Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 116 (1997)

Rubrik: Procès-verbal de la 131e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes = Protokoll der 131. Jahresversammllung 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: 13.12.2025

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

Procès-verbal de la 131e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

du 26–27 septembre 1997 à Lugano

Protokoll der 131. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

vom 26.-27. September 1997 in Lugano

Séance du vendredi 26 septembre 1997, Palazzo dei congressi, Lugano

Président / Präsident
ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Secrétaires / Sekretären
STEFAN EBERHARD, *licencié en droit, assistant au Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne*

EDGAR PHILIPPIN, *licencié en droit, assistant au Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne*

I. Assemblée générale de la Société suisse des juristes (1re partie) Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins (1. Teil)

Le Président ouvre la séance à 14 h 00 par la déclaration suivante:

È con piacere particolare che la società svizzera dei giuristi giunge per la sesta volta in Ticino, dove ha già tenuto il proprio congresso annuale a 5 riprese: nel 1887 a Bellinzona, nel 1927 a Lugano, nel 1941 a Locarno, nel 1960 a Lugano e nel 1974 a Locarno. Non enumererò qui tutti i temi trattati né il nome di tutti i relatori, ma vi si trova tutto il gotha dei giuristi svizzeri. Due sono le ragioni principali che ci inducono a tornare regolarmente in Ticino: l'apporto dei giuristi ticinesi allo sviluppo del diritto in Svizzera e la loro accoglienza calorosa.

Wir sind glücklich, diesen Kongress gemeinsam mit der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter durchführen zu dürfen. Die Thematik der vorsorglichen Massnahmen, welche für die Richter von grosser Bedeutung ist, bietet eine günstige Gelegenheit für eine Annäherung. Wir hoffen, dass die Richterinnen und Richter Interesse und Vergnügen finden an den Diskussionen, die sie mit ihrer Erfahrung sicherlich bereichern werden.

Nos invités seront tout particulièrement salués ce soir, lors du banquet officiel. Permettez-moi simplement de dire déjà nos remerciements à M. le Président de la Confédération ARNOLD KOLLER, qui assistera à une partie de nos travaux, ainsi qu'aux autorités cantonales et communales, qui nous accueillent généreusement. Nous sommes honorés de la présence de M. PETER ALEXANDER MÜLLER, Président du Tribunal fédéral et de Mme URSULA WIDMER, Présidente du Tribunal fédéral des assurances. M. KASPAR SCHILLER, Président de la Fédération suisse des avocat,s est également présent, de même que les présidents des Juristentage allemand et autrichien, MM. RABE et BENN-IBLER. Saluons le travail du Comité d'organisation, avec à sa tête Me MARIO POSTIZZI. De nombreuses personnalités ont accepté d'animer les groupes de travail et nous nous réjouissons de tirer parti de leurs

compétences. Enfin et surtout, ce congrès n'aurait pas sa raison d'être sans les remarquables rapports de Mme ISABELLE HÄNER et MM. STEPHEN BERTI, BERTRAND REEB et GERARD PIQUEREZ, avec encore une contribution de M. MICHELE RUSCA. L'effort considérable que constitue la présentation d'un rapport est une marque de dévouement profitable à tous les juristes suisses.

Ordre du jour
1.Rapport du Président
2.Remise du Prix Vontobel et du Prix Janggen
3.Initiative pour assurer la fonction sociale de la journée des juristes suisses

Traktanden
1.Bericht des Präsidenten
2.Verleihung des «Vontobel»- und «Janggen»- Preises
3.Initiative zur Sicherung der sozialen Funktion des Juristentags

1. Rapport du Président pour la période allant du 1er avril 1996 au 30 juin 1997

1. Activité générale

Les 7 et 8 juin 1996, nous avons tenu notre congrès annuel à Lausanne, en commun avec la Fédération suisse des avocats. Cette manifestation a connu un succès réjouissant. On peut donc se demander si cette formule ne mériterait pas d'être reconduite à l'occasion, peut-être même avec l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire, qui se joint à nous pour le congrès que nous allons vivre à Lugano. Nous nous réjouissons de toute façon de ces liens entre juristes de diverses professions. A Lausanne, nous avons discuté sur les rapports de Me MICHAEL PFEIFER et de Me DOMINIQUE DREYER, qui ont traité de «L'avocat dans la société actuelle». Les rapports de Mme MARGARETA BADDELEY et de Me STEFAN NETZLE sur le thème du «Sportif, sujet ou objet?» ont été développés dans le cadre fort approprié du Musée Olympique. L'apport des spécialistes qui ont participé à la table ronde a été tout spécialement apprécié.

Du point de vue de notre organisation, le Secrétaire administratif, M. JEAN-WERNER SIGNER, en fonction depuis 1980, nous quitte. Nous saisissons cette occasion pour le remercier de son travail efficace, qui a contribué à la bonne marche de notre société. Nous souhaitons également la bienvenue à son successeur, Me FRED WAGNER, avocat à Bâle, qui reprendra le flambeau au début de l'année prochaine. Le rôle du Secrétaire administratif devra du reste être réexaminé, pour l'adapter aux besoins de notre activité.

2. Congrès futurs

Pour le 150e anniversaire de la Constitution fédérale de 1848, nous avons choisi comme thème de notre congrès de Soleure, les 25 et 26 septembre 1998, les buts et tâches de la Confédération. Les divers aspects de ce thème seront précisés dans les rapports de Mme REGULA KÄGI-DIENER, privat-docent, de MM. les professeurs GIORGIO MALINVERNI, PAUL RICHLI, PHILIPPE MASTRONARDI et de M. VICTOR MONNIER, maître-assistant.

En 1999, nous tiendrons notre congrès pour la première fois dans le canton du Jura, à Delémont, dans le courant du mois de septembre, à une date qui sera précisée ultérieurement. MM. les professeurs PIERRE TSCHANNEN et PASCAL MAHON traiteront le sujet: «Publicité, information et propagande par les autorités», alors que les professeurs IVAN CHERPILLOD et ROLF H. WEBER se consacreront au problème: «Information et protection des intérêts personnels en droit privé».

3. Participation à diverses organisations

Nous avons des délégués et sommes associés à l'activité de diverses organisations:

Académie suisse des sciences humaines et sociales
(le Président et Me ANDREAS GIRSBERGER).

L'Académie déploie une activité intense pour promouvoir la recherche scientifique en Suisse et assurer une collaboration interdisciplinaire. Notre délégué n'est autre que notre ancien Président, Me ANDREAS GIRSBERGER, qui a fait preuve d'un engagement remarquable. Il participera en particulier activement au séminaire d'une semaine organisé par cette institution sur la révision de la Constitution fédérale, du 29 septembre au 3 octobre 1997. Travaillant en relation avec le Département fédéral de l'intérieur, l'Académie s'occupe en outre de questions aussi diverses qu'une participation à la Foire aux livres 1998 de Francfort ou à l'Exposition nationale 2001. Nous remercions Me GIRSBERGER de faire entendre la voix des juristes dans ce cénacle. Il a fait part de son désir de se retirer de cette activité prenante, à laquelle il a consacré plusieurs années. Nous espérons lui trouver bientôt un successeur.

Fonds national suisse de la recherche scientifique (M. le juge fédéral HANS PETER WALTER, suppléante Me SALOME PARAVICINI).

Notre délégué, M. le juge fédéral HANS PETER WALTER, est premier Vice-président du Conseil de fondation et, comme tel, engagé dans plusieurs commissions du Fonds national. Le Conseil de fondation s'est de nouveau concentré sur l'obtention des moyens nécessaires à la recherche scientifique

et sur leur répartition équitable. Dans un contexte où la Suisse est menacée d'isolement, les contacts avec «Bruxelles» et les Pays de l'Est ont été encouragés.

La science juridique a bénéficié de subsides pour 1,8 million (5% du montant total des aides); 21 demandes ont pu être satisfaites. Les requêtes des juristes ont été examinées par le professeur THOMAS COTTIER de Berne (qui a remplacé le professeur ERNST A. KRAMER de Bâle).

Institut de droit comparé
(M. le Président du Tribunal fédéral PETER ALEXANDER MÜLLER).

Le Conseil fédéral a nommé le conseil de l'Institut pour la période 1997–2000. On trouve donc parmi les membres du conseil de l'Institut M. le Président MÜLLER, que nous avions proposé. Le conseil s'est notamment préoccupé des effets du New public management sur l'Institut, la répartition des activités entre recherches et avis de droit, les développements de l'informatique. Une convention a été passée avec la Fondation Jean Monnet, selon laquelle l'Institut fonctionne comme organisme dépositaire du Centre de documentation européen de la Fondation.

En 1996, les demandes d'avis de droit provenaient notamment des avocats pour 48% et des collectivités publiques pour 47% (cantons 25%, Confédération 22%). Deux tiers de ces avis concernaient le droit privé (dont 37% pour le droit de famille). Deux tiers des rapports se rapportaient aux pays européens (Italie en tête) et un tiers au reste du monde.

4. Rapports avec des associations de juristes à l'étranger

M. le Professeur HANS-JÜRGEN RABE, Président du Deutscher Juristentag a lancé l'idée d'un congrès tenu en commun par les associations d'Allemagne, d'Autriche et de Suisse, qui entretiennent déjà des liens amicaux. L'idée ne serait du reste pas de se confiner à un espace germanophone mais de jeter les bases d'une collaboration entre les groupements de juristes qui, en Europe, poursuivent des buts analogues aux nôtres. Notre Comité a montré de l'intérêt pour une initiative qui a le grand mérite de rappeler aux juristes suisses qu'ils ne devraient pas s'isoler de l'Europe. Une formule devrait toutefois être trouvée pour ne pas se limiter, même initialement, aux juristes de langue allemande, afin que nos membres latins ne se sentent pas quelque peu mis à l'écart par une telle initiative.

Les liens entre nos associations sont illustrés par la présence à nos congrès de représentants des Juristentage allemand et autrichien, dont nous apprécions grandement la venue. De son côté, notre société a été représentée par son président au congrès des juristes autrichiens, qui s'est tenu à Salzbourg du 9 au 12 septembre 1997.

5. Prix Vontobel et prix Janggen

En 1996, le prix Vontobel a été attribué à Mme VERENA BRÄM pour son apport au droit de la famille. Cette année, ce prix, qui récompense l'oeuvre d'un praticien, ira à M. MARC-ANTOINE SCHAUB pour ses travaux sur le registre du commerce. Nos remerciements pour ce prix justement apprécié vont à la Familien-Vontobel-Stiftung.

Un legs fait en 1945 par le Dr ARNOLD JANGGEN, avocat à St-Gall, a permis de remettre durant des années le prix qui porte son nom aux auteurs de thèses de haut niveau scientifique. Le montant disponible étant presque épuisé, ce prix n'a pas été distribué durant plusieurs années et, avant de dissoudre le fonds, nous allouons le prix Janggen une dernière fois en 1997 à Mme BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER pour sa thèse «Das Stiefkind (insbesondere das «child of the marriage») im schweizerischen und im kanadischen Familienrecht».

6. Membres décédés

Comme chaque année, nous regrettons le décès de plusieurs membres qui ont honoré notre société par leur activité de juriste. Nous en donnons la liste plus loin.

7. En guise de conclusion

Arrivé au terme de mon mandat, je tiens à remercier tous ceux qui m'ont appuyé et, en tout premier lieu, les membres du Comité.

Il m'apparaît que, fidèle à sa mission, notre société maintient avec constance, année après année, un travail scientifique de qualité. Il est particulièrement réjouissant de constater que nous pouvons compter sur des hommes et des femmes prêts à se dévouer et à assumer la charge que représentent l'élaboration et la rédaction d'un rapport. L'aide ne nous manque pas non plus de la part des comités locaux, qui assurent le bon déroulement de nos congrès. L'intérêt porté à notre société se manifeste également par la remise de recueils de Mélanges, hautement appréciés, et pas seulement dans les cantons abritant une Faculté de droit, comme en témoigne le magnifique recueil qui nous est offert à Lugano.

Certes, la forme de nos congrès mérite d'être constamment adaptée, qu'il s'agisse de la partie scientifique ou de l'aspect social et récréatif. Vous avez du reste déjà pu noter certains changements. Toutefois, un nouvel élan est nécessaire, car nous constatons une certaine érosion du nombre de nos membres. Ce sera à cette modernisation que le nouveau Comité qui va être élu devra tout spécialement s'attacher.

Mutations

Nouveaux membres (état: juin 1997)

Zürich

BARTA BARBARA, Lic. iur., Rechtsanwältin, Zürich
CAPUTO ENZO, Lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich
CATTANEO DANIELE, Lic. iur. und Lic. phil., Zürich
CAVIEZEL IVO, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
CEREGHETTI MARCO, Dr. iur., Rechtsanwalt, Unterengstringen
FRÜH VERA, Lic. iur., Juristin, Zürich
GASSMANN RICHARD, Lic. iur., Zürich
GROB ERWIN, Lic. iur., Rechtsanwalt, Hombrechtikon
KAUFMANN KORNELIA, Lic. iur., Juristin, Birmensdorf
KELLER HELEN, Dr. iur., LL.M., Zürich
PAGNAMENTA DANIEL ANDRÉ, Lic. iur., Rechtsanwalt, Zumikon
STEINEBRUNNER CLAUDIA, Lic. iur., Rechtsanwältin, Zürich
STOSBERG MARTIN, Lic. iur., Rechtsanwalt, Regensdorf
ZIEGLER ANDREAS R., Dr. rel. publ. und lic. iur., Steg im Tösstal

Bern

ANDENMATTEN NATHALIE, Lic. iur., Praktikantin, Lyss
CONTI CHRISTIAN, Fürsprecher, Bern
FELDMANN HANS, Fürsprecher, Gümligen
JEANNERET KARIN, Fürsprecherin, Biel/Bienne
KRATTINGER HUBERT, Fürsprecher, Lengnau
MATTHEY NINA, Lic. iur., Advokatin, Bern
POHL CHRISTINE, Fürsprecherin, Bern
ROSSMANITH XAVIER, Stud. iur., Bern
SCHEUNER PIERRE-ANDRÉ, Fürsprecher, Bern
STEINEMANN URS, Lic. iur., Jurist, Iffwil
STEINER BETTINA, Notarin, Thun
WAGNER MANFRED, Lic. iur., Rechtsanwalt, Bern
ZÖLCH FRANZ A., Lic. iur., Lektor, Bern

Schaffhausen

GEPPERT URS, Lic. iur., Schaffhausen

Basel-Stadt

BÜHLER CHRISTOPH, Lic. iur., Dissertant, Basel
MOERLEN JEAN-PIERRE, Lic. iur., Basel
RENZ FRIEDEMANN, Lic. iur., Rechtsanwalt, Basel
THOMANN MARTIN, Lic. iur., Jurist, Basel

Basel-Landschaft

GRAF THOMAS, Lic. iur., Assistent, Bottmingen

St. Gallen

BLAESI CHRISTOPH, Lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen

Aargau

GRAF SIBYLLE, Stud. iur., Boswil
KILIAN-HOCHULI ELISABETH, Lic. iur., Baden
LIENHARD URS, Lic. iur., Fürsprecher, Aarau

Glaris

HEFTI ANDREAS, Lic. iur., Kantonsgerichtspräsident, Luchsingen

Luzern

HARRY GIAN, Lic. iur., Luzern
MAEDER SIMON, Lic. iur., Gerichtsschreiber, Ebikon

Ticino

ALLIDI RACHELE, lic. in diritto, giurista, Ascona
BRICCOLA CARLO, lic. in diritto, avvocato, Locarno
JORIO NICOLA, lic. in diritto, Bellinzona
NICOLI FABIO, lic. in diritto, avvocato, Massagno
ROMANZINI THIERRY, lic. in diritto, avvocato, Massagno
SOLARI FILIPPO, avvocato e notaio, Lugano
TRISCONI LUCA, lic. in diritto, avvocato e notaio, Iragna

Vaud

AMY THIERRY, lic. en droit, assistant, Lausanne
BAUMANN PIERRE-YVES, lic. en droit, assistant, Blonay
BETTSCHART SEBASTIEN, lic. en droit, doctorant, Lausanne
BRANDT PIERRE-YVES, lic. en droit, juriste, Pully
CARRERA LUCIE, lic. en droit, Lausanne
CIOCCA PHILIPPE, Dr en droit, stagiaire, Lausanne
COTTIER ERIC, lic. en droit, prés. trib., Lausanne
COTTIER GABRIEL, lic. en droit, juriste, Lausanne
DUC NICOLAS, lic. en droit, doctorant, Villars-sur-Ollon
DUCRET STEPHANE, étud. en droit, Lausanne
EBERHARD STEFAN, lic. en droit, juriste, Lausanne
EGGER GWENDOLINE, lic. en droit, assistante, Lausanne
GIMELFARB LEONOR, étud. en droit, Lausanne
HAERRY MATTHIAS, Dr en droit, avocat, Lausanne
IYNEDJIAN NICOLAS, lic. en droit, assistant, Lausanne
JOYE CHARLES, lic. en droit, assistant, Vevey
KOCH LUQUE ANABELLE, lic. en droit, av.-stagiaire, Pully
LUCIANI PIERRE-XAVIER, lic. en droit, assistant, Prilly
PFISTERER LUKAS, étud. en droit, Lausanne
PHILIPPIN EDGAR, lic. en droit, assistant, Bussigny
POLTIER ETIENNE, Dr en droit, juge administr., Lausanne
REEB MATTHIEU, lic. en droit, avocat, Morges
RIEBEN LAURENT, lic. en droit, assistant, Pully
SCHAER CYRIL, étud. en droit, Le Mont-sur-Lausanne
SCHULZE GOETZ, assistant, Lausanne
SCHWEINGRUBER CATHERINE, étud. en droit, Renens
SINGUERIDIS CHRISTOS, étud. en droit, Lausanne
URECH NICOLAS, avocat-stagiaire, Lausanne

Fribourg

BONFILS JACQUES, lic. en droit, avocat, Bulle
DELABAYS JEROME, avocat, Fribourg
GAPANY PIERRE-HENRI, lic. en droit, avocat, Fribourg
LAURENCET VERONIQUE, lic. en droit, av. stagiaire, Fribourg
SANCHEZ ROSARIO, lic. en droit, avocat., Fribourg

Neuchâtel

BLATTER PATRICK, lic. en droit, assistant, Neuchâtel
LEUBA AUDREY, Dr en droit, avocate, Neuchâtel
MAYOR AUBERT CLAIRE-LISE, lic. en droit, avocate, Neuchâtel
SCYBOZ ARABELLE, lic. en droit, av.-stagiaire, Neuchâtel

Genève

BOEGLIN MARCUS, Dr en droit, avocat, Genève
BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE, lic. en droit, avocate, Veyrier
COTTIER JACQUES, lic. en droit, avocat, Genève
FOGLIA FRANCO, lic. en droit, avocat, Genève
GUEX SEVERINE, lic. en droit, av.-stagiaire, Versoix
LE HOUELLEUR PATRICE, lic. en droit, avocat, Genève
MARCONI LAURENT, lic. en droit, avocat, Bernex
POULIQUEN ANTJE, lic. en droit, av.-stagiaire, Genève
TERRIER JULIEN, lic. en droit, av.-stagiaire, Genève

Valais

MEILLAND F., Greffier du Tribunal, Sierre

Membres décédés (état: juin 1997)

Date d'entrée dans la SSJ

1951 BERCLAZ PAUL-ALBERT, avocat-notaire, Sierre
1969 BERSIER ROLAND, Dr en droit, Lausanne
1973 BRAUCHLI-NICKLOVA BENNO, Dr. iur., Seltisberg
1973 DE CAPITANI PETER, Dr., Rechtskonsulent, Zürich
1969 DE MESTRAL CHR., avocat, Aubonne
1948 DE RHAM ETIENNE, Dr en droit, Vésenaz
1981 FISCH GUIDO, Wirtschaftsjurist, Wittenbach
1948 FRIEDRICH H.P., Prof., Dr., Advokat und Notar, Basel
1955 GIOVANNINI ALFREDO, avvocato e notaio, Biasca
1953 GLATTFELDER HANS, Dr., Oberrichter, Zürich
1967 GUGLIELMETTI SERGIO, dott. in legge, Mendrisio
1971 HIRSCH FRANÇOISE, avocate, Genève
1936 JEGER FRANZ JOSEF, Dr. iur., Reg.-Rat, Solothurn
1956 JUNG CLAUDE, Dr en droit, Lausanne
1944 MEYER-FRÖHLICH HANS, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1968 NEBEL ETIENNE, lic. en droit, Collex
1974 NICOLIER BERNHARD, Rechtsanwalt, Zürich
1945 PERRIN RENÉ, Dr en droit, juge fédéral, Lausanne
1965 REVACLIER JACQUES, avocat, Genève
1939 SCHWYZER ALFRED E., Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich
1949 STAEHELIN WILLY, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1941 VAN DEN BERGH-LEWIN, Dr. iur., Fürsprecher, Nussbaumen bei B
1981 VON SPEYR ANDREAS, Lic. iur., Hergiswil
1980 WERNLI JEAN-LOUIS, Notaire, Delémont

Démissions (état: juin 1997)

Date d'entrée dans la SSJ

1970 ACHERMANN EDUARD, Fürsprecher, Bätterkinden
1971 AKERET ROBERT, Bezirksanwalt, Bülach
1993 ANDEREGG KARIN, Lic. iur., LL.M., Seegräben
1953 AUER JOACHIM, Dr. iur., Rechtsanwalt, Herisau
1960 BACHER RENÉ, Dr. iur., Binningen
1987 BADER MARIANNE, Lic. iur., Glarus
1979 BÄR JAKOB, Dr., Rechtsanwalt, Kilchberg
1981 BARATH LUDWIG, Dr. iur., Zürich

