

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	98 (1979)
<b>Rubrik:</b>	Protokoll der 113. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

### Nutzungsbedingungen

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

### Conditions d'utilisation

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

### Terms of use

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

**Download PDF:** 14.02.2026

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

**Protokoll der  
113. Jahresversammlung des  
Schweizerischen Juristenvereins**

vom 21.–23. September 1979 in Interlaken



Sitzung vom Samstag, den 22. September 1979  
in der Aula des Sekundarschulhauses Interlaken

Präsident:  
Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern

I.

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

Die Schweizer Juristen haben in Interlaken 1955 getagt, als Professor Dr. h. c. HANS HUBER als Präsident abgelöst wurde, und ferner 1970, als Professor Dr. h. c. HANS MERZ die Zügel aus der Hand gab.

Der Schweizerische Juristenverein darf einmal mehr seine traditionellen Ehrengäste empfangen:

Bundesrat Dr. KURT FURGLER, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Er wird ein Votum zum heutigen Verhandlungsthema abgeben.

Die Anwesenheit der Präsidenten der beiden höchsten Gerichte, Dr. HARALD HUBER und Dr. ARTHUR WINZELER, wissen wir besonders zu schätzen.

Dazu kommen die Delegationen der kantonalen Obergerichte, Verwaltungsgerichte und Versicherungsgerichte.

Als Dekan der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät ist Professor Dr. EUGEN BUCHER an den Verhandlungen des Juristentages zugegen, als Ehrengast deswegen, weil die Berner Universität für den diesjährigen Juristentag mit einer Festgabe aufwartet. Der Dank erstreckt sich auch auf den Verleger PAUL HAUPT.

Die tadellose und arbeitsaufwendige Vorbereitung des Juristentages 1979 lag in den Händen des Bernischen Juristenver-

eins. An der Spitze des umsichtigen Organisationskomitees stand Dr. PETER STAUFFER, der zugleich die Idee zur musikalischen Einleitung des Juristentages 1979 eingebracht hat. An Ort und Stelle in Interlaken hat Fürsprecher PETER BETTLER entscheidenden Anteil am Gelingen.

Ich weiß es schließlich zu schätzen, daß Sie, liebe Kolleginnen und Kollegen, erfreulicherweise aus allen Teilen der Schweiz den Weg zu der Jahrestagung des Schweizerischen Juristenvereins gefunden haben. Sie bezeugen damit einmal den Dank an die Referenten, das Interesse an der wissenschaftlichen und rechts-politischen Arbeit des Schweizerischen Juristenvereins und das Bedürfnis, in einem unprätentiösen Rahmen im Sinne des althergebrachten Zwecks des Schweizerischen Juristenvereins freundschaftliche Beziehungen zu begründen und zu erhalten. Darf ich bei dieser Gelegenheit einen Teilnehmer besonders hervorheben: Professor MAX GUTZWILLER weilt unter uns. Er vereinigt 90 Lebensjahre und 70 Jahre Jurisprudenz in sich.

Der Schweizerische Juristentag 1979 ist eröffnet.

## II.

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Protokollführer:

BEATRICE MELI, Bremgarten BE,  
RAPHAEL REBORD, Sion.

Als Stimmenzähler werden gewählt:

Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, Sekretär am Schweizerischen Bundesgericht, Lausanne  
Dr. J. RIEBEN, Fürsprecher, Bern.

## III.

*Bericht des Präsidenten:*

1. Wir haben außerordentliche Geschäfte auf der Traktandenliste, die den Präsidenten zwingen, in seiner Berichterstattung kurz zu sein. Im Mittelpunkt der Jahrestagung des Schweizerischen Juristenvereins stehen die Erörterungen der Referenten, die einmal mehr in schätzenswerter Selbstlosigkeit und Hingabe die Verhandlungsgegenstände vorbereitet haben. Sie und die Dis-

kussionsteilnehmer haben Vorrang und sollen zeitlich nicht beschnitten werden. Daher sind die Themen späterer Tagungen und die Referenten, über welche der Juristentag jeweilen informiert zu werden wünscht, in den Tagungsunterlagen enthalten.

Obschon es auf den ersten Blick danach aussieht, das eine der Verhandlungsthemen verbreite Erdgeruch und das andere Höhenluft, sind beide Aufgaben von den Referenten so aufgefaßt worden, wie es den Vorstellungen des Juristenvereins entspricht. Der Verein möchte zu einer Rechtsentwicklung beitragen, dies jedoch nur aus einer sorgfältigen Aufbereitung und Analyse des bestehenden Rechtszustandes. Das ist von allen Referenten so verstanden worden, und die Arbeiten erfüllen die in sie gesetzten Erwartungen. Die Referate haben bereits erste Früchte getragen. Eine eidgenössische Kommission – präsidiert vom letztjährigen Referenten des Schweizerischen Juristenvereins Dr. U. ZIMMERLI und unter Mitwirkung von Prof. H.-P. FRIEDRICH – hat die Berichte für die in Vorbereitung stehende Revision des landwirtschaftlichen Pachtrechtes zu Rate gezogen.

Die Straßburger Praxis zur EMRK hat hierzulande mitunter Staunen erregt und so etwas wie ein Gefühl von «fremden Richtern» aufkommen lassen. Das und ein Weiteres wäre nicht bedenkenfrei. Es verlangt gewiß von unseren höchsten Gerichten eine Umstellung, wenn sie in gewissen Belangen nicht mehr das letzte Wort zu sagen haben. Das ist mit einer gewissen Unsicherheit verbunden. Sie darf jedoch nicht Veranlassung sein, im Bereiche der EMRK so Recht zu sprechen, daß man auf keinen Fall das Risiko läuft, in Straßburg desavouiert zu werden.

2. Die Mitgliederbewegungen werden aus dem gedruckten Protokoll ersichtlich sein. Der Schweizerische Juristenverein hat eine erfreuliche Zunahme von Mitgliedern zu verzeichnen.

Zu besonderer Befriedigung gibt Anlaß, daß namentlich zahlreiche junge Juristen dem Verein beitreten, der jetzt 3139 Mitglieder zählt.

Wir haben leider auch in diesem Jahr Mitglieder verloren, denen der Dienst am Recht ein Lebensziel war. In den Tagungsunterlagen sind die Verstorbenen aufgeführt. Für jeden von uns werden einige Namen Erinnerungen an einen liebenswürdigen Kollegen wachrufen.

3. Es ist mir am Ende meiner Amtsperiode ein wirkliches Bedürfnis, meinen Kollegen im Vorstand für die ersprießliche und zuvorkommende Zusammenarbeit zu danken. Die Aufgabe des

Präsidenten ist leicht, wenn er darauf zählen kann, daß ihm die Vorstandsmitglieder alle Unterstützung leihen. Die Hauptbürde trägt der Quästor Dr. PEIDER MENGIARDI. Ihm haben wir unter anderm den Vorschlag zu verdanken, die Rechtsquellenforschung, an der dem Schweizerischen Juristenverein nach wie vor voll und ganz gelegen ist, auf eine organisatorisch einwandfreie Grundlage zu stellen.

Unser verdienstlicher Archivar ERNEST SIGNER, dem wir viel unnötige Arbeit verursachen – ich meine vor allem die «namenlosen» Einzahlungen von Mitgliederbeiträgen –, tritt in sein zwanzigstes Jahr im Dienst des Schweizerischen Juristenvereins ein.

4. Das Institut für Rechtsvergleichung ist dank den intensiven Bemühungen von Bundesrat Dr. K. FURGLER entstanden. Den Vorsitz des Institutsrates führt Professor J. VOYAME. Die statutarische Vertretung des Schweizerischen Juristenvereins im Institutsrat übernimmt Professor E. HOMBURGER.

5. Der Präsident pflegt im Jahresbericht einen Gedanken zu äußern, an dem ihm gelegen ist. Es muß aus Zeitgründen bei Andeutungen sein Bewenden haben. Vor rund einem Jahrzehnt hat die außerparlamentarische Opposition – um es möglichst neutral zu sagen – damit begonnen, Verfassungs- und Gesetzesvorlagen mit der Unterstellung zu bekämpfen, man müsse auch vernünftig Scheinendes ablehnen, denn es sei mit Gewißheit damit zu rechnen, daß mit diesen Möglichkeiten Mißbrauch getrieben werde. Was damals als sonderbare Denkweise das normale Fassungsvermögen noch überstieg, scheint inzwischen einen anderen Barwert erhalten zu haben. So hat der Bundesrat unter dem Eindruck der so ausgerichteten Kritik die von namhaften und rechtsstaatlich unverdächtigen Strafrechtlern einstimmig ausgearbeitete Vorlage über die Strafbarkeit bestimmter Vorbereitungshandlungen zu Gewaltverbrechen – einschließlich die öffentliche Aufforderung zu Verbrechen – sang- und klanglos fallenlassen, da der Entwurf die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechtes in sich berge. Es ist gewiß danach zu trachten, strafrechtliche Tatbestände so genau zu fassen, daß klare Grenzen der Strafbarkeit gezogen werden. Indessen kann die bloße Möglichkeit der sinnwidrigen Anwendung von sinnvollen Vorschriften kein Grund sein, bereits auf der Rechtsetzungsstufe zu kapitulieren. Es müßte ein etwas sonderbarer Rechtsstaat sein, wenn er sich zum vornherein außerstande fühlte, eine dem Willen des Gesetzes entsprechende Anwendung der Vorschriften sicherzustellen.

Beschwörende Antizipierung des Mißbrauches geschieht aber nicht nur für die Rechtsanwendung, sondern auch für die Rechtssetzung. Wie skeptisch immer man dem Entwurf zu einer neuen Bundesverfassung gegenüberstehen mag, kann ich einer Kritik wenig abgewinnen, die mit ausgeklügelter Phantasie zu demonstrieren versucht, was alles an unsinniger, unhaltbarer und bedenklicher Gesetzgebung eine solche Verfassung erlauben oder jedenfalls nicht verhindern würde. Dergleichen Streitkunst übersieht, daß die Referendumsdemokratie mit dem Vertrauen in die repräsentative Vernunft ihrer Parlamente und des Volkes steht und fällt. Es wird immerdar die Kraft der Verfassung übersteigen, das Volk und die Volksvertretung davor zu bewahren, wissentlich und willentlich barer Unvernunft Gesetzeskraft zu verleihen oder mit Vorbedacht auf Torheit auszugehen. Gegenteils wird man bei der Gestaltung der Rechtsordnung des freiheitlichen Rechtsstaates von der Grundlage auszugehen haben, daß die jeweilige Mehrheit in Parlament und Volk fähig und besonnen ist, verantwortlich zu entscheiden und zu handeln. Die rechtspolitische Auseinandersetzung sollte sich nicht auf einer Argumentationsbasis abspielen, von der das Recht nichts zu gewinnen hat.

Und weil wir im Kanton Bern sind, möchte ich mit folgender Bemerkung schließen: angesichts der rund 1000 eng beschriebenen Seiten des unerreichten Kommentars von WALTHER BURCKHARDT zu der geltenden und neu zu Wertschätzung gelangten Bundesverfassung wird man sich doch eingestehen müssen, daß ein Verfassungstext nur begrenzte Eindeutigkeit und Richtungsbestimmung erlaubt.

#### IV.

Dr. PEIDER MENGIARDI, Quästor des Vereins, legt die Jahresrechnung 1978/79 vor:

## I. Allgemeine Rechnung

*Bilanz per 30.Juni 1979*

Aktiven	Fr.	Fr.
Kassa . . . . .	1 686.80	
Postcheck . . . . .	6 796.54	
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord . . . . .	79 572.60	
Waadtländer Kantonalbank, «Nationalfonds» . . . . .	27 910.—	
Wertschriften . . . . .	156 228.95	
Verrechnungssteuer . . . . .	3 693.73	
Transitorische Aktiven . . . . .	1 703.75	
Mobiliar . . . . .	350.—	
		<u>277 942.37</u>

### Passiven

Transitorische Passiven . . . . .	14 460.—
Rückstellung für Publikationen . . . . .	170 000.—
Kapital per 30.6.1978 . . . . .	85 792.23
+ Einnahmenüberschuß pro 1978/79 . . . . .	<u>7 690.14</u>
	<u>93 482.37</u>
	<u>277 942.37</u>

*Erfolgsrechnung 1978/79*

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge . . . . .	89 355.—
Beitrag Schweiz. Nationalfonds . . . . .	25 000.—
Beitrag Schweiz. Geisteswissenschaftliche Gesellschaft . . . . .	8 000.—
Verkauf von Publikationen . . . . .	3 673.90
Wertschriftenertrag . . . . .	7 752.50
Bankzinsen . . . . .	415.78
	<u>134 197.18</u>

### Ausgaben

Druckkosten Referate und Protokolle . . . . .	74 600.55
Bibliographie des schweizerischen Rechts . . . . .	12 034.65
Schweiz. Juristentag . . . . .	21 235.30
Vergütungen an Referenten . . . . .	6 000.—
Spesen des Vorstandes . . . . .	420.50
Spesen der Rechtsquellenkommission . . . . .	1 394.90
Zirkulare und Drucksachen . . . . .	978.—
Archivar . . . . .	6 000.—
Post- und Bürospesen . . . . .	2 155.80
Beiträge . . . . .	1 000.—
Bankspesen . . . . .	317.04
Abschreibungen . . . . .	90.—
Steuern . . . . .	<u>280.30</u>
	<u>126 507.04</u>
Einnahmenüberschuß . . . . .	7 690.14

## II. Rechtsquellenfonds

*Bilanz per 30.Juni 1979*

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent . . . . .	35 495.60
Verrechnungssteuer . . . . .	3 726.31
Wertschriften . . . . .	<u>131 615.50</u>
	<u>170 837.41</u>

### Passiven

Kapital per 30.6.1978 . . . . .	155 621.08
+ Einnahmenüberschuß pro 1978/79 . . . . .	<u>15 216.33</u>
	<u>170 837.41</u>

*Erfolgsrechnung 1978/79*

Einnahmen	Fr.
Verkauf von Publikationen . . . . .	6 618.90
Wertschriftenertrag . . . . .	6 776.15
Gewinn aus Wertschriftenverkäufen . . . . .	2 206.90
Bankzinsen . . . . .	<u>111.12</u>
	<u>15 713.07</u>

### Ausgaben

Bankspesen . . . . .	<u>496.74</u>
Einnahmenüberschuß . . . . .	15 216.33

### III. Fonds Dr. Arnold Janggen

*Bilanz per 30.Juni 1979*

Aktiven	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent . . . . .	2 932.40
Verrechnungssteuer . . . . .	680.57
Wertschriften . . . . .	<u>44 983.30</u>
	<u>48 596.27</u>

### Passiven

Kapital per 30.6.1978 . . . . .	46 812.35
+ Einnahmenüberschuß pro 1978/79 . . . . .	<u>1 783.92</u>
	<u>48 596.27</u>

*Erfolgsrechnung 1978/79*

Einnahmen	Fr.
Wertschriftenertrag . . . . .	1 900.—
Bankzinsen . . . . .	<u>16.36</u>
	<u>1 916.36</u>

### Ausgaben

Bankspesen . . . . .	<u>132.44</u>
Einnahmenüberschuß . . . . .	1 783.92

### V.

Der Präsident verliest den Bericht der Rechnungsrevisoren, der Herren PHILIBERT LACROIX, Notar, Genf und Dr. JOHN OCHSÉ, Basel. Die Versammlung genehmigt die Jahresrechnung und erteilt dem Quästor Decharge.

**VI.**

Der Quästor legt das Budget 1979/80 des Vereins vor:

**Allgemeine Rechnung**

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge . . . . .	90 000.—
Beitrag Schweiz. Nationalfonds . . . . .	25 000.—
Verkauf von Publikationen . . . . .	p.m.
Wertschriftenertrag . . . . .	7 800.—
Bankzinsen . . . . .	200.—
	<u>123 000.—</u>

**Ausgaben**

Druckkosten Referate und Protokolle . . . . .	75 000.—
Bibliographie des schweizerischen Rechts . . . . .	12 500.—
Schweiz. Juristentag . . . . .	18 000.—
Vergütungen an Referenten . . . . .	6 000.—
Spesen des Vorstandes . . . . .	1 800.—
Zirkulare und Drucksachen . . . . .	2 400.—
Archivar . . . . .	6 000.—
Post- und Bürospesen . . . . .	2 400.—
Beiträge . . . . .	1 000.—
Bankspesen . . . . .	300.—
Abschreibungen . . . . .	100.—
Steuern . . . . .	500.—
	<u>126 000.—</u>
Ausgabenüberschuß . . . . .	3 000.—

Im Namen des Vereinsvorstandes beantragt der Quästor, den Mitgliederbeitrag auf Fr. 30.– zu belassen. Budget und Mitgliederbeitrag werden durch die Versammlung genehmigt.

**VII.***a. Statutenänderungen*

Initiativanträge (Art. 7 letzter Absatz)

In den geltenden Statuten steht:

«Initiativanträge einzelner Mitglieder, die in einer Generalversammlung zur Behandlung gelangen sollen, müssen mindestens zwei Wochen vor deren Beginn dem Vorstande schriftlich eingereicht werden.»

Man wird der geltenden Statutenbestimmung den Sinn beizumessen haben, daß die Mitglieder im Hinblick auf eine bevorstehende Generalversammlung ein Traktandum einbringen können, das grundsätzlich in dieser nächsten Generalversammlung abschließend zu behandeln ist. Eine Verschiebung auf die übernächste Hauptversammlung als Regel würde die Bedeutung dieses Mitgliedschaftsrechtes doch wohl stark herabmindern. Zwar lässt das Vereinsrecht eine ausdrückliche statutarische Regelung zu, die es gestattet, über nicht gehörig angekündigte Gegenstände Beschuß zu fassen. Denn es ist nahezu ausgeschlossen, einen vierzehn Tage vor der Hauptversammlung eintreffenden Initiativantrag unsren Mitgliedern noch bekanntzugeben. Daher soll die Eingabefrist zurückverlegt werden, damit der Antrag möglichst noch mit der Einladung zur Generalversammlung verschickt werden kann. Ferner ist die Regelung so gefaßt, daß zwar in der Generalversammlung beschlossen werden kann, aber nicht muß.

Die Versammlung genehmigt den Antrag.

*b. Wahl der Vereinsorgane (Art. 8 Abs. 1).*

Streng genommen enthält der Vorschlag zwei Punkte, so daß der Einwand der Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Materie droht. Der erste Punkt betrifft die offene Wahl der Organe des Juristenvereins. Nach den geltenden Statuten müssen wenigstens der Vereinspräsident und die Mitglieder des Vorstandes in geheimer Abstimmung gewählt werden. Meines Erinnerns ist seit langem diese Wahl in offener Abstimmung erfolgt, was mit den Statuten schwerlich zu vereinbaren ist. Für die Zukunft möchten wir die Sache jedoch in Ordnung bringen und schlagen Ihnen daher grundsätzlich offene Wahl vor. Immerhin kann die Wahl geheim durchgeführt werden, wenn ein dahin zielender Antrag einen Fünftel der Stimmen auf sich vereinigt.

Der zweite Punkt betrifft die Wahl der Rechnungsrevisoren, die bisher jährlich erfolgt ist. Wir möchten der Einfachheit halber

die Amtsdauer der Rechnungsrevisoren mit derjenigen des Vorstandes synchronisieren.

Die Versammlung genehmigt den Antrag.

*c. Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen durch den SJV  
(Art. 7 lit. k 9 Abs. 3/10)*

Der Schweizerische Juristenverein betrachtet die Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen seit eh und je als nobile officium. Er bestellt dazu eigens eine Rechtsquellenkommission. Seit langem wird sie vom hochverdienten und einsatzfreudigen Professor HANS HEROLD präsidiert. Er leistet eine immense Arbeit und ist namentlich immer wieder dafür besorgt, daß Geldquellen für diese aufwendige Aufgabe erschlossen werden können. Dank der Unterstützung durch den Nationalfonds hat die Rechtsquellenforschung einen bedeutend größeren Umfang angenommen. Das ganze Werk spielt sich außerhalb des Vorstandes ab, der über die damit verbundenen Verpflichtungen aus Druckaufträgen, Forschungshonoraren usw. nicht auf dem laufenden gehalten werden kann. Die Jahresrechnung gibt diese Vorgänge nur unvollständig wieder. Der Vorstand ist – namentlich aus der eindringlichen Ermahnung des Quästors heraus – zur Überzeugung gelangt, daß ein Juristenverein die Verantwortlichkeiten klar zu regeln und zu vermeiden hat, daß die formelle und die materielle Verantwortung für eine Geschäftsbesorgung auseinanderklaffen. Die Rechtsquellenkommission erachtet die Gründung einer Stiftung nicht als eine Notwendigkeit. Sie erklärt aber gleichzeitig, daß sie sich fügt, wenn der Vorstand an seiner Auffassung festhält und wenn die Hauptversammlung zustimmt. Wir schaffen eine rechtlich eindeutige Situation, wenn die Rechtsquellenforschung zu einer Stiftung ausgebildet wird. Das bedeutet jedoch keineswegs, daß der Schweizerische Juristenverein sich irgendwie von dieser Aufgabe distanzieren oder sich ihr weniger widmen wollte, im Gegenteil. Es geht dem Vorstand einzig um die Herbeiführung klarer rechtlicher Verhältnisse.

Die Versammlung genehmigt den Antrag.

## VIII.

### *Initiativantrag*

Herr Dr. WALTER HILDEBRANDT, Bülach, hat bereits auf die Jahresversammlung 1978 in Zürich hin – zwar rechtzeitig, aber knapp vor der Tagung – den Antrag gestellt, demzufolge der

Vorstand ersucht wurde, die bisherige Gepflogenheit, in der Jahresversammlung die Liste der verstorbenen Mitglieder zu verlesen und damit eine kurze Totenehrung zu verbinden und im Protokoll die Nekrologie folgen zu lassen, weiterzuführen. Die Generalversammlung in Zürich beschloß, das Geschäft auf den nächsten Juristentag zu verschieben.

Die frühere Übung war in der Jahresversammlung 1977 in Luzern aufgegeben worden.

Der Vorstand ist nach wie vor für Preisgabe dieser Übung. Er hat Grund zu der Annahme, daß viele Mitglieder seine Meinung teilen. Die Beibringung von 30 bis 40 Nekrologen ist für den Präsidenten, der nur eine geringe Zahl der Verstorbenen persönlich kennt, keine einfache Sache. Er sollte und würde den Aufwand dennoch auf sich nehmen, wenn der Abdruck dieser Nekrologie in der Zeitschrift für schweizerisches Recht ein verbreitetes Informationsbedürfnis befriedigen würde. Wir sind überzeugt, daß das nicht der Fall ist und der Präsident Berichte beschaffen und drucken lassen muß, die kaum gelesen werden.

