet. Alte und neue Aufgaben, welche durch die Kantone zu bewältigen sind, erfordern heute eine Zusammenarbeit über die einzelnen Kantons Grenzen hinaus. Kooperativer Föderalismus im Sinne solcher regionaler Zusammenarbeit ist eine absolute Notwendigkeit, so daß die dabei auftretenden Nachteile unter allen Umständen in Kauf genommen werden müssen.

2. Auf der anderen Seite steht das Zusammenwirken aller Kantone. Hier stellt sich die Alternative, daß alle Kantone

gemeinsam eine Aufgabe erfüllen oder der Bund sich ihrer annehmen muß. Gegen ein solches Zusammenwirken aller Kantone erheben sich Bedenken. Dies unter zwei Gesichtspunkten, welche bei der Legitimation des Föderalismus berücksichtigt werden müssen. Der Föderalismus wird einmal durch das Subsidiaritätsprinzip legitimiert. Wo aber alle Kantone zusammenwirken müssen, um einer bestimmten Aufgabe gerecht werden zu können, fragt es sich, ob die Testfrage des Subsidiaritätsprinzipes nicht zugunsten des Bundes ausfallen muß. Im übrigen wird der Föderalismus auch von der Demokratie her legitimiert. Eine bundesrechtliche Regelung kann im Vergleich zu einem Zusammenschluß aller Kantone auf demokratischere Weise zustande kommen, als ein Konkordat, an welchem sich alle Kantone beteiligen.

Bei den Vereinbarungen aller Kantone wirken häufig nur die Regierungen oder sogar nur einzelne Mitglieder der verschiedenen Kantonsregierungen mit. Ähnliche Bedenken erheben sich schließlich unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung, welche ebenfalls als Legitimation des Föderalismus angeführt wird. Gewaltenteilung ja, aber keine Zersplitterung der staatlichen Autorität durch ein allzu vielfältiges Zusammenwirken der Kantone, das nicht mehr auf gewisse Grundprinzipien zurückzuführen ist.

Damit die interkantonale Zusammenarbeit auf ein Minimum beschränkt werden kann und geordnete Verhältnisse erhalten bleiben, müssen die Kantone leistungsfähig sein. Starke Kantone sind die Voraussetzung für einen kooperativen Föderalismus.

9. M. HELG: Il faut relever qu'à l'heure actuelle les rapports entre l'individu et les pouvoirs publics se déroulent dans 82% des cas avec les cantons et dans 18% seulement avec la Confédération. Il convient de s'efforcer de sauvegarder, dans la mesure du possible, cette proportion afin que l'administré garde le sentiment de dépendre essentiellement du canton. Le fédéralisme est de nature à favoriser le main-

tien d'un juste équilibre dans les rapports de l'individu avec les différents pouvoirs publics.

10. M. AUBERT: J'aurais trois remarques à formuler:

En ce qui concerne la définition du fédéralisme et du fédéralisme coopératif, un des éléments intéressants du fédéralisme est de rapprocher l'individu du pouvoir. Le pouvoir central étant éloigné de l'individu, il existe des relais locaux, des relais cantonaux. Il est bon que ces relais ne se combattent pas mutuellement et qu'ils coopèrent avec le point final, qui est le point central. Il ne faut cependant pas croire que le fédéralisme coopératif apporte quelque chose de nouveau par rapport à ce que nous connaissons du fédéralisme. Le fédéralisme sera toujours un système de répartition de compétences, que l'on parle de coopération ou non. Il sera toujours indispensable de savoir qui, en définitive, du canton ou de la Confédération – voire des deux lorsqu'il s'agit de tâches communautaires – détient tel ou tel pouvoir.

Au sujet de la coopération régionale que M. STADLER semble préférer à la coopération nationale et de la législation fédérale qui serait préférable à un concordat groupant les 25 cantons, j'aimerais relever qu'une loi fédérale, si bonne soit-elle, diffère d'une convention souscrite par les 25 cantons. Une loi fédérale émane d'un seul centre de décision; elle est donc généralement plus facile à obtenir qu'un concordat qui nécessite l'accord de 25 centres de décision. Par contre, si la convention n'atteint pas les résultats espérés, il est possible d'en sortir par simple dénonciation. Et il n'est pas indifférent au canton d'être soumis à une législation concordataire ou à une législation fédérale, qui est pratiquement irréversible. C'est pourquoi je serais plus réticent à l'égard de la législation fédérale.

M. BONNARD nous a donné une définition positive du fédéralisme sous forme de deux règles. En résumé, la première règle serait celle de la subsidiarité: si les cantons négligent d'agir, la Confédération peut intervenir, et, en vertu de la seconde règle, si la Confédération a posé des règles par suite

de la carence des cantons, les cantons sont chargés de les appliquer. Or, la première règle n'est pas une règle juridique, mais une règle purement politique. Déterminer si les cantons manquent à leur mission, si la législation cantonale est suffisante ou non, appartient au Conseil fédéral, puis aux Chambres qui décideront de donner à la Confédération une nouvelle compétence, puis au peuple et aux cantons. En fait, la règle énoncée par M. BONNARD est celle que les cantons essaient de suivre depuis 120 ans!

11. Herr HÄFELIN: Wenn ich mich noch äußern darf zum Konkordat, bei welchem alle Kantone beteiligt sind, so möchte ich auf einen generellen Gesichtspunkt hinweisen, der hier berücksichtigt werden sollte. Es geht um die Unterscheidung zwischen Unitarismus und Zentralismus, wie sie von Herrn HESSE in bezug auf die deutschen Verhältnisse erwähnt wurde. Bei der Willensbildung im Hinblick auf ein Konkordat sind die Kantone als solche beteiligt und das ist wichtig unter dem Gesichtspunkt des Föderalismus. Wenn es gelingt, bei einer unitarischen Lösung die Kantone als solche mitentscheiden zu lassen, dann bedeutet das eine Stärkung der letzteren und ist im Hinblick auf den Gedanken des Föderalismus einer zentralistischen Lösung, welche durch die Einschaltung des Bundes zustande kommt, vorzuziehen.

12. M. BOREL: Des interventions de MM. AUBERT et STADLER on pourrait conclure à l'existence d'une contradiction absolue et définitive entre la collaboration sur le plan régional et la collaboration entre cantons sur le plan confédéral. Or, la collaboration sur le plan régional est fréquemment le premier stade d'une collaboration qui doit finalement s'échafauder et se couronner sur le plan d'un concordat, c'est-à-dire d'une convention entre tous les cantons.

13. Herr STADLER: Herrn AUBERT gegenüber möchte ich eingestehen, daß Konkordate, welche alle Kantone umfassen, in gewissen Fällen begrüßenswert sein können. Im allgemeinen sind sie es aber nicht. Einmal ist nämlich zu beden-

ken, daß man von einem Konkordat nicht so leicht wieder los kommt, wie sich Herr AUBERT das vorzustellen scheint. Dann muß unter dem Gesichtspunkt der Demokratie beachtet werden, daß Konkordate häufig über die Köpfe der kantonalen Parlamentarier und teilweise auch der Regierungsmitglieder hinweg allein von den entsprechenden Departementsvorstehern abgeändert werden.