1981 BARRAS RAPHAEL, Brigadier, Fribourg
1981 BAUMGARTNER BRIGITTE, Stud. iur., Binningen
1981 BELSER URS, Fürsprecher, Lüterswil
1970 BENER-WITTWER LISA, Dr., Rechtsanwältin, Chur
1989 BERNEY-MANDOLFIA MARINA, Assistante, Genève
1981 BERTHEAU THEO, Dr. iur., Zürich
1967 BEZZOLA FAUSTO, avvocato et notaio, Bellinzona
1969 BLATTER ANTON, Fürsprecher, Bern
1961 BLOCH ROLAND, avocat, Biel/Bienne
1988 BRAZEROL RENÉ, Fürsprecher, Herrenschwanden
1947 BRETSCHER JAKOB, Dr. iur., Rechtsanwalt, Winterthur
1970 BRUCHEZ JEAN-LOUIS, avocat, notaire, Martigny
1984 BRUTTIN PIERRE, lic. en droit, Pully
1989 BUCHMANN ERIC, notaire, Romont
1962 BURKHARD HEIDI ELISABETH, Dr. iur., Winterthur
1980 CEPPI CHARLES, juge cantonal, Delémont
1960 CHRISTEN FRITZ, Notar und Gemeindeschreiber, Rohrbach
1968 CLAUDE EMMANUEL, juriste, Versoix
1979 COMBE JEAN-ERIC, avocat, Genève
1990 CORNU-MZOCZEK PIERRINE, lic. en droit, juriste, Vevey
1979 DE HALLER THIERRY, Dr en droit, avocat, Lausanne
1965 DE ROUGEMONT YVES, Dr en droit, juge cantonal, Areuse
1979 DE SIEBENTHAL BRUNO, lic. en droit, Chavornay
1976 DE SENARCLENS CHRISTIANE, avocate, Genève
1960 DE WECK ROMAIN, avocat, Fribourg
1990 DEBONNEVILLE DORIS, étud. en droit, Gimel
1956 DECOMBAZ MARIUS, notaire, Vevey
1990 DETTWILER RODOLPHE, Lic. iur., St. Josefen
1959 DOSWALD HEINZ, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1990 ENGEL VON GUNTEN VERONIQUE, avocate, Genève
1987 ENGEL-PIGNOLO KAETHI, Lic. iur., Bern
1963 ENGLERT CHRISTIAN, Dr. iur., Advokat, Bottmingen
1953 ESCHER ANDREAS, Dr., Fürsprecher, Basel
1966 FANKHAUSER HANS, Notar, Herzogenbuchsee
1982 FERRARI ALBERTO, Dr., Rechtskonsulent, Zürich
1969 FERRERO PIERRE, lic. en droit, Genève
1969 FISCHER-BRUDER HANS, Dr., Fürsprecher, Uerikon
1966 FLEISCH-ZEHNDER EDITH, Fürsprecherin, Mammern
1970 FLUBACHER MARKUS, Dr., Advokat, Binningen
1982 FRIEDRICH URBAN, Lic. iur., Birwinken
1972 FRORIEP WOLFGANG, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1953 GEIGER WILLI, Prof., Dr., St. Gallen

1978 GENDRE FRANÇOIS, Vize-Direktor, eidg. Steuerverw., Villarsel-sur-Marly
1974 GERBER PETER, Rechtsanwalt, Luzern
1983 GHELEW ANDRÉ, juge trib. cant., Lausanne
1984 GIROUD JACQUES, avocat trib. administratif, Lausanne
1986 GIRSBERGER ESTHER, Dr. iur., Zürich
1971 GRAF URS, avocat, Zollikofen
1975 GRAND NICOLAS, avocat et notaire, Romont
1990 GRETER JÖRG, Stud. iur, Luzern
1961 GSTREIN HANS, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1963 HAAB H. ROBERT, Dr. iur., Basel
1993 HAEUSLER TOM, Lic. iur., Advokat, Basel
1989 HÄFELI CARLO, Lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich
1984 HAUSER BEDA, Dr., Rechtsanwalt und Notar, Baden
1966 HAUSER HANS-PETER, Dr. iur., Basel
1987 HENGGE DOROTHEA, Lic. iur., Basel
1990 HESSLER PIERRE, Scarsdale, N.Y., USA
1992 HILDEBRAND ANDREAS, Lic. iur., Eggersriet
1977 HODEL A., Dr. iur., Zürich
1989 HOMBERGER THOMAS, Dr. iur., Basel
1969 HUWYLER FRIEDRICH, Dr., Rechtsanwalt, Schwyz
1990 IADEMARCO JOHNNY, Lic. iur., Jurist, Zürich
1981 ISENRICH MARKUS, Lic. iur., St. Gallen
1981 ISLER RAINER, Dr., Rechtsanwalt, Teufen
1986 ITEN PETER A., Rechtsanwalt und Notar, Zug
1960 JAGMETTI RICCARDO LUIGI, Prof., Dr. iur., Zürich
1989 JAIZA MARCO, Lic. iur., Murten
1958 JATON MICHEL, Dr en droit, juge, Lausanne
1953 JEANRENAUD RENÉ, avocat, Genève
1963 JENNY HANS MARTIN, Dr., Advokat und Notar, Basel
1983 JOURNOT PIERRE, trib. administratif, Lausanne
1980 JUNG BEAT, Rechtsanwalt, Villars-sur-Glâne
1968 JUNOD BLAISE, Dr en droit, avocat, Cernier
1981 KIENER NELLEN MARGARETA, Fürsprecherin, Bolligen
1989 KNECHT PETER, Lic. iur., Riehen
1980 KNOBEL PETER, Jurist, Löhningen
1975 KOTTUSCH PETER, Dr. iur., Zürich
1954 KUNDERT HEINZ, Dr., Rechtsanwalt, Winterthur
1980 LACHAT FRANÇOIS, Conseiller d'Etat, Delémont
1976 LACHAT PIERRE, Delémont
1995 LAMBERTI FOSCA, lic. in diritto, Gorduno
1982 LANZI MARCO G.F., Dr., Rechtsanwalt, Weisslingen

1973 LENDI-BRAEKER MARTIN, Prof., Dr., Küsnacht
1994 LEUENBERGER PASCALE, Lic. iur., Advokatin, Riehen
1982 LIVET MICHELLE, lic. en droit, Grandson
1989 LONGCHAMP SYLVIE, lic. en droit, Cugy
1982 LORENZ MARC, lic. en droit, Neuchâtel
1980 LORETAN ROLET, lic. en droit, avocat, Fribourg
1961 LÜCHINGER HANS GEORG, Dr., Rechtsanwalt, Zürich
1961 LUDWIG MAX BEAT, Fürsprecher, Bern
1966 LUSCHER RAYMOND, avocat, Troinex
1975 MALRACHER MICHEL C., avocat, Genève
1990 MARCHETTO FABIO, lic. en droit, Lausanne
1989 MARCONATO SONIA, lic. en droit, Neuchâtel
1992 MARQUARDT AXEL, Unternehmensjurist, Uesslingen
1963 MARTIN-ACHARD DOMINIQUE, juge, Jussy
1961 MAYOR MATHIAS, avocat, Genève
1993 MEILI THOMAS, Lic. iur., Zürich
1961 MEYLAN JACQUES, avocat et notaire, Neuchâtel
1993 MEYLAN MARIE-CLAUDE, Lic. iur., Bern
1987 MOCK CLAUDIA, Lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich
1985 MÖHR CLAUDIO, Lic. iur., Zürich
1974 MOSIMANN CHRISTOPH, Dr., Verw.-Gerichtspräsident, Lampenberg
1995 MUEGGLER BEAT, Lic. iur., St. Gallen
1970 MÜLLER HANS-PETER, Dr., Rechtsanwalt, St. Gallen
1984 NIGG JOSEF, Dr., Rechtsanwalt, Sarnen
1956 OTT HANS, Gerichtspräsident, Thun
1962 PACHE PIERRE, Dr en droit, avocat, Yverdon
1967 PEDRAZZINI MASSIMO, avvocato, Magliaso
1943 PESTALOZZI ANTON, Dr. iur., Zürich
1969 PETER ANDREAS, Dr., Rechtsanwalt, Erlenbach
1939 PEYER BERNHARD, Dr. iur., Schaffhausen
1986 PFAMMATTER PETER, Stud. iur., Brig
1967 PIGUET HENRI, juriste, Corcelles
1988 QUENDOZ ROGER, Lic. iur., Schlieren
1986 REICHMUTH-ROH MARLENE, Lic. iur., Kilchberg
1948 RENFER PETER, Dr. iur., Advokat, Riehen
1979 RENNER FELIX, Dr. iur., Zug
1974 RESPINI-WETTERWALD MAYA, lic. in diritto, Massagno
1948 REYMOND JEAN-FREDERIC, avocat, Lausanne
1973 RIGOLET LOUIS, avocat, Fribourg
1986 ROGGERO-WILL GIOVANNA, lic. in diritto, Monte-Carasso
1962 RÜEGG WERNER, Dr., Rechtsanwalt, Luzern
1981 RUTISHAUSER MARTIN, Versicherungsrichter, St. Gallen

1948 RYCHNER GEORGES, avocat, Genève
1967 SALZMANN HANS, Dr., Rechtskonsulent, Zürich
1956 SATTIVA HENRI, Dr en droit, avocat, Lausanne
1983 SCHAERER THOMAS, conseiller RP, Divonne
1968 SCHNEIDER BERNHARD, Lic. en droit, juriste, Môtiers
1990 SCHOCH JOERG, Fürsprecher, Speicher
1982 SCHWARZ CHRISTOPH, Cand. iur., Zürich
1971 SIEGFRIED CURT, Dr., Rechtsanwalt, Bremgarten
1978 SOLARI FELICE, dott. in legge, Breganzona
1967 SPÄH KARL-FRANZ, Lic. iur., Adliswil
1985 STAEHLIN WALO, Fürsprecher, Oberwangen
1981 STEINER GERHARD, Lic. iur., Rapperswil
1965 STEINER HANS, Dr., Kantonsrichter, St. Gallen
1960 STETTLER MICHAEL, Fürsprecher, Salavaux
1951 STUTZ WALTER, Dr., Rechtskonsulent, Luzern
1990 TRIGO TRINDADE RITA, avocate-stagiaire, Genève
1985 TUERLER ANDRES, Lic. iur., Zürich
1976 TUOR BRUNO, Rechtsanwalt, Zürich
1964 URSPRUNG JOERG, Dr., Oberrichter, Suhr
1951 VERREY PIERRE, notaire honoraire, Corcelettes/Grandson
1972 VINCENZ-BUNDI FORTUNATO, Dr. iur., Chur
1943 VON PLANTA LOUIS, Dr. iur., Basel
1973 WALLIMANN URS, Landschreiber, Sarnen
1994 WEBER ALEX H., Lic. iur., LL.M., Zürich
1983 WENDRICH WOLFGANG, Dr. iur., Münchenbuchsee
1991 WICHT FRANÇOISE, lic. en droit, Fribourg
1992 WICKI BALTHASAR, Lic. iur., Malans
1961 WILI ALEXANDER, Dr., Rechtsanwalt, Kriens
1982 ZAHN PETER ANDREAS, Lic. iur., Advokat, Basel
1985 ZEHNDER RENÉ, étud. en droit, St-Maurice
1940 ZENDRALLI UGO, dott. in legge, avv., Roveredo
1979 ZWAHLEN PHILIPPE, notaire, Vevey

2. *Remise du Prix Vontobel et du Prix Janggen*

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Nous avons maintenant le plaisir de remettre les prix Vontobel et Janggen.

D'abord le prix Vontobel qui, grâce à la générosité de la Familien-Vontobel-Stiftung, récompense un praticien qui, à côté de son activité professionnelle, a trouvé le temps d'écrire des contributions juridiques de valeur. Aujourd'hui, nous décernons le prix Vontobel à M. MARC-ANTOINE SCHAUB,

ancien préposé au registre du commerce de Genève, qui répond parfaitement aux critères ainsi définis.

Laudatio

Membre de notre société depuis 1943, Me MARC-ANTOINE SCHAUB a exercé la fonction de Préposé au Registre du commerce de Genève de 1950 à 1982. Depuis lors, il travaille comme avocat-conseil spécialisé en droit des sociétés. De 1952 à 1997, Me SCHAUB s'est fait l'auteur de plus de 50 publications sur les sujets les plus brûlants du droit des sociétés: il a traité aussi bien du droit du registre du commerce que du droit de la révision et du droit des raisons sociales. Dans leur ensemble, ces articles constituent une oeuvre scientifique importante par son volume, mais surtout par sa qualité: fondées sur l'expérience et l'observation des situations pratiques, ses réflexions dépassent courageusement le cadre du droit positif et de la description des règles existantes pour proposer constamment des solutions nouvelles. Il a su jeter un pont entre la réflexion théorique et les enseignements de la pratique, montrant ainsi qu'il n'y a pas d'opposition véritable entre la recherche scientifique et l'application quotidienne du droit.

MARC-ANTOINE SCHAUB, *Avocat, Choulex*

C'est avec une vive surprise que j'ai appris la décision du comité de notre association de m'attribuer le prix Vontobel. Tout en étant conscient du fait que beaucoup d'autres juristes suisses mériteraient tout autant que moi de recevoir ce prix, j'accepte avec émotion et reconnaissance le grand honneur qui m'est accordé. J'adresse mes vifs remerciements à Monsieur le président pour son élogieuse appréciation de mes publications et je ne voudrais pas manquer de remercier à mon tour les représentants de la fondation de famille Vontobel d'avoir eu la générosité d'instituer ce prix.

Voulez-vous me permettre de formuler très brièvement quelques remarques ainsi qu'un voeu.

Exerçant pendant près de 33 ans la fonction de préposé au registre du commerce, je suis nécessairement devenu, au moins dans une certaine mesure, un spécialiste de la législation que j'étais chargé d'appliquer. Il était peut-être inévitable que, suivant l'exemple de FRITZ VON STEIGER, je sois tenté de publier des textes se rapportant à ce domaine.

A mon avis, un fonctionnaire est libre, en tant que citoyen, de proposer, même dans des publications, la modification ou l'abrogation de prescriptions qu'il a le devoir d'appliquer ou l'adoption de prescriptions nouvelles. En revanche, il a certainement un devoir de réserve en ce qui concerne l'interprétation et l'application des dispositions en vigueur.

Il ne serait pas convenable qu'un préposé au registre du commerce exprime publiquement une opinion contraire à la pratique qu'il est tenu de suivre en

vertu des directives reçues de l'autorité supérieure compétente. En particulier il serait inadmissible qu'il conteste et critique publiquement une décision de l'Office fédéral du registre du commerce ou du Tribunal fédéral en matière de registre du commerce ou de raisons de commerce. J'ose croire que les textes que j'ai publiés jusqu'au début de 1982 ont tenu compte de ce devoir de réserve dont je suis libéré depuis que je suis devenu, il y a 15 ans, un juriste indépendant.

J'en arrive maintenant à un voeu qui me tient à coeur. Je suis frappé de constater que la grande majorité des auteurs ne semblent pas connaître et citent rarement la législation étrangère dans le domaine du registre du commerce et dans le domaine de ce que nous appelons, en Suisse, les «raisons de commerce». A ma connaissance, il n'existe pas d'ouvrages sérieux et récents de droit comparé dans ces matières. Je souhaiterais donc que les professeurs de nos Facultés de droit incitent leurs assistants à rédiger des études de droit comparé, sans oublier l'existence, à Lausanne, d'un Institut de droit comparé.

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Durant des années, nous avons décerné le prix Janggen, qui récompense une thèse de valeur, grâce à la générosité de feu ARNOLD JANGGEN, avocat, décédé à Saint-Gall en 1945. Ce fonds étant maintenant presque épuisé, nous avons encore la possibilité et le plaisir de le décerner une dernière fois à Mme BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, pour sa thèse intitulée «Das Stiefkind (insbesondere das «child of the marriage») im schweizerischen und im kanadischen Familienrecht».

Laudatio

Die Preisträgerin hat mit dieser Arbeit ein Werk vorgelegt, das sich die Mühe nimmt, in genauster Art zwei Rechtssysteme einander gegenüberzustellen und aus der Vergleichung auch eingehende Schlüsse zu ziehen. Sie hat damit das praktisch wichtige Thema des von einem Ehegatten in die Ehe eingebrachten Kinds in umfassender und psychologisch feinfühliger Weise behandelt und Wesentliches zu seiner Klärung beigetragen.

3. *Initiative pour assurer la fonction sociale de la journée des juristes suisses*

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Nous avons maintenant à débattre d'une initiative pour assurer la fonction sociale de la journée des juristes suisses, déposée par un Comité qui a réuni 12 signatures. Votre Comité a pensé opportun de vous présenter un contre-

rojet. Tout en laissant chacun s'exprimer, j'émets le voeu que nous puissions ɜspecter notre horaire et passer à l'heure prévue aux débats sur le thème des ıesures provisoires. Je me propose de donner d'abord la parole à un repré-ɜntant du Comité d'initiative. Je présenterai ensuite brièvement le contre-rojet du Comité. Suivra la discussion, puis le vote. Comme vous avez déjà ɜçu les textes en question, je pense que nous pourrons aller de l'avant dans ɜs meilleurs délais.

'exte de l'initiative

nitiative pour assurer la fonction sociale de la Journée suisse des juristes

ɹes membres soussignés de la Société suisse des juristes déposent ci-après, ɔndés sur l'art. 7 al. 5 lit. g et sur l'art. 8 des statuts, à l'attention de la rochaine assemblée générale, l'initiative suivante:

Est ajoutée aux statuts de la Société suisse des juristes l'annexe suivante:

ınnexe au sujet du déroulement de la Journée suisse des juristes

rt. 1 Définition

ɹa notion «Journée suisse des juristes» comprend l'assemblée générale rdinaire de la Société au sens de l'art. 6 des statuts, en liaison avec un olloque scientifique consacré aux thèmes de la Journée, et avec les événe-ıents sociaux y relatifs.

rt. 2 Buts

ɹes buts de la Journée suisse des juristes sont

) de traiter des affaires de la compétence de l'assemblée générale (art. 6 et 7 des statuts);

) de faire progresser en Suisse la science du droit, (art. 1 lit. a des statuts);

) d'établir et maintenir entre les juristes suisses des relations amicales (art. 1 lit. b des statuts).

rt. 3 Organisation

ɹa journée suisse des juristes est en principe organisée par une organisation antonale de juristes.

Celle-ci se conforme aux directives édictées par le Comité.

rt. 4 Protection de la communication humaine

)ans l'intérêt d'accomplir les buts de la Société au sens de l'art. 1 lit. b des tatuts, le Comité veille en particulier à ce que pendant les repas pris en ommun, ainsi que pendant le bal traditionnel, le niveau sonore d'orchestres ui se produisent à ces occasions ne dépasse pour aucune place assise de la alle les 65 décibels (A).

Les orchestres à engager doivent, s'ils travaillent avec des amplificateurs, être obligés par contrat à installer des amplificateurs à limitation automatique du volume sonore avec au moins deux points de repère dans chaque salle, ainsi qu'un enregistrement automatique des dépassements. Si la limite du volume sonore de 65 db (A) est dépassée plus de trois fois, aucun cachet ne sera dû à l'orchestre.

Le Comité accepte des offres d'organiser la Journée suisse des juristes sous condition que le comité d'organisation fasse de ces dispositions une partie intégrante du contrat avec l'orchestre et veille à son respect.

Art.5 Égards pour les participants âgés ou handicapés
Les comités d'organisation cantonaux doivent en particulier être obligés d'organiser la Journée suisse des juristes d'une manière qui respecte convenablement les participants âgés ou handicapés.

Les repas doivent notamment être organisés d'une manière garantissant que les participants ont la possibilité de manger sous des toits fermés et assis à une table.

Motivation

La Journée suisse des juristes a traditionnellement trois buts:
- de traiter les affaires statutaires de l'assemblée générale de la Société suisse des juristes;
- de cultiver la science juridique en Suisse en écoutant et discutant des rapports scientifiques; ainsi que
- d'établir et maintenir des relations amicales parmi les juristes suisses par le biais de la participation de ses membres à des réceptions, excursions, repas communs et, en compagnie des partenaires personnels des membres, à un bal.

On remarque que la réalisation des deux premiers buts n'a, jusqu'à présent, pas connu d'entraves provenant de sources externes. Mais pour le troisième but de la Journée suisse des juristes, on ne peut en dire de même. Depuis quelques années, et de façon croissante, la fonction sociale de la Journée suisse des juristes, qui est d'établir et maintenir des relations amicales entre les juristes suisses, a été rendue difficile voire même impossible. En effet, le comité d'organisation respectif a engagé des orchestres qui ont obligé par une musique à niveau sonore très élevé les participants du banquet traditionnel et du bal ou bien de cesser leurs conversations, ou de les remettre dans les rares pauses, ou même de fuir l'endroit complètement.

Ce développement a mené déjà en l'année 1983 à Baden à l'intervention suivante de M. LUDWIG A. MINELLI lors de l'assemblée générale:

«Je vous prie de bien vouloir accepter que j'ajoute, en liaison avec la fixation du lieu de la prochaine Journée suisse des juristes, une brève remarque en relation avec une expérience de hier soir. La musique d'un ensemble d'amplificateurs produite pendant la deuxième partie du banquet m'y pousse. Cet intermède musical avant le dessert nous a fourni, sans aucun préavis, à diverses reprises des volumes sonores assez près de la limite de la douleur, ce qui veut dire de plus de 90 décibels. Il est clair qu'il est impossible de s'entretenir à table pendant un tel bruit, et on doit constater qu'une telle intensité peut causer des dégats à l'ouïe. Parce que je ne peux pas soupçonner que le comité d'organisation argovien ait tenu à offrir, par cet intermède, un cours abrégé d'instruction aux juges afin qu'ils n'entendent désormais à cause d'une réduction de leur ouïe plus que les arguments les plus stridents, j'ai tout de suite demandé au chef d'orchestre, s'il savait que sa musique très forte pouvait porter atteinte aux capacités auditives. Par cette conversation, j'ai pu constater que cet homme en était parfaitement conscient. Mais – et ceci devrait être assez intéressant pour nous juristes – il pensait que chacun était libre de subir ou non une musique aussi forte. En ce qui le concerne il a vu deux cents visages heureux, et en plus, une norme qui le forcerait à réduire son intensité sonore violerait sa liberté. Et il invoqua la Constitution fédérale.