Dr. W. HILDEBRANDT erhält Gelegenheit, seinen Initiativantrag mündlich zu begründen.

Die Versammlung beschließt mit 71 gegen 27 Stimmen *Ablehnung*.

## IX.

### *Mutationen*

#### Dem Verein sind beigetreten:

(Stand 31. August 1979)

##### *Zürich*

Claude P. Blum, lic. iur., Zürich  
Dr. Louis-Charles Eberle, Rechtsanwalt, Zürich  
Dr. Martin Escher, Rechtsanwalt, Zürich  
Dr. Max Fehr, Sekretär, Berg am Irchel  
Georges Frick, Rechtsanwalt, Zürich  
Hans Frick, Rechtsanwalt, Zürich  
Margrith Hanselmann, lic. iur., Zürich  
Philipp Hotzenköcherle, lic. iur., Zürich  
Silvio Jörg, lic. iur., Zürich  
Christian Kasser, Fürsprech und Notar, Küsnacht  
Dr. Rainer Klopfer, Gerichtssekretär, Birmensdorf  
Dr. Adrian Meili, Bezirksrichter, Hinwil  
Dr. Albert Müller, Verbandssekretär, Zürich

Dr. Viktor Müller, Rechtsanwalt, Vizedirektor, Zürich  
Dr. Guido Olgiati, Rechtsanwalt, Zürich  
Dr. Alfons Peter, Jurist, Zürich  
Jürg Rohner, Rechtsanwalt, Pfungen  
Dr. Louis Rohner, Rechtsanwalt, Zürich  
Mirko Roš, lic. iur., Zollikon  
Dr. Maya Schiess, Zürich  
Jürg Schweizer, lic. iur., Zürich  
Dr. Hans-Ulrich Stooss, Zumikon  
Dr. Mark Eugen Villiger, Zürich  
Dr. Thomas Wach, Vizedirektor, Zürich  
Dr. Michael Werder, Rechtsanwalt, Gockhausen  
Egbert F.J. Wilms, Rechtskonsulent, Männedorf  
Dr. Jakob Zgraggen, Rechtsanwalt, Greifensee

*Bern*

Bernhard Brunner, Fürsprecher, Langnau i.E.  
Rainer Hauswirth, lic. iur., Hilterfingen  
Ulrich Hirt, Fürsprecher, Bern  
Hans Isenschmid, Fürsprecher, Bern  
Christine Kopp, Fürsprecher, Biel  
Othmar Peter Lehmann, lic. iur., Bern  
Christine Liggenstorfer, lic. iur., Bern  
Geneviève Marti-Chappuis, Fürsprecher, Spiegel-Bern  
Jacqueline Masmejan, lic. en droit, Bienne  
Thomas Merkli, Fürsprecher, Bern  
Jacques Meuwly, juriste, Gümligen  
Bernard Münger, lic. iur., Bern  
Paul Richli, Dr. iur., Ittigen  
Dr. Walter Schwarz, Fürsprecher und Notar, Bern  
Jean-Daniel Vigny, lic. en droit, Muri  
Wolfgang Wiegand, Dr. iur., o. Professor, Bern  
Agathe Wirz-Julen, Rechtsanwalt und Notar, Gümligen

*Luzern*

Urs Hess-Odoni, Obergerichtsschreiber, Luzern  
Dr. Werner F. Hotz, Bundesgerichtssekreter EVG, Meggen  
Peter E. Scherrer, Rechtsanwalt, Horw

*Glarus*

Hans Georg Signorell, Gerichtsschreiber, Näfels  
Dr. Erich Wettstein, stellvertr. Ratsschreiber, Riedern

*Zug*

Rolf Meyer, lic. iur., Zug  
Dr. Felix Renner, Zug

*Fribourg*

Roland Brogli, lic. iur., Fribourg  
Jean-Daniel Dubey, juriste, Corminboeuf

André Fidanza, avocat, Fribourg  
François Gendre, lic.iur., Villarsel-sur-Marly  
Jean-Pierre Giamini, lic.en droit, Bulle  
Bernard Odermatt, lic.iur., Murten  
Theodul Studer, Rechtsanwalt, Murten  
Bruno de Weck, avocat, Fribourg

#### *Solothurn*

Dr. Kaspar Hotz, Rechtsanwalt, Oberramsern  
Mariacarla Rüefli, Fürsprech und Notar, Grenchen  
Urs Schmid, Fürsprecher, Solothurn

#### *Basel-Stadt*

Dr. Marco Biaggi, Advokat, Basel  
Carlo Conti, lic.iur., Basel  
Stephan Cueni, Advokat, Basel  
Urs Höchle, lic.iur., Basel  
Dr. Bruno Maier, Advokat, Basel  
Dieter Schlumpf, lic.iur., Basel  
Ernst Staehelin, Advokat, Basel  
Dr. Donald Stückelberger, Advokat, Basel  
Dr. Hans Martin Tschudi, Basel

#### *Basel-Landschaft*

Dieter Eichenberger, lic.iur., Reinach  
Marcel Engel, lic.iur., Muttenz

#### *St. Gallen*

René B. Ott, lic.iur., Buchs  
Dr. Max Zingg, Rechtsanwalt, St. Gallen

#### *Graubünden*

Dr. Hans Peter Batz, Chur  
Beatrice Böckle, lic.iur., Chur  
Dr. Johann Martin Schmid, Gerichtsschreiber, Chur

#### *Thurgau*

Andreas Kolb, lic.iur., Frauenfeld  
Andreas Stähelin, Rechtsanwalt, Frauenfeld

#### *Tessin*

Fausto Barchi, avvocato, Massagno  
Giorgio Bernasconi, lic.iur., Castagnola  
Adriano Censi, lic.iur., Breganzona  
Mario Facchinetti, lic.in diritto, Lugano  
Claudio Franscini, avvocato e notaio, Locarno  
Antonio Galli, avvocato e notaio, Lugano  
Mario Morganti, avvocato, Lugano  
Giovanna Postizzi, avvocato, Morcote

*Vaud*

Jean Anex, Dr en droit, avocat, Aigle  
François Cardis, Dr en droit, Lausanne  
Jean-Eric Combe, juriste, La Tour-de-Peilz  
Olivier Freymond, Dr en droit, Duillier  
Philippe Gardaz, Dr en droit, avocat, Lausanne  
Michel Hanhardt, Dr en droit, juriste, Cheseaux  
Charles-Edouard Held, Dr en droit, Vevey  
Olivier Jacot-Guillarmot, Dr en droit, avocat, Lausanne  
Regula Kägi-Diener, Dr en droit, secrétaire au Trib. féd. Lausanne  
François Lambercy, juriste, Lausanne  
Philippe Richard, Dr en droit, avocat, Lausanne  
Alceo Sanchini, juriste, Lausanne  
Denis Sulliger, Dr en droit, Lausanne

*Valais*

Philippe Cherix, juriste, Sion  
Clément Nantermod, juriste, Sion  
Michel Perrin, juriste, Martigny  
Jacques Philippoz, avocat et notaire, Leytron  
Ferdinand Schaller, Verwaltungsgerichtsschreiber, Visp

*Neuchâtel*

André Simon-Vermot, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds  
Georges Schaller, lic. en droit, Neuchâtel

*Genève*

France Cousin, juriste, Genève  
Alfred Dufour, professeur ord. Faculté de droit de Fribourg, Chêne-Bougeries  
Eric Fiechter, avocat, Genève  
Pierre Gillioz, avocat, Genève  
Blaise Grosjean, avocat, Genève  
Christian Grosjean, avocat, Genève  
Pierre-Antoine Lapp, avocat, Genève  
Frédéric Marti, juriste, Genève  
Pierre Martin-Achard, lic. en droit, Genève  
Daniel Peregrina, lic. en droit, Genève  
Charles Poncet, avocat, Vandœuvres  
Christian Reiser, avocat, Genève  
Harry Romy, lic. en droit, Genève  
Emmanuel Stauffer, Dr en droit, avocat, Genève  
Eric Villy, lic. en droit, Genève  
Georges Zufferey, juriste, Vernier

*Liechtenstein*

Dr. Guido Meier, Jurist, Vaduz

*ohne Wohnadresse:*

Dr. Béat Schmid, Anwalt und Notar

## Gestorben sind folgende Mitglieder:

Eintritts-  
jahr

- 1939 Rudolf Amstutz, Fürsprecher, Bern
- 1934 Pierre Barras, rédacteur, Fribourg
- 1936 Maurice Battelli, professeur, Genève
- 1934 Wilhelm Baumgartner, Fürsprecher, Langnau
- 1956 Robert Bohrhauser, lic.iur., Zürich
- 1919 Philippe Briquet, Dr en droit, Genève
- 1933 Dr. Oskar Curti, Rechtsanwalt, Luzern
- 1961 Georges Dainow, avocat, Genève
- 1946 Dr. Arturo Fanconi, Rechtsanwalt, Thusis
- 1961 Hans Fröhlich, Rechtskonsulent, Kilchberg
- 1959 Brenno Galli, dott.in legge, Lugano
- 1939 Dr. Fritz Hagemann, Advokat und Notar, Basel
- 1923 Dr. Max Hemmeler, Fürsprecher, Lenzburg
- 1941 Dr. Ignaz Herzfeld, Advokat und Notar, Basel
- 1945 Dr. Claudio Hirschkühl, Chur
- 1946 Dr. Walter Hofer, Fürsprech, Luzern
- 1921 Dr. Oskar Lutz, Advokat, St. Gallen
- 1974 Pierre-André Martin, notaire, Renens
- 1961 Dr. Hans Meili, Bezirksanwalt, Zürich
- 1938 John Metzger, avocat, Vésenaz
- 1934 Dr. Hans Friedrich Moser, Fürsprecher, Bern
- 1928 Alfred Schreiber, avocat, Genève
- 1944 Dr. Paul Steiner, Rechtsanwalt, St. Gallen
- 1936 Dr. Jakob Tomas, Fürsprecher, Bern
- 1923 Dr. Jakob Trott, Advokat, Basel
- 1940 André von der Weid, Dr en droit, Fribourg
- 1944 Dr. Alphons Wiederkehr, Rechtsanwalt, Zürich
- 1961 Jean Zufferey, avocat et notaire, Sierre

## Demissionen liegen vor von:

Eintritts-  
jahr:

- 1933 Gérard Bauer, avocat, Peseux
- 1975 Diethelm Baumann, Fürsprecher, Bern
- 1961 Pierre Billieux, avocat, Porrentruy
- 1960 Dr. Emil Boesch, Rechtsanwalt, St. Gallen
- 1944 Dr. Max Büsser, Rechtsanwalt, Luzern
- 1959 Dr. Alfred Conne, Direktor, Küsnacht
- 1969 Marius Cottier, Dr en droit, Fribourg
- 1958 Victor Curchod, Dr en droit, Lausanne
- 1958 Dr. Marc Dumont, Fürsprecher, Bern
- 1961 Dr. Erwin R. Frey, Professor, Uitikon a.A.
- 1975 Max Gisler, Jurist, Basel
- 1949 Dr. Max Gyr, Frauenfeld
- 1938 Antoine-Louis Hafner, avocat, Genève
- 1971 Dr. Roland Hengartner, Jurist, Basel
- 1974 Martine Heyer-Berthet, Genève

- 1975 Alwin Hösli, Rechtsberater, Zollikon  
1961 Dr. Walther Konrad Huber, Rechtsanwalt, Zürich  
1971 Klaus Hütte, Assessor, Starnberg  
1969 Bruno Hug, avocat, Mies  
1948 Dr. Fritz Hummler, Blonay  
1960 Michel Huwiler, juriste, Fribourg  
1966 Dr. René Jenni, Fürsprecher, Biel  
1961 Dr. Erich Kalt, Oberrichter, Zug  
1935 Dr. Ernst Kiefer, Direktor, Basel  
1960 Dr. Werner Kohli, Fürsprecher, Schwarzenburg  
1977 Dr. Andreas Kuhn, Luzern  
1932 Paul Mäder, Journalist, Uznach  
1969 Franz-Joseph Meng, Obergerichtsschreiber, Schneisingen  
1962 Maurice Meylan, Dr en droit, avocat, Lausanne  
1978 Martine Mignot, lic. en droit, Genève  
1961 Dr. F. L. Minder-Keller, Eidg. Beamter, Bern  
1973 Paul Müller, Zürich  
1977 Thomas Müller, Fürsprecher, Aarau  
1963 Dr. Adelrich Pfluger, Oberrichter, Solothurn  
1972 Pierre Pittard, Dr en droit, Vernier  
1970 Thomas Plattner, Basel  
1934 Antoinette Quinche, Dr en droit, Lausanne  
1967 Claire Rhis-Lombard, juriste, Conches  
1959 Hans Rieder, Bezirksanwalt, Zürich  
1945 Dr. Alfred Schatzmann, Jugandanwalt, Frauenfeld  
1976 Rudolf Staehelin, lic.iur., Basel  
1945 Dr. Kurt Stampfli, Fürsprech und Notar, Solothurn  
1961 Dr. Hans Studer, Oberrichter, Affoltern a.A.  
1963 Henri Thévenaz, professeur, Neuchâtel  
1962 Henri Tissot, avocat, Genève  
1961 Peter Trachsel, Fürsprecher, Burgdorf  
1972 Verena Tschudin, lic.iur., Lausen  
1943 Dr. Pierre Uldry, Rechtsanwalt, Küsnacht  
1945 Alberto Verda, Dott.in legge, Lugano  
1957 Etienne Vodoz, Dr en droit, avocat, La Conversion

## X.

Nach einer kurzen Pause übernimmt Me JACQUES MATILE die Leitung der Verhandlungen über das Thema «Bäuerliches Grundeigentum».

Me J. MATILE introduit les deux rapporteurs et expose brièvement le but que s'est fixé la société en choisissant le thème du droit foncier rural. Il s'agit d'une part de dresser un tableau complet d'une matière qui est répartie dans de nombreux textes légaux et où le praticien a souvent de la peine à se retrouver, d'autre part de présenter une critique et des suggestions concernant ce droit foncier rural.

Me MATILE souligne que les deux rapporteurs ont rempli cette tâche à l'entièvre satisfaction du comité.

Il donne ensuite la parole à Me REINHOLD HOTZ, avocat, Güm-  
ligen, rapporteur de langue allemande:

I.

1. In meinem Bericht bin ich davon ausgegangen, daß das Recht des bäuerlichen Grundeigentums seinen formal dogmatischen Ausgangspunkt im Privatrecht hat. Es umfaßt näher gekennzeichnetes Recht des privaten Grundeigentums: näher gekennzeichnet unter dem Gesichtspunkt der landwirtschaftlichen Nutzung. Daran knüpft sich umfangreiches, unübersichtliches Sonderrecht: im weiteren Sinn das gesamte Agrarrecht; in einem engern Sinn das Recht über die Veräußerung, Vererbung, Verpachtung, Belastung und Nutzung landwirtschaftlicher Grundstücke. Dieses Sonderrecht gilt als Folge *einer* bestimmten Nutzungsart, der landwirtschaftlichen Nutzung. Artikel 22<sup>quater</sup> Absatz 1 der Bundesverfassung beauftragt den Bund, Grundsätze über eine gesamtschweizerisch zweckmäßige Nutzung des Bodens aufzustellen. Der Bund schickt sich heute – zum zweiten Mal und, wie es scheint, mit Erfolg – an, diesen Auftrag zu erfüllen.

2. Mit dieser Problemstellung habe ich drei Fragen verknüpft.

Eine erste: Welche Normen gelten heute als Recht des bäuerlichen Grundeigentums?

Eine zweite: Welche Probleme suchen die geltenden Normen des bäuerlichen Grundeigentums zu lösen?

Und eine dritte: Wie sind die Lösungen zu werten, namentlich im Hinblick darauf, daß eine künftige allgemeine Nutzungsordnung auch das geltende Sonderrecht über landwirtschaftlich genutzte Grundstücke beeinflussen wird?

3. Wenn ich als Antwort auf die erste Frage das geltende Recht in seinen Grundzügen skizziert habe, dann habe ich vielleicht für die einen von Ihnen Bekanntes wiederholt, dadurch aber – so hoffe ich wenigstens – den andern, die sich nicht berufsmäßig mit bäuerlichem Bodenrecht beschäftigen, den Zugang zum Thema etwas erleichtert.

4. Im Folgenden möchte ich auf ein paar rechtsetzungsmethodische Überlegungen zurückkommen. Auf ihnen liegt, wie Sie bemerkt haben dürften, der Akzent meines Berichts. Die geltenden Normen des bäuerlichen Grundeigentums werden als Lösungen normativer Probleme verstanden und gewürdigt. Lassen Sie

mich anhand einiger Rechtsinstitute veranschaulichen, was ich meine.

## II.

5. Das Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes gewährt verschiedenen Personengruppen ein Vorkaufsrecht, einige davon zum Ertragswert. Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe verkauft, möchte in der Regel den Verkehrswert erzielen. Wer es kauft, um es selber zu bewirtschaften, kann nur den Ertragswert bezahlen.

Ein Verkäufer, der mit dem bäuerlichen Vorkaufsrecht zum Ertragswert rechnen muß, ist deshalb versucht, diesen zu vereiteln.

6. Eine zentrale Frage an den Rechtsetzer lautet demnach: Wie läßt sich bei landwirtschaftlichen Gewerben das Gefälle zwischen Ertrags- und Verkehrswert durch Rechtsnormen ausgleichen oder wenigstens verringern? Zwei Antworten stehen im Vordergrund. Der Rechtsetzer kann bestimmte Personen bevorzugen und ihnen ermöglichen, Boden zum Ertragswert zu erwerben. Das ist die Lösung des bäuerlichen Vorkaufsrechts, die ähnlich in andern Rechtsinstituten wiederkehrt. Das Ergebnis ist Sonderrecht. Der Rechtsetzer kann aber auch eine Nutzungsordnung vorschreiben und verlangen, es seien Landwirtschaftszonen auszuscheiden. In der Landwirtschaftszone darf der Boden nur landwirtschaftlich genutzt werden, so daß sich sein Wert allmählich, mehr oder weniger, durch die landwirtschaftliche Nachfrage bemäßt. Das ist die raumplanerische Lösung. Die Raumplanung schafft nicht alle Probleme des bäuerlichen Vorkaufsrechts aus der Welt. Sie tritt aber von einem neuen Ansatz her an sie heran. Der verfehlte Ansatz bildet mit einen Grund für die Kritik am bäuerlichen Vorkaufsrecht.

## III.

7. Das erwähnte Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes ermächtigt die Kantone, Kaufverträge über landwirtschaftliche Liegenschaften und Heimwesen unter bestimmten Voraussetzungen durch Einspruch zu verhindern.

8. Rechtsnormen sollen demnach die Spekulation mit landwirtschaftlichen Liegenschaften erschweren, Betriebe nicht zu groß werden lassen, lebensfähige Heimwesen erhalten, ferner verhindern, daß der Boden zerstückelt wird. Rechtsnormen kön-

nen spekulative Interessen an landwirtschaftlichen Liegenschaften als Gegebenheiten anerkennen und bestimmten Mißbräuchen durch Verbote entgegenwirken. Das ist die Lösung des Einspruchsverfahrens. Rechtsnormen können aber auch versuchen, landwirtschaftliche Liegenschaften als Spekulationsobjekte uninteressant zu machen: indem sie Boden, der sich für die landwirtschaftliche Nutzung eignet, der Landwirtschaftszone zuordnen. Das ist die raumplanerische Lösung. Sie läßt allerdings zu, daß sich Heimwesen über den Lebensbedarf einer Bauernfamilie ausdehnen, ebenso, daß kleine Heimwesen in größeren aufgehen. Gegensätzliche Interessen, wie der Boden genutzt werden soll, auszugleichen, erfordert eine gesamtschweizerische, nach einheitlichen Gesichtspunkten gestaltete Nutzungsordnung. Sonderrecht, das an eine bestimmte Nutzungsart anknüpft und sie bevorzugt, läuft Gefahr, die Schwerpunkte falsch zu setzen und an Bedeutung zu verlieren. Das Einspruchsverfahren bietet ein Beispiel hiefür.

#### IV.

9. Die Artikel 218 bis 218<sup>quater</sup> OR beschränken den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken. Diese dürfen während 10 Jahren ab Eigentumserwerb weder als Ganzes noch in Stücken veräußert werden. Die Sperrfrist soll die Besitzverhältnisse festigen und dadurch der Spekulation entgegensteuern: indem sie ein Merkmal der Spekulation durchkreuzt, nämlich die Absicht, aus dem Kaufgegenstand durch baldigen Weiterverkauf Gewinn zu erzielen.

10. Auch hier, wie beim Einspruchsverfahren, ein Verbot, wogegen die raumplanerische Lösung darin bestände, landwirtschaftlichen Boden der Landwirtschaftszone zuzuordnen, ihn dadurch ausschließlich der landwirtschaftlichen Nutzung vorzubehalten und so der Spekulation zu entziehen.

#### V.

11. Artikel 218<sup>quinquies</sup> OR gewährt dem Verkäufer Anspruch auf Gewinn, wenn ein landwirtschaftliches Grundstück, das er auf einen Erben übertragen hat, weiterveräußert oder enteignet wird. Der Gewinnanspruch bestimmt sich nach den Vorschriften über die Erbteilung. Artikel 218<sup>quinquies</sup> OR setzt einen sog. Kindskauf voraus, ohne ihn zu regeln. Der «Kindskauf» sucht ein Problem, das sich bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung

stellt, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu lösen: das Problem, eine Nachfolgeordnung zu schaffen, die den besondern Bedürfnissen der Landwirtschaft gerecht wird, das heißt vermeidet, daß landwirtschaftliche Güter zerstückelt oder überschuldet werden. Dabei begegnet der Kindskauf der gleichen Schwierigkeit wie das Erbrecht. Zu welchem Wert soll der mutmaßliche Erbe ein landwirtschaftliches Grundstück erwerben?