14. M. HELG: N'existe-t-il pas une certaine contradiction entre les points 4 et 5? D'autre part, n'aurait-on pas tendance, pour rendre ce fédéralisme plus efficace, à donner davantage de compétences à la Confédération?

15. M. DOMINICÉ: Ces thèses ont été élaborées à la suite d'un échange de lettres entre M. HÄFELIN et moi-même. Nous avons simplement essayé de regrouper nos conclusions dans un document unique. La thèse No 4 est une de mes conclusions. Elle a trait à la politique constitutionnelle et suggère de ramasser certaines définitions constitutionnelles très limitées en une définition plus large qui couvre l'ensemble d'une matière, mais néanmoins – par souci d'équilibre – de limiter le pouvoir d'intervention de la Confédération à l'énoncé de certains principes de législation-cadre, ce qui laisse subsister une large autonomie pour les législateurs cantonaux.

La thèse No 5 est une thèse élaborée par M. HÄFELIN. Elle se rapporte au problème de savoir ce que l'on peut faire dans le cadre existant. Il est évident que toute proposition doit respecter l'ordre constitutionnel existant ou celui qu'on envisage de créer après modification constitutionnelle.

Il s'agit donc d'une explication d'ordre pratique et il me semblerait vain de chercher à opposer ces deux thèses.

16. Herr HÄFELIN: Der kooperative Föderalismus bringt ein sehr elastisches Konzept der staatlichen Organisation zum Ausdruck. Das zeigt sich etwa beim Vergleich mit der Starrheit, die im Begriff des amerikanischen *dual federalism* liegt. Die große Elastizität der Idee des kooperativen Föde-

ralismus bringt viele Vorteile mit sich, hinsichtlich der zahlreichen Aufgaben, die gleichzeitig von Kantonen erfüllt werden müssen. Dieses elastische Konzept des kooperativen Föderalismus bedarf aber der Begrenzung. Die klare Kompetenzordnung eines Bundesstaates muß aufrecht erhalten werden, damit klare politische und rechtliche Verantwortlichkeiten bestehen bleiben.

17. Herr GYGI: Was am Wort «kooperativer Föderalismus» auffällt, ist ein gewisser Alibi-Charakter. Die Bundesverfassung bietet nach dem, was wir bisher gehört haben, die Grundlage für eine Kooperation unter den Kantonen und zwischen den Kantonen und dem Bund. Einer solchen Zusammenarbeit werden von der Bundesverfassung keine ernsthaften Hindernisse in den Weg gelegt. Auch sind Formen der Zusammenarbeit, die im Referat von Herrn HÄFELIN ausführlich geschildert werden, in großer Zahl herausgebildet worden. Der Föderalismus ist schon anlagehaft auf Kooperation ausgerichtet. Analog zu einer differenzierten Betrachtungsweise vor allem in bezug auf die Funktion der Gewaltenteilung, muß auch der Bundesstaat als Idee einer vertikalen Gewaltenteilung weniger als streng logischer Begriff, denn als Maxime möglichst erfolgreicher staatlicher Tätigkeit verstanden werden. Wenn heute von kooperativem Föderalismus die Rede ist, dann offenbar deshalb, weil man von dem Ergebnis der bisherigen Erfüllung staatlicher Aufgaben nicht in allen Teilen befriedigt ist. Daher der Alibi-Charakter im Ausdruck kooperativer Föderalismus.

Wenn trotzdem nach der Besonderheit des kooperativen Föderalismus gegenüber dem Föderalismus schlechthin gefragt wird, muß etwas anderes noch berücksichtigt werden. Man spricht heute vielfach von Föderalismus im Zusammenhang mit der Aufgliederung der staatlichen Aufgabenerfüllung in Gesetzgebung und Vollziehung, wobei allerdings diese Betrachtungsweise – wie Herr DOMINICÉ in seinem Referat betont hat – häufig zu stark im allgemeinen verbleibt. Soweit

es sich um die Erfüllung einer ganz bestimmten Aufgabe handelt, d.h. um einen abgegrenzten Kompetenzbereich, ist das föderalistische Zusammenwirken in Gesetzgebung und Ausführung nichts neues. Problematisch ist aber heute das Zusammenwirken in verschiedenen Kompetenzbereichen, mit andern Worten die Koordination bei der Erfüllung verschiedener Staatsaufgaben, die in verschiedene Kompetenzbereiche verwiesen wurden, heute aber nicht mehr ohne Gesamtplanung sinnvoll erfüllt werden können. Hier hilft das Schema von Gesetzgebung einerseits und Vollziehung andererseits nicht weiter. Vielmehr bedarf es einer neuartigen Koordination im Sinne eines neuen kooperativen Föderalismus.

18. M. AUBERT: J'aimerais poser une question à M. DOMINICÉ qui recommande de faire un usage plus large de ce que l'on appelle l'attribution à la Confédération de compétences de principes. La Confédération prendrait des lois-cadres, les cantons rempliraient ces cadres et ensuite exécuteraient toute la législation tant fédérale que cantonale.

Dans un tel cas ne faudrait-il pas prévoir une obligation pour les cantons de légiférer, d'une part, et, si les cantons ne satisfaisaient pas à cette obligation, un pouvoir de réglementation provisoire de substitution, d'autre part ?

Si telle est la conception de M. DOMINICÉ, on pourrait s'en inspirer à l'avenir pour répartir les pouvoirs.

19. M. DOMINICÉ: J'ai tendance à penser qu'il est difficile de faire de la théorie pure alors que les problèmes se posent de manière souvent très différente selon le domaine d'intervention des pouvoirs publics que l'on considère. Que l'on songe à une législation de sécurité sociale ou à la législation sur l'aménagement du territoire, les problèmes sont tout à fait différents. Il n'y a, à mon avis, pas de réponse unique et uniforme.

La législation-cadre pourrait, selon les cas, soit imposer aux cantons l'obligation de légiférer, soit leur en accorder simplement la faculté. L'obligation serait effectivement le

cas le plus fréquent. Ce pouvoir de substitution, tel que le décrit M. AUBERT, est déjà prévu par certaines dispositions de la législation fédérale pour le cas où les cantons, qui ont l'obligation d'établir des normes communes, notamment en matière de cours d'eau, de navigation, de pêche, ne réussiraient pas à s'entendre.

Cette idée de législation-cadre mériterait d'être examinée de manière plus concrète dans chaque domaine où le législateur doit intervenir. La législation sur l'aménagement du territoire, par exemple, peut donner l'occasion au législateur fédéral d'ouvrir certaines perspectives nouvelles, car il s'agit d'un domaine où les cantons et les communes devront garder de très grandes attributions puisqu'ils sont directement concernés par un plan d'aménagement, par la définition du cadre de leur vie.