Nous en tirons la conclusion que même 27 ans après le livre célèbre de mon professeur vénéré KARL OFTINGER «Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts» (La lutte contre le bruit comme tâche du droit), le droit public n'est pas à la hauteur: l'article 6 de la loi sur le travail ne joue pas, parce que les inspecteurs du travail se trouvent à leur domicile quand les haut-parleurs fonctionnent, la législation sur la santé ne joue pas, parce que ici les fonctionnaires ne veulent rien entendre. C'est pourquoi seulement le droit privé jouera. Et ici j'aimerais exprimer le voeu que le Comité de la Société suisse des juristes demande aux comités d'organisation de futures Journées suisses des juristes de prendre soin par les formulations contractuelles que de tels dérangements ne se répètent plus pendant les banquets. De même, il faut qu'on assure qu'une musique, soit pendant le repas, soit pour la danse, ne sera effectuée que par des ensembles qui ou bien renoncent aux haut-parleurs, parce qu'ils sont composés de musiciens, ou bien – s'ils ne sont pas des musiciens – les haut-parleurs doivent être munis d'engins limitant automatiquement le volume sonore, comme ils sont prescrits par des autorités prévenantes pour les dancings et discothèques.»

Le procès-verbal de la Journée des juristes de 1983 a pris acte de cette intervention en notant brèvement:

«LUDWIG A. MINELLI s'exprime au sujet de la musique trop forte de la soirée précédente et sollicite le Comité de prendre soin pour une musique modérée au futur.
Le président accepte cette suggestion.»

La Journée suisse des juristes de l'année 1987 s'est déroulée à Neuchâtel. L'avertissement de Baden, qui n'avait alors que quatre ans, était manifestement tombé dans l'oubli. Bien que l'orchestre n'ait joué aucune note pendant le banquet, le bal fut marqué par un orage de haut-parleurs tellement intensif que la salle était vide déjà avant minuit, ne comptant pas plus de 50 personnes. Le volume sonore même dans les zones les plus éloignées s'élevait à plus de 70 décibels (A). Ceci peut être constaté sans difficultés, parce que – suivant le rapport de la Commission fédérale d'experts pour la lutte contre le bruit (Berne 1963, p. 57 s.) – un bruit de plus de 70 dB (A) déclenche un effet de masque qui rend la communication orale difficile voire impossible. Dès lors, maints entretiens ont été empêchés; surtout de ce fait, seulement une toute

petite minorité de participants est demeurée en salle jusqu'à la fin de la manifestation à 2 heures.

Depuis lors, à maintes reprises se sont répétés des dépassements des limites de volume sonore de la musique aux Journées suisses des juristes. La dernière fois, à Lausanne-Ouchy, le bruit causé par l'orchestre a failli déclencher des voies de fait parmi les participants. Quelques-uns d'eux avaient commencé à déconnecter des fils de haut-parleurs. Cette musique a éclaté, de plus, bien avant la fin du banquet: desserts et cafés n'étaient pas encore servis.

Le Comité a été expressément rendu attentif à ce sujet bien à l'avance. Il croyait pouvoir se prémunir en assurant que la musique ne s'effectuerait qu'après le banquet, et que les participants qui désirent s'entretenir avec d'autres pourraient se retirer à la «bibliothèque» de l'hôtel, un hall de l'hôtel Beau-Rivage. Mais ces garanties n'ont pas été honorées, et la «bibliothèque» se prêtait très mal aux discussions entre participants, puisque son ameublement est conçu pour isoler des lecteurs qui ne désirent pas être dérangés, et non pas pour se livrer à des entretiens avec d'autres personnes. De ce fait, elle restait vide; les participants fuyant le bruit ont préféré se retirer dans leurs chambres.

La Journée suisse des juristes à Ouchy a en outre rompu la tradition vieille de plusieurs décennies de clore les travaux du congrès avec un repas commun dans un restaurant. Au lieu de cela, on a offert un buffet debout en pleine chaleur de juin sur le toit du Musée olympique sous des parasols blancs, avec une température de 30° C à l'ombre. Nous avons vu et parlé à une multitude de participants âgés ou handicapés qui ont dû renoncer à cette forme d'approvisionnement eu égard à leur état de santé.

Aujourd'hui, il semble être accepté généralement comme impoli de souffler au visage d'un autre la fumée d'un cigare ou d'une cigarette. Imposer des productions de «musique» ou des buffets debout, par contre, ne semble pas encore déclencher des sentiments similaires de violer les règles élémentaires de la politesse.

Ces exemples montrent qu'il faut de la part du Comité de la Société suisse des juristes, même dans ces domaines, davantage de réglementation au sujet de l'organisation. Il ne faut pas que de tels inconvénients nuisent au déroulement des Journées et que, par cela, non seulement le but de la promotion de l'amitié entre les juristes, mais aussi celui scientifique des congrès soit sérieusement entravé.

Ces questions au sujet du bruit ont déjà une fois fait l'objet d'une initiative au sein de la Société suisse des juristes, après la nuit de bal ratée de Neuchâtel de 1987. Le Comité avait, à l'époque, assuré au Comité d'initiative de 1987, qui se composait des collègues Mes FRANZ SPILLMANN et MANFRED KUHN, les deux à Zurich, et LUDWIG A. MINELLI, à Forch, après dépôt de l'initiative avec lettre du 3 mai 1988 ce qui suit:

«Le Comité de la Société suisse des juristes a décidé d'informer régulièrement et amplement les comités d'organisations des Journées suisses des juristes au sujet des désirs formulés si indiscutablement dans votre initiative. Le Comité se fait le devoir de donner aux comités des directives claires et d'en surveiller l'observation. Ces directives seront communiquées aux comités par le président de la Société suisse des juristes par lettre. Ainsi vos suggestions seront réalisées.»

Sur demande du Comité, le comité d'initiative d'alors a retiré son initiative, se basant sur les garanties données par le Comité.

Mais on a dû se rendre compte que de telles promesses du Comité tombent après quelques années dans l'oubli. Il semble donc utile et opportun de renouveler et de reformuler cette initiative, et de la déposer de nouveau, afin d'ajouter une annexe aux statuts de la Société suisse des juristes. C'est aussi pourquoi cette fois-ci l'initiative ne comporte plus de clause de retrait.

Text der Initiative

Initiative zur Sicherung der gesellschaftlichen Funktion des Schweizerischen Juristentages

Die unterzeichneten Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins reichen hiermit, gestützt auf Art. 7 Abs. 5 lit. g sowie Abs. 8 der Vereinsstatuten, zuhanden der nächsten Ordentlichen Generalversammlung folgenden Initiativantrag ein:

Die Statuten des Schweizerischen Juristenvereins werden durch folgenden Anhang ergänzt:

Anhang über die Durchführung des Schweizerischen Juristentages

Art. 1 Begriff
Der Begriff «Schweizerischer Juristentag» bezeichnet die ordentliche Generalversammlung des Vereins im Sinne von Art. 6 der Statuten, verbunden mit der wissenschaftlichen Tagung über die jeweiligen Themen des Juristentages und die damit in Zusammenhang stehenden gesellschaftlichen Anlässe.

Art. 2 Aufgabe
Aufgabe des Schweizerischen Juristentages ist es,
a) die Geschäfte der Generalversammlung abzuwickeln (Art. 6 und 7 der Statuten);
b) die Rechtswissenschaft in der Schweiz zu pflegen (Art. 1 lit. a der Statuten);
c) freundschaftliche Beziehungen unter den schweizerischen Juristen zu begründen und zu erhalten (Art. 1 lit. b der Statuten).

Art. 3 Organisation

Der Schweizerische Juristentag wird in der Regel von einer kantonalen Organisation von Juristen organisiert.

Sie beachtet die vom Vorstand erlassenen Richtlinien.

Art. 4 Schutz der menschlichen Kommunikation

Im Interesse der Erfüllung des Vereinszweckes von Art. 1 lit. b der Statuten sorgt der Vorstand insbesondere dafür, dass sowohl während der gemeinsam eingenommenen Mahlzeiten als auch während des traditionellen Balles der Lautstärkepegel der Musik von Orchestern, deren Aufgabe es ist, entweder Tafelmusik oder Tanzmusik zu spielen, dermassen begrenzt wird, dass jedenfalls an den Sitzplätzen im jeweiligen Saal nirgends mehr als 65 Dezibel (A) gemessen werden können.

Die zu engagierenden Orchester sind, sofern sie mit einer Verstärkeranlage arbeiten, im Aufführungsvertrag zu verpflichten, selbsttätig wirkende Schallbegrenzungsverstärker mit mindestens zwei Messpunkten in jedem Saal sowie automatischer Aufzeichnung von Überschreitungen zu installieren. Bei mehr als dreimaliger Überschreitung der Schallstärkengrenze von 65 db (A) gilt als vereinbart, dass wegen Schlechterfüllung keine Gage bezahlt wird.

Der Vorstand nimmt Einladungen kantonaler Organisationen zur Durchführung des Schweizerischen Juristentages unter der Bedingung an, dass das Organisationskomitee diese Bestimmungen in den Orchestervertrag aufnimmt und für ihre Durchsetzung sorgt.

Art. 5 Rücksichtnahme auf alte und gebrechliche Mitglieder

Die kantonalen Organisationskomitees sind besonders zu verpflichten, die Organisation des Schweizerischen Juristentages in der Weise vorzunehmen, dass gebührend auf alte und gebrechliche Mitglieder Rücksicht genommen wird.

Insbesondere sind sämtliche Mahlzeiten so zu organisieren, dass sie unter einem festen Dach und an Tischen sitzend eingenommen werden können.

Begründung

Der Schweizerische Juristentag dient traditionell drei Zielen:

- der Abwicklung der statutarischen Geschäfte der Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins;
- der Pflege der Rechtswissenschaft durch Entgegennahme und Diskussion wissenschaftlicher Referate; sowie
- dem Aufbau und der Erhaltung freundschaftlicher Beziehungen unter den schweizerischen Juristen durch Teilnahme seiner Mitglieder an Empfängen, Exkursionen, gemeinsamen Essen und, zusammen mit den persönlichen Partnern der Mitglieder, einem Ball.

Während die Erreichung der beiden ersten Ziele bislang durch keinerlei fremde Einflüsse erschwert oder gar verunmöglicht worden ist, hat es sich in den letzten Jahren wiederholt und zunehmend gezeigt, dass die gesellschaftliche Funktion des Juristentages, nämlich die Pflege und Erhaltung der Freundschaft insbesondere durch sprachliche Kommunikation unter den Mitgliedern des Vereins erschwert oder gar verunmöglicht worden ist. Dies deshalb, weil die vom jeweiligen Organisationskomitee engagierten Orchester mit ihren Lautsprecheranlagen aus der ihnen eigentlich obliegenden dienenden Rolle gefallen sind und mit elektronisch verstärkter und demzufolge lautstarker Musik die Teilnehmer des traditionellen Banketts mit nachfolgendem Ball gezwungen haben, entweder ihre sprachliche Kommunikation in die wenigen Pausen zu verlegen, oder das Lokal fluchtartig zu verlassen, oder auf sprachliche Kommunikation weitgehend zu verzichten.

Diese Entwicklung führte bereits auf dem Schweizerischen Juristentag 1983 in Baden zu einer Intervention von lic.iur. LUDWIG A. MINELLI, die folgenden Wortlaut hatte:

> «Gestatten Sie, dass ich im Zusammenhang mit der Wahl des nächsten Tagungsortes eine kurze Bemerkung anbringe, die mit einer Erfahrung von gestern Abend zusammenhängt. Die Tafelmusik eines Verstärker-Ensembles während des zweiten Teils des gestrigen Banketts veranlasst mich dazu. Diese Musikeinlage vor dem Dessert brachte überraschend und ohne jede ausreichende Vorankündigung zu verschiedenen Malen Schalldruckpegel in der Nähe der Schmerzgrenze, also über 90 Dezibel. Abgesehen davon, dass man sich bei solcher Lautstärke an einem Tisch überhaupt nicht mehr unterhalten kann, muss auch festgestellt werden, dass solche Lautstärken Gehörschäden hervorrufen. Da ich nicht annehmen kann, das Aargauische Organisationskomitee habe mit dieser Einlage einen Kurzkurs zur Richterausbildung durchführen wollen, bei welchem durch die Beeinträchtigung des Gehörs dafür gesorgt wird, dass überhaupt nur noch die durchdringenden Argumente gehört werden, habe ich den Bandleader sofort danach gefragt, ob er wisse, dass seine laute Musik das Gehör beeinträchtige. Das Gespräch hat gezeigt, dass sich der Mann darüber voll im Klaren war. Aber – und das ist für uns Juristen doch einigermassen interessant – er meinte ausserdem, es sei ja jedermann freigestellt, ob er sich so laute Musik gefallen lassen wolle oder nicht. Er jedenfalls finde, er habe bei dieser lauten Musik zweihundert glückliche Gesichter gesehen, und im übrigen würde eine Vorschrift, die ihn zwingen würde, nicht körperverletzend laut zu spielen, seine Freiheit einengen. Er berufe sich dafür auf die Bundesverfassung.
>
> Wir ersehen daraus, dass auch 27 Jahre nach der berühmten Schrift meines verehrten Lehrers KARL OFTINGER mit dem Titel «Lärmbekämpfüng als Aufgabe des Rechts» das öffentliche Recht in diesem Bereich versagt: Es versagt Artikel 6 des Arbeitsgesetzes, weil Arbeitsinspektoren nachts, wenn die Lautsprecher spielen, zuhause sind; es versagt die Gesundheitsgesetzgebung, weil auch hier die massgebenden und kompetenten Beamten von Lärm nichts hören wollen. So bleibt nur das Privatrecht. Und hier möchte ich nun einhaken: Ich wünsche, dass der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins die Organisationskomitees künftiger Juristentage ersucht, vertraglich dafür zu sorgen, dass sich derartige Störungen während des Bankettes nicht mehr wiederholen, und dass vertraglich abgesichert wird, dass künftig Musik, sei es zum Essen, sei es zum Tanzen, nur noch von solchen Ensembles dargeboten werden darf, die entweder auf Lautsprecher verzichten, weil sie Musiker sind, oder – wenn sie schon keine Musiker sind – die dafür

> angestellten Lautsprecher mit automatischen Lautstärkebegrenzern versehen sein müssen, wie sie von fürsorglichen Gesundheitsbehörden in Dancings und Diskotheken vorgeschrieben werden.»

Das Protokoll des Juristentages 1983 verzeichnet diese Intervention kurz wie folgt:

> «LUDWIG A. MINELLI äussert sich über die zu laute Musik des gestrigen Abends und fordert den Vorstand auf, künftig für leisere Musik besorgt zu sein.
> Der Präsident nimmt diese Anregung entgegen.»

Im Jahre 1987 wurde der Juristentag in Neuenburg durchgeführt. Die damals vier Jahre alte Mahnung war offensichtlich in Vergessenheit geraten. Zwar enthielt sich dort das Orchester während des gemeinsamen Banketts jeglicher Produktion, doch entlud sich hinterher, gewissermassen während der Ballphase, ein dermassen gewaltiges Lautsprechergewitter, dass der riesige Saal schon um Mitternacht nur noch von weniger als 50 Personen bevölkert war. Die Lautstärke lag selbst bei den hintersten Tischen im Saal erheblich über 70 Dezibel (A), was sich ohne weiteres feststellen liess, weil gemäss Bericht der Eidgenössischen Expertenkommission für Lärmbekämpfung (Bern 1963, S.57 f.) ein Lärm ab 70 Dezibel einen «Maskierungseffekt» verursacht, welcher die sprachliche Verständigung mühsam oder gar unmöglich macht. Dadurch wurden zahlreiche Gespräche verhindert; vor allem deshalb hielt es nur eine kleine Minderheit der Teilnehmer bis zum Schluss der Veranstaltung um 2 Uhr früh aus. Seither gab es verschiedentlich ebenfalls erhebliche Lautstärkenüberschreitungen an Juristentagen; die neueste in Lausanne-Ouchy hat beinahe zu Handgreiflichkeiten unter den Teilnehmern geführt, haben doch einige unter ihnen in einer Notwehrsituation begonnen, die Lautsprecher-Kabelverbindungen zu unterbrechen. Diese überlaute Musik setzte zu allem Elend auch noch lange vor dem Ende des Banketts ein; Dessert und Kaffee waren noch nicht serviert.

Der Vorstand ist auf die Gefahr lange vor der Veranstaltung ausdrücklich hingewiesen worden. Er glaubte offensichtlich, diese dadurch abwehren zu können, dass er zusicherte, die Musik werde nicht während des Banketts einsetzen, und ausserdem könnten Teilnehmer, die sich nach dem Bankett miteinander unterhalten möchten, in die «Bibliothek» genannte Halle des Hotels Beau-Rivage ausweichen. Seine Zusage hat sich nicht bewahrheitet, und die «Bibliothek» war für Gespräche unter Mitgliedern denkbar ungeeignet, weil sie in ihrer Möblierung auf Vereinzelung von Lesern, die nicht gestört werden wollen, und nicht auf gesellige Unterhaltung an Tischen ausgerichtet ist. Sie blieb denn auch leer, lärmfliehende Teilnehmer zogen es vor, sich in ihre Zimmer zurückzuziehen.

Der Juristentag in Lausanne-Ouchy hat sodann mit der jahrzehntealten Tradition gebrochen, die Tagungsarbeiten des letzten Tages mit einer gemein-

samen Mahlzeit in einem Restaurant abzuschliessen. Stattdessen wurde ein Stehbuffet mitten in der grössten Junihitze auf dem Dach des Olympischen Museums unter weissen Schirmen bei einer Temperatur von rund 30 °C geboten. Wir haben verschiedene, vor allem betagte und behinderte, Teilnehmer gesehen und gesprochen, die von dieser Art von Verpflegung und Geselligkeit mit Bedauern und mit Rücksicht auf ihren Gesundheitszustand haben Abstand nehmen müssen.

Es ist zwar heute allgemein als unanständig anerkannt, wenn jemand einem anderen hemmungslos Zigarren- oder Zigarettenrauch ins Gesicht bläst. Ähnliche Rücksichtnahmen bei «Musik»produktionen oder der Zumutung, eine Hauptmahlzeit an einem wissenschaftlichen Kongress stehend einnehmen zu sollen, scheinen jedoch noch nicht ähnliche Gefühle verletzten Anstandes hervorzurufen.

Die Beispiele zeigen, dass auch in diesen Bereichen den kantonalen Organisationskomitees seitens des Vorstandes des Schweizerischen Juristenvereins offensichtlich vermehrt Weisungen über die Organisation erteilt werden müssen, wenn nicht weitere derartige Beeinträchtigungen des harmonischen Ablaufs der Juristentage und damit eine nachhaltige Beschädigung nicht nur der gesellschaftlichen, sondern dann sehr bald auch der wissenschaftlichen Zielsetzung in Kauf genommen werden sollen.

Diese Fragen sind bezüglich des Lärms schon einmal mit einer Initiative im Schweizerischen Juristenverein aufgeworfen worden, und zwar im Anschluss an die oben kurz geschilderte verunglückte Neuenburger Ballnacht von 1987. Der Vorstand hat dem damaligen Initiativkomitee, welches aus den Rechtsanwälten Dr. FRANZ SPILLMANN und Dr. MANFRED KUHN, Zürich, und LUDWIG A. MINELLI, Forch, bestanden hat, nach Einreichung der damaligen Initiative mit Brief vom 3. Mai 1988 folgendes erklärt:

> «Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins hat beschlossen, die mit der Organisation der Juristentage betrauten Komitees jeweilen umfassend über die Wünsche zu informieren, wie sie in Ihrer Initiative eindrücklich formuliert sind. Der Vorstand macht es sich zur Aufgabe, den Komitees entsprechende, klare Weisungen zu erteilen und deren Einhaltung zu überwachen. Diese Weisungen sollen den Komitees jeweilen vom Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins schriftlich in Briefform erteilt werden. Damit dürfte Ihren Anliegen dem Grundsatze nach entsprochen sein.»

Auf Ersuchen des Vorstand hat das damalige Initiativkomitee, gestützt auf die ihm erteilte Zusage, die Initiative zurückgezogen.

Nun hat sich allerdings gezeigt, dass derartige Zusicherungen des Vorstandes offenbar über die Jahre in Vergessenheit geraten. Es erscheint deshalb sinnvoll und angebracht, die damalige Initiative – anhand der seitherigen Erfahrungen auf den heutigen Stand gebracht -, erneut einzubringen und diesmal dafür zu sorgen, dass die Statuten des Schweizerischen Juristenvereins durch den vorgeschlagenen Anhang ergänzt werden. Das ist denn auch

der Grund, weshalb bei der nunmehr vorgeschlagenen Initiative mit voller Absicht auf eine Rückzugsklausel verzichtet wird.

Le Président donne la parole au Dr. EUGEN CURTI, qui s'exprime pour soutenir l'initiative:

Liebe Kollegen, Meine Damen und Herren

Ich setze gerne voraus, dass Sie den rechtzeitig im voraus schriftlich unterbreiteten Initiantivantrag für einen Anhang der Statuten sowie den Gegenvorschlag zur Formulierung von Richtlinien zur Kenntnis genommen haben. Ich nehme auch an, dass Ihnen die zugrunde liegende Problematik bekannt ist.