12. Der Kindskauf überbrückt die Kluft zwischen Verkehrs- und Ertragswert, indem er den Kauf mit einer Schenkung verbindet. Artikel 218<sup>quinquies</sup> OR rechnet mit einem Verkehrswert, der höher ist als der Wert, zu dem ein abtretender Bauer einem Erben Grundstücke übertragen muß, sollen sie weiterhin landwirtschaftlich genutzt werden können. Ausgehend vom Gefälle zwischen Verkehrs- und Ertragswert zielt Artikel 218<sup>quinquies</sup> OR darauf hin, die resultierenden Folgeprobleme präventiv und repressiv zu bewältigen. Präventiv, indem der Erwerber davon abgehalten werden soll, das Grundstück weiterzuveräußern; repressiv, indem erzielte Gewinne dem Veräußerer zufallen, der sie durch Begünstigung des Erwerbers bewirkt hat. In die Ursachen des Wertgefälles greift Artikel 218<sup>quinquies</sup> OR nicht ein. Sie liegen unter anderem darin, daß Boden, der sich für die landwirtschaftliche Nutzung eignet, auch anders – einträglicher – genutzt werden darf. Es fehlt eine verbindliche Nutzungsordnung, die herbeizuführen Aufgabe der Nutzungsplanung, mithin der Raumplanung ist.

## VI.

13. Die Artikel 616 bis 625<sup>bis</sup> ZGB umfassen das bäuerliche Erbrecht im engen Sinn, gegliedert in zwei Abschnitte:

einen ersten über die Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke, mit Normen über die Bodenzerstückelung, die Anrechnung zum Ertragswert und das Gewinnanteilsrecht der Miterben,

und einen zweiten über die Zuweisung landwirtschaftlicher Gewerbe, mit Normen über die Integralzuweisung.

14. Das allgemeine Erbrecht behandelt alle Erben gleich. Wer eine Erbschaftssache übernimmt, muß sich deren Verkehrswert anrechnen lassen. Diese Regel ist ein Stück ausgleichender Gerechtigkeit. Der nämliche Gedanke wäre auch für bäuerliche Verhältnisse billig, stößt aber auf Schwierigkeiten. Der Verkehrswert ist als Kapitalgrundlage eines landwirtschaftlichen Gewerbes nicht verkraftbar, weil er sich meist nicht nach der Ertragsfähigkeit des Bodens bemäßt. Das Gesetz sucht durch zwei

Maßnahmen Abhilfe zu schaffen: zum einen durch das Zerstückelungsverbot, zum andern durch die Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke oder ganzer Gewerbe zum Ertragswert. Das Zerstückelungsverbot greift gestaltend in die Bodenordnung ein und gehört deshalb zu den raumwirksamen Maßnahmen. Die Anrechnung zum Ertragswert und die ungeteilte Zuweisung landwirtschaftlicher Gewerbe – beides Bevorzugungen des übernehmenden Erben, gemildert durch das Gewinnanteilsrecht der Miterben – lösen Probleme, die sich in einer gesamtschweizerischen Nutzungsordnung entschärfen. Diese vermag allerdings Bodenzerstückelungen nicht zu verhindern oder rückgängig zu machen. Diesem Ziel dienen Bodenverbesserungen, wie Güterzusammenlegung oder Pachtlandarrondierung. Grundlagenverbesserungen habe ich aus dem Fragenkreis dieses Berichts ausgeklammert. Als Vorkehren der Raumplanung zeigen sie indes, wie sehr sich deren Anliegen mit jenen des bäuerlichen Bodenrechts decken.

## VII.

15. Das bäuerliche Pachtrecht will die landwirtschaftlichen Pachtverhältnisse festigen, insbesondere durch den Schutz des Pächters. Geregelt ist es im OR, im Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes und im Pachtzinsgesetz. Es betrifft vor allem die Pachtzeit und den Pachtzins.

16. Der Pachtvertrag gehört zu den Dauerverträgen. Das Moment der Zeit ist ihm wesenseigen. Pachtdauer und Beendigung der Pacht berühren beide die Lebensgrundlage des Pächters, um dessen Stellung sich die pachtrechtliche Diskussion vornehmlich dreht. Diese hat den privatrechtlichen Rahmen längst gesprengt. Denn am bäuerlichen Privatrecht ist vieles nicht mehr privat. Zum Privatrecht, wie immer man es umschreiben mag, gehört freies Belieben. Solches Belieben befremdet regelmäßig, wo die eine, schwächere Partei auf ein Rechtsverhältnis angewiesen ist, wie der Pächter auf die bäuerliche Pacht.

Der bisher beschrittene Weg bestand darin, ihr privatrechtliches Konzept durch Einzelmaßnahmen zum Schutz des Pächters zu mildern. Die in kurzen Abständen notwendig gewordenen Revisionen lassen daran zweifeln, ob dieser Weg der richtige war.

17. Das Pachtzinsgesetz begrenzt die Höhe des landwirtschaftlichen Pachtzinses. Zinsabreden unterstellt es einer behördlichen Kontrolle. Es hat sich – wie so mancher Erlaß des bäuerlichen Bodenrechts – nicht bewährt. Die Meinungen gehen höchstens

darüber auseinander, ob das Gesetz selbst oder seine Anwendung nicht befriedige. Weil es keine aufschlußreiche Praxis gibt, fehlt eine wertvolle Grundlage, um die Mängel des geltenden Rechts erkennen und beurteilen zu können. Immerhin stellt die ungenügende Durchsetzbarkeit ihrerseits einen Mangel dar. Denn das Recht muß gewährleisten, daß es tatsächlich gilt. Es muß die erforderlichen Behörden, Verfahren und Sanktionen vorsehen. Eine andere Frage ist allerdings, ob sich Behörden finden lassen, die sich nicht nur darüber entrüsten, wie sehr Norm und Wirklichkeit auseinanderklaffen. Das Recht kann solche Behörden nicht schaffen – es muß sie voraussetzen.

## VIII.

18. Für landwirtschaftliche Grundstücke legen die Artikel 84ff. des Entschuldungsgesetzes eine Belastungsgrenze fest. Sie gehört zu den Maßnahmen, um die Überschuldung landwirtschaftlicher Liegenschaften zu verhüten. Sie soll die Kapitalkosten niedrig halten und dadurch die bäuerliche Existenz verbessern. Dieses Problem liegt auch andern bodenrechtlichen Instituten zugrunde. Sie lösen es ähnlich. Denn die Belastung über den Schätzungswert hinaus beruht darauf, daß die Grundpfandgläubiger einen höheren Wert, den Verkehrswert, annehmen. Die Artikel 84ff. des Entschuldungsgesetzes bauen auf dieser Gegebenheit auf und suchen unerwünschte Folgeerscheinungen zu bekämpfen.

## IX.

19. Die angedeuteten Rechtsinstitute – Vorkaufsrecht, Einspruchsverfahren, Sperrfrist, Kindskauf, Erbrecht, Pacht und Belastungsgrenze – erfassen den Boden als Gegenstand der allgemeinen Eigentumsordnung. Der Eigentümer kann darüber in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem Belieben verfügen. So Artikel 641 Absatz 1 ZGB. Soweit sich die Verfügung nach Belieben mit den Anliegen der Landwirtschaft nicht verträgt, stellt das bäuerliche Bodenrecht Schranken auf. Diese greifen Platz, wenn es sich um landwirtschaftliche Grundstücke handelt. Darauf, daß Grundstücke landwirtschaftlich genutzt werden, wirken sie kaum ein.

20. Anders verhält es sich mit der Landwirtschaftszone. Ihre Grundlage ist das Nutzungsplanungsrecht und damit das Raumplanungsrecht. Nutzungspläne ordnen für jedermann verbind-

lich, wie der Boden genutzt werden darf. Durch den Bezug zum Boden fügt sich das Nutzungsplanungsrecht ins Bodenrecht ein. Das Bodenrecht vereinigt aus verschiedenartigen Rechtsgebieten Normen, die sich auf die Verfügung und Nutzung des Bodens beziehen. Die geltenden Rechtsinstitute beschränken die Verfügungsfreiheit über den als beliebig nutzbar gedachten Boden, wogegen das Nutzungsplanungsrecht die Nutzungsfreiheit beschränkt.

21. Als bodenerhaltende Nutzung läuft die Landwirtschaft Gefahr, durch bodenverändernde Nutzungen verdrängt zu werden. Während die Verfügungsbeschränkungen des bäuerlichen Bodenrechts im nachhinein versuchen, unerwünschte Folgen dieser Entwicklung einzudämmen, ist die Nutzungsplanung darauf angelegt, von Anfang an die Entwicklung in eine erwünschte Richtung zu steuern. Den durch die Nutzungsplanung gewichteten Nutzungsbedürfnissen werden entsprechende Zonen zugewiesen: der Landwirtschaft die Landwirtschaftszone.

22. In der Landwirtschaftszone prägt die landwirtschaftliche Nutzung den Wert des Bodens, der dadurch finanziellkräftigen Interessenten als Spekulationsobjekt weitgehend entzogen wird. Weil vor allem Bauern mit Grundstücken handeln, die in der Landwirtschaftszone liegen, werden sich die Preise vermehrt nach der Ertragsfähigkeit des Bodens richten.

23. Damit sind aber nicht alle Probleme gelöst. Für den Landwirt kann es wirtschaftlicher sein, einen über dem Ertragswert liegenden Kaufpreis zu bezahlen, als Maschinen und Anlagen brachliegen zu lassen. Das ist ein Betriebsproblem innerhalb der Landwirtschaftszone. Die wirtschaftlichen und sozialpolitischen Probleme der Pacht werden durch die Nutzungsplanung nicht bewältigt. Um Bodenzerstückelungen wirksam zu verhüten oder rückgängig zu machen, bedarf es besonderer Maßnahmen. Ungeachtet solcher Vorbehalte sollte die Nutzungsplanung jene Steuerungsfunktion und jene Einheit wenigstens teilweise wieder herstellen, die beide dem bäuerlichen Bodenrecht, wie es sich heute offenbart, so sehr fehlen.

24. Die Rechtsinstitute des bäuerlichen Grundeigentums, die ich für den vorliegenden Bericht ausgewählt habe, verkörpern Prämissen von gestern. Ihnen dürfte das neue Raumplanungsrecht Prämissen von heute anfügen, so daß wir nunmehr die richtigen Schlüsse für das bäuerliche Bodenrecht von morgen ziehen können – und sei es auch nur in dem Sinn, daß wir alles beim alten belassen, dafür aber umso sicherer wissen, über ein brennendes Thema für einen künftigen Juristentag zu verfügen.

Me MATILE donne ensuite la parole à Me PHILIPPE PIDOUX, avocat au barreau vaudois, Lausanne, rapporteur de langue française:

Les juristes de notre pays, en particulier ceux de langue française, ont tendance à «snober» le droit foncier rural. Ils le considèrent volontiers comme une législation de seconde catégorie, embourbée dans la terre des champs et les fluctuations du prix des produits agricoles. Cela explique peut-être qu'il y ait peu d'études systématiques de ces règles, dispersées dans le code civil, le code des obligations, des lois fédérales et cantonales et de nombreuses ordonnances.

Cependant, l'étude de notre sujet met en évidence les nombreuses restrictions apportées à la propriété d'un immeuble ou d'un domaine agricoles. A cet égard déjà, il se justifie de se pencher sur cet ensemble disparate de textes, formant ce qu'on appelle depuis peu le droit foncier rural et qui déroge sur de nombreux points au droit commun.

Nous entendons, dans le quart d'heure où nous sollicitons votre attention, examiner une question générale, plutôt que de se livrer à l'exégèse de notre mémoire. Le sujet que nous aborderons est au cœur de la matière: faut-il accroître les limitations à la propriété rurale ou, en d'autres termes, les règles du droit foncier rural se sont-elles révélées insuffisantes au point qu'il faudrait en introduire d'autres, dérogeant encore plus au droit commun ou, en d'autres mots également, faut-il dans le cadre d'une révision législative, codifier ces normes avec certaines corrections ou faire table rase du passé en créant un nouveau système.

Il est peut-être facile de répondre à cette question d'un point de vue politique. Selon que la propriété du sol vous paraisse adorable ou haïssable, vous pouvez multiplier ou non les règles du droit foncier rural. Mais un tel débat n'a pas sa place dans notre assemblée.

Si l'on en reste au niveau des principes juridiques, la réponse n'est pas simple. Pourtant des juristes distingués – et dont certains se trouvent dans cette salle – affirment que les mesures actuelles sont insuffisantes et qu'il faut de nouvelles restrictions. Nous refusons de leur emboîter le pas.

En quelques phrases je veux d'abord rappeler les restrictions qui existent. Ensuite, je survolerai les critiques. Enfin, j'indiquerai certaines modifications qu'il convient d'apporter au système légal, en relation notamment avec l'aménagement du territoire.

On sait que le propriétaire d'un domaine agricole offrant des moyens d'existence suffisants n'est pas libre d'en disposer par

voie successorale. En effet, l'héritier qui paraît capable de l'exploiter peut se le faire attribuer comme un tout, à une valeur préférentielle, dite de rendement, nettement inférieure dans les faits à la valeur vénale. Certes le droit successoral paysan ne fait pas partie, à proprement dit, du droit foncier rural mais il l'a largement influencé, en raison de son antériorité et de l'excellence du principe que je viens d'évoquer. De son vivant, le propriétaire ne peut pas non plus disposer librement de son domaine. D'abord il lui est interdit de le grever au-delà d'une charge maximum, liée à la valeur de rendement. Ensuite il ne peut pas le vendre à qui bon lui plaît: certains parents disposant d'un droit de préemption, qu'ils peuvent exercer à la valeur de rendement, donc à un prix souvent inférieur à celui offert par le tiers. Au surplus, l'Etat peut faire échec à une vente de parcelle agricole. Les cantons ont en effet la faculté de s'opposer à la vente au motif de la spéculation d'une des parties, ou de l'accaparement de terrains agricoles par l'acheteur ou du démembrément d'un domaine agricole. Enfin, si personne ne s'oppose à la vente ou ne se substitue à l'acheteur, l'immeuble agricole est inaliénable pendant les dix ans qui suivent son acquisition. Quant à la location des terres, elle est soumise à moult restrictions. Le simple énoncé de ces règles laisse supposer qu'elles contiennent leurs exceptions, qui ont donné lieu à une intéressante jurisprudence.

Le but de la législation foncière rurale et de la politique agricole découle de la constitution. En substance, il s'agit de conserver une forte population paysanne, d'assurer la productivité de l'agriculture et de consolider la propriété rurale. Le but de la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale est si vaste qu'on croit lire un programme d'un parti politique pour les prochaines élections. Pour déterminer si ces mesures ont réussi ou échoué les experts et certains juristes se battent à coup de statistiques. Nous n'entrerons pas dans ce jeu, constatant seulement que les chiffres officiels établissent des différences importantes entre la plaine et la montagne. Pour nous, il faut tenir compte de cette limite géographique – qui est déjà reconnue par les mesures de politique agricole – en tenir compte disais-je en particulier dans les règles qui concernent les exploitations agricoles non viables en elles-mêmes. S'il ne convient pas de les protéger en plaine, s'il se justifie donc de les laisser se partager pour que d'autres paysans puissent agrandir leur domaine, en revanche, il n'y a pas lieu de sacrifier de petites exploitations dans les régions de montagne où de nombreux paysans exercent une double activité. Le petit domaine doit, là, pouvoir être acquis au prix de faveur de la valeur

de rendement par l'héritier qui veut l'exploiter personnellement et le parent exploitant doit pouvoir acheter par préemption à la valeur de rendement.

Cet exemple montre l'ambiguïté des dispositions du droit foncier visant à l'amélioration de structure des exploitations. La déception de certains auteurs provoquée par le droit actuel ne s'explique-t-elle pas parce qu'ils assignent d'ambitieux objectifs à des règles sur la propriété alors que des normes économiques ne peuvent, selon nous, être satisfaites que par des mesures économiques comme par exemple les crédits agricoles d'investissement qui découlent de la loi de 1962.

Nous admettons volontiers que certaines critiques sont justifiées. Par exemple, le droit de préemption ne devrait être accordé qu'à l'exploitant. Il ne se justifie pas que le petit-fils paysan qui voudrait acheter l'exploitation de son grand-père se fasse évincer par le fils citadin, qui entend acquérir le domaine pour faire un placement. Mais il ne faut pas, selon nous, privilégier tout exploitant, même celui qui ne serait pas parent du vendeur, en lui permettant de se substituer à l'acheteur et d'acquérir à la valeur de rendement, donc à un prix qui peut être nettement inférieur à celui offert par un autre paysan. Le prix préférentiel de la valeur de rendement doit être lié, selon nous, à la transmission d'un bien familial au sein de la famille.

Ce sont pourtant des thèses contraires qui sont à la mode dans certains milieux. Elles aboutissent, par leur logique même, à un contrôle officiel des prix de la terre et de l'allocation des parcelles agricoles à certains bénéficiaires, qui achèteraient en-dessous de la valeur vénale, au motif qu'ils seraient exploitants. De telles idées sont de la même veine que celles du fameux avant-projet V des experts de 1963, distribué alors par le Département fédéral de justice et police. Les experts préconisaient une refonte complète du droit foncier rural. Leur projet – qui avait le mérite de la cohérence – visait à réintroduire un contrôle des prix en soumettant les ventes à une approbation officielle qui devait être refusée si le prix était manifestement disproportionné à la valeur de rendement, alors que notre gouvernement reconnaît lui-même que le contrôle du prix des terres agricoles a laissé de mauvais souvenirs dans notre pays et a donné lieu à une gigantesque fraude à la loi. Bien plus, ledit avant-projet envisageait de réservier l'acquisition des terres aux seuls paysans, selon le modèle du régime d'exception que notre pays a connu pendant la seconde guerre mondiale conformément à l'idéologie qui fleurissait dans certains pays.

Plutôt que d'introduire des règles qui ne sont pas en harmonie avec notre système juridique, nous proposons, qu'on applique celles qui sont en vigueur. Et j'aimerais vous donner deux exemples, me paraissant établir que ce ne sont pas les dispositions légales qui font défaut mais la volonté de les mettre en pratique.

L'un concerne l'endettement des terres. On se plaît à répéter dans les milieux agricoles que le poids de la dette hypothécaire est excessif. Chacun admet que la valeur de rendement, telle qu'instaurée par la loi sur le désendettement des domaines agricoles, est un acquis essentiel pour l'agriculture, en ce qu'elle établit une valeur d'usage du sol différente de sa valeur marchande. Elle permet aussi de limiter le nouvel endettement. Mais l'amortissement obligatoire des dettes – ce principe élémentaire d'économie politique – n'est pratiqué que dans quelques cantons; les usages bancaires d'autres cantons n'exigeant pas du paysan qu'il amortisse le prêt. La charge hypothécaire étant lourde, certains proposent d'introduire une autre valeur que celle de rendement pour favoriser la reprise de domaines. Mais la LDDA permet déjà, maintenant, aux cantons d'introduire un amortissement obligatoire des dettes hypothécaires grevant les biens-fonds agricoles. Or aucun canton ne l'a fait. Comment peut-on, dans ces conditions, se plaindre de l'inefficacité des mesures que l'on n'a pas voulu prendre?

L'exemple de la procédure cantonale d'opposition à la vente est aussi frappant. La loi sur le maintien de la propriété foncière rurale attribue aux cantons la compétence de prendre de telles mesures, qui peuvent permettre à la collectivité d'influencer le marché des terres agricoles. Dans un article largement cité, M. le Professeur LIVER a parlé de la jurisprudence du tribunal fédéral, notamment de l'arrêt Emser-Werke, comme d'une condamnation à mort de la procédure grisonne d'opposition. On peut certes s'étonner de certains arrêts de notre haute cour, où elle désavoue l'administration cantonale qui s'opposait à la vente de terrains agricoles. En raison de mon respect inné pour les juges de Mon-Repos, je me garderai d'ironiser sur leur mansuétude extrême envers les joueurs de golf qui avaient besoin d'un domaine agricole neuchâtelois pour y pratiquer leur sport favori et dont l'achat a été soutenu par les juges à l'encontre des objectifs de politique agricole poursuivis par l'administration neuchâteloise. Mais on ne saurait tirer de ces exemples que les autorités d'un canton ne peuvent pas s'opposer à la vente de domaines agricoles, au motif qu'elles seraient systématiquement désavouées par les tribunaux. Le paradoxe en cette matière, c'est que de nom-

breux cantons – qu'il ne sied pas de désigner ici mais pour lesquels l'agriculture est importante – n'ont pas jugé bon de faire usage des possibilités de la loi fédérale et n'ont ainsi pas instauré de procédure cantonale d'opposition. Aussi, avant de déclarer que ces règles actuelles sont inefficaces et de proposer des bouleversements comme de réserver l'acquisition du sol agricole aux seuls exploitants, y a-t-il lieu d'appliquer la législation actuelle.

Permettez-moi une dernière réflexion. Elle concerne le champ d'application du droit foncier rural. Nous avons montré dans notre mémoire que les critères actuels – le domaine agricole, le domaine agricole offrant des moyens d'existence suffisants, la parcelle agricole, la décision d'assujettissement – étaient peu satisfaisants pour déterminer si une opération était soumise au droit foncier rural. Cette carence est flagrante dans le cas de l'industrie agricole. La nouvelle loi fédérale sur l'aménagement du territoire contribuera à instaurer dans notre pays des zones agricoles. On ne préconise pas que les dispositions du droit foncier rural ne s'appliquent qu'aux parcelles se trouvant en zone agricole. Il faut, selon nous, définir par la négative le champ d'application de ces normes, en vertu d'une présomption générale d'application. Et dire ainsi que le droit foncier rural s'applique à tout le territoire exploité agricolement, sauf aux zones à bâtir mais aussi aux bâtiments agricoles situés dans celles-ci. Nous souhaitons ainsi un champ d'application déterminé cartographiquement. Certains cantons se sont d'ailleurs déjà lancés dans cette voie. On ne saurait construire cette méthode comme une subordination du droit foncier rural à l'aménagement du territoire. Car maintenant déjà la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale permet aux cantons de dresser la carte des régions qu'ils soustraient à cette loi.

En conclusion, j'aimerais remercier le comité de la Société Suisse des Juristes d'avoir permis à mon confrère Hotz et moi-même d'étudier ce passionnant domaine, où le droit, l'économie et l'idéologie sont en mouvement et vous dire, Mesdames, Messieurs, ma reconnaissance pour l'attention que vous m'avez prêtée.

## XI.

Der Verhandlungsleiter eröffnet die Diskussion und erteilt das Wort Herrn Prof. HANS-PETER FRIEDRICH, Basel, Professor an der Eidg. Technischen Hochschule Zürich:

Die Fülle der Probleme nötigt zu einer mehr oder weniger willkürlichen Auswahl. Im folgenden einige Gedanken zu dem vom Zweitreferenten, allerdings nicht an erster Stelle, geäußerten Postulat der Kodifikation der Normen über das bäuerliche Grundeigentum.