Au plan fédéral, on devrait avoir certains principes, certains objectifs, qui seraient peut-être repris par les législations cantonales sous une forme plus élaborée et mieux adaptée aux conditions des différents cantons; mais une certaine marge serait laissée aux communes. Il y a là des voies de recherches.

20. Herr HESSE: In bezug auf die Rahmengesetzgebung möchte ich auf die Erfahrungen, die man damit in Deutschland gemacht hat, verweisen. Eine Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes ist in Art. 75 des Bonner Grundgesetzes normiert. Hier kommt der Gedanke des kooperativen Föderalismus verfassungsrechtlich zum Ausdruck, wie er von Herrn DOMINICÉ in der These 4 formuliert worden ist.

Die Praxis sieht anders aus als die föderalistischen Erwartungen, welche man gegenüber Art. 75 des Bonner Grundgesetzes hegte. Es ist kaum möglich gewesen, dieser föderalistischen Idee gerecht zu werden. Entweder ist die Gesetzgebung, die gestützt auf Art. 75 des Bonner Grundgesetzes erlassen wurde, ein perfektes Gesetz geworden, das über die Normierung von Grundsätzen hinausging – im deutschen Beamtenrecht gibt es ein Beispiel dafür – oder es sind die Er-

wartungen nicht erfüllt worden, welche an Rahmengesetze des Bundes geknüpft wurden. Soweit sich aber Bund und Länder gesetzgeberisch der gleichen Materie angenommen haben, ist ein sehr kompliziertes Nebeneinander entstanden, das zu vielfältigen Schwierigkeiten geführt hat.

21. M. HELG: Au sujet du point IV «Pratique du fédéralisme coopératif en Suisse» on peut dire que la collaboration intercantonale n'a effectivement été que parcellaire et qu'elle n'a pas utilisé toutes les possibilités qui se sont présentées.

22. M. BONNARD: La pratique du fédéralisme rencontre des difficultés. Pour introduire la discussion sur ce thème, je voudrais faire part des quatre difficultés pratiques que je crois rencontrer dans mon effort, comme membre d'un gouvernement cantonal, pour promouvoir un certain fédéralisme:

1. Lorsque deux conseillers d'Etat de cantons différents se trouvent face à face pour discuter de la solution commune d'un problème, ils éprouvent une certaine méfiance l'un à l'égard de l'autre;

2. Dans de nombreux cas la mise sur pied de conventions intercantionales suppose de la part de chacun des cantons parties à la convention soit la modification de réalisations en cours, soit l'abandon de réalisations déjà faites. Prenons comme exemple un canton qui désire faire un plan hospitalier tendant à répartir sur l'ensemble du canton les diverses installations hospitalières. Il serait opportun et souhaitable qu'un tel plan soit établi en coordination avec le canton voisin. Or, on s'aperçoit, lorsqu'on prend contact avec ce dernier, qu'il a également des idées et peut-être même des réalisations en chantier. Les crédits ont été votés, les partis politiques ont pris position et ont déjà fait état de ces réalisations dans leur programme, si bien qu'il est impossible de revenir en arrière;

3. Lorsqu'on aura des concordats de portée générale, si un canton refuse d'être partie à un concordat, tout le système se

révèle impossible. Imaginons un concordat sur la péréquation financière et un concordat sur la répartition des impôts entre les cantons. Il est bien clair que l'absence d'un seul canton pourrait être décisive pour empêcher la réalisation d'un tel concordat;

4. La procédure concordataire est extraordinairement lourde. Le Conseil fédéral vient d'être saisi d'un concordat sur l'arbitrage. Il a fallu 8 rédactions successives pour arriver à un projet et 8 ans de débats. Je suis convaincu qu'aussi longtemps que nous n'aurons pas remédié à ce défaut de procédure, nous ne pourrons pas faire de véritable fédéralisme.

Comme le disait M. AUBERT, le fédéralisme n'est pas une question juridique, mais une question politique. Il faut d'abord résoudre les problèmes politiques; l'aspect juridique est, me semble-t-il, tout à fait secondaire.

Ces difficultés pratiques doivent être vaincues si nous voulons faire triompher le fédéralisme.

23. M. BOREL: Je voudrais mentionner une cinquième difficulté: l'absence notoire de contacts et d'informations réciproques. Je peux en citer un exemple récent. Les cantons romands ont eu des contacts préliminaires pour mettre sur pied un laboratoire d'hygiène industrielle. Mais ils ont eu ensuite si peu de rapports entre eux et surtout ils ont si peu utilisé les informations qui se sont tout de même échangées que le Canton de Genève a inscrit deux ans de suite à son budget 50 000 francs en vue de cette création sans s'apercevoir qu'entre-temps le canton de Neuchâtel avait créé cet organe.

En ce qui concerne la lenteur des travaux, M. BONNARD parle de 8 ans pour mettre au point un concordat sur l'arbitrage. C'est là une moyenne extrêmement honorable par rapport à la vitesse avec laquelle on met sur pied des lois fédérales. Nous songeons depuis 15 ans à la réforme du droit administratif fédéral. J'ose espérer que d'ici 2 à 3 ans j'aurai la joie de la voir aboutir.

24. M. HELG: J'ajouterai une sixième difficulté. Le canton a tendance à considérer tout de suite que la difficulté est insurmontable, alors qu'elle ne l'est pas, et à solliciter la Confédération d'intervenir. C'est là une solution de facilité qui, peu à peu, transforme le canton en relais administratif plutôt qu'en organe politique compétent et en élément du pouvoir ayant une autonomie véritable.

25. Herr STADLER: Wesentlich ist eine weitere Schwierigkeit bei der Verwirklichung des kooperativen Föderalismus. Das betrifft den Mangel an grundsätzlichem Denken. Es ist vielfach eine eigentliche Bewußtseinspaltung festzustellen. Einerseits will man möglichst die kantonalen Kompetenzen erhalten, andererseits begrüßt die Mehrheit der Kantone ohne weiteres einen Bundesverfassungsartikel, der Turnen und Sport in den Einflußbereich des Bundes übertragen möchte, wenn ein entsprechender Vorschlag des Eidg. Militärdepartementes zur Vernehmlassung an die Kantone gelangt. Ich kann mir deshalb nicht vorstellen, daß es irgendeine Staatsaufgabe gibt, welche man nicht der grundsätzlichen Bundeskompetenz unterstellen möchte, wenn Turnen und Sport in die Kompetenz des Bundes fallen soll. Hier wäre eine koordinierte Aktion aller Kantone durchaus am Platze.

26. M. HELG: En ce qui concerne le point V « Régime financier » l'accent est mis sur l'importance des ressources qui doivent être laissées aux cantons.