Den jährlichen Juristentagen kommt im Leben des schweizerischen Juristenvereins eine eminente Bedeutung zu, ja sie bilden seinen Pulsschlag. Der Zweck dieser Zusammenkünfte ist ein doppelter. Neben den wissenschaftlichen Arbeiten zur Weiterentwicklung unseres Rechtes sollen Kontakte zwischen den teilnehmenden Juristen der verschiedensten Sparten ermöglicht und gefördert werden. Das geschieht in Gesprächen von Person zur Person, in den Pausen, während den Mahlzeiten, insbesondere am sogenannten Gala-Abend. Um diesen wesentlichen Zweck der Juristentage zu verwirklichen müssen rein physisch die nötigen Rahmenbedingungen geschaffen werden.

Seit 1946 durfte ich mit ganz wenigen Ausnahmen den jährlich stattfindenden Juristentagen beiwohnen, wobei ich mich an diverse ausgesprochen gelungene Unterhaltungsabende erinnere, die noch durchaus ohne elektronische Verstärkung auskamen.

Mit der Zeit, in den letzten Jahren immer mehr, hat sich die sogenannte Disco-Kultur auch in unseren Gremien etabliert. Es scheint, dass die verschiedenen Organisationskomitees bestrebt sind, mit möglich potenten Orchestern aufzuwarten. Durch den dadurch entstehenden Lärmpegel wird aber gerade die erwünschte, ja nötige Kontaktnahme von Person zur Person rein physisch verunmöglicht.

Der Neuen Zürcher Zeitung vom 6. September 1996 entnehme ich den Bericht über ein damals durchgeführtes Treffen zwischen Kulturschaffenden auf dem Zürcherischen Heimplatz, Vertretern der Pro Helvetia, des Schauspielhauses, des Kunsthauses etc. Die Situation nach dem offenbar wohlgelungenen Buffet-Dinner wird wie folgt geschildert:

> «Wohlgesättigt, hätten die über 200 Kulturschaffenden und die paar normal sterblichen Menschen nun mit der Heimplatz-Debatte beginnen können – wäre nicht in eben dem Augenblick eine Posaune in Jericho-Lautstärke ertönt, unterstützt von zwei Alphörnern und einem Schlagzeug, weshalb man das eigene Wort nicht mehr verstand. Immerhin ging es noch mit Lippenlesen, wenigstens bei bekannten Gesichtern, mit denen man vertraute Gedanken austauschte.»

Ich nehme gerne an, dass Sie alle damit einverstanden sind, dass inskünftig und ein für alle Mal bei unseren Treffen übermässige Lärmimmissionen unterbleiben sollen. Es stellt sich nur die Frage, ob im Sinne der Initianten die entsprechenden Regeln in den Statuten verankert werden sollen oder ob, wie der Vorstand meint, hiezu einige kurze Richtlinien an die Organisatoren der Juristentage genügen.

Meine Damen und Herren, solche beschwichtigenden Versprechungen haben sich leider bisher als unwirksam erwiesen. Dies einfach deshalb, weil die Vorstandsmitglieder und insbesondere Präsidenten unseres Vereines alle paar Jahre einmal ausgewechselt werden. Wenn ich richtig gezählt habe, ist Herr Bundesrichter WURZBURGER bereits der 17. Präsident, den ich in dieser Eigenschaft erlebt habe. Es liegt in der Natur der Sache, dass blosse Versprechungen oder Richtlinien bereits in der nächsten Vorstandsgeneration der Vergessenheit anheimfallen. Es ist daher notwendig, die Richtlinien zur Rettung eines Hauptzweckes der Juristentage in einem Instrument zu verankern, welches Bestand hat, nämlich den Statuten. Sollten sich die vorgeschlagenen Formulierungen als verbesserungsbedürftig erweisen, so können sie durch eine entsprechende Statutenänderung jederzeit abgeändert werden. Es genügt aber nicht, sich mit nichtssagenden Richtlinien zu beschränken.

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Votre Comité a de la compréhension pour les buts poursuivis par les initiants. Toutefois, il nous semble peu opportun de figer dans une annexe aux statuts le déroulement de la partie sociale du congrès. Il faut du reste voir que les exigences des initiants en matière de bruit émis par l'orchestre conduisent pratiquement à renoncer à une animation musicale et à un bal. Si certains membres ne le regretteraient pas, d'autres, et notamment les plus jeunes, ne dédaignent pas un peu de musique, surtout en fin de soirée. Quant au confort des aînés, nous ne voulons pas le négliger. Mais il ne faut pas non plus fermer la porte à des formules originales «extra muros». Nous avons déjà des directives pour les organisateurs de nos congrès. Sans vouloir les enserrer dans un corset rigide, il nous a semblé utile d'énoncer dans ces directives un rappel de ces considérations. Tel est donc le sens du contre-projet du Comité.

Texte du contre-projet

Proposition du Comité à l'Assemblée générale du 26 septembre 1997 à Lugano

Les Directives émises par le Comité à l'intention des organisateurs des Journées des juristes suisses comprendront notamment les points suivants:

1. Au cas où un orchestre serait engagé à l'occasion d'un repas ou pour un bal, la musique ne devra pas empêcher les congressistes de s'entretenir normalement à leur table durant toute la manifestation.

2. Les mesures voulues seront prises pour que, lors de tout repas, les membres âgés ou infirmes puissent bénéficier de tables et de sièges, disposés de manière confortable (par exemple lorsqu'est servi un buffet).

Motivation

Le Comité a une compréhension certaine pour les buts des initiants. Il ne lui paraît cependant pas que ces questions, certes importantes, doivent être réglées dans les statuts et de manière rigide. Tout en émettant des directives claires sur ce point, l'Assemblée générale devrait laisser au Comité la souplesse voulue pour trouver si nécessaire des formules nouvelles. Par ailleurs, il convient certes d'avoir les égards voulus envers les membres âgés. Là également, le Comité ne pense pas opportun de figer la manifestation, avec tous les repas pris nécessairement à table sous un toit. Des repas plus détendus ne devraient pas être exclus (buffet par exemple), à condition que les mesures adéquates assurent le confort des aînés.

Text des Gegenvorschlags

Vorschlag des Vorstands an die Generalversammlung vom 26. September 1997 in Lugano

Die Richtlinien des Vorstands an die Organisatoren der Juristentage enthalten künftig unter anderem folgende Hinweise:

1. Falls für ein Essen oder einen Ball ein Orchester engagiert wird, darf die Musik während der ganzen Dauer der Veranstaltung normale Gespräche an den einzelnen Tischen nicht beeinträchtigen.

2. Bei der Verpflegung ist den besonderen Bedürfnissen älterer oder behinderter Teilnehmer durch geeignete Massnahmen – etwa komfortabel angeordnete Tische und Stühle bei Buffets – Rechnung zu tragen.

Begründung

Bei allem Verständnis für die Anliegen der Initianten ist der Vorstand der Meinung, dass sich eine unflexible Regelung auf Ebene der Statuten nicht rechtfertigt. Im Rahmen der oben vorgeschlagenen Richtlinien sollte die Generalversammlung dem Vorstand die nötige Flexibilität für kreative Neuerungen belassen. Selbstverständlich ist auf die Bedürfnisse der älteren Mitglieder Rücksicht zu nehmen; dies scheint dem Vorstand aber möglich, ohne dass notwendigerweise alle Mahlzeiten unter einem Dach und an Tischen einzunehmen wären. Bei geeigneten Vorkehrungen zugunsten der betagteren Mitglieder sollten auch unkonventioneller organisierte Mahlzeiten möglich bleiben.

M. ALAIN WURZBURGER ouvre la discussion.

M. EDOUARD NICOLE affirme que le sujet dont il est débattu lui paraît oiseux. Il invite l'assemblée à se contenter de rejeter aussi bien l'initiative que le contre-projet et à s'en remettre avec confiance à la diligence des comités d'organisation.

La parole n'étant plus demandée, le Président clôt la discussion et désigne Me JACQUES HALDY et Mme le Juge fédéral DANIELLE YERSIN comme scrutateurs pour la votation qui suit.

L'initiative est rejetée à une majorité évidente.

Le contre-projet est accepté par 50 voix contre 14.

La première partie de l'Assemblée générale est ainsi close par M. ALAIN WURZBURGER, qui prie M. STEPHAN GASS, Président de l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire, de le rejoindre pour assumer en commun la présidence de la suite des travaux.

II. Remise des mélanges «Il Ticino e il diritto» offerts par la Commission tessinoise pour la formation permanente des juristes

FLAVIO COMETTA, *Juge au Tribunal d'appel du canton du Tessin, Pedrinate*

Herren Präsidenten, meine Damen und Herren,

Sehr geehrter Herr Bundesrichter ALAIN WURZBURGER, Präsident des Schweizerischen Juristenvereins, sehr geehrter Herr Oberrichter STEPHAN GASS, Präsident der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter, ich habe das besondere Vergnügen, Ihnen in einem symbolischen Schenkungsakt pars pro toto für Ihre Vereine ein Exemplar der von der Tessiner Kommission für die juristische Fortbildung – in Ermangelung einer erwünschten rechtswissenschaftlichen Fakultät bei der neuen Tessiner Universität – offerierten Festschrift «Il Ticino e il diritto» überreichen zu dürfen.

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Je vais remettre à Monsieur le Juge fédéral ALAIN WURZBURGER, Président de la Société suisse des juristes, et à Monsieur le Juge cantonal STEPHAN GASS, Président de l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire, un volume de Mélanges «Il Ticino e il diritto» que la Commission tessinoise pour la formation permanente des juristes – en l'absence pour le moment d'une faculté de droit dans la nouvelle Université tessinoise – vous dédie et vous offre.

Signori Presidenti, gentili Signore, egregi Signori,

A nome della Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi ho il gradito compito di consegnare al Presidente della Società svizzera dei giuristi, giudice federale ALAIN WURZBURGER, e al Presidente dell'Associazione svizzera dei magistrati dell'ordine giudiziario, giudice cantonale STEPHAN GASS, la Raccolta di studi «Il Ticino e il diritto».

Si tratta di scritti curati da giuristi ticinesi che hanno avuto la possibilità di esprimersi nella loro lingua madre e liberamente sugli argomenti che più li interessano e coinvolgono per necessità, passione o specifica esigenza.

Una raccolta di studi come questa viene sempre offerta, per costante tradizione, da una facoltà di diritto. Il Ticino, agli inizi di un'esperienza universitaria intensamente voluta e impegnativa anche dal profilo finanziario, ne è per il momento ancora privo. Il volume vorrebbe essere di stimolo per realizzare – nel segno di una dimensione universitaria ticinese già viva e presente e in un futuro non lontano – una facoltà di diritto caratterizzata dal trilinguismo e dall'internazionalismo: la collocazione geografica del Cantone Ticino nella Regio Insubrica e le prospettive di sviluppo del terziario avanzato consentono un cauto ottimismo, se l'entusiasmo e il senso di responsabilità personale dei più non sarà contrastato dal pessimismo dei pochi.

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

C'est avec un plaisir non dissimulé que la Société suisse des juristes reçoit le Recueil de Mélanges publié par les juristes tessinois à l'occasion de notre congrès 1997 à Lugano. Cet ouvrage est caractérisé par la richesse des sujets et par l'imposante cohorte des juristes de premier plan qui ont bien voulu nous consacrer leurs réflexions. Ce Recueil montre surtout l'impressionnant apport des juristes tessinois au droit suisse. Que les auteurs et le Comité d'édition, ainsi que tous ceux qui ont permis la publication de ce Recueil, soient ici remerciés de tout coeur.

III. Exposés des rapporteurs sur le sujet: «Les mesures provisoires». Berichte zum Thema «Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren»

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Nous en arrivons donc aux débats sur le thème de notre congrès: les mesures provisionnelles en procédure civile, administrative et pénale. Nous avons choisi ce thème en raison de son importance dans la pratique. Toutefois, pour les praticiens, et en tout premier lieu pour les magistrats amenés à rendre des mesures provisoires, la tâche est souvent ardue. Les intérêts en jeu sont considérables et, par la force des choses, le temps manque pour étudier longuement le dossier. Dans ces conditions, une étude scientifique systématique de ce thème devrait aider tous les juristes – et ils sont nombreux – qui doivent à l'occasion pratiquer cette institution. Certes, le problème se pose différemment en procédure civile, administrative ou pénale. Mais une étude systématique n'avait d'intérêt qu'en utilisant tous les angles d'attaque pour vraiment faire le tour du problème. Ce sont nos débats qui devraient dire si, au-delà des constatations propres à chaque domaine, nous pouvons tirer des conclusions valables de manière générale.

Les débats seront donc coprésidés par celui qui vous parle et par M. STEPHAN GASS, Président de l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire. Dans une première partie, les rapporteurs vous résumeront le fruit de leur travail. C'est ici l'occasion de rendre hommage aux contributions de grande valeur qu'ils nous ont offertes. En votre nom à tous, je remercie donc très chaleureusement Mme ISABELLE HÄNER, avocate et chargée de cours, M. BERTRAND REEB, juge fédéral, M. GERARD PIQUEREZ, juge au Tribunal cantonal jurassien et chargé de cours, M. STEPHEN BERTI, avocat et chargé de cours, auxquels il y a lieu d'ajouter M. MICHELE RUSCA, Président du Tribunal d'appel du Tessin, qui a apporté un point d'orgue en italien. Nous avons voulu donner une large place à la discussion libre. Plutôt que de longs débats en plenum, nous avons donc opté pour les groupes de travail. Nous aurons deux séances: une première cet après-midi de 16.00 h. à 17.30 h. et une seconde demain matin, de 09.00 h. à 10.00 h. Répartissez-vous librement selon vos convenances dans les quatre groupes. Je rappelle que la discussion du samedi matin ne sera pas la simple répétition de celle d'aujourd'hui. Vous avez donc la possibilité, à votre guise, de suivre l'entier des débats d'un groupe de travail ou d'en fréquenter deux. Je remercie ici les animateurs de ces groupes de travail. A part les rapporteurs, nous avons pour la procédure civile, Me DOMENICO ACOCCELLA, avocat, et M. DENIS TAPPY, Président du Tribunal du district de Vevey; pour la LP, M. le professeur KARL SPÜHLER et M. FLAVIO COMETTA, juge au Tribunal d'appel du Tessin; pour la procédure administrative, M. le professeur BLAISE KNAPP et M. LORENZ MEYER,

Président du Tribunal administratif bernois; enfin, pour la procédure pénale, Mme ANNE COLLIARD, Procureur général de l'Etat de Fribourg et Me NIKLAUS OBERHOLZER, avocat.

Dr. STEPHEN V. BERTI, *Rechtsanwalt, Zürich, Berichterstatter zum Thema Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess*

Zivilprozesse lassen sich nicht hetzen. Schnelle Ergebnisse sind kaum zu erwarten. Mit einer Ausnahme, den vorsorglichen Massnahmen. Diese bilden das Thema unserer heutigen Tagung. Mein Beitrag beschränkt sich auf den Zivilprozess. Hauptanliegen des Ihnen voliegenden Berichtes war es die einschlägigen Rechtsgrundlagen herauszuarbeiten und diese in ihren Wertungszusammenhängen zu würdigen. Fünf Aspekte möchte ich im Rahmen dieses Einführungsvotums kurz besonders hervorheben.

Erster Aspekt: Der Inhalt einer vorsorglichen Massnahme wird immer vom Zivilrecht her bestimmt und gedacht. Die Massnahme ist ja eine Verhaltensanordnung welche eine Zivilrechtsfolge zum Ausdruck bringt. Es spielt keine Rolle *welches* Zivilrecht anwendbar ist. Es muss nicht immer das Bundeszivilrecht sein, sondern kann auch – in seltenen Fällen – das vorbehaltene kantonale Zivilrecht sein oder nach Massgabe unseres Kollisionsrechts ein ausländisches Zivilrecht sein. Ich lege also grossen Wert auf die Abgrenzung zum Prozessrecht.

Zweiter Aspekt: Das Massnahmeinteresse ist der prozessuale Schlüssel zum Eilverfahren überhaupt. Dass ein Rechtsschutzgesuch privilegiert eilig behandelt werden darf, setzt eine Form von Gefahr in Verzug voraus. Diese Gefahr in Verzug kann zwei Ausprägungen haben: Auf der einen Seite sind die Fälle, in denen es einen unmittelbaren Verwirklichungsbedarf gibt. Man hat bisweilen die Massnahmen, die hierfür vorgesehen sind, Regelungsmassnahmen benannt; ich habe eine andere Terminologie vorgeschlagen und in meinem Bericht von *Festlegungsmassnahmen* gesprochen. Hier geht es darum, dass ein sofortiger Verwirklichungsbedarf besteht – zum Beispiel im Scheidungsverfahren oder bei Klagen zur Auflösung von juristischen Personen. Auf der anderen Seite haben wir die Situationen von Vereitelungsgefahr dort, wo subjektive Privatrechte gefährdet sind. Die Realverwiklichung soll sichergestellt werden und dies erfolgt mittels *Sicherungs-* oder *Erhaltungsmassnahmen*. Die Unterscheidung zwischen beiden Kategorien lässt sich auch schön daran illustrieren, dass die Verwirklichung von Regelungsmassnahmen ihrerseits durch Erhaltungsmassnahmen sichergestellt werden kann.

Dritter Aspekt: Die Unterschiede gegenüber der *ordentlichen* Behandlung eines Rechtsschutzgesuches, also die mannigfaltigen Unterschiede zum ordentlichen Zivilverfahren. Ich spreche von der ordentlichen Behandlung eines Rechtschutzgesuches – dies um hervorzuheben, dass Massnahmenbegehren natürlich auch im Rahmen eines sogennanten ordentlichen Verfahrens

gestellt werden können. Was unterscheidet ihre Behandlung strukturell? Einmal das *Beweismass* – es ist bekanntlich tiefer als das des Vollbeweises und beschränkt auf dasjenige der Glaubhaftmachung. Dafür gibt es aber auch eine verminderte *Qualität* an Rechtsanwendung; diese ist notgedrungen auch nur summarischer Natur. Das ganze hat zur Konsequenz – und das ist für unser schweizerisches Privatrecht eine notwendige Folge des Bundesdurchsetzungsrechts -, dass das Ergebnis – die Entscheidung – nicht materiell rechtskräftig werden darf und zwar schon deshalb, weil die Verfahrensgarantien schon strukturell nicht eingehalten werden können. Während des ganzen Verfahrens bleibt die Gesuchstellerin «*on line*» zum Richtergremium. Es kann sich jederzeit eine Änderung ergeben; trotzdem beobachten wir vielfach in der Praxis das Phänomen der *faktisch endgültigen Einstweiligkeit*.

Vierter Aspekt: Das delikate Equilibrium beim einseitigen, sogenannten *ex parte* – Verfahren. Wenn es besonders eilt oder wenn die Vereitlungsgefahr dringend ist, dann ist es gemäss gefestigter prozessualer Wertung möglich, eine Massnahme zu erlangen, ohne dass die Gegenseite angehört wird. In dieser Hinsicht sind zwei Aspekte von besonderer Aktualität: einerseits die sogenannte *Schutzschrift* und andererseits die Frage der *Vollständigkeitspflicht* im Bezug auf den Vortrag der einstweilig privilegierten Gesuchsstellerin. Die Schutzschrift soll den Vorsprung der Gesuchstellerin in bezug auf das rechtliche Gehörs wieder einholen helfen; der Umstand, dass sich jemand auf diese Weise gegen eine geahnte vorsorgliche Massnahme verteidigen kann, nähert dieses Institut demjenigen der negativen Feststellungsklage. Ich glaube, es ist nicht damit getan, die Unzulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der *Petition* zu verneinen; vielmehr muss die Schutzschrift zulässig sein. Für den Aspekt der Vollständigkeit des Vortrages gibt es rechtsvergleichend durchaus einen Präzedenzfall: In England, zum Beispiel, ist es im Massnahmeverfahren *ex parte* notwendig, dass die Gesuchstellerin *full and frank disclosure* erbringt.

Fünfter Aspekt: Die Haftung für materiell ungerechtfertigte Massnahmen. Gestützt auf eine unsichere Grundlage kann es durchaus vorkommen, dass sich eine Massnahme hinterher als materiell ungerechtfertigt erweist. Es besteht heutzutage die Tendenz, die Haftung dafür als eine privatrechtliche aufzufassen – das heisst also für einen Ersatzanspruch die Notwendigkeit des Vorliegens der Voraussetzungen Schaden, Rechtswidrigkeit, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden. Die Rechtswidrigkeit scheint in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Problem gewesen zu sein und ist es vielleicht heute immer noch. Ich denke aber, dass die Rechtswidrigkeit nicht das eigentliche Problem ist, sondern dass die Verschuldensfrage im Vordergrund steht. Hierfür haben wir eine Auswahl an materiellen Haftungsnormen in den Gesetzten – gewisse sind sehr alt und andere sind ganz jung.

In meinem Bericht habe ich für eine Sichtweise plädiert, welche die *strukturelle Selbständigkeit* des Massnahmeverfahrens betont; hier sehe ich das prozessuale Hauptgewicht des Themas. Ebenso vehement habe ich die *zivilrechtliche Natur aller Massnahmeinhalte* unterstrichen. Als Quelle hierfür ist das Prozessrecht bloss ein ausgetrocknetes Bachbett, materielles Zivilrecht hingegen ein tiefer Brunnen. Ich hoffe, dass wir aus diesem Brunnen ergiebig werden schöpfen können, wenn wir nach den Einführungsvoten in die Arbeitsgruppen gehen.