Schon seit längerer Zeit gilt als Maßnahme zur «Qualitätssteigerung» des Agrarbodenrechtes auch dessen Kodifikation; sie geht allerdings nicht im einzelnen auf Umfang und Tunlichkeit dieses Anliegens ein. Die Zusammenfassung der heute in mehreren wesentlichen Erlassen aufgeteilten Normen erscheint als wünschenswert, ja geradezu notwendig. Allerdings darf der damit verbundene Aufwand niemals allein auf die Verwirklichung von gesetzesästhetischen Vorstellungen ausgerichtet sein. Die Kodifikation ist nur gerechtfertigt, wenn sie Anlaß zu einer Überprüfung des materiellen Gehaltes unseres Agrarbodenrechtes gibt. Allerdings würde ich nicht soweit gehen, damit zugleich die Inaugurierung eines neuen Systems des Agrarbodenrechts zu verbinden. Ich glaube, daß man sich, auch wenn man die Aufgabe in die Hand nimmt, mit der etwas überspitzt formulierten Problematik abfinden muß, daß das Agrarbodenrecht als solches, aber auch das Agrarbodenrecht mit Zielkonflikten leben muß. Das bedeutet, daß man sich zum vornherein darüber wird Gedanken machen müssen, nicht ob man einzelne Ziele nun völlig außer Acht lassen solle, sondern wie man die Schwerpunkte gewichten soll. Diese Gewichtung kann nun in etwas unterschiedlicher Weise geschehen. Und damit hängt dann schon eine Anforderung zusammen, nämlich daß das Agrarrecht, das besser sein muß, besser sein will als das gegenwärtige, durchsetzbar sein muß und nicht «lettre morte» bleiben darf. Nun, diese These aufzustellen ist leicht, aber wesentlich schwieriger ihr Folge zu geben. Dieses Phänomen hängt nicht mit dem Unvermögen unseres Gesetzgebers, sondern mit der Sache selber zusammen, einfach deswegen, weil es besonders anspruchsvoll ist, zu legiferieren in einem Bereich, wo man notwendigerweise gegen wirtschaftliche Realitäten Gesetz geben muß. Das zwingt dann sofort dazu, sich mit dem Phänomen der Gesetzesumgehung auseinanderzusetzen. Ich möchte jedoch jetzt nicht auf dieses Problem eintreten, sondern einige mehr gesetzestehnische Aspekte hervorheben.

Zunächst: Welches soll der Bereich der Kodifikation sein? Man wird meines Erachtens Zurückhaltung gegenüber einem zu weit gezogenen Kreis üben. Man stelle sich vor, welche Unzahl von Normen in die systematische Ordnung einzubeziehen wären, wenn das ganze, nicht unmittelbar bodenbezogene Wirtschafts-

agrarrecht einzubeziehen wäre. Dagegen würde auch der Umstand sprechen, daß Normen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung, zumal wenn sie auf die Lenkung wirtschaftlicher Abläufe ausgerichtet sind, sich durch einen niedrigen Abstraktionsgrad auszeichnen und entsprechend häufiger der Anpassung an veränderte Verhältnisse – z. T. vom Ausland beeinflußt – bedürfen. Demgegenüber eignet der Kodifikation – durchaus auch als Vorrang verstanden – ein Beharrungsvermögen.

Erwartet man von der Kodifikation nicht nur ein äußerliches Aneinanderreihen von Normen (wir kennen ausländische Beispiele aus dem Bereich des Agrarrechts), sondern ein systematisch-inhaltliches Durchdenken des Normenkomplexes, so wird man wohl das Agrarwirtschaftsrecht außerhalb des Kodifikationsperimeters belassen und sich mit dem Bodenrecht bescheiden müssen. Das schließt anderseits jedoch nicht aus, daß eine Teilkodifikation Gebiete umfaßt, die sowohl privates wie öffentliches Recht beschlagen. Das EGG hat, soweit ich sehe, nicht deswegen Kritik gefunden, weil es Normbereiche beider Art umfaßt. Wesentlich ist allein, daß die sich für den einen Rechtsbereich ergebenden materiellen und verfahrensrechtlichen Grundsätze nicht unbesehen auf den andern ausgedehnt werden, so daß etwa die Zuständigkeit des Richters für die Beurteilung von Privatrechtsansprüchen preisgegeben wird. Das neue Pachtrecht muß sich auch mit dieser Problematik auseinandersetzen.

Das Agrarbodenrecht ist Sonderrecht. Bei dessen Kodifikation ist die Abgrenzung gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches anspruchsvoll. Sie ist mit aller Sorgfalt zu vollziehen. Es wird sich dabei ergeben, daß die Herausnahme von Normen aus der Kodifikation nicht nur von formellen, sondern auch materiell-rechtlichen Entscheidungen abhängig ist. Anderseits wird man Zurückhaltung üben müssen gegenüber Anpassungen an das ZGB, die das Herauslösen des Sonderrechtes notwendig machen könnten.

Auch in dieser Hinsicht wird die bevorstehende Revision des Pachtrechtes gewissermaßen als Übungsfeld dienen können. Sie wird vielleicht auch grundsätzlich den Weg weisen können für die Methode der Teilkodifikation des Agrarrechts, einzelne Bereiche zusammenzufassen. Ein Gesetz über die landwirtschaftliche Pacht könnte solcherart etwa einem solchen über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken folgen. Die Frage, ob darin auch die Sonderregeln über die Erbteilung bei landwirtschaftlichen Gewerben einzuschließen wären, mag als Beleg für die vorhin angeführte Problematik dienen.

Me FRANÇOIS MICHON, avocat, Lausanne:

Le droit foncier rural constitue un domaine spécialisé, méconnu de nombreux praticiens non seulement en raison de la dispersion des textes mais encore parce que son application et la jurisprudence qui en découle incombent à la fois aux autorités administratives et aux tribunaux ordinaires. Sur le plan du droit positif l'étude systématique à laquelle se sont livrés Messieurs HOTZ et PIDOUX rendra les plus grands services. D'une présentation claire, d'une lecture aisée, ces deux rapports sont appelés à devenir des textes de référence constants; ils méritent une très large diffusion. Les réflexions de Messieurs HOTZ et PIDOUX sur le droit désirable revêtent une importance particulière en un temps où plusieurs chapitres de la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale se trouvent en cours de révision. C'est la raison pour laquelle nous tenons à nous exprimer sur deux points particuliers.

Parlant du droit de préemption et de la procédure d'opposition, Me HOTZ déplore la liberté laissée aux cantons d'en restreindre la portée, voire de renoncer à appliquer la procédure d'opposition. Pour l'unité du droit, Me HOTZ souhaite un droit uniformément applicable à l'ensemble de la Suisse. Nous nous demandons si en formulant cette remarque, l'auteur a voué une attention suffisante à la diversité des situations économiques et familiales provenant des structures fédéralistes de notre pays. Le démembrement de petits domaines sera considéré en effet comme souhaitable en cas de vente dans tel canton, parce qu'il permet d'améliorer la viabilité de l'exploitation voisine. Le même démembrement en cas de vente sera en revanche très fâcheusement ressenti dans un autre canton à nombreuse population paysanne, du fait qu'il supprimera une exploitation familiale. L'extension du droit de préemption aux frères et sœurs par exemple, accueillie avec faveur dans certaines parties du pays, constituerait ailleurs une contrainte difficilement acceptable. Certains cantons souhaiteraient en revanche légiférer pour permettre aux bénéficiaires du droit de préemption de l'exercer sur toute parcelle agricole d'une surface supérieure à 35 ou 45 ares et non seulement sur un domaine entier où sur une partie importante d'un domaine. C'est actuellement impossible parce que contraire au droit fédéral. On pourrait donner d'autres exemples. Le droit foncier rural doit certes s'efforcer de réaliser un équilibre entre propriétaires et exploitants; il doit encore tenir compte de la diversité et de la souveraineté cantonale; il doit enfin éviter de

provoquer le mécontentement paysan par un interventionisme intempestif et sans nuances de la part de la confédération.

L'un des buts poursuivis par le droit rural est d'affermir le lien existant entre la famille exploitante et le domaine. Les dispositions du droit successoral paysan et du droit de préemption légal résultant de la dernière révision de 1972 offrent une protection efficace aux proches parents en cas de décès du propriétaire d'un domaine agricole et en cas de vente de ce domaine à un tiers. Mais il existe malheureusement encore deux échappatoires possibles pour le paysan qui veut évincer ses enfants du domaine familial, ce sont la donation – le droit de préemption ne s'applique évidemment pas – et l'affermage des terres à des tiers.

Si la première hypothèse ne représente qu'un intérêt *théorique*, il n'en va pas de même de l'affermage à des tiers. Plusieurs cas choquants ont ému l'opinion ces dernières années en Suisse romande. A ces occasions des détracteurs en ont profité pour faire publiquement le procés du droit foncier rural. Il n'est certes pas acceptable de permettre à un père d'éliminer définitivement du domaine familial un fils agriculteur en louant durablement l'exploitation à un tiers. C'est dès lors à juste titre que des organisations agricoles préconisent l'introduction dans la future loi sur le bail à ferme rural d'un droit de préférence conféré aux descendants exploitants, lors de l'affermage de tout ou partie du domaine familial à des tiers. Dans son rapport Me PIDOUX doute de l'opportunité de cette mesure en raison des relations personnelles qui subsistent entre bailleur et locataire. Les descendants cependant ne sont pas des fermiers ordinaires. Nous estimons pour notre part que le maintien d'un domaine agricole en mains d'enfants désirant l'exploiter personnellement et le transmettre aux générations suivantes doit l'emporter sur la volonté du propriétaire.

**Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Vizedirektor des Bundesamts für Justiz, Bern:**

Im Zusammenhang mit den großen kantonalen Kodifikationen des vergangenen Jahrhunderts, vor allem aber durch die umfassenden Gesetzgebungen auf eidgenössischer Ebene seit dem Ende des letzten Jahrhunderts, ist das rechtsdogmatische Denken tief in das Bewußtstein all jener eingedrungen, die mit Rechtsetzung und Rechtsanwendung betraut sind. Die Ausbildung des Juristen an den Universitäten hatte und hat daran gro-

ßen Anteil. Das Altern und die Erneuerung von Kodifikationen hat zudem die Erkenntnis stärker ins Licht gerückt, daß auch Kodifikationen größeren Umfangs ihrerseits nur wieder im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung mit ihren zahlreichen Teilelementen verstanden werden können und verstanden werden müssen, sollen sie der ihnen zugedachten Aufgabe gerecht werden. Das haben die beiden Referate zum bäuerlichen Bodenrecht erneut deutlich gemacht und die entsprechende «Auslegerordnung» wird vielfachen Nutzen bringen.

Soeben ist auch mit Recht darauf hingewiesen worden, daß mit dem Wandel von Gesellschaft und Recht auch stets wieder zwischen verschiedenen gesetzgeberischen Maßnahmen Zielkonflikte entstehen, denen noch nicht immer die erforderliche Beachtung geschenkt wird, wenn auch nicht zu übersehen ist, daß – nicht zuletzt dank eines stärkeren Bemühens um interdisziplinäre Zusammenarbeit – ein entsprechendes Problembewußtsein an Kraft gewonnen hat.

Zu vermehrtem und vertieftem Nachdenken ruft aber die Tatsache auf, daß insbesondere der welsche Referent aufgrund seiner ausgreifenden Überlegungen zum geltenden Recht im Bereich des bäuerlichen Bodenrechts zum Schluß kommt, daß dieses geltende Recht durchaus in der Lage sei, die anstehenden Ordnungsaufgaben zu lösen, so daß die offensichtliche Unzufriedenheit mit den bestehenden Verhältnissen zulasten einer unzureichenden Rechtsanwendung zu verbuchen ist. Umsomehr muß erstaunen, daß diesbezüglich weder Anregungen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung gemacht werden, noch dem Bedürfnis Ausdruck verliehen wird, Teilbereiche der Rechtsordnung und die Rechtsordnung insgesamt einer vermehrten Wirksamkeitskontrolle zu unterwerfen.

Tatsächlich findet diese Fragestellung in Juristenkreisen noch (zu) wenig Beachtung. Aber auch die Auseinandersetzung um verschiedene nationale Forschungsprogramme, welche der Nationalfonds betreut und bei denen es von ihrer (wissenschaftspolitischen) Zielsetzung her um Möglichkeiten und Grenzen einer großen Vielfalt von wissenschaftlichen Disziplinen zur Lösung bedeutsamer gesellschaftlicher Probleme geht, beim nationalen Forschungsprogramm «Entscheidungsprozesse in der Demokratie» insbesondere aber auch um die Wirksamkeitskontrolle der Rechtsordnung, hat erkennen lassen, daß es diesbezüglich innerhalb und außerhalb des Nationalfonds noch zahlreiche Widerstände zu überwinden gilt.

Es mag sein, daß entsprechende ausländische Erfahrungen

noch zu wenig bekannt sind und überdies Gefahren von Ausuf-  
erung vermieden werden müssen. Wollte man aber dem letzteren  
Gesichtspunkt über die berechtigte Mahnung zur Vorsicht hinaus  
Nachachtung verschaffen, müßte wissenschaftliche Forschung in  
bedeutsamem Umfang lahmgelegt werden. Wissenschaftliche  
Forschung lebt ja bei aller gebotenen Vorsicht über weite Strek-  
ken von trial and error. Logische Deduktion und Axiomatik ist  
denn auch im Bereich der Rechtsordnung nur *ein* Element der  
wissenschaftlichen Tätigkeit, das der ergänzenden Intuition be-  
darf. Wenn es aber der vermehrten Anstrengungen im Bereich  
der Wirksamkeitskontrolle rechtlicher Normen mit Rücksicht auf  
entsprechende Präventivmaßnahmen für die künftige Gesetzge-  
bung bedarf, was die heutige Diskussion um das bäuerliche Bo-  
denrecht einmal mehr mit allem Nachdruck betont, dann hat der  
Rückstand diesbezüglicher Forschung in der Schweiz im Ver-  
gleich zum Ausland wenigstens den Vorteil, daß aus bisherigen  
Mißerfolgen Nutzen gezogen werden kann.

Im übrigen dürfte es auch hier angezeigt sein, entsprechende  
Forschungsprojekte vorerst auf ebenso konkrete wie überschau-  
bare Bereiche von Rechtspolitik zu beschränken. Daß im Rah-  
men des erwähnten nationalen Forschungsprogramms auch die  
Landwirtschaft mit Einschluß von Teilbereichen des Landwirt-  
schaftsrechts zum Forschungsgegenstand gewählt worden ist,  
mag im Zusammenhang mit der heute und hier angesprochenen  
Problematik des bäuerlichen Bodenrechts mindestens Hoffnun-  
gen zu wecken. Wenn der Juristentag 1979 darüber hinaus auch  
noch dazu beiträgt, daß dem Anliegen der Wirksamkeitskon-  
trolle von Gesetzen vermehrte Beachtung geschenkt wird, dürfte  
einiges gewonnen sein für die ebenso aufwendige wie manchmal  
– von allem Anfang an – nutzlose Gesetzesproduktion. Wie aus-  
ländische aber auch wenige Beispiele in der Schweiz zeigen, ver-  
mag interdisziplinäre wissenschaftliche Anstrengung diesbezüg-  
lich zwar weniger als gewisse Kreise glauben machen möchten,  
aber doch mehr als andere Kreise wahrhaben wollen.

Bundesrat Dr. KURT FURGLER:

Wenn der Schweizerische Juristenverein ein Rechtsgebiet zum  
Gegenstand seiner Verhandlungen wählt, dann tut er es oft mit  
dreifachem Ziel: um verlorengegangene Zusammenhänge erneut  
bewußt zu machen, um sich mit offen gerügten oder doch als  
Unbehagen empfundenen Mängeln des geltenden Rechts ausein-

anderzusetzen – beides, um Erkenntnisse darüber zu gewinnen, wie künftiges Recht aussehen könnte.

Solcher Diagnose bedarf das bäuerliche Bodenrecht in hohem Maße. Ich danke den beiden Referenten herzlich dafür, daß sie es unternommen haben, uns mit einem umfassenden Überblick den Zugang zu einer schwer durchschaubaren Materie zu erleichtern. Denn das bäuerliche Bodenrecht ist im Laufe der Jahre und Jahrzehnte zum unübersichtlichen, uneinheitlichen Komplex angewachsen: unübersichtlich, weil in Sonder- und Änderungserlassen des Bundes und der Kantone zersplittert; uneinheitlich, weil durch das Tagesgeschehen geprägt und deshalb seines einst vielleicht wohl durchdachten Konzepts beraubt.

Dieser Entwicklung verschließt sich aber der Bundesrat nicht. In regelmäßigen Abständen legt er Rechenschaft ab über die Lage der schweizerischen Landwirtschaft und die Agrarpolitik des Bundes, letztmals im Fünften Landwirtschaftsbericht vom 22. Dezember 1976.

Die von meinem Departement eingesetzte Expertenkommision zur Überprüfung des landwirtschaftlichen Pachtrechts, die sich im besondern mit dem Kündigungsschutz, der parzellenweisen Verpachtung ganzer landwirtschaftlicher Heimwesen sowie der Pachtzinsbemessung und -kontrolle befaßt, hat ihre Arbeit praktisch abgeschlossen. Die Expertenkommision unter Vorsitz von Dr. U. ZIMMERLI – dem letzjährigen Berichterstatter des Schweizerischen Juristentages – schlägt vor, die in drei Gesetzen verstreuten Bestimmungen über die landwirtschaftliche Pacht in *einem* Gesetz zu vereinigen, das an die Bestimmungen des Obligationenrechts anknüpft und hinsichtlich des Anwendungsbereichs vom neuen Raumplanungsgesetz ausgeht. Damit wäre ein Anfang zu einem neuen Konzept und einer übersichtlichen Kodifikation des bäuerlichen Bodenrechts gemacht.

Mit den beiden Referenten halte ich dafür, daß das neue *Raumplanungsgesetz*, dessen Inkrafttreten wir auf Beginn des kommenden Jahres zuversichtlich erwarten dürfen, eine taugliche Grundlage für das bäuerliche Bodenrecht von morgen abzugeben vermag. Doch gerade die Entstehungsgeschichte dieses Erlasses stimmt mich, was Konzepte angeht, etwas zurückhaltend. Welche Begeisterung, Verantwortungsfreude und Entschlossenheit beflogelte all jene, die an der ersten Raumplanungsvorlage mitvorbereitet, mitgestaltet, mitberaten haben und die für ihre Überzeugung öffentlich eingestanden sind! Wie er-

nüchternd mußte der 13. Juni 1976 auf sie wirken. In einer Demokratie, in der nicht Minderheiten darüber befinden, was die Mehrheit tun soll, sondern in der die Mehrheit selber entscheidet, was sie tun will, durften indes weder Entmutigung noch Resignation aufkommen. Denn der Verfassungsauftrag zu einer schweizerischen Raumordnungspolitik bestand auch nach dem ablehnenden Volksbeschuß weiter. Ihn galt es zu erfüllen – nicht zuletzt, um etwas von jenem Boden zu erhalten, dessen Recht uns hier und heute beschäftigt.

Das Tagungsthema lautet «*Bäuerliches Grundeigentum*». Es beruht auf einem differenzierten Eigentumsverständnis – differenziert unter dem Gesichtspunkt des Zusammenwirkens öffentlich- und privatrechtlicher Normen, deren Einheit in der Verfassung wurzelt und die in ihrer Ganzheit die schweizerische Eigentumsordnung ausmachen.

Erlauben Sie mir, diese Überlegung in etwas größeren Zusammenhang zu rücken.

Vor drei Jahren behandelten wir in diesem Kreise eigentumsrechtliche Fragen, überschrieben mit «*Planungsrecht und Eigentum*». Die damaligen Berichterstatter, die Professoren MARTIN LENDI und PIERRE MOOR, wiesen nach, daß die Regelung des Eigentums als widerspruchsfreie Ordnung von öffentlich- und privatrechtlichen Normen sich auf die Eigentumsfreiheit ausrichte, zugleich aber die sozialen Aspekte (aufgrund der öffentlichrechtlichen Schranken) erfasse. Freiheit und Schranken ständen in enger Wechselbeziehung zueinander, die durch Interessenabwägung im Einzelfall immer wieder neu zu aktualisieren sei.

Von diesen Vorstellungen ließ sich die Expertenkommission für die Vorbereitung einer *Totalrevision der Bundesverfassung* leiten, als sie die Artikel über die Eigentumsgarantie und die Eigentumspolitik formulierte. Nicht, weil sie es darauf abgesehen hatte, an Altbewährtem zu rütteln, sondern weil sie der Frage – der unmißverständlich gestellten Frage! – nach dem Inhalt des Altbewährten nicht ausweichen durfte.

Das *private Eigentum*, auch an Grund und Boden, bildet einen Stützpfeiler der schweizerischen Rechtsordnung. Grundsätzlich eignet es sich, Freiheitsräume zu schöpferischer Selbstentfaltung zu schaffen und seinen Trägern eine gewisse Lebenssicherheit zu vermitteln. Grundsätzlich – das heißt, wenn eine künftige Eigentumspolitik einem wachsenden Teil der Bevölkerung ermöglicht, Eigentum an Grund und Boden zu erwerben. Darf ich deutlicher werden: Wer das Eigentum bejaht, wie ich es tue und wie Volk

und Stände es ausgedrückt haben, als sie den Artikel 22<sup>ter</sup> in die Bundesverfassung aufnahmen, der muß – wenn er ehrlich ist – dafür aufgeschlossen sein, daß alle Menschen in unserm Staat an diesem Eigentum sollen teilhaben können. Wir anerkennen die Eigentumsfreiheit als Grundrecht. Dann müssen wir darunter etwas anderes verstehen als eine Freiheit, die nur wenige leben können; etwas anderes als ein Grundrecht, das sich zum Vorrecht entwickelt. Sonst laufen wir Gefahr, daß eine künftige Generation unserer Eigentumsordnung die Zustimmung versagt: jene Zustimmung, von der unser gesamtes Recht abhängt, einschließlich – so sehr diese Einsicht mitunter Mühe zu bereiten scheint – das Recht des privaten Grundeigentums.

Nicht zufälligerweise haben wir uns in Interlaken versammelt. Vielmehr herrscht in unserem Verein der Brauch, die Amtsdauer eines Präsidenten an einem Ort seines Wohnkantons abzuschließen.