27. M. BOREL: Les points 8 et 9 semblent concrétiser des vérités premières. Je voudrais toutefois signaler un point qui me paraît extrêmement important: la péréquation financière entre les cantons qui semble devoir exercer une influence décisive sur l'évolution de ces cantons. Il est clair que le fédéralisme consiste aussi à favoriser la vie de cantons relativement prospères et il est certain que la péréquation financière, telle qu'elle est pratiquée actuellement, est justifiée et qu'elle doit être développée. Mais ne pense-t-on pas que poussée trop loin elle contredit le principe suivant lequel les cantons doi-

vent conserver une part importante des ressources financières (thèse No 9) et qu'elle «énérve» un certain sens du fédéralisme et un certain sens de l'autonomie financière, si la part des finances récoltées dans les cantons dits économiquement forts se dirige trop systématiquement vers les cantons dits économiquement faibles? Il y a là une question de mesure à respecter qui est extrêmement importante pour le maintien d'un fédéralisme coopératif.

28. M. HELG: Les ressources ne sont pas seules déterminantes. En effet, les ressources importantes proviennent des milieux urbains qui vont se trouver au cours des prochaines années devant des tâches extrêmement onéreuses (urbanisation, garages souterrains, pollution des eaux, etc.). Les cantons les plus importants seront aussi ceux qui risquent de devoir supporter les dépenses les plus lourdes.

29. Herr GYGI: Die heutige Tendenz geht dahin, die finanzielle Stärkung der Kantone als Voraussetzung für die Verwirklichung des Föderalismus zu betrachten. In den beiden Referaten ist aber deutlich geworden, daß man die Dinge nicht einseitig sehen darf. Die Bundessubvention ist eines der besten Mittel zur Herbeiführung einer fruchtbaren Kooperation der Kräfte zur gemeinsamen Bewältigung von Staatsaufgaben. Unter diesem Gesichtspunkt muß der Bund, grundsätzlich betrachtet, große Einkünfte erzielen können.

30. Herr HESSE: Die Ausführungen des Vorredners sind zu unterstützen. Ausgehend von dieser Betrachtungsweise ist in der Bundesrepublik Deutschland die jüngste Finanzreform durchgeführt worden. Die Länder können über einen Finanzausgleich genügend berücksichtigt werden. Allerdings ist nicht zu übersehen, daß mit Bundessubventionen eine Stärkung des Bundes ermöglicht wird, auch wenn die Behauptung gewisser Leute, im Hinblick auf die Bundessubventionen bestehe der Bundesstaat nur noch dem Namen nach, zu weit geht.

31. M. HELG: Le point VI «Protection juridique» constitue une notion nouvelle.

32. M. AUBERT: J'éprouve beaucoup de respect pour le fédéralisme et même pour le fédéralisme coopératif, mais ce respect ne va pas jusqu'à m'inciter à abolir l'art. 113 al. 3 Cst.

33. Herr HÄFELIN: Zur These 10 möchte ich folgendes sagen: Es ist festzuhalten, daß die geltende Verfassung die Institutionen des kooperativen Föderalismus nicht ohne Rechtsschutz beläßt. In bezug auf die Konkordate und die Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen ist grundsätzlich das Bundesgericht zuständig. Daher ist der Art. 113 Abs. 3 der Bundesverfassung eigentlich nicht zu ändern. Wenn man aber beachtet, daß die neue Situation beim Erfüllen der Staatsaufgaben, die sich aus den vielseitigen Verflechtungen im modernen Verwaltungsstaat ergibt, im Vergleich zu früheren Zeiten viel komplizierter geworden ist, fragt es sich doch, ob Art. 113 Abs. 3 BV nicht in diese neue Situation hineingestellt und überdacht werden muß.

34. M. BONNARD: La suppression de l'art. 113 al. 3 me paraît devoir entraîner trois conséquences dangereuses et fâcheuses:

- a) une opposition entre le Parlement et le Tribunal fédéral,
- b) une mauvaise appréciation de l'aspect politique des problèmes de la part du juge, qui est mal placé pour accomplir cette tâche,
- c) la politisation du Tribunal fédéral.

35. Herr HÄFELIN: Es handelt sich in bezug auf die Änderung von Art. 113 Abs. 3 BV nur um einen Grundgedanken, der seinen Ausgangspunkt bei der Überlegung hat, daß in der Schweiz der Verwaltungsrechtsschutz noch nicht sehr weitreichend entwickelt worden ist.

Reprise des débats après une interruption de 10 minutes

36. M. HELG: Dans le cadre du point VII «Moyens de renforcer le fédéralisme coopératif» nous pourrions examiner le

point 11 en corrélation avec le point 16, qui mentionne la possibilité de créer un institut universitaire d'études nationales et d'administration.

37. M. DOMINICÉ: La suggestion de cet institut venant de moi, il m'incombe d'en dire brièvement quelques mots.

Indépendamment du problème du fédéralisme coopératif lui-même, nous devons nous interroger sur la question de la formation des hauts fonctionnaires des administrations tant cantonales que fédérales. Devant l'ampleur prise par les tâches dévolues à l'Etat et l'accroissement des responsabilités de l'administration, c'est un problème qui se pose. Le secteur de l'économie privée a depuis longtemps pris des dispositions. En Suisse, on a des instituts de formation très poussée, tels le Centre d'Etudes industrielles, l'IMEDE à Lausanne, et d'autres encore. Il y a donc là un effort de formation considérable et en profondeur.

Que faudrait-il faire dans le secteur public? N'y a-t-il pas lieu d'envisager un institut de formation qui ne soit pas uniquement axé sur les techniques de gestion administrative, mais qui donne une solide culture nationale et une sérieuse formation en matière de techniques administratives?

Il existe certainement des dangers, mais ceux-ci ne sont peut-être pas aussi graves en Suisse qu'en France par exemple, où pendant des décennies ont régné les polytechniciens et où, aujourd'hui, avec l'Ecole nationale d'Administration on voit pointer ceux que l'on appelle les «Enarques» qui tendent à former une sorte d'aristocratie dans le système administratif.

L'idée de cet institut mérite d'être évoquée dans le contexte du fédéralisme coopératif, car des étudiants et étudiantes de différents cantons s'y rencontreraient et auraient l'occasion de se connaître. Si, par la suite, ces étudiants se retrouvaient aux postes les plus élevés de l'Administration à Zurich, à Berne, à Lausanne, ils auraient une connaissance des problèmes des autres cantons ainsi que des réalités nationales. Ils auraient peut-être aussi tendance à travailler selon

des méthodes identiques. Ainsi à travers les hommes on pourrait favoriser un certain développement de l'harmonisation des pratiques des administrations et une amélioration de la qualité des administrations.