BERTRAND REEB, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne, Rapporteur sur le thème des mesures provisoires dans la procédure de poursuite*

I. Généralités

1. Dans une société moderne, constamment en mouvement, où rien n'est désormais acquis, le provisoire devient en quelque sorte la règle. Il paraît parfois éternel, et chacun s'en accommode en attendant mieux. Dans ce contexte, les mesures provisionnelles, judiciaires ou non, semblent devoir jouer un rôle accru; il suffit de penser, à cet égard, aux procès du droit de la personnalité, qui se règlent la plupart du temps au stade des mesures provisoires (cf. l'arrêt de la IIe Cour civile du Tribunal fédéral du 21 novembre 1995, in Medialex 1996, p. 45 ss, commenté par TERCIER). Cette évolution conduit légitimement à de nouvelles réflexions, et la Société suisse des juristes a sans doute eu raison de mettre ce thème à l'ordre du jour du Congrès de cette année.
2. L'évolution de la société n'est pas sans conséquences dans le domaine des mesures provisionnelles.

a) Les techniques modernes de communication ont accéléré les transactions commerciales; mais elles permettent également de vider rapidement un compte bancaire sur un simple ordre téléphonique, par télex ou par fax (GILLIERON P.-R., Une alerte centenaire: La volonté de restreindre le cas de séquestre de l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP, RSJ (82) 1986, p. 123). Cet aspect contraint l'autorité à une célérité accrue dans l'exécution des mesures conservatoires, ce qui implique qu'elle puisse aussi recourir à ces techniques pour assurer une protection prompte et efficace des droits du requérant (cf. ATF 101 III 65: notification aux banques de l'ordonnance de séquestre par télex).

b) L'évolution du commerce international a dicté de nouveaux types d'engagements qui posent le problème de l'admissibilité même des mesures provisionnelles; il en est ainsi, notamment, s'agissant de l'interdiction faite à la banque d'honorer une garantie bancaire à première demande ou un

accréditif irrévocable (sur ces points: DOHM J., Les garanties bancaires dans le commerce international, Berne 1986, p. 149 ss, ainsi que les références citées; pour le séquestre: ATF 117 III 76, 120 III 159).

3. D'une manière générale, les mesures provisionnelles poursuivent un double but: d'une part, assurer le succès d'une exécution forcée future, sauvegarder l'existence ou l'objet d'un droit quand la durée du procès risque d'en compromettre l'exercice ou de le rendre illusoire; d'autre part, régler provisoirement une situation juridique dans l'attente de la décision au fond (voir PELET V., Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, p. 2 et les citations).

   Ces mesures présentent trois caractéristiques (PELET V., *op. cit.*, p. 4 ss; HOHL F., La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, p. 164 ss):
   - elles sont *provisoires*, en ce sens qu'elles peuvent être modifiées ou rapportées et cessent de déployer leurs effets lorsque le procès prend fin;
   - elles sont *accessoires* au procès au fond, d'où la nécessité en principe de les valider;
   - elles postulent une *intervention rapide*, voire soudaine, de l'autorité, qui se traduit par des aménagements procéduraux à cette fin (preuve limitée à la vraisemblance, dérogation au droit d'être entendu, compétence d'un juge unique, exclusion de l'effet suspensif au recours, etc.).
4. Les mesures provisoires de la LP ont, avant tout, un but *conservatoire*: il s'agit d'empêcher que le débiteur dispose de ses droits patrimoniaux pour les soustraire à ses créanciers; il s'impose, par conséquent, de garantir la mise sous main de justice de ces droits en vue de leur réalisation subséquente. La loi peut toutefois leur assigner d'autres fins, qui tiennent en particulier à la protection du débiteur (suspension de la poursuite) (p. 429–430).

II. Les mesures provisoires dans la LP

1. Pour atteindre l'objectif que la LP et sa législation accessoire assignent aux mesures provisoires (ch. I/4, *supra*), les autorités de poursuite doivent jouir d'un large pouvoir d'intervention d'office qui ne se limite pas aux seules mesures expressément mentionnées par la loi (p. 429 ss).
   Parmi les mesures conservatoires urgentes (p. 434–435), trois méritent un examen particulier: le séquestre (p. 435 ss), la saisie provisoire et l'inventaire (p. 441 ss), qui échappent toutes aux temps prohibés de l'art. 56 LP (cette question est toutefois controversée pour les deux dernières).

La garantie des créances de droit public (impôts, amendes, frais d'instruction, de jugement et d'exécution de la peine) soulève des problèmes spécifiques (p. 443 ss). L'art. 44 LP pose certes le principe d'une exécution forcée particulière, soumise à des dispositions spéciales. Mais la jurisprudence et la législation de droit public ont attribué à cette règle une portée parfois excessive, qui aboutit à vider de sa substance le principe de l'égalité entre les créanciers de droit public et les créanciers de droit privé (p. 445).

Le domaine de la responsabilité de l'Etat a été entièrement revu; à une responsabilité directe des préposés et fonctionnaires et seulement subsidiaire du canton, le législateur a substitué une responsabilité primaire, causale et exclusive de l'Etat (p. 450). On peut néanmoins regretter la solution de laisser aux cantons la compétence de régler les conditions de l'action récursoire (art. 5 al. 3 LP)

La responsabilité à raison d'un séquestre injustifié mérite des développements particuliers (p. 452 ss). La seule modification légale significative consiste dans la consécration de la qualité pour agir du tiers dont les droits patrimoniaux ont été séquestrés, ce qui était, au demeurant, admis par la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral et une importante partie de la doctrine (art. 273 al. 1er, 1re phrase, LP). La nature causale de la responsabilité a été maintenue.

2. Le séquestre – institution fortement controversée – a fait l'objet d'importantes modifications.

a) Le «séquestre des étrangers» (art. 271 al. 1er ch. 4 LP) a été formulé de manière plus restrictive que dans l'ancienne version. La loi révisée insiste sur son caractère subsidiaire («s'il n'y a pas d'autre cas de séquestre») et exige un «lien suffisant avec la Suisse» ou, à défaut, un «jugement exécutoire» ou une «reconnaissance de dette» au sens de l'art. 82 al. 1er LP (p. 436 ss). Bien qu'elle ait donné lieu à de nombreuses discussions, la condition du lien suffisant avec la Suisse devrait avoir une importance pratique toute relative, car on peut penser que le créancier disposera le plus souvent de pièces valant reconnaissance de dette (p. 441).

b) Le législateur a en outre introduit une procédure d'opposition au séquestre (art. 278 LP), qui fait suite à l'octroi de la mesure sur réquisition unilatérale. L'opposition est un moyen juridictionnel, non dévolutif, qui a pour but de donner au débiteur et au tiers la possibilité de présenter leurs arguments, et de permettre au juge du séquestre de réexaminer l'ordonnance après avoir entendu les intéressés. Ce moyen est conçu largement, et permet de critiquer toutes les conditions du séquestre, y compris le principe et le montant des sûretés auxquelles est astreint le créancier (p. 471 ss). La novelle du 16 décembre 1994 institue également un recours cantonal à l'encontre de la décision sur opposition, dans lequel les parties

peuvent alléguer des faits nouveaux et produire des pièces nouvelles (p. 481 ss).
Les rapports entre l'opposition au séquestre et les autres moyens mis à la disposition des intéressés pour contester la mesure elle-même ou la créance qui la fonde sont délicats, en particulier s'agissant de la plainte (p. 487 ss). Compte tenu des moyens qui peuvent être soulevés dans le cadre de l'opposition au séquestre, la plainte aux autorités de surveillance ne doit plus constituer qu'une voie de caractère subsidiaire, limitée aux questions qui relèvent de l'exécution proprement dite du séquestre (p. 488–489).

3. L'exposé relatif aux mesures provisoires dans le droit des poursuites se veut plus descriptif que critique, ce qui n'empêche pas d'émettre, parfois, des réserves sur telle ou telle opinion. Pour ce qui concerne le séquestre, il s'agit avant tout de présenter la nouvelle loi. Il subsiste néanmoins des zones d'ombre touchant en particulier à la qualité et au cercle des personnes admises à former opposition (p. 474–476) et aux motifs d'opposition (p. 477–478). Il appartiendra aux autorités cantonales de résoudre ces questions; en ce domaine, l'apport du Tribunal fédéral sera moindre, car la seule voie ouverte contre la décision rendue en dernière instance cantonale est le recours de droit public (p. 478), le plus souvent limité à l'arbitraire (art. 4 Cst.).

III. Les mesures provisoires dans la Convention de Lugano

Selon l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 16 septembre 1988 (RO 1991, p. 2436 ss; RS 0.275.11), la décision qui accorde l'exécution emporte l'autorisation de procéder à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Cette disposition se borne à prévoir le droit à des mesures conservatoires, mais sans indiquer lesquelles; ce point relève du droit de l'Etat dans lequel l'exequatur est requis. En droit suisse, ces mesures font l'objet d'une vive controverse: selon certains, il s'agirait de la saisie provisoire et de l'inventaire (art. 83 al. 1er, 162 LP); d'autres estiment que l'art. 39 al. 2 Convention de Lugano institue un nouveau cas de séquestre; enfin, d'aucuns considèrent que le créancier peut requérir l'office d'exécuter une saisie, puis demander la réalisation des biens mis sous main de justice, sans poursuite préalable, sitôt le jugement d'exequatur définitif (DONZALLAZ Y., La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, vol. II, Berne 1997, p. 914 ss, ch. 4180 ss; DUTOIT B., FJS 158, p. 14–15, ch. 208; LEUENBERGER CHR., Lugano-Übereinkommen: Verfahren der Vollstreckbarerklärung ausländi-

scher «Geld»-Urteile, PJA 1992, p. 971 ss; PESTALOZZI CHR. M./WETTENSCHWEILER S., Art. 39 des Lugano-Übereinkommens – Ein neuer Arrestgrund?, in: Festschrift Forstmoser, Zurich 1993, p. 327 ss; STOFFEL W. A., Das Verfahren zur Anerkennung handelsrechtlicher Entscheide nach dem Lugano-Übereinkommen, RSDA 1993, p. 115 ss; WALTER G., Zur Sicherungsvollstreckung gemäss Art. 39 des Lugano-Übereinkommens, RSJB 1992, p. 90 ss). Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de trancher le débat (arrêt non publié dans la cause W. c/ Fondation C., du 4 novembre 1996). Dans sa prise de position sur le rapport du groupe d'experts chargé d'examiner la nécessité d'adapter la LP à la Convention de Lugano, il a toutefois souligné que ce dernier avis – à savoir saisie et réalisation sans poursuite préalable -, s'il est conforme à la convention, «stellt einen weit grösseren Einbruch in das geltende schweizerische Vollstreckungsrecht dar».

Dr. ISABELLE HÄNER, *Rechtsanwältin, Zürich, Berichterstatterin zum Thema Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*

Die vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess werden von Gesetzgebung und Praxis in Bund und Kantonen äusserst pragmatisch angegangen. Man findet hier die unterschiedlichsten Ansätze bei der Herausbildung der Voraussetzungen, die zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen führen. Streckenweise ist die Materie auch in dogmatischer Hinsicht ausnehmend zäh, was die Entscheidung in der Praxis im konkreten Fall nicht unbedingt erleichtert.

Bei der Inangriffnahme des Themas habe ich mir zum Ziel gemacht, die Voraussetzungen, welche zum Erlass vorsorglicher Massnahmen führen sollen, herauszuschälen. Von Interesse war dabei aber auch die Frage, inwieweit das vorläufige Handeln im Hinblick auf den Erlass einer späteren Verfügung einen Beitrag zur Deregulierung und zur Reduktion von Komplexität leisten könnte. Beklagt werden gerade in der derzeitigen wirtschaftlichen Lage die viel zu langen Bewilligungsverfahren, welche erhebliche Finanzmittel absorbieren und vorab das Bauen enorm verteuern.

In rechstdogmatischer Hinsicht hat die nähere Untersuchung der vorsorglichen Massnahmen im Bereich des Verwaltungsrechts allerdings – einmal mehr – gezeigt, dass das Verfahren nur beschränkt dazu eingesetzt werden kann, letztlich materielle Ziele zu erreichen. Es geht nicht an, verfahrensmässig derartige Erleichterungen zu schaffen, dass die richtige Anwendung des materiellen Rechts in Frage gestellt wird. Man würde damit die eigentlich materiellen Ziele gewissermassen auf kaltem Weg, nämlich durch ein wenig effizientes Verfahren, wieder zurücknehmen.

In Klammer – und zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen – möchte ich anmerken, dass im Verwaltungsprozess zu den vorsorglichen

Massnahmen auch Anordnungen über die aufschiebende Wirkung gezählt werden können.

Das Verwaltungshandeln ist an das Gesetz gebunden. Dem Gesetzmässigkeitsprinzip wird grundsätzlich nur dann Rechnung getragen, wenn der Sachverhalt feststeht und damit auch der Normtatbestand als erfüllt betrachtet werden kann. Vorsorgliche Massnahmen hingegen erlauben, dass etwa ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung oder einer Verfügung, welches dem einzelnen beispielsweise die Weiterführung eines Betriebes verbietet, nur summarisch geprüft wird. Die Frage, ob die Voraussetzungen zum Verbot, den Betrieb weiterzuführen, d. h. zum Widerruf der Betriebsbewilligung, auch tatsäch l ich erfüllt sind, muss beim Erlass der vorsorglichen Massnahme noch nicht mit Gewissheit beantwortet werden können.

Würde man zudem gestützt auf ein derart vages – nämlich nur summarisch abgeklärtes -Tatsachenfundament entscheiden, wäre nicht nur das Legalitätsprinzip in Frage gestellt, sondern es wäre regelmässig auch die Untersuchungspflicht und häufig auch das rechtliche Gehör verletzt.

Damit somit auf diese Weise summarisch entschieden werden darf, braucht es eine besondere Rechtfertigung. Eine solche ist gegeben, wenn die Verwirklichung des anwendbaren Rechts in Frage gestellt würde, weil zunächst das Verfahren durchlaufen werden muss. Die materielle Rechtsverwirklichung kann somit genauso in Frage gestellt sein, weil infolge des Zuwartens, bis das Endergebnis feststeht, entweder die Entscheidung wirkungslos wird oder aber eine schwere Gefährdung der durch die Norm geschützten Rechtsgüter in Frage steht. Es kann mit anderen Worten gesagt werden, dass das materielle Recht im Regelfall verlangt, dass die Normvoraussetzungen erfüllt sind, dass es aber auf der anderen Seite ebenso verlangen kann, dass nicht bis zum Verfahrensabschluss zugewartet wird, wenn damit gleichzeitig seine eigene Verwirklichung in Frage gestellt würde.

Die Rechtsgrundlage wie die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sind damit vorgezeichnet.

Die Rechtsgrundlage für Vorraussetzung und Inhalt der vorsorglichen Massnahmen kann ich gerade von dieser Warte aus wie dies bereits Christoph Schaub in seiner Dissertation für das Verwaltungsrecht vertreten hat, ebenso im materiellen Recht orten: Es kann nicht dem Sinn und Zweck des materiellen Rechts entsprechen, dass zugewartet wird, bis alle Beweise erhoben sind und die Rechtslage vollends geklärt ist, wenn zum Schluss die Verfügung oder der Entscheid unwirksam zu werden droht. Das materielle Recht gebietet es unter Umständen auch, bei einer schweren Gefährdung der materiellrechtlichen Ziele, dass sofort eine Massnahme getroffen wird.

Bezüglich der *Voraussetzungen,* die zum Erlass der vorsorglichen Massnahmen führen, gilt wiederum, dass das Gesetzmässigkeitsprinzip primär verlangt, dass der bisherige rechtliche und tatsächliche Zustand so belassen

wird, wie er vor Einleitung des Verfahrens bestanden hat: Der Eingriff in die Rechtsstellung des Bürgers soll noch nicht stattfinden, d.h. z.B. der Betrieb soll noch weitergeführt werden können, mit dem Bau des Hauses muss zugewartet werden, bis der Nachbarrekurs entschieden ist, d.h. bis die Voraussetzungen zum Erlass der Verfügung oder des Entscheides feststehen.

Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung im Prozessverfahren den Regelfall bilden sollte, jedenfalls wenn das Rechtsmittel devolutiv wirkt und die Rechtsmittelinstanz Sachverhalt und Rechtsfragen noch weitgehend überprüfen kann. Das Gesetzmässigkeitsprinzip erlaubt die Änderung des bisherigen rechtlichen und tatsächlichen Zustandes wie gesagt nur, wenn ein schwerer Nachteil im Hinblick auf die Gesetzesverwirklichung besteht und die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts gegeben ist. Es braucht also einen besonderen Anordnungsgrund, eine besondere Rechtfertigung. Eine einfache Interessenabwägung, welche die betroffenen Interessen einander gegenüberstellt und den gewichtigeren den Vorzug gibt, genügt m.E. nicht. Der schwere Nachteil tritt zudem wahrscheinlich nur ein, wenn einerseits die Hautpsachenprognose grundsätzlich positiv ausfällt. Andererseits muss auch die zeitliche Dringlichkeit dargetan sein.

Interessant ist, dass im Verwaltungsprozess eine grosse Zurückhaltung besteht, eine Erfolgsprognose zu stellen. In der Literatur ist aber ebenso darauf hingewiesen worden, dass man als entscheidende Instanz trotzdem stillschweigend darauf abstellt. Ich denke, der Erfolgsprognose sollte grundsätzlich nicht ausgewichen werden, da ansonsten die Gefahr besteht, dass sich die zwischenzeitliche Regelung vom materiellen Recht überhaupt abkoppelt. Unter Umständen greift dann die Behörde in ungerechtfertigter Weise in die Rechtsposition eines einzelnen ein, wird etwa eine Verfügung bereits vollzogen, welche sich im nachhinein vielleicht – im Extremfall – als willkürlich erweist.

Damit ist auch der Bogen gespannt zur im öffentlichen Recht ausnehmend umstrittenen Frage, wer für einen zwischenzeitlichen Schaden einzustehen hat. Kann der Staat haftbar gemacht werden für eine vorsorgliche Massnahme, die sich im nachhinein als ungerechtfertigt erweist? Bei den im öffentlichen Recht häufig vorkommenden Drittbeschwerden wird auch die Forderung laut, die Drittbeschwerdeführer, also die Nachbarn und unter Umständen auch die Verbände (Stichwort: Umweltschutzverbände, Natur- und Heimatschutzverbände) vermehrt zur Kasse zu beten, wenn einem Bauherrn grosser finanzieller Schaden entsteht.

Gestützt auf die geltenden rechtlichen Normen bleiben beide Anknüpfungspunkte, sowohl der Schadensersatzanspruch gegenüber dem Staat wie auch derjenige gegenüber den einzelnen, relativ stumpfe Waffen. Ein wichtiger Grund dafür ist vor allem der eng gefasste Widerrechtlichkeitsbegriff sowohl bei der Staatshaftung wie auch bei der Haftung Dritter.

Eine vorsorgliche Anordnung vermag nur dann die Staatshaftung auszulösen und die Widerrechtlichkeit zu begründen, wenn sie entgegen den rechtlichen Voraussetzungen angeordnet worden ist und nicht bereits deshalb, weil das Ergebnis anders als die vorsorgliche Anordnung ausfällt. In diesem Fall kann wohl gesagt werden, die Massnahme war ungerechtfertigt. Widerrechtlich im haftungsrechtlichen Sinn wird sie deshalb aber nicht. Bezüglich der Drittbeschwerden hat das Bundesgericht in einem allerneuesten Entscheid die Auffassung bestätigt, dass Art. 41 OR anwendbar ist und die Erhebung der Beschwerde durch den Nachbarn nur dann widerrechtlich ist, wenn sie rechtsmissbräuchlich, treuwidrig oder böswillig erfolgt. Meines Erachtens besteht die Zurückhaltung gegenüber einer Ausdehnung der Haftung gerade von Drittbeschwerdeführenden zu Recht. Insbesondere ist zu befürchten, dass der gesetzliche Rechtsschutz nicht mehr greifen kann unter der Drohung, dass bei einem Unterliegen neben den Prozesskosten noch für denjenigen Schaden einzustehen ist, der etwa einem Bauherrn durch das verfahrensbedingte Zuwarten entsteht. Die sogenannte Kausalhaftung, wie sie in Art. 84 BZP vorgesehen ist, sollte nicht auf die staats- und verwaltungsrechtlichen Prozessverfahren Anwendung finden. Unter Umständen wäre immerhin zu überlegen, ob nicht eine Haftung zumindest des Staates gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BV abgeleitet werden könnte. Indessen: Es sind wohl Ansätze vorhanden, die in der Lehre diskutiert werden, die Praxis jedoch lehnt einen Entschädigungsanspruch für rechtmässiges Handeln gegenüber dem Staat gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BV weitgehend ab. Es wäre somit der Gesetzgeber aufgerufen, hier eine Grundlage zu schaffen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass vorsorgliche Massnahmen, welche den rechtlichen und tatsächlichen Zustand vor Abschluss des ordentlichen Verfahrens ändern (ich habe sie in meiner Arbeit Regelungsmassnahmen genannt), einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. Ansonsten ist ein Zuwarten geboten. Wird die lange Verfahrensdauer zum praktischen Problem, muss in erster Linie geprüft werden, ob die öffentlichen Interessen, d.h. die im öffentlichen Interesse liegenden Ziele, zurückzunehmen sind. In diesem Fall würde sich auch die Komplexität des Verfahrens reduzieren.

GERARD PIQUEREZ, *Docteur en droit h.c., Juge au Tribunal cantonal jurassien, Rapporteur sur le thème des mesures provisoires en procédure pénale*

Permettez-moi tout d'abord de remercier le comité de la Société Suisse des Juristes de m'avoir désigné pour présenter le rapport sur l'un des quatre objets qui seront traités lors de nos débats.

Lorsque Monsieur le Juge fédéral WURZBURGER m'a abordé, j'ai cédé rapidement, trop rapidement, car le sujet semblait, à première vue, me concerner et il paraissait intéressant de traiter d'un thème commun à l'ensemble du droit procédural. Mon enthousiasme initial s'est bien vite transformé

en appréhension, voire en cauchemar, parce que je me suis rapidement trouvé confronté à un problème préliminaire: qu'est-ce-que les mesures provisoires en procédure pénale?