Ich danke dem Präsidenten für die umfangreiche und uneigennützige Arbeit, der er sich während dreier Jahre unterzogen hat. Die sachkundige Führung wie auch das Bestreben, den kollegialen Kontakt zu fördern und zu vertiefen, haben dem Verein ein Gepräge verliehen, das uns mit Stolz und Genugtuung erfüllen darf.

Ich darf die Gelegenheit wahrnehmen, und auf ein anderes hochverdientes Mitglied ihres Vereins zu sprechen kommen: In wenigen Tagen wird Herr Professor MAX GUTZWILLER seinen 90. Geburtstag feiern können. Viele seiner Schüler sind heute hier, und Sie werden sich sicher heute schon meinen herzlichen Glückwünschen anschließen.

A mes remerciements pour le président sortant, j'aimerais associer mes vœux les meilleurs pour le nouveau président que vous aurez à élire demain. Il lui incombera la lourde tâche de rassembler tous les juristes de notre pays sous la devise que nous prescrit l'éthique de notre profession: la consécration du Droit dans le respect de la Justice.

\*       \*

\*

Der Verhandlungsleiter dankt den Diskussionsteilnehmern und besonders den Berichterstattern und schließt die Sitzung vom Samstag um 12.00 Uhr.

Sitzung vom Sonntag, den 23. September 1979  
in der Aula des Sekundarschulhauses Interlaken

Präsident:  
Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 9.00 Uhr. Zur Behandlung gelangen die verbleibenden Verwaltungsgeschäfte gemäß der Traktandenliste.

**XII.**

Prof. Dr. HANS HEROLD, Zürich, verliest als Präsident der Rechtsquellenkommission den folgenden Bericht:

*Bericht der Rechtsquellenkommission Herbst 1978 – Herbst 1979*

Der Schweizerische Nationalfonds hat seinen dreijährigen Gesamtkredit nur geringfügig gekürzt. Mit der für drei Jahre gesamthaft zugesprochenen Million Franken ist die nachstehend geschilderte Forschung zugesichert. Sie stützt sich auch noch auf Beiträge anderer öffentlichrechtlicher Korporationen und verschiedener Privater ab, ist aber auch noch auf besondere Druckkostenbeiträge des Nationalfonds angewiesen, zeigt doch die Erfahrung, daß ein Rechtsquellenband auf rund Fr. 100 000 Mitarbeiterhonorare und fast ebenso hohe Druck- und Verlagskosten zu stehen kommt.

Um den Absatz der Bände zu beleben, die bis jetzt lediglich in Auflagen von 350 bis 400 Stück hergestellt wurden, sind die Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins mit einem Verzeichnis der Bände, einem Aufruf und einem Bestellschein be-

dacht worden. Außerdem soll durch Numerierung der Bände der Absatz in bibliophilen Kreisen gefördert werden.

Aus Zürich darf nach Sichtung der verschiedenen Überlieferungen gelegentlich eine Ausgabe des Richtebriefes aus der Feder von Herrn Prof. Dr. W. H. RUOFF erwartet werden.

*Bern:* Die *Stadtrechte Bern*, zusammengetragen von Prof. Dr. RENNEFAHRT, können nun endlich mit dem Band XII abgeschlossen werden. Unter starken Druck gesetzt, hat der Beauftragte das Sachregister endlich druckfertig abgeliefert.

Dr. JOSEF BRÜLISAUER hat das Material zu einem Band *Oberhasli* zusammengestellt und ist an dessen Sichtung.

Dr. PAUL BLOESCH hat nun im *Bieler Stadtarchiv* endlich einen Arbeitsraum erhalten, so daß er vermehrt den Primärquellen nachgehen kann. Er sondiert auch die Archive der umliegenden Gemeinden, für die er gleichzeitig Regesten herstellt, die als kleine Gegenleistung von deren Hütern sehr geschätzt werden. Überhaupt sind die in der Rechtsquellenforschung Tätigen angewiesen, Früchte ihrer Arbeit auch an Ort und Stelle zu belassen.

*Luzern:* Das in sich ziemlich abgeschlossene Material der Herrschaft *Weggis* wird von Herrn Dr. MARTIN SALZMANN derart gesichtet, daß es in absehbarer Zeit der Kommission vorgelegt werden kann. Auf weitere Sicht kann mit der Bearbeitung der Rechtsquellen der Herrschaft *Willisau* gerechnet werden, wozu Herr Dr. AUGUST BICKEL bereits in anderem Zusammenhang Vorarbeiten geleistet hat.

*Glarus:* Herr Alt-Ständerat Dr. FRITZ STUCKI arbeitet an den Landbüchern weiter.

*Zug:* Die beiden Quellenbände Zug erschienen seinerzeit leider ohne ein Sachregister, was ihre Benützung und damit auch die Auswertung erschwert. Nach einigen Bemühungen ist es der Kommission gelungen, einen Bearbeiter zu finden. Wie schon bei den Quellenbänden Zug wird er vom Nationalfonds honoriert, wogegen der Kanton Zug die Druck- und Verlagskosten übernimmt.

*Schaffhausen:* Nachdem es endlich gelungen ist, den noch ausstehenden Quellenband druckfertig abzuschließen, konnte das Register in Angriff genommen werden.

*Appenzell Innerrhoden:* Auf Anregung von Herrn Ständerat Dr. RAYMOND BROGER kann mit der Bearbeitung der Rechtsquellen von Innerrhoden begonnen werden. In Teilzeitarbeit stellt der Kanton Herrn Dr. phil. JOHANNES GISLER frei und erhält, gleich wie schon bisher Luzern, aus dem Rechtsquellenkredit eine Ausgleichszahlung.

*St. Gallen*: Frau Dr. phil. MAGDALEN BLESS-GRABHER hat die reichhaltigen Bestände des Stadtarchivs *Wil* weitgehend gesichtet und ist mit der Zusammenstellung eines Rechtsquellenbandes *Wil* beschäftigt. Einen Teilespekt, nämlich die Wiler Sittenmandate, beleuchtete sie in zwei Vorträgen und einem Aufsatz, publiziert in den «Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde», Bd. 2 (Hrsg. Prof. L. CARLEN).

*Graubünden*: Viel ist diesmal aus Graubünden zu berichten. Nachdem Frau Dr. phil. ELISABETH MEYER-MARTHALER ihre Arbeit am Bündner Urkundenbuch abgebrochen hatte, stellte sie ihre großen Erfahrungen und umfassenden Quellenkenntnisse der Rechtsquellenkommission zur Verfügung, für welche sie zunächst Quellen des *Zehngerichtebundes* aushob. Für den 1. Band *Schanfigg* ist das Material gesichtet und wird, nach Überprüfung durch Mitglieder der Kommission, voraussichtlich noch 1979 zum Satze bereit sein. Der Band ist deswegen ein Unikum, weil er viele Urkunden aus sorgfältig gehüteten Gemeinde- und Privatarchiven fördert. Da von der großen Menge Abschriften nur eine kleine Zahl zum Druck gelangen können, hat die Rechtsquellenkommission mit dem Staatsarchiv Graubünden und der Bearbeiterin einen Hinterlegungsvertrag abgeschlossen: alles Material kommt in das Staatsarchiv; soweit es aus Privatarchiven stammt allerdings mit einem Vermerk, daß, abgesehen von Quellenhinweisen, darüber nur mit Zustimmung der Eigentümer verfügt werden darf.

Für die Rechtsquellen *Oberengadin* hat der Nationalfonds einen Beschuß seiner Publikationskommission in Aussicht gestellt, der auf Ende Oktober 1979 soll erwartet werden können. Herr Prof. Dr. P. LIVER hat im Auftrage der Kommission eine sehr wertvolle Einleitung zu diesem und den noch folgenden Quellenbänden des Engadins und Münstertales verfaßt. Sie wird dem 1. Band beigegeben, nicht aber das Register, das mindestens noch einen im Manuskript fast fertiggestellten 2. Band und die beiden früher erschienenen Bände Dorfsatzungen (*Tschantamaints*) der Serie B der Rechtsquellen umfassen soll. Herr Dr. phil. ANDREA SCHORTA hat hiefür schon über 17 000 Registerzettel bereitgestellt. Wegen dieser Arbeitskonzentration auf das Engadin kam die Surselva in letzter Zeit etwas zu kurz, das Puschlav wegen Krankheit des Bearbeiters.

*Tessin*: Die durch Frau Dr. MANGO-TOMEI sowie die Herren BARNI und FRANSIOLI besorgte Materialsammlung schreitet voran. In nächster Zeit wird namentlich das Notariatsmaterial zu sichten sein.

*Waadt:* Auch hier waren die beiden Mitarbeiterinnen, Dres. D. CABANIS-ANEX und R. MATZINGER-PFISTER, mit dem Sammeln zu einem 3. und 4. Quellenband beschäftigt.

*Neuenburg:* Die Rechtsquellenkommission verabschiedete das von Herrn Prof. FAVARGER begonnene und von Archivadjunkt J.-J. DE TRIBOLET abgeschlossene Manuskript. Gestützt auf eingeholte Berechnungen, wird sie zusammen mit dem Bearbeiter und dem Staatsarchivar den Drucker zu wählen haben. Der Kanton Neuenburg hat eine angemessene Subvention in Aussicht gestellt.

*Genf:* Herr Dr. CHARLES AUBERT, der leider seinen Rücktritt aus der Rechtsquellenkommission erklärt hat, nahm Verbindung mit seinem Nachfolger, Prof. A. DUFOUR, und andern zuständigen Stellen auf, damit in absehbarer Zeit das große Werk von RIVOIRE und VAN BERCHEM fortgesetzt werden kann.

Im Rahmen des eingangs erwähnten Rechtsquellenkredites des Schweizerischen Nationalfonds hat auch die *Forschungsarbeit in ausländischen Archiven* einen Platz. In Fräulein Dr. FRANZISKA GEIGES konnte eine ortsansässige Mitarbeiterin angestellt werden, die unter Aufsicht von Herrn DR. SALZMANN sich schon fest eingesetzt hat. Innerhalb der gewaltigen Bestände des *Generallandesarchivs Karlsruhe* bearbeitet sie Selektien (ausgewählte Kaiser-, Königs-, Papst- und Privaturkunden des Mittelalters), die die Schweiz betreffen, sowie die restlichen Akten Reichenau, soweit diese nicht schon von früheren Mitarbeitern gesichtet worden sind. In größerem Stil lassen sodann die Archive Basel und Pruntrut durch die Rechtsquellen-Mitarbeiter Xerokopien von Beständen des Generallandesarchivs herstellen.

Druckfertig liegen die die Schweiz betreffenden Regesten der Abt. Bücher (Kopialbücher, Urbare, Rechnungsbücher usw.) des Themenkreises *Konstanz/Reichenau*, der Akten *Säckingen* sowie der Urkunden Säckingen bis 1500 vor.

### *Wahl der Kommission*

Die Wahlvorschläge werden von der Versammlung mit Einstimmigkeit angenommen.

Die Kommission konstituiert sich selber.

Der Präsident möchte mit dieser Wahl sowohl den wiedergewählten als auch den ausscheidenden Mitgliedern ihre Arbeit verdanken.

### XIII.

#### *Wahl des Vorstandes für die Amts dauer 1979 bis 1982*

Bundesrichter Dr. JEAN CASTELLA und der Vorsitzende scheiden aus dem Vorstand aus. Es stehen zur Wiederwahl

Dr. J. MATILE (Vize-Präsident)

Dr. P. MENGIARDI (Quästor)

Prof. Dr. E. HOMBURGER (Sekretär)

Prof. Dr. P. JOLIDON

Dr. H. P. MOSER

Gestützt auf die gestern beschlossenen Statutenänderungen, die sofort in Kraft treten, schlage ich Ihnen offene Abstimmung über die bisherigen Vorstandsmitglieder vor.

Die Versammlung beschließt mit Einstimmigkeit die Wiederwahl der fünf bisherigen Vorstandsmitglieder.

Der Vorstand schlägt Ihnen im weiteren vor, die beiden ausscheidenden Vorstandsmitglieder zu ersetzen durch

JEAN-FRANÇOIS EGLI, Bundesrichter, Lausanne,

Prof. Dr. JÖRG P. MÜLLER, Universität Bern.

Die Versammlung wählt mit Einstimmigkeit die Herren JEAN-FRANÇOIS EGLI, Bundesrichter in Lausanne, und Prof. Dr. JÖRG P. MÜLLER in den Vorstand.

### XIV.

#### *Wahl des Vereinspräsidenten für die Amts dauer 1979 bis 1982*

Der einstimmige Vorstand schlägt Ihnen als neuen Vereinspräsidenten Me JACQUES MATILE in Lausanne vor.

Me J. MATILE ist Vizepräsident des Schweizerischen Juristvereins. Er hat im Jahre 1970 hier in Interlaken zum Kartellgesetz referiert.

Die Versammlung stimmt dem Vorschlag des Vorstandes einstimmig zu.

Der neue Präsident verdankt die Wahl und das Wirken des abtretenden Präsidenten.

### XV.

Die Herren Dr. OCHSÉ und LACROIX haben dem Präsidenten verdienstlicherweise bestätigt, daß sie bereit sind, ihr Revisionsmandat für weitere drei Jahre zu erfüllen. Sie werden von der Versammlung wiedergewählt.

**XVI.**

Die Versammlung stimmt mit Applaus dem Vorschlag zu, den Schweizerischen Juristentag 1980 in Freiburg durchzuführen.

Die Verwaltungsgeschäfte sind damit abgeschlossen.

**XVII.**

Nach einer kurzen Pause übernimmt Me PIERRE JOLIDON, Professor an der Universität Bern, die Leitung der Verhandlungen über das Thema «Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention» und erteilt das Wort Prof. Dr. LUZIUS WILDHABER, Basel, Berichterstatter deutscher Sprache:

Die Europäische Menschenrechtskonvention ist im Grunde ein großartiges Instrument für einen tiefen und kühnen Gedanken: Ausgehend von der stolzen und langen Tradition zahlreicher europäischer Staaten an demokratisch-politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes hat erstmals eine Staatengruppe versucht, den Menschenrechtschutz internationalrechtlich zu verankern und damit das Individuum generell als Völkerrechtssubjekt zu deuten.

Ist dieser Gedanke immer noch aktuell? Und ist er auch für die Schweiz aktuell? Man kann beide Fragen getrost bejahen. Nur soll man keine falschen Vorstellungen über Wesen und Wirken der Konvention hegen.

1. Idee und Begriff der Grundrechte sind in jahrhundertelanger, manchmal leidgeprüfter Geschichte herausgebildet worden. Heute sind die Grundrechte unabdingbare Ordnungs- und Strukturprinzipien der demokratisch-pluralistischen Staaten geworden. Sie dienen der Abwehr und Ausgrenzung staatsfreier Sphären, der Sicherung im sozialen Verband, und bedeuten Zielsetzungen, Richtlinien und Rahmen der Staatstätigkeit zugleich.

Die Verwirklichung der hohen Grundrechtsansprüche bleibt freilich eine anspruchsvolle Aufgabe des politischen Alltags. Grundrechtsgarantien bedürfen weit mehr als andere Teile einer Verfassung des stetigen Neuüberdenkens und Neurealisierens. Und wenn die Verfassung ehrlich bleiben will, muß sie auch zugestehen, daß die generalklauselartigen Grundrechtsgarantien generalklauselartiger Vorbehalte und Schranken bedürfen. Des-

halb ist die Art und Weise der verfahrensmäßigen, politischen und gerichtlichen Sicherung und Kontrolle besonders zentral. Deswegen sind auch die grundrechtlichen Ausprägungen und Konkretisierungen national sehr unterschiedlich und hängen stark vom jeweiligen Verfassungsverständnis, von der Kontrolle oder Omnipotenz des Gesetzgebers, von den Überprüfungsbefugnissen der Gerichte und der Verfassungsgerichtsbarkeit und von der außerrechtlichen Ambiance, Toleranz und Wachsamkeit ab.

2. Was vermag nun die Europäisierung des Grundrechtsschutzes durch die Europäische Menschenrechtskonvention zu bringen? Sie unterstreicht den untrennbaren Zusammenhang zwischen der Achtung der Freiheit im Staat und dem Frieden zwischen den Staaten. Sie akzeptiert, daß die Verhinderung jeder Art von Totalitarismus ein legitimes Anliegen jedes Mitgliedstaates der Konvention sein muß. Sie will den Menschenrechtsgedanken vertiefen und verbreiten und dadurch Individuen, Gruppen und Gemeinwesen informieren und sensibilisieren. Soweit ihr dies gelingt, wird sie erzieherisch und vorbeugend gegen jedes menschenrechtsgefährdende Regime wirken können. Sie fördert ferner ein Milieu der Grundrechts-Freundlichkeit und des gegenseitigen Verständnisses und der Toleranz. Zugleich schafft sie eine tendenzielle Rechtsharmonisierung und gemeinsame Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten und kann so zu einer Art europäischer Menschenrechts-Kernverfassung werden. Kraft ihrer mehr als 25jährigen Bewährung hat sie eine prägende Strahlkraft auf außenstehende Staaten und Kontinente. Und wenn sie nicht allen hochfliegenden und idealistischen Hoffnungen gerecht zu werden vermochte, die 1950 in sie gesetzt wurden, so hat sie gerade in ihrem Routine-Funktionieren ein achtunggebietendes Gebäude von Präzedenzfällen aufgebaut und darin ihre Tragweite bewiesen.

3. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist somit nicht esoterisch oder wirkungslos. Sie erschöpft sich nicht in der verbalen Proklamation. Ihre materiellen Garantien werden vielmehr unterstrichen durch einen einzigartigen Verfahrensmechanismus. Kommission und Gerichtshof können kraft dieses Mechanismus die Menschenrechtsgehalte der Konvention entfalten und den gewandelten Zeiten und Problemlagen anpassen. Sie tun dies auch faktisch, manchmal in einer Art, die Parallelen zum anderen Europäischen Gerichtshof, demjenigen der Europäischen Gemeinschaft, wachruft. Verglichen mit den universellen Men-

schenrechtspakten der UNO, der UNESCO oder der Internationalen Arbeitsorganisation ist die Effektivität des Kontrollverfahrens der Europäischen Menschenrechtskonvention entscheidend gewesen, und weniger der Wortlaut der darin niedergelegten Garantien.

Übrigens sind auch die Menschenrechtspakte der UNO nicht reine Esoterik. Wenn man einmal davon ausgeht, daß sehr unterschiedliche Ausgangskonzeptionen dazu bestehen, so bleibt dennoch die Tatsache, daß alle Staaten, welche diese Pakte ratifizieren, sich vor den andern Mitgliedstaaten und vor ihren eigenen Bürgern zur Einhaltung der elementaren Menschenrechte bekennen. Die Sprengkraft dieses bedeutungstiefen Gedankens ist immer wieder überraschend.

Ist die Europäische Menschenrechtskonvention nicht esoterisch, so ist sie umgekehrt nicht auf Revolution oder Systemwandel hin angelegt. Ihrer Zielsetzung nach ist sie im Gegenteil behutsam, bewahrend, liberal. Kommission und Gerichtshof bleiben im Grunde stets auf das andauernde Vertrauen ihrer «Klienten» angewiesen. Die Konvention zielt auch nicht auf eine Ermutigung von Querulanten ab; denn offensichtlich unbegründete, querulatorische Beschwerden können als unzulässig erklärt werden und werden es auch.

Die Konvention bringt sodann kaum übermäßige Souveränitätsbeschränkungen. Sie ist darauf angelegt, eine subsidiäre europäische Auffangfront in Form eines Mindeststandards zu schaffen. Man kann erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges nach Straßburg gelangen, so daß jeder Staat sein Haus selbst in Ordnung halten kann. Der Kreis geschützter Menschenrechte ist begrenzt, sind doch die wirtschaftlichen, sozialen oder politischen Gewährleistungen der Konvention von geringer Tragweite. Der Akzent liegt eindeutig auf den ideellen Grundrechten und den rechtsstaatlichen Verfahrenssicherungen. Immerhin ist diese Spannweite großzügig bemessen, reicht sie doch von der Überprüfung der Dauer der Untersuchungshaft bis zur Zulässigkeit des obligatorischen Sexualunterrichts in Schulen, von Abhörmöglichkeiten bis zur Gleichbehandlung von Gewerkschaften, vom Status außerehelicher oder adoptierter Kinder bis zur Verbannung von Mafia-Mitgliedern auf eine Insel. Wenn die Straßburger Kontrollorgane die Tausenden von Beschwerden nicht sorgfältig ausfiltrieren und ihre Überwachungsaufgabe nicht mit Takt und einer im großen ganzen klugen Mischung zwischen Zurückhaltung und Wachsamkeit wahrnehmen, hätte das heutige Vertrauenskapital nicht aufgebaut werden können.

4. Die Bilanz, die ich damit gegeben habe, fällt durchaus positiv aus. Für die betroffenen Gesetzgeber, Verwaltungsstellen oder Gerichte, denen eine Konventionsverletzung angekreidet wird, stellt sie sich begreiflicherweise nicht unbedingt gleich positiv. Dazu kommt, daß die Schweiz auf einen längst fahrenden Zug aufgesprungen ist und daran ist, zu lernen, was anderswo bereits Routine geworden ist. Der Rechtsetzer und die ihm zudenende Exekutive mögen es schwierig finden, die Straßburger Praxis richtig zu deuten, und mögen sich über Rechtsunsicherheiten beklagen. (Man wird sie freilich daran erinnern müssen, daß eine sich weiterentwickelnde Grundrechtspraxis unausweichliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringt.) Der Straßburger Kontrollmechanismus kann auch zu zeitlichen Anpassungsschwierigkeiten führen: Will man zuerst auf einen Entscheid warten, so verzögert man möglicherweise neue Rechtsetzung, und ist der Entscheid dann gefallen, so steht man unter Vollzugsdruck.

Die beiden jüngsten Entscheide des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vermögen diese Problematik zu illustrieren. Im Falle *Marckx c. Belgien* ging es um das Statut unehelicher oder adoptierter Kinder gemäß belgischem Recht. Danach muß eine unverheiratete Mutter ihr Kind anerkennen, während bei verheirateten Müttern das Mutter-Kind-Verhältnis durch Geburt entsteht. Das außereheliche Kind bleibt trotz Anerkennung oder Adoption durch die Mutter deren Familie fremd. Auch erbrechtlich ist es ehelichen Kindern nicht gleichgestellt. Im März 1974 erhob Paula Marckx Beschwerde wegen Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK), des Diskriminationsverbotes (Art. 14 EMRK) und des Rechts auf Achtung des Eigentums (Art. 1 ZP). In ihrem Bericht vom Dezember 1977 nahm die Kommission verschiedene Konventionsverletzungen an. Der Gerichtshof gelangte in seinem Urteil vom Juni 1979 zum selben Ergebnis. Unterdessen hatte die belgische Regierung im Februar 1978 einen neuen Gesetzesentwurf eingebracht, um zwischen ehelichen und unehelichen Kindern Rechtsgleichheit herzustellen. Die belgische Gesetzgebung schien in der Tat antiquiert. Dennoch bleibt der Entscheid delikat, in welchem Moment des Verfahrens der Zeitpunkt gekommen scheint, eine Gesetzesänderung zu unternehmen.