38. Herr HÄFELIN: Ich habe vorgeschlagen, daß die verschiedenen Probleme der föderalistischen Zusammenarbeit in vermehrtem Maße einer wissenschaftlichen Bearbeitung zugeführt werden. Ich spreche von wissenschaftlicher Bearbeitung und meine damit neben der juristischen auch andere Disziplinen. Man kommt bei der Lektüre von Äußerungen über den Föderalismus nicht um den Eindruck herum, daß auch hier eine Alibi-Situation gegeben sei. Insofern nämlich, als zahlreiche mehr oder weniger phantasievolle Wiederholungen die wissenschaftliche Bearbeitung der eigentlichen Grundlagen des Föderalismus verdecken. Was uns fehlt, sind Untersuchungen über einzelne Einrichtungen unseres föderativen Staates und deren Funktionsweise. Mit solchen Untersuchungen würden sich Widerstände gegen den kooperativen Föderalismus verhindern lassen. Es bedarf der konkreten Forschungsprojekte, welche uns die bestehenden Zustände erhellen und den Weg für die Weiterarbeit weisen.

39. Herr STADLER: Was die Vorschläge der beiden Referenten in ihren Thesen 11 und 16 betrifft, möchte ich nur festhalten, daß wir sie unterstützen und uns gleichzeitig überlegen müssen, wie wir ihnen zur Nachachtung verhelfen können.

40. M. BONNARD: L'idée de l'école à laquelle songe M. DOMINICÉ est en soi intéressante, mais il faudrait lui apporter certains amendements, car il ne m'apparaît pas très réaliste de vouloir prolonger de deux ans encore les études juridiques, sociales ou de sciences politiques quand on sait la hâte avec laquelle la plupart des étudiants désirent gagner leur vie. D'autre part, ceux qui sortiraient de cette école à 24, 25 ou 26 ans ne seraient pas engagés immédiatement aux postes de

commande; ils devraient attendre quelques années et dans l'intervalle les méthodes et les problèmes auraient à tel point changé que ce qu'ils auraient appris ne leur serait plus directement utile.

Je transformerais donc l'idée de M. DOMINICÉ de la manière suivante. Partant de la constatation que les responsables des services importants de l'Administration sont choisis principalement en raison de leurs qualités de chef plutôt qu'en raison de leur formation, je pense que ces chefs pourraient être recyclés, qu'ils pourraient être contraints de suivre, après leur nomination, des cours, des séminaires qui leur apporteraient l'enseignement nécessaire à la conduite de leurs affaires.

D'autre part, il me paraîtrait souhaitable que des séminaires de ce genre ne soient pas ouverts uniquement aux hauts fonctionnaires, mais aussi aux hommes politiques qui en ont également un peu besoin.

41. M. HELG: Sous point 12 M. HÄFELIN demande qu'il y ait un ordre de principe et que le fédéralisme coopératif ne se confine pas dans une multitude d'institutions d'efficacité limitée. C'est le moment de donner la parole au Prof. HEROLD.

42. Prof. Dr. HANS HEROLD, Zürich, als Votant aus dem Kreise der anwesenden Vereinsmitglieder: Ich finde, daß in den beiden Referaten die Durchsetzbarkeit der Konkordate zu kurz gekommen ist, und möchte daher die Diskussion nach dieser Richtung etwas ausweiten. Ich beschränke mich auf Konkordate, in denen sich die Kantone verpflichten, bestimmte Gesetzgebungsakte durchzuführen oder zu unterlassen. Es handelt sich immer um öffentliches Recht, und solches sollte erzwingbar sein. Der Weg dafür kann vorgezeichnet sein innerhalb der allgemeinen Gesetzgebung oder im Konkordat selbst. Die verschiedenen Formen sind in den Referaten behandelt; wir müssen uns aber noch einige Gedanken machen, wie sie in der Praxis funktionieren.

Bei der Heilmittelkontrolle, die an sich für eine konkordatsmäßige Ordnung noch leidlich geeignet ist, kann sich der Fall stellen, daß ein Fabrikant, der ein Medikament zur Kontrolle eingereicht hat, einen abschlägigen Bescheid von der Interkantonalen Kontrollstelle erhält, oder die Geduld nicht aufbringt, überhaupt einen Entscheid abzuwarten. Er kann Wert und Wirkung seines Medikamentes durch ein gleichwertiges Zeugnis eines Nachbarstaates belegen. Weil er ein guter Steuerzahler ist und die Sanitätsbehörde seines Sitzkantons sich von Wert und Wirkung seines Medikamentes überzeugen ließ, erlaubt sie dessen Vertrieb im Kanton. Nach dem Konkordat von 1954 versprechen sich die Kantone, eine Bewilligung nur zu erteilen, wenn das Heilmittel durch die Interkantonale Kontrollstelle begutachtet und registriert ist. Dieser Art. 3 hat aber schon die Einschränkung: «Soweit das Inverkehrbringen eines Heilmittels von einer kantonalen Bewilligung abhängig ist». In Art. 17 versprechen sich die Kantone, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um das Inverkehrbringen von Heilmitteln, die der Vereinbarung nicht entsprechen, zu verhindern. Irgendwelche Zwangsfolgen gegenüber Kantonen sind nicht vorgesehen, lediglich ein Rekursverfahren gegen die Befunde der Interkantonalen Kontrollstelle, das auf den abgewiesenen Bewerber zugeschnitten ist.

BE, ZG, FR, SH, VD, VS, NE, GE haben das Konkordat über Maßnahmen zur Bekämpfung von Mißbräuchen im Zinswesen (AS 1958, Seite 374) unterzeichnet, das vom Bundesrat genehmigt wurde. Es sieht Höchstzinsen von jährlich 12% im Kleinkreditgeschäft vor, zu denen noch 6% Kommission erhoben werden dürfen. Andere Kantone wie Zürich haben die Materie formell autonom, materiell aber ganz ähnlich geregelt. Es gibt hier Fragen, die man als echte Lücken bezeichnen kann, weil sie sich im Laufe der Zeit gestellt haben und einer gesetzlichen Regelung harren, z.B. die Restschuldversicherung. Gegen eine Prämie schützt sich der Käufer und Schuldner aus einem abzuzahlenden Darlehen für den Fall, daß er wegen Tod, Invalidität oder anderen be-

stimmt umschriebenen Ereignissen den Vertrag nicht mehr ausführen kann und der Gläubiger die gekaufte Sache an sich zieht. Ob diese Prämie in die Grenze von 18% hineingehört oder zusätzlich berechnet werden darf, läßt sich mit guten Gründen bejahen oder verneinen. Die Konkordatskantone müssen sich aber einheitlich entscheiden, so gut wie sie z.B. entschieden haben, daß das Nutznießungsgut vom Nutznießer und nicht vom Eigentümer zu versteuern ist. Es liegt hier ein Fall vorbeugender Verwaltungsrechtspflege vor.