Cette notion, usuelle en procédure administrative et civile et en matière de droit de poursuite, a-t-elle sa place en droit pénal de forme? J'ai aussitôt consulté les auteurs les plus réputés de la doctrine française, allemande et suisse de la procédure pénale, et la jurisprudence. Peine perdue, car j'ai amèrement constaté que la notion de mesures provisoires était inusitée, voire inconnue dans le domaine du procès pénal. Tout au plus ai-je recensé l'adjectif *provisoire*, employé pour bien préciser que certaines atteintes à la liberté personnelle ne sont qu'éphémères, passagères, dans l'attente d'une décision finale et définitive. Il en est ainsi de la détention avant jugement, que l'on dénomme maintenant détention provisoire et de la saisie ou du séquestre opéré dans la phase policière ou dans l'instruction, que l'on appelle saisie provisoire.

Ainsi, le mandat qui m'était confié consistait à étudier une institution qui n'existe pas. Comment faire? Fallait-il échafauder une théorie des mesures provisoires pour la procédure pénale, afin de traiter le sujet? Ou bien carrément constater que l'objet du contrat était impossible? Aucune des deux solutions n'était satisfaisante. Aussi me suis-je résolu à tenter de trouver une définition, plus exactement une notion des mesures provisoires dans le contexte particulier du procès pénal. Ce qui m'a permis de circonscrire le cadre de mon étude aux *mesures de contrainte temporaires* portant atteinte à la liberté personnelle et qui nécessitent en principe une décision finale qui y mettra un terme, les modifiera ou les confirmera *définitivement.*

Le rapport écrit que je vous ai présenté (publié *supra* p. 1 ss) est divisé en trois parties.

Dans la première partie, j'ai regroupé toutes les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté personnelle, c'est-à-dire tout d'abord les mesures policières contre la liberté des personnes (arrestation, rétention policière et garde à vue) et les mesures judiciaires généralement utilisées dans le cadre de l'instruction préparatoire et même dans celui de la procédure des débats, pour assurer la manifestation de la vérité et la présence des personnes au cours du procès (les mandats de justice).

Dans la deuxième partie, j'ai regroupé les mesures portant certes atteinte à la liberté personnelle, mais plus précisément aux autres libertés constitutionnelles, soit les mesures de contrainte propres à assurer la découverte et la conservation des indices. Au niveau policier, il s'agit des mesures d'identification, de la fouille, des perquisitions, des saisies et des opérations effectuées sur délégation. Quant aux mesures judiciaires, il s'agit des perquisitions, des différentes sortes de saisies (probatoires, à fin de sûreté et de garantie), des

mesures techniques de surveillance et enfin des mesures portant atteinte au corps humain.

Enfin, dans la troisième partie, j'ai traité des voies de recours et du problème posé par l'indemnisation du préjudice causé par toutes ces mesures portant atteinte aux libertés constitutionnelles.

En prenant connaissance du résultat de mes recherches, vous aurez rapidement constaté que je n'ai aucunement innové, car vu le cadre limité imposé à cette étude, je me suis contenté de traiter les différentes questions posées de façon pragmatique, avec comme principal souci de constituer un instrument de travail facilement utilisable pour le praticien.

Mais mon rapport, pour les mêmes raisons, est lacunaire, car il n'aborde pas les problèmes de fond et de principe que suscitent certains sujets, notamment ceux qui touchent des domaines sensibles de l'activité judiciaire, tout particulièrement lorsque l'individu est privé de sa liberté. Se pose alors véritablement le problème des droits de la défense, en particulier celui de leur mise en oeuvre. Ainsi se justifie-t-il aujourd'hui encore de limiter l'accès de l'inculpé détenu au dossier ou de retarder la participation du défenseur aux actes d'instruction? Est-il nécessaire d'instituer un «juge des libertés» qui déciderait des mesures de contrainte? Faut-il poser des limites aux délégations du juge à la police, notamment en ce qui concerne leur objet et leur étendue? Quel sort réserver aux mesures prises illégalement? Toutes ces questions n'ont pu faire l'objet de mon exposé. Elles seront nécessairement abordées lors de nos débats, dont elles constitueront à n'en pas douter l'objet central, en raison des graves atteintes à la liberté individuelle que génèrent les mesures de contrainte et des garanties procédurales qu'elles suscitent.

MICHELE RUSCA, *Docteur en droit, Président du Tribunal d'appel du Canton du Tessin, Rapporteur sur le thème des mesures provisoires lors de procédures d'entraide internationale en matière pénale*

Nous connaissons tous les pressions auxquelles est confrontée la place financière suisse, appelée à faire preuve de plus grande transparence. Le domaine de l'entraide internationale en matière pénale est également touché par ces pressions, puisque la plupart des commissions rogatoires en provenance de l'étranger visent à la remise de la documentation bancaire ou au séquestre des biens déposés sur des comptes suspects. Il n'est donc pas étonnant que la nouvelle loi fédérale sur l'entraide internationale, entrée en vigueur il y a huit mois, ait été fortement influencée par cette constellation.

Le changement de cap par rapport à la loi précédente, qui ne remonte pourtant qu'à 1981, est de poids. Celle-ci devait essentiellement servir – je cite le Message – à *améliorer la protection juridique des personnes dont les droits et les intérêts sont affectés par la collaboration internationale.* La nouvelle EIMP vise en revanche à *accroître l'efficacité de la procédure*

d'entraide en la rendant plus simple et plus rapide. Simplifications et célérité qui, on le comprend aisément, ne sont pas réalisables sans une restriction correspondante des droits individuels.

S'agissant de mesures provisoires, notamment en matière de perquisition et de séquestre de documents, la différence de régime entre l'ancienne et la nouvelle loi ressort de manière frappante. La vieille loi renvoyait à la Procédure pénale fédérale (art. 69 PPF), dans le but d'assurer une protection de la sphère privée uniforme dans tout le Pays: indépendamment des prescriptions des procédures pénales cantonales, normalement applicables, les documents saisis devaient être mis sous scellés et ne pouvaient être consultés par les magistrats enquêteurs suisses avant qu'un Tribunal ait statué sur le recours de l'intéressé.

La nouvelle EIMP suit une solution opposée: le recours contre la saisie de documents n'a pas d'effet suspensif (art. 80*l* al. 2 EIMP); d'ailleurs, il ne pourra être déposé qu'au moment où l'autorité judiciare suisse aura statué sur la transmission à l'étranger des documents saisis (art. 80*e* EIMP), c'est-à-dire après leur consultation.

Signalons que dans la nouvelle EIMP (art. 9) on a oublié de supprimer le renvoi à l'art. 69 PPF, ce qui pourrait susciter une certaine confusion. Mais le vrai paradoxe est que la levée du secret bancaire est devenue bien plus facile lorsqu'elle est ordonnée dans l'intérêt d'une procédure pénale étrangère que lorqu'il s'agit d'un procès ouvert en Suisse. Au point que, à la place du Ministère public de Lugano, dans une enquête financière avec des volets transfrontaliers je serais fortement tenté de demander à mon collègue de Milan ou de Como de requérir de l'étranger la saisie de documents bancaires: je pourrais ainsi les consulter tout de suite sans devoir attendre que deux instances cantonales se soient successivement prononcées sur recours de la banque ou du titulaire du compte.

Le législateur fédéral a décidé que cette incohérence est le prix à payer pour une collaboration internationale plus efficace; d'ailleurs, sous le régime de l'ancienne loi déjà, le Tribunal fédéral avait progressivement restreint les possibilités de contester les mesures provisoires de l'EIMP, notamment en définissant de façon très limitative la légitimation active des recourants et la notion de tiers non impliqué.

Dans mon rapport, j'ai essayé d'illustrer cette évolution, de façon assez concrète pour être utile au praticien. Et, en guise de conclusion, je me suis également efforcé de montrer les aspects positifs de la nouvelle législation sur l'entraide internationale en matière pénale. En particulier, le fait que le recourant est désormais astreint à jouer à cartes découvertes pourrait amener à renforcer la pratique d'accords quant aux documents qui peuvent tout de suite être transmis à l'étranger, avec un gain de célérité, et partant d'efficacité,

encore accru par rapport à celui recherché par la supression d'une voie de recours.

Les participants sont invités à approfondir le débat au sein de divers groupes de travail (procédure civile, procédure administrative, poursuite pour dettes et faillite, procédure pénale), dont les délibérations ne sont pas rapportées dans le présent procès-verbal, mais résumées par les rapporteurs, ci-dessous sous V.

Séance du samedi 27 septembre 1997, Palazzo dei congressi, Lugano

IV. Assemblée générale de la société suisse des juristes (2e partie) Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins (2. Teil)

Ordre du jour
4. Comptes 1995/96 et 1996/97
5. Budget 1997/98
6. Cotisation 1997/98
7. Rapport de la Commission des sources du droit
8. Elections statutaires du Comité et du Président
9. Divers

Traktanden
4. Jahresrechnungen 1995/96 und 1996/97
5. Budget 1997/98
6. Jahresbeitrag 1997/98
7. Bericht der Rechtsquellenkommission
8. Statutarische Bestellung des Vorstands und Wahl des Präsidenten
9. Varia

4. *Comptes 1995/96 et 1996/97*

I.Comptes 1995/96
Allgemeine Rechnung

Bilanz per 30. Juni		1996	1995
Aktiven		Fr.	Fr.
Kasse		1'984.75	3'713.90
Postcheck		19'696.44	6'095.04
Waadtländer Kantonalbank		120'004.95	93'195.80
Waadtländer Kantonalbank Festgeldkonto		50'249.45	210'000.00
Verrechnungssteuer		5'223.25	6'048.51
Wertschriften		50'000.00	50'000.00
Transitorische Aktiven		139'140.40	69'511.55
		386'299.24	438'564.80
Passiven		Fr.	Fr.
Transitorische Passiven		39'737.80	85'677.70
Rückstellungen für Publikationen		200'000.00	200'000.00
Kapital			
– Vortrag 1. Juli	152'887.10		
– Ausgabenüberschluss	–6'325.66	146'561.44	152'887.10
		386'299.24	438'564.80

Erfolgsrechnung	1995/96	1994/95
Einnahmen	Fr.	Fr.
Mitgliederbeiträge	225'737.00	223'920.00
Beitrag SAGW	5'000.00	8'000.00
Verkauf von Publikationen	960.30	1'079.50
Wertschriftenertrag	3'125.00	7'650.00
Bank- und Postcheckzinsen	3'350.52	1'612.57
	238'172.82	242'262.07
Ausgaben	Fr.	Fr.
Druckkosten Referate und Protokolle	131'484.15	143'523.80
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	42'410.30	40'223.80
Schweiz. Juristentag	29'529.15	17'107.70
Vergütung an Referenten	6'000.00	1'500.00
Spesen des Vorstandes	1'481.00	1'058.00
Zirkulare und Drucksachen	14'671.60	9'954.95
Archivar und Buchhaltung	11'480.00	11'130.00
Post- und Bürospesen	1'205.80	811.00
Beiträge	4'500.00	5'000.00
Bankspesen	493.58	387.70
Steuern	1'242.90	1'398.50
	244'498.48	232'095.45
Ausgaben-/Einnahmenüberschuss	-6'325.66	10'166.62
	238'172.82	242'262.07

Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni		1996	1995
Aktiven		Fr.	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		3'022.30	3'034.05
Verrechnungssteuerguthaben		114.80	101.75
		3'137.10	3'135.80
Passiven		Fr.	Fr.
Kapital per 1. Juli	3'135.80		
– Einnahmenüberschluss	1.30	3'137.10	3'135.80
		3'137.10	3'135.80

Erfolgsrechnung pro	1995/96	1994/95
Einnahmen	Fr.	Fr.
Bankzinsen	37.28	7.01
Ausgaben	Fr.	Fr.
Bankspesen	35.98	115.82
Einnahmen-/Ausgabenüberschuss	1.30	-108.81
	37.28	7.01

I. Comptes 1996/97

Bilanz per 30. Juni		1997	1996
Aktiven		Fr.	Fr.
Kasse		2'634.60	1'984.75
Postcheck		25.265.39	19'696.4
Waadtländer Kantonalbank		219'796.90	120'004.95
Waadtländer Kantonalbank Festgeldkonto		50'689.55	50'249.45
Verrechnungssteuer		2'965.11	5'223.25
Wertschriften		50'000.00	50'000.00
Transitorische Aktiven		45'087.60	139'140.40
		396'439.15	386'299.24
Passiven		Fr.	Fr.
Transitorische Passiven		58'777.10	39'737.80
Rückstellungen für Publikationen		200'000.00	200'000.00
Kapital			
– Vortrag 1. Juli	146'561.44		
– Ausgabenüberschluss	–8'899.39	137'662.05	146'561.44
		396'439.15	386'299.24

Erfolgsrechnung	1996/97	1995/96
Einnahmen	Fr.	Fr.
Mitgliederbeiträge	209'245.00	225'737.00
Beitrag SAGW	5'000.00	5'000.00
Verkauf von Publikationen	3'040.40	960.30
Wertschriftenertrag	2'312.50	3'125.00
Bank- und Postcheckzinsen	1'297.75	3'350.52
	220'895.65	238'172.82
Ausgaben	Fr.	Fr.
Druckkosten Referate und Protokolle	133'454.70	131'484.15
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	42'917.35	42'410.30
Schweiz. Juristentag	16'443.40	29'529.15
Vergütung an Referenten	6'000.00	6'000.00
Spesen des Vorstandes	971.60	1'481.00
Zirkulare und Drucksachen	11'637.40	14'671.60
Archivar und Buchhaltung	11'457.00	11'480.00
Post- und Bürospesen	676.55	1'205.80
Beiträge	4'500.00	4'500.00
Bankspesen	183.39	493.58
Steuern	1'553.65	1'242.90
	229'795.04	244'498.48
Ausgabenüberschuss	–8'899.39	–6'325.66
	220'895.65	238'172.82

Fonds Dr. Arnold Janggen

Bilanz per 30. Juni		1997	1996
Aktiven		Fr.	Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent		3'117.10	3'022.30
Verrechnungssteuerguthaben		28.69	114.80
		3'145.79	3'137.10
Passiven		Fr.	Fr.
Kapital per 1. Juli	3'137.10		
Einnahmenüberschluss	8.69	3'145.79	3'137.10
		3'145.79	3'137.10

Erfolgsrechnung pro	1996/97	1995/96
Einnahmen	Fr.	Fr.
Bankzinsen	44.69	37.28
Ausgaben	Fr.	Fr.
Bankspesen	36.00	35.98
Einnahmenüberschuss	8.69	1.30
	44.69	37.28

La lecture des rapports des réviseurs, ANGELO RUGGIERO et RUDOLF ROTH, n'est pas demandée. Ceux-ci recommandent d'approuver la comptabilité des deux exercices mentionnés. Les comptes 1996/96 et 1996/97 sont ainsi adoptés à l'unanimité.

5. *Budget 1997/98*

		1995/96
Einnahmen	Fr.	Fr.
Mitgliederbeiträge	215'000.00	209'245.00
Beitrag SAGW	5'000.00	5'000.00
Verkauf von Publikationen	1'400.00	3'040.40
Wertschriftenertrag	2'300.00	2'312.50
Bank- und Postcheckzinsen	1'300.00	1'297.75
	225'000.00	220'895.65
Ausgaben	Fr.	Fr.
Druckkosten Referate und Protokolle	120'000.00	133'454.70
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht	42'000.00	42'917.35
Schweiz. Juristentag	25'000.00	16'443.40
Öffentlichkeitsarbeit	10'000.00	0.00
Vergütung an Referenten	6'000.00	6'000.00
Spesen des Vorstandes	1'000.00	971.60
Zirkulare und Drucksachen	11'000.00	11'637.40
Archivar und Buchhaltung	11'500.00	11'457.00
Post- und Bürospesen	1'000.00	676.55
Beiträge	4'500.00	4'500.00
Bankspesen	500.00	183.39
Steuern	1'500.00	1'553.65
	234'000.00	229'795.04
Ausgabenüberschuss	–9'000.00	–8'899.39

Ce budget est approuvé à l'unanimité.

6. *Cotisation 1997/98*

L'assemblée décide à l'unanimité de maintenir la cotisation à fr. 60.-

7. *Rapport de la Commission des sources du droit*

Dr. CLAUDIO SOLIVA, Professor, Zürich

Für die Berichtsperiode vom 1.4.1996–30.6.1997 ist zunächst vor allem festzuhalten, dass der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung dem im Herbst 1996 eingereichten Gesuch um die Gewährung der erforderlichen Mittel für eine weitere Dreijahresperiode wiederum ohne Kürzungen entsprochen hat. Unsere Arbeit kann somit in unverminderter Intensität weitergeführt werden. Dafür sind wir den Organen des Nationalfonds zu grossem Dank verpflichtet. Wir glauben, dies auch als Zeichen dafür vermerken zu dürfen, dass einerseits neue Forschungsresultate im Druck vorgelegt werden, und dass wir andererseits auch Forschungsergebnisse mit andersweitiger zusätzlicher oder vollständiger Unterstützung herausbringen konnten und zudem für die Druckkosten unserer gewichtigen Bände dank eigener Satzherstellung nicht mehr an den Nationalfonds gelangt sind.

Dann hat die Rechtsquellenstiftung in der Berichtsperiode wiederum zwei Rechtsquellenbände ediert. Die Rechtsquellen des Kantons Zürich, Neue Folge, Zweiter Teil: Rechte der Landschaft, 1. Band, *Das Neuamt*, bearb. von Dr. THOMAS WEIBEL; der Band erschien bei Sauerländer im November 1996. Im Dezember des gleichen Jahres erschien als zweiter Band der Rechtsquellen der Stadt St. Gallen *Das Stadtbuch von 1673*, bearb. von PD Dr. phil. ERNST ZIEGLER, im gleichen Verlag. In diesen beiden Fällen musste die Stiftung keine finanzielle Hilfe vom Nationalfonds, weder für die Forschung noch für die Drucklegung, erbitten, weil es ihr gelungen ist, kantonale wie kommunale, private und öffentliche Institutionen für die Finanzierung zu gewinnen. Auch diesen Institutionen (sie sind selbstverständlich im Impressum der Bände vermerkt) gebührt unser aufrichtiger Dank.

Zur Zeit liegen zwei Bände (Luzern und Waadt), in Satz und Umbruch fertiggestellt, vor; hier läuft die Arbeit an den Registern.- Für drei weitere Bände (Waadt, Zehngerichtebund GR und Biel) sind Satz- bzw. Umbrucharbeiten im Gange; zwei fertiggestellte Manuskripte (Freiburg und Wil) befinden sich in Begutachtung.

Forschungen laufen und sind in Vorbereitung in den Kantonen Bern, Luzern, St. Gallen, Graubünden, Thurgau, Wallis und Genf. Auch in Zürich wird nach einer Lösung für die Fortführung der erneut begonnenen Forschung gesucht, weil zur Zeit alle zur Verfügung steheneden Mittel eingesetzt sind.

Mündlich führte Herr Prof. CLAUDIO SOLIVA aus:

Verehrter Herr Präsident, meine sehr verehrten Damen und Herren,

Wie seit wenigen Jahren üblich, können Sie dem der Tagungsmappe beigelegten Bericht der Rechtsquellenstiftung die wichtigsten Mitteilungen über den Verlauf und die Resultate unserere Forschungen entnehmen. Mir liegt daran, hier noch einige wenige Akzente zu setzen.

1. Wenn wir mit grosser Genugtuung davon sprechen, dass der Nationalfonds zur Förderung der wisschenschaftlichen Forschung unserem Gesuch um einen weiteren, die Millionen-Grenze übersteigenden Beitrag für die Arbeit an den Schweizerischen Rechtsquellen bis zum Ende dieses Jahrtausends bewilligt hat, so müssen wir doch einmal mehr betonen, dass die kantonale Subventionspraxis, in den verschiedenen Landesgegenden zwar begreiflicherweise sehr verschieden, trotzdem absolut unentbehrlich ist und immer wieder einer erneuten Überprüfung bedarf.

Der Zufall will es, dass in dieser Berichtsperiode die Edition von zwei bedeutenden Werken nicht dank dem Nationalfonds sondern dank anderweitiger Institutionen erfolgen konnte. Es sind dies die im Bericht erwähnten Rechtsquellenbände St. Galler Stadtrechte 2 von 1773 sowie der Zürcher Rechtsquellenband über die Landrechte des damaligen «Neuamtes», für welche die finanzielle Hilfe des Nationalfonds weder für die Forschung noch für die Drucklegung in Anspruch genommen werden mussten.

Es ist uns gelungen, kantonale und kommunale, private und öffentliche Institutionen für die diesbezügliche Finanzierung zu gewinnen. Mein Appell geht an Sie alle, die Sie vielfach in politischen, staatlichen und wirtschaftlichen Gremien tätig sind: Unterstützen Sie dieses wesentliche, traditionelle Anliegen des Schweizerischen Juristenvereins; tragen Sie das Ihre dazu bei, dass wir in gewohntem und durchaus erfolgreichem Stile weiterarbeiten können, indem Sie durch Ihren Einfluss mithelfen, dass die unbedingt erforderlichen Subventionen gesprochen werden.

2. Wir unsererseits bemühen uns, die Resultate unserer Forschungen an eine weitere Öffentlichkeit heranzutragen. Diesem Zwecke dienten die beiden Buch-Vernissagen im Dezember 1996 in der imposanten, noch mit alter Technik bestückten Geigenmühle in Neerach ZH mit einem Referat von Prof. Dr. CLAUSDIETER SCHOTT (Universität Zürich) über das «Jahrhundertunternehmen der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins und den Zürcher Beitrag hiezu», und im März 1997 im Stadthaus St. Gallen mit einem Referat von Prof. DDr. KARL HEINZ BURMEISTER (Universität St. Gallen) über die «Stadtsatzungsbücher». Beide Vorstellungen haben gebührende Beachtung auch in der Presse gefunden.