Noch wesentlich heikler liegen die Dinge im Falle *Sunday Times c. Großbritannien*. Dort ging es um eine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Zwischen 1959 und 1962 wurde eine Anzahl von mißgestalteten Kindern geboren, deren Mütter während der Schwangerschaft Thalidomid-Tabletten ein-

genommen hatten. Im September 1972 kündigte die Zeitung «The Sunday Times» an, daß sie beabsichtige, einen langen Artikel über den Hergang der Tragödie und die Herstellung der Prüfungsverfahren von Thalidomid zu veröffentlichen. Der Hersteller und Verkäufer von Thalidomid erwirkte daraufhin beim High Court einen Beschuß, der die Veröffentlichung wegen Mißachtung des Gerichts («contempt of court») als Eingriff in einen gerichtlich noch zu entscheidenden Streit verbot. Der Court of Appeal hob den Beschuß auf Beschwerde hin auf, aber das House of Lords als oberstes Gericht stellte ihn wieder her. Im Januar 1974 gelangte der Fall an die Europäische Kommission für Menschenrechte. In ihrem Bericht vom Mai 1977 nahm die Kommission an, das Veröffentlichungsverbot stelle eine Konventionsverletzung dar; ebenso der Gerichtshof – mit 11 zu 9 Stimmen – in seinem Urteil vom April 1979. Das Urteil – mit dem ich im übrigen nicht einig gehe – wurde in Großbritannien zum Teil äußerst ungnädig aufgenommen. Altmeister F. A. MANN schrieb, es sei vollkommen ungerechtfertigt, stelle den schwersten Schlag gegen das englische Rechtssystem dar, der je erfolgt sei, und müsse dazu führen, daß die Unterstellung unter die Individualbeschwerde zurückgezogen werden müsse.

Ähnliche Mißtrauenskundgebungen sind auch in anderen Konventionsstaaten schon erfolgt, etwa in Belgien zur Zeit der Häufigkeit des Verfahrens über den belgischen Sprachenstreit. Ehe man zu so folgenschweren Schritten aufruft, wird man allerdings gut tun, das jeweilige Urteil genau zu analysieren. Das Sunday Times-Urteil anerkennt beispielsweise ausdrücklich, daß das britische «common law» als gesetzliche Grundlage anerkannt werden könne. Meine Deutung des Urteils wäre daher relativ eng: Infolge der Unsicherheit des «common law» bei Eingriffen in hängige Verfahren durch Presseartikel, infolge der weitverzweigten Diskussion, die zum Thema der Thalidomid-Kinder ohnehin schon in der Öffentlichkeit stattgefunden hatte, und infolge der Ungewißheit, ob die schwelbenden Vergleichsverhandlungen zu einem Gerichtsverfahren führen würden, ist das Urteil des Gerichtshofs meines Erachtens speziell auf die Sunday Times-Fakten zugeschnitten und bedeutet nicht allgemein, daß Presseartikel zu hängigen Gerichtsverfahren überhaupt nicht mehr untersagt werden könnten.

5. Die Urteile Marckx und Sunday Times zeigen, daß die Europäische Menschenrechtskonvention für die Vertragsstaaten durchaus nicht nur eine bequeme Alibiübung darstellt. Auch für

die Schweiz wird die wahre Prüfung erst dann kommen, wenn einmal ein Urteil des Gerichtshofes eine schweizerische Konventionsverletzung offiziell feststellen sollte. Dann wird es wichtig sein, sich daran zu erinnern, daß dasselbe den meisten anderen Konventionsstaaten auch schon geschehen ist, daß sich statt nationalistischen Wutausbrüchen eine nüchtern-kühle Zurückhaltung empfiehlt, und daß man einen Preis dafür zu bezahlen hat, daß die Konvention einen nicht bloß esoterischen, sondern wirk samen Menschenrechtsschutz in unseren europäischen Nachbarstaaten zu gewährleisten sucht.

Bisher darf man mit der Schweizer Anwendung und Durchsetzung der Konvention in Bund und Kantonen sehr zufrieden sein. Der Bund hat sich in seiner Rechtsetzungstätigkeit systematisch bemüht, auf die Erfordernisse der Konvention abzustellen. Ebenso haben die Kantone darauf Rücksicht genommen, vor allem bei der Revision kantonaler Strafprozeßordnungen. Schließlich hat das Bundesgericht bereits eine bedeutsame Praxis zur Konkretisierung der Konventionsgarantien aufgebaut und hat darin sorgfältig auf die Rechtsprechung von Kommission und Gerichtshof abgestellt. Es bleibt zu hoffen, daß die Schweizer Öffentlichkeit im Moment der Bewährung (nämlich dann, wenn die Schweiz einmal der Feststellung einer Konventionswidrigkeit gegenübersteht) mit Besonnenheit reagieren und nicht den Blick aufs Ganze verlieren wird. Und dieses Ganze bietet, wie ich nochmals betonen möchte, sowohl in den Europaratsstaaten insgesamt wie spezifisch in der Schweiz, eine positive Bilanz. Die Europäische Menschenrechtskonvention hat sich auch für die Schweiz bewährt, und die Schweiz hat sich gegenüber der Europäischen MRK bewährt.

M. JEAN RAYMOND, Secrétaire adjoint de la Commission européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg, rapporteur de langue française:

1. Le rapport que j'ai l'honneur de présenter à votre Assemblée serait outrageusement incomplet et infirme s'il ne s'appuyait sur celui de M. WILDHABER.

Dans les deux premiers chapitres de son rapport, M. WILDHABER a pris la peine d'abord de brosser une vaste fresque montrant comment a évolué la protection internationale des Droits de l'Homme, ensuite de présenter la Convention européenne, son

contenu, la pratique de ses organes d'une manière à la fois complète et critique.

Mon projet, beaucoup plus limité, plus technique peut-être, présuppose une certaine familiarité avec le Traité qui occupe nos débats d'aujourd'hui. Je souhaite par conséquent que ceux d'entre vous qui n'ont pu lire qu'un seul rapport aient choisi celui de M. WILDHABER et que ceux qui ont eu le loisir de lire l'un et l'autre aient commencé par celui de M. WILDHABER et continué par le mien.

Il y a, entre ces deux rapports, quelques modestes doubles emplois.

Mais, dans l'ensemble, je crois que grâce à une part de conciliation et à une part de chance, nous sommes arrivés à ne pas trop nous répéter et, surtout, à ne pas trop nous contredire.

2. Le titre du rapport: «La Suisse devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme» n'en définit qu'imparfaitement le contenu. Sans doute me suis-je efforcé de prendre comme point de départ, pour chaque sujet traité, des requêtes mettant en cause la Suisse devant les organes de la Convention. D'aucuns auront peut-être trouvé que le rapport fait mal ressortir ce qu'il y a de spécifique dans la législation et les institutions suisses et par conséquent ce qu'il devrait y avoir de spécifique dans les problèmes posés à la Commission et à la Cour européennes des Droits de l'Homme appelées à examiner des affaires suisses. A vrai dire, cette spécificité s'accommode assez facilement d'une jurisprudence qui, au moment où la Suisse est devenue partie à la Convention, s'était déjà développée depuis vingt ans en tenant compte de systèmes juridiques très divers. En outre, cette spécificité n'a rien qui puisse embarrasser des commissaires ou des juges rompus, par l'exercice même de leurs fonctions, à la pratique du droit comparé. S'il est une difficulté que doivent surmonter la Commission et la Cour dans l'examen des affaires suisses, cette difficulté résulte moins de la spécificité des institutions suisses que de leur multiplicité. Il n'est certainement pas plus facile pour un juriste venant d'un Etat fortement centralisé de s'habituer, par exemple, à l'existence de vingt-six organisations judiciaires dans un même Pays qu'à un juriste dit de «droit civil» de s'initier à l'application de la common law, ou vice-versa.

Quoi qu'il en soit, il pouvait se justifier de replacer les affaires suisses examinées à Strasbourg dans le cadre plus général d'une jurisprudence qui est dominée par le souci de dégager des notions

vraiment européennes, acceptables par tous les Etats parties à la Convention.

Ce mode de faire avait en effet un double but:

- Un but d'*information*, en ce qu'il montre, grâce à des comparaisons et au rappel de quelques précédents, comment une situation de droit interne peut être présentée et discutée devant une juridiction qui n'applique que du droit international.
- Un but de *démonstration*, en ce qu'il devrait aider à accréditer une thèse sur laquelle je reviendrai, à savoir qu'en adhérant à la Convention, la Suisse est entrée dans un monde familier – et non étranger – où l'attendait une place toute prête.

3. Le rapport peut être divisé en quatre parties principales:

La *première* concerne l'entrée en vigueur de la Convention et ses effets sur la compétence ratione temporis de ses organes.

La *deuxième* aborde certains problèmes de compétence à raison des personnes et du lieu.

La *troisième* constitue une sorte de tour d'horizon de la question de l'épuisement préalable de voies de recours internes avec quelques illustrations tirées de cas suisses.

Enfin, la *quatrième* est consacrée à l'examen de la portée d'un petit nombre de dispositions normatives de la Convention, en particulier de ses articles 5 et 6.

4. La deuxième et la troisième parties garderont sans doute un certain temps l'intérêt qu'elles peuvent présenter aujourd'hui. En effet, les problèmes de compétence à raison du lieu ne se présentent que rarement dans le système de la Convention. Les relations entre la Suisse et le Liechtenstein en ont offert un exemple original: la Commission a admis clairement que la Suisse répond des actes de ses organes lorsqu'ils déploient leurs effets au Liechtenstein ou pour le compte du Liechtenstein. L'avis qu'elle a exprimé semble avoir une portée générale et, à supposer que la Cour soit un jour saisie de la même question, il est assez improbable qu'elle s'en écarterait.

Quant aux problèmes de compétence à raison des personnes, il est vrai qu'ils pourraient connaître à l'avenir un certain renouvellement par suite du développement du droit communautaire et qu'ils seront fortement influencés par l'adhésion éventuelle ou la non-adhésion des Communautés européennes à la Convention. Toutefois, aussi longtemps que la Suisse demeurera à l'écart des Communautés ou de toute autre structure aussi fortement intégrée, ces problèmes ne serviront pour elle qu'à alimenter les

débats académiques. (Je mets ici à part le cas où la Suisse jugerait devoir introduire elle-même une requête contre un Etat communautaire, voire contre les Communautés elles-mêmes, à supposer que cela devienne possible.)

La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes est ancrée dans la Convention comme dans le droit international général et son interprétation n'évolue que lentement. Son application à des requêtes concernant la Suisse n'a pas posé jusqu'à maintenant des problèmes particulièrement délicats grâce à l'existence du Tribunal Fédéral et surtout à celle du recours de droit public. En effet, le droit matériel de la Convention se présente plus comme une sorte de droit constitutionnel commun à plusieurs Etats que comme du droit international traditionnel. Il s'ensuit que, par leur nature les litiges qui se prêtent à une procédure devant les organes de Strasbourg sont très souvent ceux qui ont pu, au préalable, donner lieu à un recours de droit public au Tribunal Fédéral.

Même lorsque l'examen d'un cas d'espèce conduit à confronter une disposition de droit fédéral à la Convention, le recours de droit public, le cas échéant le recours de droit administratif, doit être tenté. Le Tribunal Fédéral a en effet montré qu'à partir du moment où la méthode de l'interprétation conforme au traité devient inutilisable, il n'hésite pas à faire prévaloir la Convention sur une loi fédérale, au moins si celle-ci est plus ancienne. Les deux rapporteurs en ont fourni un exemple (cf. Rapport de M. WILDHABER, page 364; mon rapport, page 57).

##### 5. La première et la quatrième parties du rapport seront – et sont déjà – sujettes à un vieillissement rapide.

En effet, au fur et à mesure que le temps s'écoule et que nous nous éloignons du 28 novembre 1974, date à laquelle la Convention est entrée en vigueur pour la Suisse, les problèmes relatifs à la compétence ratione temporis de la Commission et de la Cour deviennent plus rares, puisque la Commission ne peut plus être saisie une fois échu le délai de six mois à compter de la décision interne définitive. Restent les cas – relativement peu fréquents – de situations dites «continues», auxquels le rapport consacre un paragraphe.

Quant à la quatrième partie (la plus développée), celle qui est consacrée à l'interprétation de dispositions normatives de la Convention à l'occasion de l'examen de cas suisses, elle se trouve déjà dépassée, par la force des choses dans la mesure où elle fait état d'affaires en cours et elle est devenue incomplète dans la mesure

où de nouvelles affaires ont surgi, qui mériteraient d'avoir été évoquées dans un rapport de ce genre.

6. Je ne tenterai pas ici une mise à jour; mais je voudrais néanmoins signaler d'abord que les questions concernant le droit à la liberté personnelle et la détention, qui ressortissent à l'article 5 de la Convention, continuent à occuper la Commission et la Cour à propos de requêtes visant la Suisse. A ce jour, sur huit requêtes visant la Suisse déclarées recevables – c'est-à-dire retenues pour un examen au fond – six l'ont été au titre de griefs relevant de l'article 5 de la Convention.

Quatre d'entre elles sont commentées à diverses reprises dans le rapport.

Je rappellerai brièvement qu'il s'agit tout d'abord de l'affaire PEYER, qui concernait le placement en établissement fermé d'un interdit sous tutelle. Cette affaire a pris fin par un règlement amiable et le rapport de la Commission (qui est public) ne comporte donc aucun avis juridique sur les questions qui avaient été soulevées. Il n'y a pas lieu de le regretter trop amèrement puisque, de toute manière, les causes de placement ont fait l'objet de la modification législative que vous savez et sont maintenant définies par le nouvel article 397a du code civil.

Il s'agit ensuite de l'affaire EGGS, qui concerne les arrêts disciplinaires dans l'armée et se situe, elle aussi, sur le terrain d'une loi récemment modifiée, à l'occasion de la révision du code pénal militaire et de l'organisation judiciaire et de la procédure pénale militaires. Il s'agit aussi d'une *autre* affaire, portant sur la réintégration en prison, par décision administrative, d'un condamné qui avait été libéré conditionnellement. Ces deux affaires demeurent pendantes devant le Comité des Ministres.

Il est très souhaitable que le Comité des Ministres, après qu'il aura statué, autorise la publication des rapports de la Commission. En effet, le Comité des Ministres ne motive que très sommairement ses décisions et il a pour habitude de se référer à l'avis de la Commission. Si cet avis demeure confidentiel (comme cela s'est produit quelques fois), primo le requérant ne connaît jamais les motifs de la décision finale dans son affaire (ce qui est une issue très peu satisfaisante) et secundo des développements parfois importants de la jurisprudence de la Commission sont perdus pour des cas à venir, puisqu'ils ne peuvent pas être utilisés par un autre requérant, ni par un gouvernement mis en cause, du moins ouvertement.

Ceci m'amène à évoquer l'affaire SCHIESSER, qui pose le pro-

blème de savoir si les procureurs de district zurichois peuvent être considérés comme des magistrats, devant lesquels l'article 5, paragraphe 3, de la Convention exige que comparaisse toute personne arrêtée comme soupçonnée d'une infraction. Fort heureusement, le Conseil fédéral d'une part, la Commission d'autre part ont porté cette affaire devant la Cour européenne des Droits de L'Homme. L'arrêt n'a pas encore été rendu mais la procédure à elle seule – notamment ce qui a été dit lors de l'audience publique du 23 janvier dernier – a certainement déjà contribué à faire progresser l'interprétation de l'article 5, paragraphes 3 et 4, de la Convention.

7. Récemment, la Commission a déclaré recevables deux requêtes concernant la Suisse qui portent sur la durée de la détention préventive (article 5, paragraphe 3) et aussi, pour l'une d'entre elles, sur la durée de la procédure pénale (article 6, paragraphe 1, de la Convention).

D'une manière générale, les affaires de ce genre ne devraient plus poser de graves problèmes d'interprétation de la Convention depuis les cinq arrêts rendus par la Cour entre 1968 et 1971 sur des cas intéressant l'Autriche et la République Fédérale d'Allemagne. Leur difficulté réside surtout dans la complexité des faits à examiner et dans la recherche d'une juste appréciation, qui doit être à la fois globale et fondée sur des circonstances précises.

Ces deux cas suisses concernant des personnes accusées d'infractions de caractère financier et les difficultés dont je viens de parler, auxquelles doivent faire face les organes de Strasbourg, ne sont en somme que le reflet des difficultés auxquelles – c'est bien connu – se heurtent les juridictions pénales nationales.

Depuis qu'elle fonctionne, la Commission a eu à déclarer recevables 27 requêtes portant sur la durée d'une procédure pénale ou d'une détention préventive. Plus de la moitié de ces procédures concernaient des délits financiers. Quant à la Cour, dans toutes les affaires où elle avait à apprécier la durée d'une procédure pénale ou d'une détention préventive, il s'agissait de délits financiers.

Cette constatation viendrait confirmer – s'il en était besoin – que l'instruction et le jugement des affaires financières sont aujourd'hui une source de problèmes parmi les plus graves qui se posent aux tribunaux pénaux et, avec eux, au législateur, en tant que responsable d'une part du système d'organisation judiciaire et de procédure, d'autre part du budget de la Justice. Mais si cette justice est coûteuse, notre société ne paie-t-elle pas là une partie

du prix des avantages matériels que lui ont apportés le fabuleux développement de l'économie depuis plus de trente ans?

8. Le rapport consacre un chapitre relativement important à d'autres questions d'application de l'article 6 de la Convention, qui contient diverses garanties d'une bonne administration de la justice, tant en matière répressive qu'en matière non répressive.

Le titre de ce chapitre («Le procès équitable») est quelque peu trompeur, bien qu'il s'agisse d'une expression consacrée, et je ne l'aurais pas choisi si j'avais eu à faire l'analyse systématique de l'article 6.

Cet article, à la structure un peu étrange, réunit en son premier paragraphe non pas un, mais trois principes fondamentaux, dont les deux paragraphes suivants développent certains aspects particuliers. Ces trois principes fondamentaux, ou plutôt ces trois garanties fondamentales sont: l'*équité* du procès, la *durée raisonnable* du procès, la *publicité* du procès.

Il existe de bons arguments pour soutenir que ces trois garanties ont une certaine indépendance réciproque et, dans l'examen d'un cas concret, elles ne doivent pas trop facilement faire l'objet d'une appréciation d'ensemble.

La garantie de publicité est au centre de trois affaires que la Commission a récemment retenues pour un examen au fond: l'une intéresse la République Fédérale d'Allemagne, la deuxième l'Italie, la troisième la Suisse. Plus précisément, ces affaires portent toutes trois sur la question de la publicité du prononcé du jugement. Vous savez, en effet, que l'article 6 distingue deux sortes de publicité: la publicité de la procédure et la publicité du prononcé du jugement.

Dans le rapport, l'opinion est exprimée que la lecture publique de *toutes* les décisions judiciaires est une exigence excessive, compte tenu des autres garanties que prévoit l'article 6. Elle est excessive même si l'on ne l'applique qu'aux décisions qui règlent la substance d'un litige. Seulement, le libellé de la Convention est ici particulièrement précis et concret et ne laisse pas beaucoup de place à l'interprétation.

Il est difficile de s'expliquer pourquoi la réserve faite par la Suisse sur ce point a été limitée aux procédures cantonales.

Dans l'affaire *Sutter* contre la Suisse, il s'agit de savoir si le Tribunal militaire de cassation viole la Convention en notifiant ses arrêts par écrit sans les avoir lus en public. Plusieurs questions se poseront à la Commission, par exemple celle de savoir si un

arrêt de cassation doit être considéré comme un « jugement », au sens de l'article 6, paragraphe 1 ; si la garantie du prononcé public a un caractère formel – comme le suggère la rédaction de l'article 6, paragraphe 1 –, ou si elle peut être interprétée d'une manière plus libre, etc.

#### 9. Autre question concernant l'article 6:

Dans une déclaration interprétative, le Conseil fédéral a exprimé l'opinion que son premier paragraphe n'exige qu'un contrôle judiciaire final et non une procédure judiciaire dès la première instance.

Sur ce point, deux distinctions doivent être faites:

Premièrement, il paraît maintenant admis qu'un litige portant sur des droits et obligations de caractère civil ou sur le bien-fondé d'une accusation pénale peut, en principe, être tranché en première instance par une autorité administrative. Mais s'il est tranché en première instance par un tribunal, ce tribunal doit offrir les garanties de l'article 6, même si un appel est possible. C'est ce qui ressort de l'avis de la Commission, entériné par le Comité des Ministres, dans le rapport sur l'affaire *Zand* contre l'Autriche, publié en juin 1979. Si vous permettez l'expression: La Convention ne s'accorde pas de tribunaux au rabais.

Deuxième distinction: L'autorité de première instance ne peut être une autorité administrative que si ses décisions sont susceptibles de recours à un tribunal jugeant en fait et en droit. Cette interprétation me paraît résulter logiquement de la jurisprudence de la Cour. Je signale que c'est celle du membre suisse de la Commission, M. TRECHSEL, dans l'opinion individuelle qu'il a annexée au rapport sur l'affaire *Zand* (opinion où il s'écarte de l'avis de la Commission mais sur un autre point: celui des garanties que doivent offrir les tribunaux de première instance).

Si cette interprétation est la bonne, des difficultés pourraient surgir dans quelques cantons, par exemple ceux dans lesquels l'autorité de surveillance des tutelles n'est pas un organe judiciaire, puisque le Tribunal fédéral ne procède pas à une nouvelle constatation des faits.

10. Je ne vais pas céder à la tentation de paraphraser ici l'ensemble du rapport, ni surtout de le refaire. Il y a, dans ce rapport, nombre de points qui peuvent donner lieu à controverse et je ne doute pas que les débats de tout à l'heure le démontreront.

Pourtant, ce rapport ne contient point de «thèses» à propre-

ment parler. Son caractère essentiellement descriptif résulte du sujet même que nous était proposé. Il rend compte d'une expérience et permet tout au plus de formuler quelques conclusions ou d'exprimer quelques vœux.