Gegenwärtig unterbieten sich die Kleinkreditinstitute mit ihren Bedingungen: Die 12% Zins und 6% Provision werden unterschritten. Mit dem gegenwärtigen Zinsanstieg kann aber auch die Frage aktueller werden, ob ein Kreditgeber eines Konkordatskantons von einem Kreditnehmer außerhalb eines solchen höhere Zinsen verlangen kann. Sie interessiert uns hier nur nach der öffentlich-rechtlichen Seite. Spielt sich das Darlehensgeschäft innerhalb von Konkordatskantonen ab, so greifen die Zwangsfolgen des Konkordates Platz; Unklagbarkeit, Buße, Entzug der Bewilligung. Hat ein Kanton von seiner Befugnis, Höchstzinsen aufzustellen keinen Gebrauch gemacht, wird ein Streitfall lediglich nach Privatrecht unter dem Gesichtspunkt des Wuchers, Irrtums oder der ungerechtfertigten Bereicherung zu behandeln sein. Hat der Wohnsitzkanton des Gläubigers Höchstzinsen verfügt, so bleibt es nach dem Konkordat dem Kreditgeber öffentlich-rechtlich freigestellt, von seinem Schuldner außerhalb des Rechtskreises des Konkordates höhere Zinsen zu verlangen. Obwohl, ebenfalls gestützt auf ein Konkordat, die Kantone sich zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche gegenseitig Rechts- und Vollstreckungshilfe gewähren, ist es sehr fraglich, ob für eine vom Wohnsitzkanton des Schuldners gegenüber dem Gläubiger wegen 20 oder mehr Prozent Zinsen ausgefallte Buße Vollstreckung gewährt würde.

Wenn umgekehrt nur der Wohnsitzkanton des Schuldners Zinsmaxima kennt, der Schuldner aber sich einem Gläubiger eines in dieser Beziehung freien Kantons ver-

schreibt, und der Gläubiger den Vertragsbestimmungen entsprechend an seinem Wohnsitz klagt und Recht bekommt, so kann trotz des Vollstreckungskonkordates das Urteil möglicherweise deswegen nicht durchgesetzt werden, weil es im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Normen und zur öffentlichen Ordnung des Wohnsitzkantons des Schuldners steht.

Dem interkantonalen Konkordat über den Ausschluß von Steuerabkommen vom 10. Dezember 1948 sind im Laufe der Jahre alle Kantone beigetreten, nachdem der Bundesrat die erhöhten Beiträge an die finanzschwachen als Druckmittel eingesetzt hatte. Sein Geltungsbereich entspricht auf den ersten Blick völlig demjenigen eines Bundesgesetzes. Dies stimmt aber nur geographisch. Daß es nicht funktionieren kann, liegt schon in den 25 Steuerhoheiten begründet. Das Abkommen selbst erklärt eine ganze Reihe von Erleichterungen als statthaft, z.B. solche für einwandernde Steuerpflichtige, neue Industrieunternehmen, Unternehmungen für gemeinnützige Zwecke. Die Kantone haben eine Reihe weiterer Ausnahmen in freier Auslegung zugestanden: Zuzüger erhalten Steuererleichterungen, ohne daß näher geprüft wird, ob sie erstmals in der Schweiz Wohnsitz oder Aufenthalt nehmen, oder mindestens 10 Jahre Landesabwesenheit hinter sich haben. Die besonderen Zugeständnisse für den Rest des ersten und die neun folgenden Jahre werden nicht nur Industrie-, sondern auch Handelsgesellschaften gewährt. Ein Kanton hat sogar neben den Holdinggesellschaften auch noch die Kategorie von Sitz- oder Hilfgesellschaften geschaffen. Die unterschiedliche Auslegung des Begriffes «Gemeinnützigkeit» bewirkt, daß ein Steuerpflichtiger, der sich gemeinnützig betrachtete, in einen andern Kanton zog, nachdem der von ihm vorher gewählte sich zu einer engeren Auslegung des Begriffes bekannte. Schon rein materiell-rechtlich hätte das Steuerkonkordat viele Probleme ausdrücklich regeln müssen, um lebensfähig zu werden. Man denke nur an die sehr unterschiedlichen Bewertungsregeln für Grundstücke und Wertpapiere in den verschiedenen Kan-

tonen, die ja auch schon den einheitlichen Vollzug der beiden Wehropfer so schwierig gemacht hatten. Kaum war das Konkordat unter Dach, stellte sich die Streitfrage, ob es sich nur auf individuelle Steuerabkommen oder auch auf generelle gesetzliche Erleichterungen für ganze Kategorien von Steuerpflichtigen beziehe. Art. 4 des Konkordates überträgt die Aufsicht über die Durchführung und die Entscheidung über Zuwiderhandlungen einer von der Finanzdirektorenkonferenz gewählten Konkordatskommission. Jeder Konkordatskanton könnte bei ihr Beschwerde gegen Verletzungen durch andere Kantone erheben. Der fehlbare Kanton könnte gezwungen werden, den Verwaltungsakt aufzuheben, der dem Konkordate widerspricht. In den vergangenen 20 Jahren ist aber noch kein einziger Fall praktisch geworden. Die Kantone sind gegeneinander nachsichtig, aber doch souverän. Ohne zu verkennen, daß Gesetzgebung und Praxis recht oft mit den Zielen des Konkordates schlecht oder gar unvereinbar sind, verklagen sie sich nicht. Die Kasse der Konkordatskommission konnte noch nicht durch Bußen geäuft werden.

Ich möchte dem kooperativen Föderalismus insoweit seine Existenzberechtigung nicht absprechen, als er sich auf rechtsgeschäftliche Vereinbarungen bezieht. Er ist am Platz für gemeinsame Werke der Kantone, wobei allerdings deren späterer Betrieb, vorab die Kostentragung, eine genaue Regelung erheischt und auch womöglich schon im Konkordat selbst Weg und Form für die Anpassung an später veränderte Verhältnisse vorgezeichnet werden sollten.

Wenn aber durch rechtsetzende Vereinbarung ein künftiges Verhalten des Kantons anderen Kantonen und seinen Gewaltunterworfenen gegenüber normiert werden soll, ist das Konkordat vorerst schon staatsrechtlich schwerfällig und meistens mit großen Mängeln im Vollzug behaftet. Schon da, wo nur ein künftiges Verhalten eines Kantons normiert werden soll, und noch mehr dort, wo sich die Norm direkt an den Bürger richtet, indem das Konkordat an die Stelle gleichlautender kantonaler Gesetze tritt, ist die Durch-

setzbarkeit des Konkordates gefährdet. Leicht droht es auf die Stufe eines gesetzgebungspolitischen Bekenntnisses abzusinken. Einer der Mitschöpfer des Konkordates über den Ausschluß von Steuerabkommen hat dieses nicht zu Unrecht als «*Gentlemen's Agreement*» bezeichnet.

«Recht und Rechtsverwirklichung» lautet der Titel des Spätwerkes von EUGEN HUBER. Auch wer es nicht gelesen hat, muß dessen eingedenk sein, daß das eine ohne das andere nicht bestehen kann.

43. M. HELG: Le Prof. HEROLD a mis l'accent sur l'efficacité des concordats et sur la mise en place des organes de décision.