Wir werden auch in der kommenden Berichtsperiode mit hoher Wahrscheinlichkeit 1–2 neue Bände präsentieren können.

3. Für die Forschung sind zur Zeit folgende Schwerpunkte zu verzeichnen: Graubünden und St. Gallen (in Weiterführung bestehender Projekte),Thurgau, Wallis und Genf (neu). Für die Weiterführung der so erfolgreich neu begonnenen Forschung im Kanton Zürich stünden zwar qualifizierte Mitarbeiter zur Verfügung, es fehlen indessen noch die dazu erforderlichen finanziellen Mittel. Also nochmals: Helfen Sie mit, die sicher vorhandenen Liquiditäten etwas mehr zum Sprudeln zu bringen!

8. *Elections statutaires du Comité et du Président*

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Nous avons maintenant à procéder à des élections statutaires. En effet, M. le professeur BLAISE KNAPP et M. le professeur WALTER KÄLIN arrivent à la fin de leur mandat. Après six ans passés au Comité, ils souhaitent selon nos usages se retirer. J'aimerais ici leur rendre hommage. Bien que très chargés, tous deux ont fait bénéficier le Comité de leur grande compétence. M. le professeur KNAPP est bien connu des juristes suisses par ses nombreux ouvrages et, en particulier, son Précis de droit administratif, qu'on consulte toujours avec plaisir et intérêt, tant il est clair et substantiel. C'est dans le même esprit que M. KNAPP a collaboré aux travaux du Comité, en y apportant encore une bonne humeur réconfortante. Tous les juristes connaissent l'apport du professeur KÄLIN à la science juridique suisse. Je n'aimerais citer ici que son livre sur le recours de droit public, fort utile aux juges fédéraux, quand ils se perdent dans les méandres qu'ils ont eux-mêmes créés. A part ses conseils avisés, le professeur KÄLIN a fait preuve au sein du Comité d'un grand dévouement en de nombreuses occasions, assumant à deux reprises la rédaction de notre 5ème fascicule annuel, rapportant les travaux de notre congrès. Que ces éminents juristes reçoivent ici tous nos remerciements. Comme celui qui vous parle va également quitter ses fonctions, ce sont trois nouveaux membres que nous devons élire. Le Comité vous soumet la proposition suivante. Dans son choix, il s'est efforcé de respecter une proportion linguistique et d'assurer un apport professionnel diversifié. Mme la juge fédérale DANIELLE YERSIN a présenté à notre congrès de 1992 à Lucerne un rapport sur l'égalité de traitement en droit fiscal, domaine où elle fait autorité. M. le professeur GEORG MÜLLER est un spécialiste du droit public et administratif. Son commentaire de l'art. 4 Cst. est connu de chacun. Il nous avait présenté en 1981, à Saint-Gall, un rapport sur la propriété privée aujourd'hui. Enfin, Me DOMINIQUE DREYER a soumis au congrès de l'année passée à Lausanne un rapport fort remarqué sur l'avocat dans la société actuelle. Me DREYER allie parfaitement la pratique et le goût de la recherche scientifique. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de vous présenter davantage ces personnalités.

Les trois candidats sont élus par l'assemblée, à l'unanimité.

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Nous devons maintenant élire le président de la société. Le Comité s'est tout naturellement tourné vers notre vice-président, M. le professeur JEAN NICOLAS DRUEY. M. DRUEY enseigne à Saint-Gall, comme vous le savez certainement tous. La vision de M. le professeur DRUEY est des plus vastes, puisqu'il s'est attaché aussi bien au droit des successions qu'au droit commercial et, tout récemment, aux problèmes juridiques que pose l'information. M. DRUEY nous a présenté en 1980 à Fribourg un rapport sur le droit des groupes de sociétés. Il est entré au Comité en 1991. Musicien, humaniste, M. le professeur DRUEY est très attaché à notre société. Nous ne pouvons que le recommander à vos suffrages.

M. le professeur DRUEY est acclamé à la Présidence de la Société suisse des juristes par l'assemblée unanime.

Dr. JEAN NICOLAS DRUEY, *Professor, St. Gallen*

Ich danke Ihnen für die Wahl.

Mein schwieriges Anliegen ist es nun, den Dank an unseren scheidenden Präsidenten abzustatten. Er hat so viele schöne Dankausdrücke, so viele schöne Worte gefunden – und jetzt sollten wir dies noch um einiges steigern können! Auch mit dem Rückzug in die nüchterne deutsche Sprache ist es nicht getan. Herr WURZBURGER hat in seinen drei Amtsjahren die Geschäfte unserer Gesellschaft so liebevoll und dabei so zielbewusst für das Einzelne wie für die grosse Linie geführt, dass nun Ihnen und mir die Aufgabe obliegt, mit einer wirklich gut tönenden *Akklamation* diesen Dank zum Ausdruck zu bringen.

M. le Juge fédéral WURZBURGER remercie M. le professeur DRUEY. Il l'invite à présenter son programme.

Sie haben mich als Katze im Sack gekauft. Das Programm, das ich Ihnen vorstelle, ist wieder nichts anderes als ein Dank an meinen Vorgänger. Wir haben ja dieses besondere System im Schweizerischen Juristenverein, dass gleichsam die Inkubationszeit unserer Tätigkeit im Vorstand, und namentlich des Präsidenten, genau der Amtsdauer eines Präsidenten, nämlich drei Jahren, entspricht. Das ist unser Planungshorizont. Was in meiner Amtsperiode nun geschehen wird, ist das Aufgehen von Samen, die Herr WURZBURGER gesät hat. Auch das ist also sein Verdienst.

Besonders möchte ich die besonderen Verdienste unseres scheidenden Präsidenten im Brückenschlagen hervorheben. Er hat in einem Juristentag die Brücke geschlagen zu den Anwälten, er hat die Brücke geschlagen, in diesem

Jahr, zu den Richtern und er hat schon die Brücke geschlagen für ein Projekt, das nun sogar hinter meine Amtszeit fällt, nämlich zu einer Veranstaltung, die wir auf europäischer Ebene, jedenfalls mit den deutschen und den österreichischen Juristen – nur in diesen Ländern kennen wir Organisationen, die etwa der unseren entsprechen – zusammen durchführen möchten. Ich freue mich besonders über die Anwesenheit des Präsidenten des deutschen Juristentages, Herrn Kollegen RABE, hier in diesem Raum als Zeuge dieser Erwähnung. Ich glaube, der Vorsitzende wird dann seinerseits noch darauf zurückkommen wollen.

Mein Anliegen, meine Damen und Herren, ist es, dass wir alle – der Vorstand zunächst, aber auch die schweizerische Rechtswelt überhaupt – uns bewusst bleiben, mit dem Schweizerischen Juristenverein, und mit dem Schweizerischen Juristentag im Besonderen, eine sehr wertvolle Institution zu besitzen. Der Schweizerische Juristentag, so meine ich, fühlt sich verpflichtet dem Gedanken, dass Recht mehr ist als nur geronnene Politik, mehr als nur die erstarrte Lava dessen, was in den Parlamenten und Regierungen zum Ausbruch kommt, dass wir für etwas Lebendiges zu sorgen haben, für etwas Organisches. Das erfordert ein Verständnis, das hinter die einzelnen Paragraphen blicken kann, auf das, was eben im Untergrund dieses Rechtes lebendig ist. Das Bewusstsein dafür aufrechtzuerhalten ist heute nicht leicht. Wir müssen die Chance sehen, die unsere Institution als Verwalterin des schweizerischen Rechts hat, in einer Zeit, in der die Bestimmung des Verhältnisses von Beweglichkeit einerseits und Eigenständigkeit andererseits nottut. Unser Gremium ist eine Gelegenheit wie keine andere, uns in dieser Grundfrage zu artikulieren und zu helfen, die Entwicklung unseres Rechts zu steuern oder doch zu inspirieren.

9. Divers

M. SEILER propose, parmi les moyens destinés à accroître le nombre des membres, de réaliser une plaquette présentant la Société suisse des juristes, suggestion dont il est pris acte.

HANS-JÜRGEN RABE, *Rechtsanwalt, Vorsitzender der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Hamburg*

Bevor ich der Aufforderung Ihres Noch-Präsidenten folge und ein paar Worte zu unserem gemeinsamen Projekt sage, lassen Sie mich sehr herzlich danken, lassen Sie mich danken – Ihnen, Herr Präsident WURZBURGER, für die Gastfreundschaft, die Sie mir an diesem schönen Schweizerischen Juristentag gewährt haben, und lassen Sie mich vor allen Dingen danken für die freundschaftliche, kollegiale und verständnisvolle Kooperation, die wir in den letzten drei Jahren zusammen gehabt haben. Ich beglückwünsche gleichzeitig

im Namen meiner deutschen Kollegen Herrn Professor DRUEY zur Wahl als neuen Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins und sichere ihm zu, und zwar im Sinne dessen, was er eben zu Ihnen gesagt hat, dass auch in der nächsten Zeit und darüber hinaus die freundschaftliche Kooperation mit dem Deutschen Juristentag ein fester Bestandteil unserer Tätigkeit sein wird.

Einige wenige Worte zu dem von Herrn Präsident WURZBURGER bereits angedeuteten Projekt. In den letzten Jahrzehnten ist der Einfluss einer Gesetzgebung, die nicht mehr in unseren nationalen Parlamenten gemacht worden ist, sondern die von supra-nationalen Institutionen, die wir so gewollt haben, gemacht wurde, immer unübersehbarer. Ich meine natürlich die Gesetzgebung, die aus Brüssel stammt. Aber ausser einer Gesetzgebung, die primär die Mitgliedstaaten der Europäischen Union betrifft, gibt es eine Reihe von legislativen Akten, die über die Europäische Gemeinschaft hinaus alle europäischen Staaten betreffen – ich erwähne nur das Lugano-Abkommen, das uns alle berührt. Es kann sich in Europa, ob Mitglied der Europäischen Union oder nicht, nach meiner Auffassung kein Land, kein Gesetzgeber und auch kein Juristenstand mehr einer Entwicklung entziehen, die über die nationalen Grenzen hinausgeht. Dazu trägt nicht nur der Gesetzgeber in Brüssel, dazu trägt vor allem auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg bei, der in bewundernswerter Weise auf der Grundlage eines relativ vagen Vertrages in den letzten Jahrzehnten sehr deutliche Ansätze einer europäischen Rechtsordnung geschaffen hat. Auch dem kann sich niemand entziehen, und dem sollte sich vor allem kein Juristenstand und kein Juristentag, keine Juristenvereinigung entziehen. Damit ist natürlich die Frage zu stellen, ob es eigentlich noch richtig ist, dass eine Juristenvereinigung, die es sich zum Ziel gesetzt hat, nicht nur interessante theoretische Rechtsprobleme zu erörtern, sondern die es sich auch zum Ziel gesetzt hat, dem Gesetzgeber zu raten, Empfehlungen an den Gesetzgeber zu richten, ob eine solche Vereinigung sich nur noch im nationalen Rahmen bewegen kann.

Es gibt natürlich, das wissen wir, viele fachlich orientierte Vereinigungen, die sich mit über die Grenzen wirkenden und über die Grenze Geltung beanspruchenden Problemen befassen. Aber was es bisher nicht gibt, ist eine Vereinigung wie Ihre Vereinigung und der Deutsche Juristentag, der alle Juristen, die mit dem Recht in irgend einer Weise zu tun haben (als Richter, Anwälte, Verwaltungsbeamte, Staatsanwälte, Wissenschaftler) vereinigt und die ein Sprachrohr für gesamtjuristische Anliegen sein kann. Deswegen ist die Idee entstanden, dass die Juristenvereinigungen in der Schweiz, in Österreich und in Deutschland eine Initiative starten, die die gemeinsamen Fragen, auch die gemeinsamen rechtlichen Grundüberzeugungen in dem Sinne, in dem sie Herr Professor DRUEY eben angesprochen hat, aufgreift, sie bewusst

macht und sie weiterentwickelt und daraus vielleicht Anregungen an den europäischen Gesetzgeber geben kann.

Ich möchte zum Abschluss betonen, dass diese Initiative zunächst organisatorisch auf diese drei genannten Juristenvereinigungen begrenzt sein sollte, um der Vorbereitung einer solchen Veranstaltung Effektivität zu verleihen, dass wir aber von vorneherein daran gedacht haben, einen Nukleus zu bilden für eine – wie Herr Professor DRUEY es eben gesagt hat – europäische Veranstaltung welcher Art auch immer – ich scheue mich noch, das grosse Wort vom europäischen Juristentag auszusprechen. Aber wenn aus den ersten kleinen Pflänzlein, die wir zu pflanzen uns bemühen, ein europäischer Juristentag wird, der es verdient, so genannt zu werden, dann würde dies mich als überzeugten Europäer (über die Grenzen der Europäischen Union hinaus) ganz ausserordentlich freuen.

Les groupes de travail se réunissent pour une seconde séance.

V. Exposés des rapporteurs sur les travaux menés au sein des groupes de travail

Dr. STEPHEN V. BERTI, *Rechtsanwalt, Zürich, Berichterstatter zum Thema Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess*

Wir haben in der Gruppe Zivilprozessrecht über fast alle Aspekte meines Einführungsvotums animiert debatiert. Vorab möchte ich danken für die wohlwollende Aufnahme und kritische Auseinandersetzung mit meinem schriftlichen Bericht.

Nicht aus Sturheit, sondern aus Überzeugung halte ich an der Konzeption fest, wonach die Anordung einer vorsorglichen Massnahme im Zivilprozess stets ein *Akt der Zivilrechtsanwendung* ist; die Diskussionen in der Gruppe haben diesbezüglich nichts zu ändern vermocht. Wir können nun gespannt sein, wie das Bundesgericht dem Einwand begegnen wird, dass eine Massnahme, die nicht auch ein subjektives Recht faktisch zu- oder aberkennt, nicht denkbar ist.

Zu Beginn wendeten wir uns der Abgrenzung von Bundesrecht und kantonalem Recht zu, stellten indes alsbald fest, dass die Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht nach wie vor gewinnbringender ist. Im Bereich des sogenannten Bundesdurchsetzungsrechts gibt es nämlich viele Normen, welche eine prozesuale Funktion haben, weshalb man sich nicht vorschnell von einer Dichotomie Prozessrecht – materielles Recht blenden lassen darf. Vielmehr muss man auch das Durchsetzungsrecht miteinbeziehen, um dogmatisch sauber argumentieren und werten zu können.

Ich weigere mich zwar, diese Fragegruppe mit der Etikette «Vereinheitlichung» zu versehen, denn es geht hier bereits de lege lata um die Effektivität des Rechtsschutzes; trotzdem muss ich mich als Befürworter einer schweizerischen Zivilprozessordnung bekennen – sei es auch, wenn es nicht anders geht, auf der Basis der waadtländer Zivilprozessordnung, damit alle befriedigt sind.

Kollege LUCAS DAVID, ein ausgewiesener Kenner des Immaterialgüterrechts, hat darauf hingewiesen, dass das bundesrechtliche Obligatorium einer einzigen sachlich zuständigen Instanz pro Kanton insofern mangelhaft ist, als der einstweilige Rechtschutz nicht davon erfasst ist. Ich hatte diesbezüglich geschrieben, der durch die Konzentration verfolgte Zweck in der Gerichtsbarkeit in Spezialmaterien sei nur unvollkommen erreicht; Herr DAVID sprach gar von einer wahren Katastrophe. Auf die Frage hin, weshalb der Entwurf für ein Bundesgesetz über die örtliche Zuständigkeit keine Abhilfe vorsieht, war darauf hinzuweisen, dass die Vorlage auf die örtliche Zuständigkeit beschränkt ist; die am Entwurf Beteiligten waren nicht mandatiert, die sachliche Zuständigkeit zu regeln.

Um zu zeigen, dass auch ich bisweilen bereit bin, neidlos kantonale Kompetenzen anzuerkennen, habe ich mich mit Gerichtspräsidenten Denis TAPPY einverstanden erklären können, dass zumindest ungeschriebenes Bundesrecht wohl nichts dagegen hat, wenn die Kantone im Bereich des vorsorglichen Rechtsschutzes den Offizialgrundsatz einsetzen, wie dies im Kanton Waadt zum Teil der Fall ist.

Bezüglich der Frage, wann welche Kriterien eigentlich gelten, damit eine Massnahme ausgesprochen werden darf, verdient das Diktum des Bundesgerichts (Ziff. 97 meines Berichtes) nach wie vor Zustimmung: Ist im Massnahmeverfahren ein Massnahmeanspruch, bei grundsätzlicher Bejahung eines solchen, in einem ersten methodologischen Schritt ausgewiesen, betrachtet aber die Massnahmeinstanz den Nachteil der Gesuchsgegnerin als gross, so darf sie sich nicht vor dem Erlass der Massnahme scheuen, nur weil sie fürchtet, dass der Schaden der Gesuchsgegnerin gross sein könnte, falls sie sich geirrt haben sollte. Das Gericht irrt sich ja nicht im strengen Sinne des Wortes, sondern entscheidet auf einer Grundlage, die «von Instituts wegen» unvollkommen ist. Die Massnahmeinstanz muss sich transparent dazu bekennen und offenlegen, weshalb sie den Ausweis bejaht, den sie natürlich wieder absprechen muss, falls verbesserte Erkenntnis dies gebietet.

Schliesslich wurde die Frage gestellt, was das wünschbare Mass bezüglich Zugang zur Massnahmeinstanz wäre; sollten etwa Richter Tag und Nacht zur Verfügung stehen? Dies ist schliesslich eine Frage der Rechtskultur, die man sich leisten möchte oder kann – es ist ein Trivium zu sagen, dass die Ressourcen knapp sind, aber sie sind es tatsächlich. Von anwaltlicher Seite her ist es wünschenswert, einen persönlichen Zugang zum Richter zu haben

und nicht – wie es im Kanton Zürich verbreitet ist – nur auf schriftlichem Wege. Der Rechtsvertreter soll, wie Hans FRITZSCHE einmal schön geschrieben hat, die Möglichkeit haben, dem Richter in die Augen zu schauen, währenddem er ihm seine Anliegen vorträgt.

Am Schluss bestand Einigung, dass die Handhabung des einstweiligen Rechtsschutzes auch in der Praxis eine Kunst des Möglichen ist – und wohl auch bleiben wird.

BERTRAND REEB, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne, Rapporteur sur le thème des mesures provisoires dans la procédure de poursuite*

Le groupe de travail chargé des mesures provisoires dans la LP a procédé à un large tour d'horizon des nouvelles dispositions entrées en vigueur le 1er janvier 1997 sur la base d'un questionnaire préparé par M. le professeur SPÜHLER qui présidait la séance. La discussion a été très concrète. En résumé, on peut mentionner les questions principales suivantes.

A propos de l'article 44 LP, qui réserve les dispositions légales spéciales pour la réalisation d'objets confisqués en vertu de lois pénales et fiscales, une majorité du groupe de travail a considéré que ces privilèges pouvaient parfois paraître exorbitants, comme je l'ai relevé dans mon rapport. Mais certains participants n'ont pas manqué de relever que le Tribunal fédéral avait aussi contribué à cette situation, notamment en matière d'affectation d'impôts lors d'une réalisation d'immeubles.

Le séquestre, qui est évidemment une mesure conservatoire toujours très discutée et controversée, a longtemps retenu l'attention des participants. En particulier, l'interprétation de la nouvelle condition du «lien suffisant avec la Suisse» (art. 271 al. 1er ch. 4 LP) a été évoquée. Il a été question de la situation des travailleurs frontaliers, lorsque l'Etat voisin fait valoir une créance fiscale (ce qui ne serait de toute manière pas possible selon nos conceptions juridiques) et les conditions auxquelles un séquestre serait possible en Suisse, le lien de rattachement étant constitué par le fait que le travailleur frontalier travaille en Suisse.

Bien entendu, cette notion de «lien suffisant» devra être précisée par la jurisprudence. Ce rôle incombera surtout aux autorités cantonales car le Tribunal fédéral ne sera pas d'une aide importante, puisqu'il ne peut être saisi dans ce domaine que par la voie du recours de droit public, le plus souvent restreint à l'arbitraire. Une interprétation large devrait être retenue.

La question des moyens de preuve dans la procédure de recours contre la décision sur opposition au séquestre a été abordée. L'exemple zurichois a été cité, où, semble-t-il, il serait prévu d'autoriser beaucoup plus largement les preuves dans la procédure de recours, et non pas de se limiter aux preuves immédiatement disponibles. Cette solution risque évidemment de retarder le

déroulement de la procédure de séquestre et de donner quelques arguments à ceux qui critiquaient pour ce motif l'introduction d'un recours cantonal en la matière.

La question de la validation du séquestre, notamment à l'étranger, fait problème à propos des délais de validation, puisque la loi prévoit un délai de dix jours. Il peut être assez difficile de valider par une action introduite à l'étranger un séquestre ordonné en Suisse dans un délai aussi bref. Il faut consulter un mandataire, puis remettre les documents pertinents, enfin saisir le tribunal compétent. On se demande si, dans ce domaine, la loi ne devrait pas être plus précise, plus souple, et permettre une prolongation des délais, peut-être par le biais de l'article 33 alinéa 2 LP qui prévoit cette possibilité. Il faut rappeler que le Tribunal fédéral a déjà admis dans le cadre de la Convention de Lugano que la validation du séquestre par le dépôt d'un commandement de payer au for du séquestre était possible, mais reste ensuite la procédure de mainlevée, ce qui est une autre affaire.

La question de la responsabilité du créancier à raison d'un séquestre injustifié s'est posée notamment sous l'angle du dommage, lorsque la valeur des titres séquestrés fluctue selon les cours de la bourse. Cette circonstance doit-elle entrer dans le calcul du dommage? De même, *quid* si le cours des monnaies se modifie pendant la durée du séquestre? Il est résulté de la discussion qu'il appartenait aussi au débiteur de prendre les dispositions utiles pour réduire l'éventuel dommage qui pourrait survenir.