Je voudrais, à cet égard, rappeler ici que la Convention européenne des Droits de l'Homme est complétée par deux Protocoles, auxquels la Suisse n'a toujours pas adhéré, bien qu'elle ait déjà signé le premier d'entre eux.

Il n'est pas question d'entamer ici un examen de la compatibilité de la législation fédérale et cantonale avec les diverses dispositions de ces protocoles. Le Conseil fédéral l'a d'ailleurs fait au chapitre III, sections B et C, de son rapport du 9 décembre 1968 d'une manière très complète. Il est arrivé à la conclusion que leur ratification par la Suisse ne devrait pas susciter des difficultés, sauf sur quelques points, qui pourraient faire l'objet de réserves.

Or, rien ne s'est passé depuis la signature du protocole additionnel le 19 mai 1976, signature qui n'est qu'un acte préparatoire. Quelles peuvent être les causes de ces hésitations?

Serait-ce que les discussions que suscite le problème de la ratification de la Charte sociale européenne occupent les esprits au point de masquer l'urgence d'une ratification des protocoles à la Convention?

Mais la Charte sociale et les protocoles ne se situent pas sur le même plan: ceux-ci ne garantissent que quelques droits minima, fondamentaux et parfaitement conformes aux traditions suisses, alors que celle-ci propose des normes détaillées dont certains intérêts économiques peuvent s'accorder moins facilement. Ainsi que M. WILDHABER le souligne dans son rapport, elles ne sont d'ailleurs pas directement applicables.

Ou bien serait-ce la réaction un peu émue de quelques milieux au moment où les organes de Strasbourg ont abordé l'examen des premières requêtes suisses et où quelques modifications législatives récentes ont fait référence aux engagements contenus dans la Convention?

Ces réactions, bien qu'elles soient sans fondement, sont parfaitement compréhensibles dans une société fédéraliste pratiquant la démocratie directe. En effet, le système fédéraliste veut que ce soient des institutions, des lois, des pratiques cantonales qui se trouvent le plus souvent mises en cause par les personnes qui s'adressent à la Commission, alors que dans la procédure de Strasbourg il appartient aux autorités fédérales de prendre position, de choisir une argumentation, voire de transiger. D'autre

part, l'immédiateté des contacts entre la population et les pouvoirs locaux et surtout l'usage de la démocratie directe suscitent inévitablement dans le for intérieur du citoyen le sentiment d'être personnellement mis en cause avec les autorités, les règles ou les coutumes qui régissent son canton ou sa commune.

Pourtant, le fédéralisme lui-même contient dans son fondement le remède à cette sorte d'inquiétude: La diversité des traditions culturelles et juridiques entre les cantons est depuis longtemps ressentie en Suisse comme une source d'enrichissement réciproque. Or ces traditions sont représentées dans la communauté des Etats qui ont accepté de se ranger sous la bannière de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ainsi la diversité, qui a bien dû et qui a su se muer en harmonie sur le plan national, est-elle une expérience et un privilège qui doivent permettre au citoyen suisse, plus qu'à celui de tout autre pays, de regarder les institutions européennes de sauvegarde des droits de l'homme comme les siennes.

## XVIII.

Nach einer kurzen Pause eröffnet der Verhandlungsleiter die Diskussion und erteilt das Wort Bundesrichter Prof. Dr. ARTHUR HAEFLIGER, Lausanne:

Der Vorstand unseres Vereins hatte bei der Wahl des Themas eine glückliche Hand. Nach kaum 5 Jahren lässt sich zwar keine eigentliche Bilanz ziehen. Es ist aber doch interessant, von den Erfahrungen zu hören, welche die Schweiz mit Straßburg und Straßburg mit der Schweiz gemacht hat. Die beiden Referenten haben uns darüber und allgemein über die Konventionspraxis in ausgezeichneter Art unterrichtet. Sie können unseres herzlichen Dankes sicher sein.

Es scheint mir auch eine Dankspflicht zu sein, bei dieser Gelegenheit an das Wirken der Schweizer Juristen in Straßburg zu erinnern. Von 1963 an gehörte Bundesrichter ANTOINE FAVRE dem Straßburger Gerichtshof an. Ihm folgte Frau Prof. DENISE BINDSCHEDLER-ROBERT, während in der Kommission Prof. STEFAN TRECHSEL mit seinen Kollegen bisweilen gegen die Beschwerdeflut anzukämpfen hat. Es gibt in Straßburg die Einrichtung der sog. dissenting opinion, und ich habe mich mitunter über eine Minderheitsauffassung gefreut, die von einem Schweizer Mitglied vertreten oder mitvertreten wurde. Auf jeden Fall

kommt in den Konventionsgremien sicher gute schweizerische Rechtstradition mit zur Geltung, und dafür sind wir unseren Landsleuten dankbar, die sich auf europäischem Boden um die Wahrung der menschlichen Würde mühen.

Und schließlich verdient das Bundesamt für Justiz unsere hohe Anerkennung. Es vertritt in Beschwerdefällen den schweizerischen Standpunkt mit Sachkunde und Überlegenheit, ohne sich auf unnötige Polemik einzulassen.

Ich will noch, wenn Sie es erlauben, mich ganz kurz zu einer prozessualen Frage äußern. Wenn eine staatsrechtliche Beschwerde eingereicht wird, so beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Kritik, die ein Beschwerdeführer vorbringt. Es prüft z. B. nicht von Amtes wegen, ob der angefochtene Erlaß oder Entscheid mit der Verfassung im Einklang ist. Einzelne Autoren sind der Ansicht, das sei mit Bezug auf die MRK anders, hier müsse das Gericht ex officio prüfen, ob sie verletzt sei. Herr WILDHABER, der sich mit dem Problem beschäftigt hat (S. 346), scheint nicht so weit zu gehen und, ich glaube, mit Recht.

Wer in Straßburg eine Beschwerde anbringen will, muß vorher die innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft haben, und das spricht dafür, daß man beim Abschluß der Konvention die staatlichen Gerichte nicht dazu verhalten wollte, die Konvention von Amtes wegen anzuwenden. Anderseits muß doch auch im prozessualen Bereich der Besonderheit des Konventionsrechts Rechnung getragen werden. In diesem Sinn hat das Bundesgericht schon wiederholt von Amtes wegen geprüft, ob neben dem Verfassungsrecht auch Bestimmungen der Konvention verletzt sein könnten. Wir halten uns dazu ausnahmsweise für befugt, aber nicht von der Konvention her verpflichtet. Herr TRECHSEL hat sich in dem Aufsatz, der eben in der ZBJV erschien, zu dieser Praxis geäußert und erklärt, der Schwerpunkt des Grundrechtschutzes werde damit etwas von Straßburg nach Lausanne verlagert, was sowohl den Intentionen der MRK wie den nationalen Interessen entspreche. Die Praxis des Bundesgerichts mag in diesem Punkt und in anderen Bereichen des Konventionsrechts noch wenig gefestigt und allzu kasuistisch sein, aber man darf doch wenigstens annehmen, daß es sich in der richtigen Richtung vortastet. Wir müssen uns noch besser mit Sinn und Gehalt der Konvention vertraut machen und die Straßburger Behörden besser mit den schweizerischen Rechtsverhältnissen.

Botschafter ALFRED WACKER, Straßburg:

Als ständiger Vertreter der Schweiz beim Europarat bin ich dem Juristenverein dankbar für die Wahl des diesjährigen Themas. Fast fünf Jahre nach Ratifizierung der Konvention ist es richtig, eine erste Bilanz zu ziehen, abgeklärt unter Juristen, aber dann auch zu Handen eines breiteren Publikums, aus dem man immer wieder, und oft aus dem gleichen Munde, trompetenartige Fanale *für* die Menschenrechte, *für* einen Einsatz der Schweiz auf diesem humanitären Gebiet und *gegen* jede ausländische Einmischung in unsere internen Angelegenheiten, *gegen* die «fremden Richter» hören muß. Beide vorliegenden Berichte sind hervorragend; sie zeichnen sich nicht nur durch große Sachkenntnisse (auch ich habe vieles daraus lernen können), sondern auch durch gesunden politischen Realismus aus.

Es wäre zu hoffen, daß der Vorwurf der «fremden Richter» bald einmal ganz verschwinden könnte. Er ist nämlich einfach falsch. Wir sind nicht schlechter gestellt als alle übrigen west-europäischen Staaten: in jedem der drei Organe hat die Schweiz einen Sitz, wie auch die übrigen Vertragsstaaten. Es sind also nicht fremde Richter, sondern unsere – europäischen – Richter, immer auch mit einem Schweizer, die zu Gericht sitzen. Wenn man spitzfindig sein wollte, so könnte man dann noch eher das Bundesgericht als «fremde Richter» bezeichnen; nicht nur ist auch in ihm die Mehrheit aus Kantonsfremden zusammengesetzt, sondern zusätzlich besteht keine irgendwie geartete Garantie, daß ein Kantonsangehöriger des Beklagten oder des Angeklagten im Richtergremium sitzt.

Doch nun zu meinem Hauptanliegen, dem Straßburger Mechanismus. Wie gesagt, in allen *drei* Organen sitzt ein Schweizer. Aber während Frau BINDSCHEDLER und Herr TRECHSEL völlig unabhängig handeln und urteilen, bin ich, als Regierungsvertreter im Ministerkomitee, an Regierungsweisungen gebunden, wie dies für meine 20 Kollegen der Fall ist. Ich möchte auf Grund meiner Erfahrungen in dieser Amtsfunktion zwei Fragenkomplexe kurz behandeln. Es versteht sich von selbst, daß ich, im Kreise unseres Vereins nur meine persönliche Auffassung äußere, die nicht unbedingt diejenige meiner vorgesetzten Behörde zu sein braucht.

Meine erste Frage: ist es angezeigt, einem weisungsgebundenen Gremium wie dem Ministerkomitee weiterhin richterliche Funktionen zu belassen?

Alle Kommentatoren sind sich mit mir darüber einig, daß das Ministerkomitee, im Gegensatz zu den beiden anderen Organen der Konvention, ein politisches Organ ist. Es soll auch als solches handeln. Allerdings müssen wir drei Kategorien unterscheiden:

Hat der Staat, gegen den eine Beschwerde geführt wird, die Jurisdiktion des Gerichtshofes nicht anerkannt, so kommen alle von der Kommission behandelten Fälle vor das Ministerkomitee und dieses *muß* handeln. Hier ist das Komitee noch am ehesten mit einem Gerichtshof zu vergleichen; aber immerhin wäre es zu hoffen, daß auch die 5 verbleibenden Staaten – Zypern, Türkei und Malta, sowie Spanien und Liechtenstein – den Gerichtshof anerkennen werden (die ersten zwei wohl kaum vor der Beilegung ihres Konfliktes und die letzteren zwei jüngsten Mitgliedstaaten wohl bei der Ratifizierung der Konvention).

Die zweite Kategorie umfaßt die Individualbeschwerden gegen einen Staat, der die Jurisdiktion des Gerichtshofes anerkannt hat. Hier ist tatsächlich etwas wie eine Anomalie festzustellen; denn wenn schon ein ordentlicher Gerichtsmechanismus besteht, so sollte *dieser* verwendet werden, und nicht der politische – es sei denn, es handle sich tatsächlich ebenfalls um eine politische Beschwerde, z.B. seitens einer ethnischen oder politischen Minorität. Zum Glück ist festzustellen, daß die vom Ministerkomitee zu behandelnden nichtpolitischen Einzelbeschwerden ganz beträchtlich abgenommen haben – im Gegensatz zur zunehmenden Anzahl von Fällen, die vor den Gerichtshof gehen. Bei den ersten handelt es sich zur großen Mehrheit nur noch um Fälle, bei denen die Kommission keine Verletzung der Menschenrechte festgestellt hat, oder bei denen ein Präzedenzfall bereits besteht. Meist wird das Komitee sich den Befund der Kommission zu eigen machen. Es ist dieser Weg übrigens in erster Linie eine Ökonomie des Verfahrens, indem der Gerichtshof von langwierigen, aber unnötigen Prozessen und Urteilsbegründungen entlastet wird.

Bleibt somit die dritte Kategorie, diejenige von Staatsbeschwerden. Ich will hier nicht in das sehr weitläufige Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, bzw. der friedlichen Beilegung von internationalen Konflikten eintreten, das u.a. auch durch die Verhandlungen an der KSZE erneut in den Vordergrund getreten ist. Eines steht jedenfalls fest: es gibt Fälle zwischenstaatlicher Streitigkeiten, bei denen es höchst unweise wäre, ein richterliches Gremium, und hätte es auch ein Höchstmaß von Integrität und juristischer Erfahrung, zu zwingen, nach

dem Buchstaben des Gesetzes, hier der materiellen Vorschriften der Konvention, «Recht» zu sprechen – mit einem Urteil, das dann vielleicht in seinen politischen Auswirkungen nur noch mehr Unrecht schaffen könnte. Als typisches Beispiel weise ich auf den Zypernfall. Das Ministerkomitee hat Möglichkeiten, die der Gerichtshof – richtigerweise – nicht hat; es kann verhandeln, politisch aktiv werden, den geeigneten Zeitpunkt wählen für Maßnahmen, sei es für interne, sei es für solche, die der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

Für diese letztgenannte Staatsbeschwerde, aber auch für Individualbeschwerden politischer Natur, sollte die Möglichkeit, einen Fall durch das Ministerkomitee beurteilen zu lassen, unbedingt beibehalten werden.

Und nun zu meinem zweiten Problem! Als weisungsgebundenes Mitglied stehe ich bei jeder Behandlung eines Einzelfalles gewissermaßen eingespannt in einem Parallelogramm der Kräfte, d.h. zwischen

- dem Bericht der Kommission,
- der Haltung des Beschwerdeführers,
- dem Text der Konvention,
- den Instruktionen und
- der Haltung der 20 übrigen Mitglieder des Komitees.

Ich will Ihnen gerne gestehen – und ich wende mich hier in erster Linie an die Richter unter Ihnen –, daß es mir dabei nicht immer sehr wohl zu Mute ist. Man hat es ja ohnehin, wie in allen politischen Dingen, mit einem Eisberg zu tun; man weiß viel zu wenig: man war bei den Verhandlungen der Kommission nicht zugelassen, man hat den Beschwerdeführer nie gesehen und wird ihn auch nie sehen; man kennt die Instruktionen der 20 Kollegen nie vollumfänglich und noch weit weniger die Hintergründe, die zu diesen Instruktionen geführt haben. Als Schweizer bin ich in der glücklichen Lage, normalerweise die Hintergründe meiner eigenen Instruktionen zu kennen, ja, bei deren Abfassung, besonders in heiklen Fällen, mitgewirkt zu haben. Bei dieser doch weitgehend eisbergartigen Situation ist es ein Glück, daß das Ministerkomitee für seine Aktivität unter Art. 32 der Konvention heute über gute und klare Verfahrensvorschriften verfügt, die mir und meinen Kollegen sehr helfen, und daß wir über die Dienste einer qualifizierten Abteilung des Sekretariates verfügen, die uns bei der Urteilsfindung behilflich ist. Aber auch so ist es manchmal eine Strapaze, zwischen den genannten fünf Kräften hin- und hergezogen zu werden, gepaart mit dem persönlichen Bestreben, sowohl für Gerechtigkeit, als auch für die Festigung

der Autorität der Konvention, für politische Ausgewogenheit und für die Aufrechterhaltung der schweizerischen Interessen besorgt zu sein. Manchmal muß halt doch das eine oder andere Federn fliegen lassen.

Wenn durch Anerkennung des Gerichtshofes und durch Weiterziehung an ihn der Großzahl der Individualbeschwerden, dem Ministerkomitee nur noch die eigentlich politischen Fälle verbleiben – und das sollen sie auch –, so kann man der weiteren Anwendung des Straßburger Mechanismus, durch die drei Organe, mit Optimismus entgegensehen, sowohl mit dem Ziel der gesicherten Beachtung der Menschenrechte abendländischen Charakters in unserem demokratischen Erdteil, als auch der ausgleichenden Funktion des Europarates bei der Behandlung politischer Streitfälle, die auch hier immer wieder entstehen können.

M. le Prof. JOSEPH VOYAME, Directeur de l'Office fédéral de la justice, Berne:

Comme ceux qui ont pris la parole tout à l'heure, je tiens à féliciter et à remercier les rapporteurs de leur analyse perspicace de la CEDH et de ses conséquences pour notre pays. Leurs études constitueront des ouvrages de référence d'autant plus utiles que la jurisprudence des organes de Strasbourg n'est pas toujours aisément accessible, notamment en allemand.

Les études et interventions que nous avons lues et entendues jusqu'ici procèdent de points de vue différents: point de vue de l'insider pour M. RAYMOND; point de vue du scientifique pour M. WILDHABER; point de vue du juge supérieur qui doit appliquer la Convention en Suisse pour M. le Président HAEFLIGER; point de vue du membre du Comité des Ministres pour l'Ambassadeur WACKER. Permettez-moi d'ajouter à tous ces points de vue un cinquième, celui de l'agent du Gouvernement, l'homme qui, à Strasbourg, est chargé, tel un avocat, de présenter la position de la Suisse devant la Commission et devant la Cour des Droits de l'Homme. Il ne s'agit pas de développement juridique ou scientifique, mais de quelques impressions.

Une partie suisse qui comparaît devant la Commission ou la Cour, doit d'abord s'adapter à la procédure de la «cross examination». Les exposés des parties – car il s'agit d'exposés plutôt que de plaidoiries – sont suivis et souvent interrompus par un feu

croisé de questions, de faits et d'objections juridiques, si bien qu'elles ont – ces parties – parfois l'impression de passer un examen et qu'elles ne sont pas toujours sûres de l'avoir réussi. Mais cette procédure, qui se déroule dans une atmosphère de sérénité et de courtoisie, tend évidemment à une recherche efficace de la vérité et du droit. Elle laisse aussi aux parties – plus que nos procédures traditionnelles continentales – l'impression d'être véritablement dans cette recherche, l'auxiliaire de la juridiction devant laquelle elles comparaissent.

Autre impression: Si nos institutions nous sont familières, elles sont beaucoup plus difficiles à pénétrer pour le juriste d'un autre pays. Par exemple, nos 29 codes de procédure pénale (et non 26 comme le disait tout à l'heure M. RAYMOND – il y a en effet 3 codes fédéraux –), l'enchevêtrement des compétences fédérales et cantonales, nos ministères qui s'appellent des départements, notre chef d'Etat, septicéphale, tout cela déroute le juriste étranger et l'oblige à un effort de compréhension sans doute intense. Cet effort, j'ai toujours eu le sentiment que les membres de la Commission et les juges de la Cour le faisaient sans rechigner en comptant cependant – bien sûr – sur l'assistance de leur collègue suisse.

Une autre difficulté m'est apparue quelques fois. Les commissaires et les juges de la Cour sont souvent appelés à se prononcer sur des causes relevant de domaines qui leur sont peu familiers. Par exemple, des spécialistes du droit international public doivent juger si une procédure pénale complexe – par exemple en matière de criminalité économique – a ou n'a pas une durée excessive.

Mais il faut bien reconnaître que cette difficulté, les organes de Strasbourg la surmontent avec brio. Il est frappant de constater combien les rapports de la Commission – il n'y pas encore de jugement de la Cour ni de décision du Comité des Ministres – présentent les faits avec exactitude et analysent nos institutions avec sûreté et pertinence. Si bien, même, que l'on peut affirmer avec M. WACKER que ce sont vraiment nos juges.

Autre impression: plus que nos juridictions internes les organes de Strasbourg embrassent l'ensemble des droits européens. Il me semble par exemple, que, sauf si un texte conventionnel précis s'y oppose, ils tendront à considérer comme compatible avec la Convention une institution que l'on trouve dans plusieurs ou en tout cas dans la plupart des pays européens. Cela nous oblige souvent à des recherches de droit comparé. Par exemple – pour prendre deux cas récents – quels sont les Etats européens qui

permettent de mettre les frais de procédure à la charge du prévenu acquitté et dans quels Etats européens les arrêts de la Cour de cassation ne sont-ils pas prononcés publiquement? Ces recherches de droit comparé ne sont pas toujours aisées, mais elles nous seront facilitées lorsque fonctionnera, à Dorigny près de Lausanne, dès l'automne 1981, l'Institut Suisse de droit comparé.

Voilà en vrac quelques impressions sur la Commission et la Cour des Droits de l'Homme. Mais nous avons aussi nos problèmes internes. Je n'en évoquerai brièvement que deux, à savoir la collaboration entre la Confédération et les cantons et l'exécution interne des décisions obligatoires de la Cour et du Comité des Ministres. Concernant le premier point, on sait que la Confédération répond, sur le plan international, non seulement des actes de ses organes, mais de ceux des cantons et des communes. Lorsque une requête introduite à Strasbourg soulève un problème de droit cantonal, c'est donc le Conseil fédéral qui a la compétence – exclusive – de présenter le point de vue des autorités suisses devant les organes de la Convention. Une ordonnance du Conseil fédéral du 7 septembre 1977 confie cette tâche de représentation à l'Office fédéral de la Justice; exceptionnellement, le chef du Département de Justice et Police peut nommer un agent ad hoc. Il l'a fait récemment pour la première fois en désignant M. le Prof. WILDHABER, agent ad hoc du gouvernement, dans une procédure actuellement pendante devant la Commission. Je n'hésiterai pas à qualifier de décisive la bonne collaboration des cantons avec l'Office fédéral de la Justice dans ces procédures internationales. Cette collaboration s'impose déjà d'un point de vue pratique, car relativement brefs sont les délais que la Commission impartit au Conseil fédéral pour, selon le cas, répondre à certaines questions de fait, présenter ses observations ou se prononcer d'une façon ou d'une autre sur une requête. Mais cette collaboration harmonieuse s'impose également au regard de l'organisation et de la procédure de la Commission et de la Cour. Il est indispensable que lors des audiences de ces organes, un représentant du canton intéressé les aide à connaître les faits et à comprendre le système juridique de son canton et aide aussi l'agent de gouvernement à passer l'examen dont je parlais tout à l'heure.

Un autre aspect de la collaboration entre la Confédération et les cantons apparaît lors de la recherche d'un règlement amiable d'une affaire, en application de l'art. 28, lettre b de la Convention. Cet aspect de la collaboration entre Confédération et cantons a connu récemment des développements concrets: le 8 mars

1979 dans l'affaire *Peyer*, et le 4 mai 1979 dans l'affaire *Geerk*, la Commission a pu constater que les parties étaient parvenues à un règlement amiable s'inspirant du respect des droits de l'homme, et a pu mettre ainsi un terme à ces deux affaires, en adoptant des rapports se limitant à un bref exposé des faits et de la solution adoptée. Dans les deux cas, les cantons intéressés (il s'agissait de Bâle-Ville et de Schaffhouse) ont collaboré de façon décisive à la conclusion des transactions.