Nous passons à l'examen du point 13 qui recommande une intensification de la collaboration intercantonale.

44. M. AUBERT: A cet égard j'aimerais aborder le sujet de la technique de la région qui s'établirait entre le canton et la Confédération. Ce problème est traité dans les rapports, mais il mériterait d'être commenté. Il s'agit là d'une des formes de la coopération intercantonale.

Une région générale ne pourrait pas être créée sans rompre le cadre de notre Constitution. En effet, notre Constitution connaît la Confédération, les cantons, mais elle ne connaît pas de paliers intermédiaires. Il n'en demeure pas moins que certaines régions spécialisées pourraient se créer par conventions intercantionales.

La première difficulté surgit quand il s'agit de savoir jusqu'à quel point certains cantons peuvent créer des autorités supra-cantoniales sans violer la Constitution. Si nous restons dans un domaine suffisamment spécialisé, tel celui de l'instruction publique ou tout autre domaine que l'on pourrait spécifier, la création d'autorités supra-cantoniales, qui seraient autorisées à prendre des décisions non assujetties au veto des cantons contractants, demeurerait dans les limites de l'art. 7 Cst. En revanche, si le domaine n'est plus spécialisé, nous serions en présence d'une nouvelle forme politique qui pourrait être considérée comme une violation de l'art. 7 al. 1

Cst. On dit parfois que cet alinéa a rempli son rôle politique au XIX^e siècle et qu'il est désormais sans effet. Il est évident, si l'on songe au Sonderbund, qu'il a rempli sa tâche de prévention. Mais n'y a-t-il pas maintenant une revitalisation de cet alinéa ? Ne pourrait-il pas servir, un jour, à marquer le départ entre les autorités supra-cantoniales qui sont permises et les autorités supra-cantoniales qui sont interdites par notre équilibre fédéral.

A un moment donné, la région deviendrait une entité de nature politique qui tendrait à supplanter le canton, à moins qu'elle ne soit suffisamment spécialisée.

La deuxième difficulté vient du problème de la démocratie directe. Comment maintenir une certaine démocratie directe le jour où nous aurions des régions spécialisées avec des institutions supra-cantoniales ? Ne pourrait-on pas imaginer, sans reconnaître nécessairement un veto au gouvernement ou au parlement des cantons membres de la convention, qu'une possibilité de référendum soit accordée au corps électoral soit de chaque canton partie à la convention, soit de l'ensemble des cantons contractants ? Dans cette dernière étape on pourrait créer un corps électoral intercantonal qui aurait la faculté de se prononcer sur les décisions prises par l'autorité supracantonale.

45. Herr HÄFELIN: Ich danke Herrn AUBERT, daß er das Problem der verfassungsmäßigen Schranken noch einmal zur Diskussion stellt. Man übersieht dieses Problem gern und glaubt, daß überhaupt keine verfassungsmäßigen Schranken bestehen. In der Schweiz sind die verfassungsmäßigen Grundlagen für den kooperativen Föderalismus in sehr weitgehendem Maße gegeben. Die verfassungsrechtlichen Bedenken aber, welche Herr AUBERT bezüglich supra-kantonalen Organe äußert, bestehen zu Recht. Die Frage der verfassungsrechtlichen Schranken stellt sich hier vor allem, wenn Organe, welche heute nur mit geringfügiger Entscheidungskompetenz ausgestattet sind, einmal in größerem Umfang Entscheide fällen sollen. Es fragt sich aber, ob man

den Organen interkantonaler Zusammenarbeit eine supra-kantonale Stellung einräumen soll. In bezug auf die Beschränkung des demokratischen Entscheidungsweges durch interkantonale Zusammenarbeit ergeben sich auch verfassungsrechtliche Beschränkungen, welche dann praktisch werden, wenn interkantonalen Organisationen größere Entscheidungsbefugnisse zukommen. Die deutsche Literatur hat sich mit diesem interessanten Problem näher befaßt.

46. M. HELG: Dans le cadre de ce problème très important de la démocratie et du fédéralisme, le Prof. JAGMETTI désire intervenir.

47. M. JAGMETTI: Le problème des rapports entre le fédéralisme coopératif et la structure démocratique des cantons ne se situe pas, à mon avis, uniquement à l'échelon de la région. Il ne doit donc pas être soulevé qu'au moment où la collaboration est décidée et où il ne s'agit plus que de déterminer les compétences des organes intercantonaux, mais déjà au stade de l'élaboration des conventions elles-mêmes.

La procédure d'adoption de ces conventions dépend, comme l'a souligné M. HÄFELIN dans son rapport, du droit cantonal, qui doit toutefois respecter la règle de la Constitution fédérale (art. 6 al. 2 lettre b) selon laquelle la fonction législative s'exerce d'après des formes républicaines (démocratiques ou représentatives). Tandis que tous les cantons ont adopté, pour la législation interne, un système de démocratie directe, il n'en va pas de même pour la législation intercantonale, soit pour les conventions contenant des règles de droit. Dans plus d'un tiers des cantons ces conventions ne sont pas soumises au référendum. Là où elles le sont en principe, elles sont souvent soustraites à la votation populaire.

Ainsi, la Convention entre les cantons de Zurich, Schwyz, Glarus et St-Gall concernant la navigation sur les lacs de Zurich et de Walenstadt du 15 février 1966 a été signée par les gouvernements des quatre cantons et approuvée par les parlements de trois d'entre eux. Aucun des cantons signataires ne l'a soumise au référendum. Le législateur zurichois

s'était empressé de déléguer ses pouvoirs en la matière par une loi du 16 mai 1965 au gouvernement; sous réserve de l'approbation par le parlement.

Ce n'est certes pas le mépris des institutions démocratiques qui incite les autorités à prendre des mesures de ce genre, mais le souci de surmonter les difficultés qui résultent de la dualité des actes. En effet, la conclusion d'une convention en tant qu'acte bilatéral ou multilatéral est suivie de l'approbation interne par les organes compétents de chacun des cantons signataires. L'harmonisation de ces deux procédures pose des problèmes assez difficiles à résoudre, qui sont analogues à ceux que nous connaissons pour le référendum en matière de conventions internationales (art. 89 al. 3 Cst.).

Si on postule un fédéralisme coopératif par l'élargissement du champ d'application des concordats, il faudra tenir compte du danger de porter préjudice au régime démocratique. Les deux systèmes peuvent se contredire et, le cas échéant, nous serons amenés à choisir entre le respect intégral des droits politiques et l'efficacité de la collaboration entre les cantons. Or, l'idée de la démocratie nous est aussi chère que celle du fédéralisme coopératif.

48. M. HELG: Au sujet du point 15 nous pourrions concentrer nos efforts sur le rôle que l'on voudrait faire jouer au Conseil des Etats.

49. M. BOREL: Avant d'examiner le rôle du Conseil des Etats, j'aimerais traiter de la substance très essentielle de l'ensemble du chiffre 15.