Enfin, et bien que nous n'ayons jusqu'ici aucune expérience (et puissions-nous n'avoir encore longtemps aucune expérience sur ce point) la collaboration entre la Confédération et les cantons devrait également jouer dans le cas où la Cour ou le Comité des Ministres reconnaîtraient l'existence d'une violation de la Convention par la Suisse. En effet, si, par le biais d'un arrêt de la Cour ou d'une décision du Comité des Ministres, la compatibilité d'une règle cantonale avec la Convention était mise en cause, le canton devrait procéder à la modification législative correspondante; de son côté, la Confédération devrait veiller à ce que les cantons qui pourraient être confrontés à ce problème, mettent également leur législation en harmonie avec la Convention.

Ce dernier aspect de la collaboration entre la Confédération et les cantons m'amène à mon second point: celui de l'exécution interne des décisions obligatoires de la Cour et du Comité des Ministres. On sait que par rapport aux décisions internes de dernière instance, les décisions des organes de Strasbourg n'ont ni effet suspensif, ni effet cassatoire, ni pouvoir d'annulation. Mais en même temps, les autorités suisses ont l'obligation de se conformer à ces décisions, par les moyens qu'offre le droit national, fédéral ou cantonal. Si l'on admet que l'octroi éventuel d'une satisfaction équitable selon l'article 50 CEDH n'intervient que subsidiairement (c'est-à-dire seulement si le droit suisse ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la décision interne de dernière instance) ont doit s'efforcer de respecter la logique du système, et veiller à conférer un effet optimal, sur le plan interne, aux décisions obligatoires de Strasbourg. L'un des rapporteurs a justement souligné le caractère novateur de l'art. 223, chiffre 4, du Code de procédure pénale d'Appenzell Rhodes extérieures, qui prévoit la possibilité de réouvrir la procédure interne, «si une décision d'une instance internationale l'exige». Faut-il étendre cette possibilité aux autres droits de procédure cantonaux? Faut-il l'introduire dans le droit fédéral d'organisation judiciaire et de procédure? La question mérite d'être posée et sera prochainement examinée par le Conseil fédé-

ral, puisqu'un postulat REINIGER, déposé il y a cinq jours devant le Conseil national, soulève précisément le problème ...

Peut-on tirer un bilan? Un bilan provisoire sans doute. L'application de la Convention nous a parfois un peu dérangés; il est arrivé ici ou là que nous nous sentions un peu atteints dans notre idée et notre fierté d'avoir créé l'Etat de droit par excellence. Mais, dans l'ensemble, le bilan est positif, largement positif. Les rapporteurs l'ont dit et démontré. Je ne puis que me rallier à leurs arguments et à leurs conclusions.

Dr. KURT HAURI, Bern, Lehrbeauftragter für Militärstrafrecht an der Universität Zürich:

Zu einer Domäne jedenfalls haben die nationalen schweizerischen Behörden ein offensichtlich noch mehr von Unsicherheit gezeichnetes, ja gestörtes Verhältnis als die Konventionsorgane. Dies kommt vielfältig und unmißverständlich zum Ausdruck. So widmen sich die beiden Referenten wiederholt dem Problem, Herr RAYMOND namentlich unter mindestens zwölf Malen. Die Straßburger Organe hatten sich in einem überaus aufwendigen, fünfjährigen Verfahren mit europäischer Gründlichkeit damit herumzuschlagen. Ein 130seitiger Bericht der Kommission und ein 56seitiges, teilweise durchaus nicht einstimmiges Urteil des Gerichtshofes mit vielfältigen abweichenden Ansichten legen bedecktes Zeugnis ab. Das eidgenössische Parlament schließlich befaßte sich, von bundesrätlicher Seite und aus der Mitte des Rates begehrt, wiederholt mit der Materie.

Es geht um das militärische Disziplinarstrafrecht.

Die Europäische Kommission für Menschenrechte erklärte 1961 das Gesuch für unzulässig, das ein Mitarbeiter der Deutschen Bundesbahn einer *beamtenrechtlichen* Disziplinarstrafsache wegen eingereicht hatte, mit der Begründung, Art. 6 EMRK sei auf Verfahren vor Disziplinargerichten nicht anwendbar. Unter Hinweis auf diesen Entscheid stellte der Bundesrat in seinem Bericht von 1968 an die Bundesversammlung über die Europäische Menschenrechtskonvention reichlich keck fest, die Kommission sei zum Schluße gelangt, Art. 6 der Konvention könne auf das *militärische* Disziplinarstrafrecht keine Anwendung finden.

Der Bundesrat hatte demnach offensichtlich das Problem erkannt. Allein, die blinde, schrankenlose Übertragung eines Straßburger Entscheides über das Disziplinarstrafrecht gegen-

über *Beamten* auf dasjenige gegenüber *Militärpersonen* durch unsere Landesregierung ließ zu Unrecht keine weiteren Bedenken aufkommen.

Im Mai 1974 hatte Frankreich seine Ratifikationsurkunde hinterlegt und gleichzeitig den – vielleicht weisen – Vorbehalt gemacht, Art. 5 und 6 EMRK dürften kein Hindernis für die Anwendung der landesrechtlichen Bestimmungen über die Disziplinarstrafordnung in den französischen Armeen sein.

Der dadurch erhobene Warnfinger machte in der Schweiz niemanden stutzig. Die Bundesversammlung genehmigte die Konvention im Oktober 1974, ohne sich weiter über das Disziplinarstrafrecht unterhalten zu haben.

Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Sache der fünf niederländischen Soldaten (*Engel* und andere) vom 8. Juni 1976 machte nun aber hellhörig. Von diesem, seit 1971 in Straßburg hängigen Verfahren hatte man bisher in der Schweiz keine Kenntnis genommen. Nun war scheinbar überraschend plötzlich entschieden worden, die Konvention, namentlich die Art. 5 und 6, sei im Bereich des militärischen Disziplinarstrafrechtes durchaus nicht unanwendbar. Das äußerst subtile, sehr differenzierte Urteil hat mannigfachen scharfsinnigen Analysen und kritisch-wohlwollenden Kommentaren gerufen, dadurch indessen kaum an Klarheit – von vielen gesucht – gewonnen.

Aussagen einzelner Bundesrichter bei einer öffentlichen Urteilsberatung der Verwaltungsrechtlichen Kammer im November 1976 veranlaßten den Bundesrat, von «ernsten staatspolitischen Bedenken» getragen, im März 1977 der Bundesversammlung die dringliche Anpassung des Militärstrafgesetzes an die Europäische Menschenrechtskonvention, wie sie nun verstanden wurde, zu beantragen. Lustlos machte der Ständerat mit. Der Nationalrat, diesmal bedächtiger und beherrschter, setzte die Behandlung der Vorlage aus bis zur Beratung der ordentlichen Revision des Militärstrafgesetzes.

In der Tat hatte der Bundesrat dem Parlament schon fünf Tage nach seinem Antrag auf Schaffung von Dringlichkeitsrecht die normale Änderung des Militärstrafgesetzes vorgeschlagen, namentlich die Anpassung der Allgemeinen Bestimmungen an das revidierte bürgerliche Strafgesetzbuch und die umfassende Neuordnung des Disziplinarstrafrechtes.

Das nunmehr geänderte, 1980 in Kraft tretende militärische Disziplinarstrafverfahren bringt, soweit unter dem Gesichtspunkt der Europäischen Menschenrechtskonvention von Bedeutung,

1. bei den Rechtsmitteln zwingend die aufschiebende Wirkung,

2. neu das Rechtsmittel der Disziplinargerichtsbeschwerde, anstelle der bisherigen Weiterziehung an den Oberauditor.

Mit dieser Beschwerde können Entscheide der vorgesetzten Kommandanten über Disziplinarbeschwerden, die auf einfachen oder scharfen Arrest lauten, angefochten werden. Zuständig ist ein dreiköpfiger Ausschuß eines Militärappellationsgerichtes. Es gelten grundsätzlich die Vorschriften des Militärstrafprozesses. Die Verhandlungen sind öffentlich. Der Beschwerdeführer hat persönlich zu erscheinen. Er kann einen Verteidiger beiziehen. Im ganzen: fiat justitia.

Allein, wird dieser rechtsstaatliche, menschenrechtskonforme Glanz nicht durch kräftigen Schattenwurf getrübt? Da diese Ausschüsse nicht in Permanenz tagen, hat der Beschwerdeführer, wird er nicht von jeder Strafe befreit, seinen Arrest in aller Regel außer Dienst zu verbüßen. Seine Sünde wird bekannt, kostet ihn Arbeits-, der Vollzug vielleicht auch Ferientage und Verdienst. Gerichtsgebühren werden ihm auferlegt, das ganze Verfahren schwebt während Wochen über ihm. Pereat mundus? Für den betroffenen Einzelnen wohl möglich.

Kurz, der Soldat gewinnt viel an Verfahrensgarantien, er kann die aufschiebende Wirkung genießen, die Öffentlichkeit der Verhandlung, die auch formelle Unabhängigkeit des Gerichtes, die Möglichkeit der Verteidigung. Und dennoch wird er von all diesen verlockenden Genüssen, ihnen kaum nachtrauernd, absehen, weil sie unverhältnismäßig viel, wenn auch konventionskonforme Unbill mit sich brächten.

Und so bleibt denn, enttäuschend wohl, die offene Frage, ob nicht, von zuviel Mißtrauen getragen, zuviel der guten Kräfte für zu wenig an Gehalt vergeudet worden sind. Ob nicht durch eine überschießende Justizialisierung die Grundgedanken der Europäischen Menschenrechtskonvention strapaziert, dem Idealismus die Praktikabilität geopfert worden ist.

Me FRANÇOIS PICOT, avocat au barreau de Genève:

Je tiens à relever le très grand intérêt des deux travaux qui nous sont présentés et qui permettent à l'avocat praticien de comprendre la portée pour la Suisse de la Convention Euro-

péenne des Droits de l'Homme, laquelle joue peu à peu pour nous un rôle important. En effet, beaucoup de nos clients en ont entendu parler et il n'est pas rare maintenant d'entendre un plaigneur qui n'a pas obtenu de satisfaction devant les tribunaux suisses nous dire: «Ne pourrions-nous pas intervenir à Strasbourg?»

Ces deux travaux nous permettent de nous orienter pour donner une réponse.

Comme juriste genevois, c'est aussi un plaisir de retrouver M. JEAN RAYMOND que nous avons connu comme le remarquable secrétaire général du Département cantonal des finances et que nous avions regretté de voir quitter Genève pour une plus haute destinée.

Mon intervention dans ce débat consistera en une question qui a un aspect général et un aspect particulier. Prenons tout d'abord l'aspect général. Il y a été en partie répondu dans les interventions des deux rapporteurs, mais j'aurais voulu avoir encore quelques précisions.

Nous devons constater, et le travail de M. le Prof. LUZIUS WILDHABER l'explique fort bien, aux pages 356 ss de son rapport, que la Convention européenne des Droits de l'Homme a eu directement ou indirectement une influence sur le droit suisse, même avant que la Suisse y ait officiellement adhéré.

Bien sûr, ce n'est pas la Convention européenne des Droits de l'Homme qui a introduit en Suisse le suffrage féminin, mais on doit tout de même reconnaître qu'elle a certainement été un élément important qui a accéléré le processus et qui a permis d'inscrire le droit de vote des femmes dans la constitution fédérale et dans celle de presque tous les cantons.

De même, ce n'est pas la Convention européenne des Droits de l'Homme qui a fait supprimer les articles d'exception figurant dans la constitution, tout le mouvement de l'œcuménisme qui s'est accéléré après le deuxième concile du Vatican a eu certainement un rôle essentiel à ce sujet, mais la Convention européenne des Droits de l'Homme a aussi été un élément qui a accéléré le processus.

Le Professeur WILDHABER relève également une série de domaines, les rapports entre parents et enfants, le droit pénal administratif, la loi sur les stupéfiants, l'internement administratif, le droit pénal militaire, le droit d'asile, la loi sur les étrangers dans lesquels la Convention a eu un rôle important dans des modifications législatives adoptées par les Chambres fédérales, ou en voie de discussion devant elles.

J'en viens à ma question qui est la suivante: nous pourrions penser que maintenant, grâce à ces modifications constitutionnelles et législatives, nous sommes en ordre vis-à-vis de la Convention des Droits de l'Homme et je pose la question: est-ce qu'actuellement encore, de manière directe ou indirecte, par un rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme, par une décision de la Cour européenne, ou à la suite d'un rapport demandé par le Secrétaire général selon l'art. 57 de la Convention, on pourrait insister auprès de la Suisse pour qu'elle adopte de nouvelles modifications constitutionnelles ou législatives, ou qu'elle légifère dans un nouveau domaine?

Je voudrais illustrer cette question générale par un cas particulier qui m'a préoccupé comme membre de la Commission de contrôle de l'informatique genevoise, commission instituée par une loi de 1977. L'art. 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme prévoit que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Comme vous le savez, nous n'avons pas en Suisse de législation concernant la protection de la vie privée en face des renseignements collectés sur des ordinateurs.

Disons que nous n'avons pas de législation fédérale, certains cantons, comme le Canton de Genève, ont légiféré au sujet de la protection de la vie privée à l'égard de l'informatique de l'état. Si je suis bien renseigné, la Confédération prépare également des dispositions à ce sujet pour les ordinateurs dépendant de la Confédération.

Cependant, divers travaux sont en cours à ce sujet, diverses publications ont paru, je pense notamment aux études du Professeur FORSTMOSER de Zurich, aux travaux en vue de la révision des art. 28 du CCS et 49 du CO. La question plus précise que je pose est celle-ci, comme illustration de la question plus générale énoncée plus haut:

Est-ce que la Commission pourrait, si elle était saisie d'une plainte d'un citoyen qui estime que les secrets de sa vie privée ont été violés par la diffusion de renseignements collectés sur des ordinateurs, obliger, en quelque sorte, la Suisse à légiférer sur ce sujet ou insister auprès d'elle pour qu'elle légifère?

Pour résumer ma question, je puis dire; nous avons pu constater jusqu'au présent un effet indirect de la Convention qui nous a amenés à adapter notre législation. Pourrions-nous, maintenant que nous avons adhéré à la Convention, voir un effet direct de celle-ci qui nous amènerait à créer une législation qui n'existerait pas encore?

MIRKO Ros, lic.iur., Zürich:

Nehmen wir an, das Bundesgericht bezeichnet eine Bestimmung der EMRK als nicht unmittelbar anwendbar, als nicht self-executing. Wären nun die Straßburger Organe zuständig, sich über diese Frage der innerstaatlichen Anwendbarkeit zu äußern, und ist dies im Zusammenhang mit anderen Ländern schon geschehen?

Prof. LUZIUS WLDHABER, Berichterstatter deutscher Sprache (Schlußvotum):

Zu den Interventionen von Herrn HAURI und Herrn PICOT:

Die Konvention hat nicht gefordert, daß die Schweiz genau und spezifisch diese Art der neuen Gesetzgebung in dieser Form erlassen muß. Es hätten sich auch andere Formen denken lassen, beispielsweise ein Verfahren eines Strafbefehls mit der Möglichkeit, den Härten, die Herr HAURI zutreffenderweise geschildert hat, etwas aus dem Weg zu gehen.

Wieweit kann man die Schweiz zu neuer Gesetzgebung verpflichten auf Grund von Entscheiden der Kommission, des Gerichtshofes oder auf Grund von Reaktionen auf Berichte nach Art. 57 der Konvention? In solchen Fällen ist die Schweiz nicht zu einer spezifischen Form der Reaktion verpflichtet. Sie ist jedoch verpflichtet, die Entscheide des Gerichtshofes sowie des Ministerkomitees in einer Art und Weise zu vollziehen, die den Feststellungen der Konventionsverletzungen gerecht wird, die uns aber zugleich einen gewissen Spielraum der Reaktion auf diese Entscheide gestattet.

Wenn die Frage gestellt ist nach dem Schutz der Privatsphäre gegen Datenmißbrauch, so kann man praktisch nur auf einen Präzedenzfall hinweisen, und zwar auf den Entscheid des Gerichtshofes in Sachen *Klass* zum deutschen Abhörgesetz und daraus Schlüsse ziehen. Es lassen sich jedoch nicht unbedingt so präzise Schlüsse ziehen, daß man die Fragen von Herrn PICOT mit Gewißheit vorwegnehmen könnte. Man kann sagen, daß er zum Teil die Drittirkungsproblematik aufgeworfen hat, wenn es darum geht, daß der Schutz der Privatsphäre gegen andere Privatpersonen geschützt werden müßte. Dagegen ist keine Beschwerde möglich, eine Individualbeschwerde muß stets geltend machen, daß der Vertragsstaat Konventionsgarantien verletzt habe. Man kann allenfalls argumentieren, daß die Folgerung zu-

lässig und richtig wäre, daß in gewissen Bereichen die Staaten verpflichtet seien, einen Drittirkungseffekt in ihrem Landesrecht herzustellen. Eine Individualbeschwerde ist wegen Verletzungen durch Privatpersonen als solche nicht möglich. Wenn die Privatsphäre gefährdet würde durch Informationen, die vom Staat ausgegeben würden, dann ist die übliche Konventionsproblematik gegeben, und wenn es zu einem Entscheid käme, hätten wir gegebenenfalls darauf zu reagieren.

Die Länge des Verfahrens in Straßburg hat ihre Nachteile. Man fragt sich manchmal, ob das Verfahren selbst die Garantie des einigermaßen speditiven Verfahrens und des Beschleunigungsgebots enthält, aber sie hat auch Vorteile insofern als wenn die Schweiz auf Entwicklungen, die sich in Straßburger Verfahren abzeichnen, zu reagieren hätte, es ihr zeitlich sehr wohl möglich wäre, in einem normalen Verfahren und nicht in einem dringlichen ihre Gesetzgebung zu ändern. Diese Art der Reaktion würde sicher nachher von den Straßburger Organen honoriert ohne Feststellung einer Konventionsverletzung.

M. JEAN RAYMOND, rapporteur de langue française (Intervention finale):

Je tiens à apporter les réponses suivantes. Avec M. l'Ambassadeur WACKER je souhaite que la question de devoir renvoyer les affaires au Comité des Ministres, tout simplement parce que l'Etat intéressé n'a pas accepté la juridiction de la Cour, soit une question qui disparaîsse, c'est-à-dire que les Etats ratifient tous la juridiction de la Cour, de façon à ce que ce critère là soit au moins éliminé.

Je ne suis pas sûr qu'il soit facile de classer les affaires entre affaires politiques et affaires non politiques. Finalement les organes de la Convention des Droits de l'Homme n'ont pas pour objet de régler des différents politiques. Ils ont pour objet de dire si dans une certaine situation les Droits de l'Homme ont été violés, et cette situation peut s'inscrire dans un contexte politique ou bien ne pas du tout s'inscrire dans un contexte politique. Mais finalement cette alternative a ses avantages. Il est assez amusant de constater que ce qui maintenant apparaît comme une institution parfaitement bien conçue, c'est-à-dire cette possibilité de s'adresser soit au Comité des Ministres soit à la Cour suivant les cas, est l'effet d'un accident parce que ce n'est pas du tout le résultat d'une volonté, c'est simplement le fait qu'à l'époque où

la Convention a été conclue, il ne s'est pas trouvé l'unanimité des Etats pour accepter une Cour internationale, et qu'il fallait bien trouver une porte de sortie.

En ce qui concerne le reproche ou la critique faite par M. HAURI sur le danger d'une incertitude de droit – M. HAURI a cité l'évolution apparente de la jurisprudence des organes de Strasbourg, en ce qui concerne la notion de faute ou d'acte disciplinaire – je crois qu'il faut rappeler que saisie de requêtes individuelles, la Commission, la Cour et le Comité des Ministres ne se livrent jamais à un examen abstrait, à un examen d'une notion ou d'une norme – il n'y a pas de «Normenkontrolle» –, lorsqu'il s'agit de requêtes individuelles. Alors que dans certains cas on ait dit que cette affaire disciplinaire échappait à l'application de l'art. 6, il n'est pas exclu que d'autres affaires disciplinaires ou qualifiées disciplinaires rentrent dans le champ d'application de l'art. 6. En définitive, il ne s'agit pas de savoir ce qu'on appelle une affaire disciplinaire. A cet égard et depuis qu'ils existent, les organes de Strasbourg ont refusé de se référer purement et simplement au concept du droit national. Je vous donne l'exemple suivant: Dans une affaire britannique qualifiée au Royaume-Uni de disciplinaire, justement par voie disciplinaire un condamné s'est vu retiré 605 jours de possibilité de libération conditionnelle, les organes de Strasbourg ont cependant mis en question le fait qu'une sanction de cette importance soit considérée comme disciplinaire. On ne peut pas éviter, lorsqu'on a affaire à des notions aussi vagues et aussi abstraites une dose d'incertitude si on se base trop sur les mots.

Finalement je réponds encore brièvement à M. Ros. Non, l'art. 45 de la Convention ne permet pas aux organes de la Convention de dire si une disposition du traité est ou n'est pas directement applicable en droit international. Cette question relève uniquement du droit national.

Le Prof. JOLIDON remercie tous les membres présents d'avoir suivi les débats et particulièrement les deux rapporteurs.



Der Präsident dankt allen Votanten und den Berichterstattern, den Teilnehmern der Tagung für ihr Erscheinen und den Organisatoren für ihre vorzügliche Betreuung. Er erklärt um 12.00 Uhr den Schweizerischen Juristentag 1979 als geschlossen.

**Verzeichnis der Diskussionsredner / Liste des participants aux débats**

(Erfaßt sind nur diejenigen Voten, die zu den Tagesthemen abgegeben worden sind.)

Friedrich, H.-P., Basel, S. 519

Furgler, K., Bern, S. 525

Gygi, F., Bern, S. 491

Haefliger, A., Lausanne, S. 548

Hauri, K., Bern, S. 557

Hausheer, H., Bern, S. 523

Hotz, R., Gümligen, S. 508

Matile, J., Lausanne, S. 507

Michon, F., Lausanne, S. 522

Picot, F., Genf, S. 559

Pidoux, Ph., Lausanne, S. 515

Raymond, J., Strasbourg, S. 539, 563

Ros, M., Zürich, S. 562

Voyame, J., Bern, S. 553

Wacker, A., Strasbourg, S. 550

Wildhaber, L., Basel, S. 534, 562