En ce qui concerne le premier paragraphe, il faut insister sur le fait que cette coordination ne doit pas être seulement l'œuvre de pouvoirs étatiques, mais également d'organisations privées. Je pense à la Société suisse des Juristes, à la fondation créée récemment sur l'initiative de la NSH. Parallèlement aux efforts entrepris par les cantons pour faire progresser cette collaboration intercantonale, il est utile que certains organismes privés fassent de leur côté des études.

En ce qui concerne la coordination à l'intérieur de chaque canton, chacun sait que le pouvoir collégial est toujours difficile à réaliser. Il me paraît par conséquent tout à fait justifié que, dans chaque canton, un organisme s'assure de toutes les conséquences que peuvent comporter la législation et l'action gouvernementale cantonales sur les cantons voisins et suive les problèmes de coordination intercantonale.

Au sujet de la coordination sur le plan régional, je voudrais compléter les explications données par M. AUBERT. La coordination sur le plan régional est le premier échelon d'une collaboration plus étendue. Il est naturel, déjà pour des raisons géographiques, qu'elle s'instaure d'abord sur le plan régional. Mais il est souhaitable que cette collaboration débouche sur une collaboration plus large. Toutefois, une régionalisation ne devrait jamais être basée sur le facteur ethnique, comme ceci a parfois été proposé.

Quant au rôle à jouer par le Conseil des Etats, j'avoue devoir faire preuve d'une certaine suspicion à l'égard des cadeaux qu'on veut lui faire. Par sa composition et son recrutement, le Conseil des Etats représente assez généralement les cantons et, en particulier, les gouvernements cantonaux. Le fait que les conseillers aux Etats sont des conseillers d'Etat en activité ou d'anciens conseillers d'Etat est un facteur extrêmement important, mais l'institutionnaliser sous une forme ou sous une autre me paraît dangereux. Je suis intimement persuadé que, si l'on conférait au Conseil des Etats une compétence particulière dans le domaine qui nous occupe, celle-ci s'exercerait au détriment de la compétence fondamentale du Conseil des Etats et les avantages du système bicaméral seraient dans une certaine mesure compromis.

50. Herr HÄFELIN: Ich glaube, daß der kooperative Föderalismus nur dann eine Chance hat, wenn er sich auf das wesentliche konzentriert. Wenn man an eine föderalistische Kooperation denkt, dann muß sie entschieden und von einer politischen Organisation getragen sein. Meinen Vorschlag

hinsichtlich des Ständerats habe ich deswegen formuliert, weil ich mit meinem Referat nicht im allgemeinen verbleiben wollte. Die Bedenken, die in bezug auf den Ständerat als Koordinationsorgan soeben geäußert worden sind, sind mir bekannt. Ich wollte nur betonen, daß man bei der Wahl eines Koordinationsorganes ein politisch sehr wirksames berücksichtigen sollte.

51. M. BONNARD: J'ai fait une proposition relative au Conseil des Etats qui consiste à conférer au bureau du Conseil des Etats la faculté de désigner des délégués qui pourraient faire progresser la collaboration intercantonale.

La justification de cette proposition est la suivante. Nous sommes placés devant le problème des difficultés pratiques et réelles de la promotion de la collaboration intercantonale. Ces difficultés résultent, en partie, de la méfiance des cantons les uns à l'égard des autres. Je pense qu'il est nécessaire de mettre un arbitre neutre et pourvu de l'autorité suffisante entre les cantons. Je pars de la constatation qui a été faite dans le canton de Vaud en matière de collaboration intercommunale. Les problèmes que les communes sont appelées aujourd'hui à résoudre dépassent de plus en plus leurs propres forces; elles se voient donc obligées de se grouper pour trouver des solutions d'ensemble. Pensons par exemple au problème de la pollution des eaux. Cette collaboration intercommunale s'est révélée pendant de nombreuses années extraordinairement difficile, étant donné la méfiance qui existait entre les communes, comme elle existe entre les cantons. Au moment où les gouvernements cantonaux ont compris qu'il fallait mettre un arbitre entre les communes la collaboration a progressé. Pour remplir ce rôle on a choisi soit les préfets, dans le canton de Vaud, soit des experts en la matière chargés de présider aux discussions entre communes. Dès cet instant, la collaboration s'est à tel point développée que certains cantons deviennent inquiets, craignant de voir surgir entre la commune et le canton un corps intermédiaire. Toutefois, opposé à cet inconvénient on doit mettre en balance

l'immense avantage de cette collaboration intercommunale effective.

Je recherche donc une solution qui apporterait un système à peu près semblable sur le plan fédéral. J'ai proposé le Conseil des Etats, mais une autre solution est aussi possible. On pourrait envisager d'institutionnaliser les conférences des chefs de départements cantonaux qui pourraient recevoir, peut-être en vertu de la législation fédérale, certains pouvoirs de décision pour désigner ces délégués. Ici surgit un inconvénient, car il faudrait équiper ces conférences de secrétariats; inconvénient qui n'existe pas dans la solution du Conseil des Etats.

D'autre part, il me paraît très important que la procédure concordataire soit simplifiée et rendue plus efficace. Certains concordats seraient absolument inefficaces, si tous les cantons n'y étaient pas partie. On peut donc se demander dans quelle mesure il n'y aurait pas un certain intérêt à prévoir qu'au moment où un concordat a réuni une majorité qualifiée de cantons un organisme – éventuellement le Conseil des Etats ou les conférences de chefs de départements cantonaux – reçoive le pouvoir de déclarer ce concordat de force obligatoire.

52. Herr HÄFELIN: Was den Vorschlag des Mehrheitsprinzipes bei den interkantonalen Konkordaten betrifft, möchte ich zu bedenken geben, daß hier eine Grenze des kooperativen Föderalismus erreicht ist. Das Mehrheitsprinzip würde die Autonomie der Kantone antasten und damit würde der Föderalismus eine seiner Grundlagen verlieren.

53. M. HELG: Le Comité serait heureux de connaître les observations des participants au Congrès quant au déroulement de cette «table ronde». La discussion sous cette forme pourra-t-elle être maintenue à l'avenir ou devra-t-elle être reprise en lui apportant certaines modifications?

XII.

Mit einem Dankeswort an die Teilnehmer am Gespräch am runden Tisch, die Berichterstatter, die Diskussionsredner, die Organisatoren der Jahresversammlung und die Pressevertreter schließt der Präsident die Verhandlungen der 103. Jahresversammlung um 12.30 Uhr.

* * *

Am Samstagabend nahmen die Tagungsteilnehmer an einem Bankett im Hotel Intercontinental teil, in dessen Verlauf, nach der Begrüßungsansprache des Vereinspräsidenten, Herr Bundespräsident Dr. h.c. LUDWIG VON MOOS und Herr Staatsrat HENRI SCHMITT, Genf, das Wort ergriffen.