L'opposition au séquestre a été brièvement traitée. Cette nouvelle procédure permet de contrebalancer les rigueurs du caractère unilatéral de la procédure d'autorisation de séquestre, en donnant au débiteur et au tiers la possibilité de faire valoir leur point de vue. Le souhait a été émis que la jurisprudence du Tribunal fédéral clarifie les voies qui s'offrent actuellement en cas de séquestre, puisqu'est ouverte soit la voie de la plainte, soit la voie du recours de droit public, selon qu'il est patent ou seulement invraisemblable que les biens n'appartiennent pas au débiteur. Il faut souhaiter que cette jurisprudence, qui peut poser des problèmes d'application, soit réexaminée compte tenu de la nouvelle procédure d'opposition.

Le groupe de travail a aussi parlé de la motivation de l'ordonnance de séquestre. Certains sont d'avis que l'ordonnance de séquestre ne doit pas nécessairement être motivée, car le débiteur séquestré a toujours la possibilité, dans le cadre de l'opposition, de faire valoir tous ses moyens et qu'il n'est pas obligé de critiquer la décision elle-même. En revanche, la décision sur opposition doit quant à elle être motivée. Il faut toutefois relever que nous sommes ici dans le cadre de la procédure sommaire qui est aménagée par le droit cantonal.

A propos de la Convention de Lugano, nous nous sommes arrêtés brièvement à son article 39 alinéa 2. Il s'agit des mesures conservatoires lors de la

procédure d'exequatur. Nous n'avons fait ici qu'évoquer les diverses opinions qui se sont déjà manifestées dans la doctrine, sans parvenir à une solution définitive. L'un des participants a proposé de concevoir ces mesures pour elles-mêmes, sans vouloir les rattacher nécessairement à une institution de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, et de voir si la mesure conservatoire de la convention permet en elle-même d'accorder une protection suffisante.

Voilà en quelques mots les questions qui ont été examinées. Vous voyez qu'elles ont été discutées de manière très concrète. Je crois que ce résultat était prévisible car il convenait inévitablement de se pencher sur l'application pratique des nouvelles dispositions de la LP révisée entrées en vigueur au début de cette année.

Dr. ISABELLE HÄNER, *Rechtsanwältin, Zürich, Berichterstatterin zum Thema Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*

In der ersten Sitzung haben wir die vorsorglichen Massnahmen im Beschwerdeverfahren diskutiert und in der zweiten haben wir über das erstinstanzliche Verfahren (Verfügungsverfahren) gesprochen. Das letztere bringt bezüglich der gesetzlichen Grundlage etwas andere Aspekte ein.

1. Zunächst zum *Beschwerdeverfahren*. Auch bei uns war es umstritten, ob die Grundlage für vorsorgliche Massnahmen im Beschwerdeverfahren im materiellen Recht gefunden werden könne. Man muss sich immerhin vor Augen halten, dass sich eigentlich alle Verfahrensrechte zu den vorsorglichen Massnahmen im Beschwerdeverfahren äussern, und daher von der Praxis her grosse Hemmungen bestünden, diese Verfahrensregelungen aufzugeben. Es wurde vor allem der Gedanke eingebracht, ob im Beschwerdeverfahren – also nach ergangener Verfügung – nicht das materielle Recht *und* das Verfahrensrecht Grundlage für die vorsorglichen Massnahmen sein könnten. Auf der anderen Seite wurde auch eingewendet, dass es das materielle Recht ist, welches die Voraussetzungen vorgibt, wie das Verfahren angewendet wird und wo es eingesetzt werden soll.

Trotz den Bedenken möchte ich an meiner These festhalten, dass die Grundlage für Inhalt und Voraussetzung der vorsorglichen Massnahme im materiellen Recht liegt. Denn setzt man das summarische Verfahren unter sehr grosszügigen Voraussetzungen ein, läuft man Gefahr, dass man zu Unrecht das materielle Recht durchsetzt und die Rechte und Pflichten vorläufig festlegt, obwohl die materiellrechtlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Nach dem Legalitätsprinzip darf erst in die Rechtsstellung eines einzelnen eingegriffen werden, wenn die Normvorausetzungen erfüllt sind. Deshalb sind auch die Voraussetzungen, wann von diesem Grundsatz abgewichen werden soll, dem materiellen Recht zu entnehmen. Ich kann mich aber dem Gedanken anschliessen, dass sich das Verfahrensrecht darüber aussprechen

soll, ob eine Beschwerde aufschiebende Wirkung hat oder nicht. Legt man im Verfahrensrecht hingegen gleichzeitig die *Voraussetzungen* fest, wann die aufschiebende Wirkung entzogen werden darf, dann müssen diese Voraussetzungen so formuliert sein, dass sie zum materiellen Recht nicht in Widerspruch treten. In der Anwendung könnte sich durch eine solche verfahrensrechtliche Normierung der Voraussetzungen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung zudem wieder eine neue Rechtsunsicherheit einstellen, wenn Rechtswirkungen an die Unterscheidung angeknüpft werden, ob eine Norm materiellrechtlicher Natur ist oder nicht. Ich erinnere nur daran, dass sich eine Verfügung auf Bundesverwaltungsrecht abstützen muss, wenn bundesrechtliche Rechtsmittel erhoben werden. In diesem Fall kann es zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, ob nun das kantonale Verfahrensrecht oder das Bundesverwaltungsrecht die Grundlage der vorsoglichen Massnahme ist.

Erwartungsgemäss hat man gerade aus praktischer Sicht die Bedenken bestätigt, eine Erfolgsprognose zu stellen. Es wurde vor allem darauf hingewiesen, dass die Glaubwürdigkeit der Gerichte leiden könnte, wenn zwar eine positive Hauptsachenprognose gestellt wird, dann aber in der Folge das Gericht doch anders entscheiden muss. Ich denke, was im Zivilprozess möglich ist, sollte auch im öffentlichen Prozessrecht machbar sein. Man sollte sich durchaus auf die Diskussion einlassen, wie das Hauptverfahren ausgehen könnte. Die Hemmungen sich über die Erfolgsprognose auszusprechen, hängen unter Umständen auch damit zusammen, dass im Verwaltungsprozess die Untersuchungsmaxime gilt und das Zusammentragen des Tatsachenfundamentes bereits im Verantwortungsbereich der Behörden liegt. Es lässt sich leichter argumentieren, ein gewisser Anspruch sei zu wenig substantiert, wenn die Verhandlungsmaxime gilt. Von der Erfolgsprognose sollte man dennoch nicht absehen. Denn es geht nicht an, dass man eine Verfügung vorgängig vollstreckt, die sich im nachhinein vielleicht sogar als willkürlich erweist.

Einigkeit in der Gruppe schien hingegen darüber zu bestehen, dass ein schwerer Nachteil gegeben sein muss, damit der Entzug der aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt ist. Hier wurde auch geltend gemacht, man müsse vermehrt Praktikabilitätsüberlegungen mit einbeziehen, eine Risikoabschätzung vornehmen und Folgenabschätzungen anstellen. Wenn man sich allerdings zum Nachteil Überlegungen macht, dann sind darin ohnehin Überlegungen zu den möglichen Folgen enthalten, die bei einem anderen Prozessausgang eintreten könnten. Was die Praktikabilitätsüberlegungen angehen, so ist darauf hinzuweisen, dass man wohl besser zunächst gestützt auf rechtliche Kriterien entscheidet. Hier bestehen vor allem Bedenken, dass Rechtsunsicherheiten entstehen.

Bezüglich der Nachbarbeschwerden, die ja im Verwaltungsprozess ein häufig diskutiertes Problem darstellen, wurde die These, die in meinem

Referat auch vertreten wurde, bestätigt, dass man diese nicht anders behandeln soll, als die anderen Beschwerden. Bei Nachbarbeschwerden soll man die aufschiebende Wirkung nicht unter erleichterten Bedingungen entziehen, damit der Bauherr sein Vorhaben vorzeitig verwirklichen kann. Es wurde darauf hingewiesen, dass man auch auf gesetzgeberischer Ebene vergebens Lösungen gesucht hat. Die neuen kantonalen Gesetze haben insbesondere die Schadenersatzansprüche nicht ausgedehnt. Die Lösung des Problems ist und bleibt, dass die Behörde rasch entscheidet. Ein Ansatz dazu ist, dass die Behörden weniger grosszügig mit Fristerstreckungsgesuchen umgehen und hier restriktiver entscheiden sollten.

2. Was das *Verwaltungsverfahren* angeht, hat wiederum die gesetzliche Grundlage zu Diskussionen Anlass gegeben. Hier wurde es eher akzeptiert, dass Inhalt und Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen im materiellen Recht zu suchen sind. Gedanken haben wir uns auch darüber gemacht, wie weit denn die vorsorglichen Massnahmen inhaltlich im materiellen Recht vorgezeichnet sein müssen. Ein Beispiel einer solchen vorsorglichen Massnahme ist die Ausschaffungshaft von Weggewiesenen gemäss ANAG. Wenn schwere Eingriffe in die Freiheitsrechte drohen, sollte die Art der Massnahme im Gesetz selber festgeschrieben sein, jedenfalls wenn sie anderer Natur ist als die Endverfügung; dies wäre ein Berührungspunkt zum Strafrecht: dort wird – soweit ersichtlich – durchgängig eine gesetzliche Grundlage verlangt.

Noch einmal zu Diskussionen Anlass gab auch die Haftung, insbesondere wenn Dritte ein Gesuch um Erlass einer Verfügung einreichen können. Hier wurde auf das Kartellgesetz hingewiesen. Es wurde der Wunsch geäussert, dass die Privaten bei diesen Verfahren eher haftbar gemacht werden sollten, soweit ungerechtfertigte Gesuche gestellt werden. Meiner Auffassung nach sollte aber auch in dieser Hinsicht nicht vergessen werden, dass das Verwaltungsverfahren dem Rechtsschutz dient und dieser illusorisch werden könnte, wenn eine Kausalhaftung eingeführt wird. Ich stehe wie im Beschwerdeverfahren einer Ausdehnung der Haftung Dritter auch diesbezüglich eher skeptisch gegenüber. Meine Ausführungen zum Beschwerdeverfahren lassen sich auf das erstinstanzliche Verfahren übertragen. Hingegen wäre es denkbar, dass die Haftungsregelungen des Staates so ausgedehnt werden könnten, dass für Massnahmen, die sich im nachhinein als ungerechtfertigt erweisen, eine Haftpflicht des Staates begründet würde, wie das ja bei der Inhaftierung häufig der Fall ist. Erwägenswert ist hingegen die Ausdehnung der Haftung für Dritte, wenn man auch die Verfahrenspflichten der Privaten ausdehnen würde. Gemäss dem geltenden Recht ist es ja so, dass die Untersuchungsmaxime gilt und die Privaten von Gesetzes wegen wenig Verantwortung im Verfahren tragen. Hier müsste der Gesetzgeber die Verantwortung an die Privaten zurückübertragen, wobei diese Rückübertragung wohl auch das

materielle Recht betreffen würde. Dann wäre es allenfalls diskutabel inwiefern eine Kausalhaftung analog dem Zivilprozessrecht gerechtfertigt wäre.
Les débats au sein du groupe de travail consacré à la procédure administrative ont également donné lieu à la prise de position suivante.

Dr. LORENZ MEYER, *Verwaltungsgerichtspräsident des Kantons Bern*

Gestatten Sie mir einige Bemerkungen zur Frage, ob das materielle oder das formelle Recht die Grundlage von vorsorglichen Massnahmen bildet.

1. ISABELLE HÄNER vertritt in ihrem bemerkenswerten Referat die – grundlegende -These, dass sich vorsorgliche Massnahmen ausschliesslich auf das materielle Recht stützen: Wird die Durchsetzung des Gesetzes vereitelt oder erträgt das Gesetz selber keinen Aufschub, so folgt die Ermächtigung, sofort zu handeln, aus dem Gesetz selber. Besteht demgegenüber keine derartige Gefährdung des Gesetzeszwecks, so verlangt das (materielle) Gesetz, dass der Sachverhalt und die Rechtsfragen abschliessend geklärt werden, bevor entschieden wird (vgl. These 9, S. 414 mit Hinweis). Dies bedeutet unter anderem, dass in jedem Fall einer Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zukommen muss, es sei denn, die Gefährdung des Gesetzeszwecks rechtfertige deren Entzug.

2. Ich bin mit den fundiert vorgetragenen Thesen des Referats weitgehend einverstanden, gestatte mir aber zu diesem Punkt die Frage, ob nicht sowohl das materielle als auch das Verfahrensrecht die gesetzliche Grundlage fur vorsorgliche Massnahmen bilden kann. Verlangt beispielsweise das materielle Umweltschutzrecht sofortiges Einschreiten, so kann diese Bestimmung gesetzliche Grundlage für vorsorgliche Massnahmen sein. Umschreibt auf der andern Seite das kantonale Verfahrensrecht die Voraussetzungen fur vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn (z.B. Art. 27 VRPG des Kantons Bern u.a. zur Beseitigung gesetzwidriger oder gefährlicher Anlagen und Zustände, zur Ausführung dringender Arbeiten und zum Schutz erheblicher öffentlicher oder privater Interessen) oder verlangt das Verfahrensgesetz im Regelfall einen wichtigen Grund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung, dann bilden diese formellen Bestimmungen ebenfalls Grundlage für entsprechende Verfügungen. Treten die Anforderungen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts miteinander in Konflikt, dann wird man in der Regel durch Auslegung beider Vorschriften die richtige Lösung finden, indem man zum Beispiel den wichtigen Grund im Hinblick auf die Anforderungen des materiellen Rechts auslegt; denn Verfahrensrecht soll das materielle Recht verwirklichen und nicht vereiteln. Dabei dürfte die materiellrechtliche Grundlage bei vorsorglichen Massnahmen im Vorfeld von erstinstanzlichen Verfügungen stärker im Vordergrund stehen als im Beschwerdeverfahren, denn im Beschwerdeverfahren eröffnet das Verfahrensrecht die Beschwerdemöglichkeit und bestimmt daher vorrangig auch dessen

Modalitäten. Ist der Konflikt zwischen materieller und formeller Grundlage aber unüberbrückbar, beispielsweise wenn im konkreten Fall der im Verfahrensgesetz generell vorgesehene Entzug der aufschiebenden Wirkung die Durchsetzung des materiellen Rechts wesentlich erschwert, dann gelten die allgemeinen Kollisionsregeln, wonach etwa Bundesrecht kantonales Recht bricht, die lex specialis der lex generalis vorgeht oder das jüngere Recht das ältere Recht bricht.

3. Die im Referat vertretene These hat Folgen: Das Verfahrensrecht wäre, soweit es die vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn und die aufschiebende Wirkung regelt, weitgehend Makulatur (vgl. Rz 83). Es müssten oftmals ungeschriebene aus dem materiellen Recht abgeleitete Grundsätze angewendet werden, obwohl ein konkretes Verfahrensgesetz zur Verfügung stünde. Die Ordnungen der Kantone Waadt, Graubünden, Solothurn und Basel-Stadt, welche der Beschwerde generell oder zumindest für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Regelfall keine aufschiebende Wirkung zuordnen, wären gesetzwidrig, weil nach der im Referat vertretenen Auffassung das materielle Recht grundsätzlich die Erteilung und ausnahmsweise den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorschreibt. Ebenso widerspräche die Regelung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Art. 111 OG dem materiellen Recht. Der Entwurf vom 18. Juni 1997 für ein Bundesgesetz über das Bundesgericht sieht aber nach wie vor regelmässig den Entzug der aufschiebenden Wirkung vor. Ich neige daher zur Auffassung, es sei Sache des zuständigen Verfahrensgesetzgebers, ob er – wie im Kanton Graubünden aus Rücksicht auf die Gemeinden oder wie im Bund aus Rücksicht auf die Kantone oder in Beachtung der Aufgaben des Bundesgerichts – den Beschwerden die aufschiebende Wirkung grundsätzlich entziehen will oder nicht. Ebenso hat der Gesetzgeber zu entscheiden, ob er die vorsorglichen Massnahmen ausdrücklich im Verfahrensgesetz regeln will oder ob er dies für unnötig erachtet, weil die aus dem materiellen Recht abgeleiteten Grundsätze ausreichen.

4. Die These, dass sowohl das materielle als auch das formelle Recht Grundlage von vorsorglichen Massnahmen sein kann, hat Auswirkungen auf den Rechtsmittelweg. Stützt eine letzte kantonale Instanz die vorsorgliche Massnahme auf das materielle Bundesrecht und rügt der Beschwerdeführer dessen Vereitelung, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben, stützt sie sich aber auf kantonales Verfahrensrecht und rügt der Beschwerdeführer dessen willkürliche Anwendung, muss staatsrechtliche Beschwerde geführt werden.

5. Bewirkt eine vorsorgliche Massnahme einen Freiheitsentzug oder allenfalls auch einen andern sehr schweren Eingriff in Grundrechte (z.B. Telefonüberwachung), genügt weder eine allgemeine Verfahrensbestimmung über vorsorgliche Massnahmen noch das Anrufen der materiellen Norm,

deren Durchsetzung vorläufig gesichert werden soll. Vielmehr muss eine genügend bestimmte, ausdrückliche Vorschrift den Freiheitsentzug gestatten.

GERARD PIQUEREZ, *Docteur en droit h.c., Juge au Tribunal cantonal jurassien, Rapporteur sur le thème des mesures provisoires en procédure pénale*

L'objet de nos débats au sein du groupe de travail «procédure pénale» s'est essentiellement focalisé sur un thème capital, celui des garanties à aménager dans le domaine des atteintes à la liberté personnelle. Notamment la garde à vue et la détention provisoire, deux mesures de contrainte qui ont précisément un caractère essentiellement provisoire, ce qui m'a largement soulagé, car j'ai eu le sentiment de ne pas avoir traité et hérité uniquement d'un «non-sujet», comme le suggérait fort amicalement le Prof. KNAPP, hier en fin de matinée.

S'agissant de la garde à vue, on peut résumer comme suit les points essentiels de nos discussions: premièrement, cette institution existe partout en Suisse, c'est un constat d'évidence, même si elle n'est pas réglementée dans tous les textes, notamment les codes de procédure et les lois sur la police. Deuxièmement, tous les participants à notre colloque ont admis la nécessité de cette phase du procès pénal. Troisièmement, une partie minoritaire est d'avis que, dès l'instant où il y a privation de liberté pendant plusieurs heures, il se justifie de permettre l'intervention d'un avocat. La loyauté du procès pénal serait ainsi assurée et la force probante des procès-verbaux garantie. La majorité des membres estime cependant que l'assistance d'un défenseur est délicate et difficile à mettre en oeuvre. Chacun admet néanmoins que le suspect placé en garde à vue devrait pouvoir prendre contact avec un avocat, notamment pour connaître l'essentiel de ses droits et l'importance de cette phase du procès. Enfin, chacun s'accorde à reconnaître qu'avant tout interrogatoire policier, le suspect devrait être averti de l'essentiel de ses droits, particulièrement celui de se taire, consécration du droit au silence garanti par le Pacte international II de l'ONU, ou de faire des déclarations devant un magistrat.

Quant à la détention provisoire (ou détention préventive), nous avons en premier lieu examiné s'il était possible d'envisager, même sans codification de la procédure pénale en Suisse, l'unification des règles essentielles en matière de détention avant jugement. Puis, nous nous sommes interrogés sur la nécessité d'introduire partout un juge indépendant qui statue sur la mise en détention provisoire, c'est-à-dire l'introduction d'un juge de l'arrestation (*Haftrichter*), ou un juge des libertés («*Ermittlungsrichter*»). Deux courants s'opposent. Certains participants sont d'avis que la «menace» d'un juge indépendant qui serait appelé à examiner la légalité et le bien-fondé (ou l'opportunité) d'une arrestation réduirait la fréquence des détentions préventives, notamment celles de courte durée. L'institution d'un juge de la détention est en tout cas jugée nécessaire là où le juge qui prend la décision d'arrêter

n'est pas suffisamment indépendant. A l'inverse, les opposants à l'institution du juge de la détention font valoir qu'il existe d'autres moyens plus simples et plus adéquats pour contrôler la légalité et le bien-fondé d'une mise en détention préventive, notamment des demandes de mise en liberté adressées à un juge indépendant, le contrôle hiérarchique systématique, entre autres. Là où le magistrat qui ordonne l'arrestation est parfaitement indépendant, agit en pleine connaissance de cause sans recevoir d'instructions de la voie hiérarchique, les opposants à l'institution du juge des libertés estiment qu'il est inutile d'organiser une procédure qui dure plusieurs jours pour confirmer l'opportunité de cette mesure de contrainte.

En dernier lieu, nous avons abordé la délicate question du droit de l'avocat d'assister son client en procédure et d'accéder au dossier. En parallèle, naturellement, la question du refus d'accès au dossier pour cause de danger de collusion a été évoquée. La majorité est d'avis que l'intervention du mandataire ne devrait faire l'objet d'aucune limitation. En revanche, l'accès au dossier devrait pouvoir être retardé lorsqu'il existe un réel danger de collusion et que celui-ci est en tout cas manifeste. Un tel système fonctionne depuis l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure tessinois. L'assistance de l'avocat devrait également être garantie sans limite en cas de délégation du juge chargé de l'enquête à la police, c'est-à-dire dans les hypothèses des commissions rogatoires.

Voilà en quelques mots les points essentiels qui ont fait l'objet de nos réflexions et qui mériteront nécessairement un examen plus approfondi et plus scientifique.

MICHELE RUSCA, *Docteur en droit, Président du Tribunal d'appel du Canton du Tessin, Rapporteur sur le thème des mesures provisoires lors de procédures d'entraide internationale en matière pénale*

Lors des travaux du groupe de procédure pénale, nous avons consacré une partie de la discussion à l'entraide internationale en matière pénale, tirant profit de la présence dans notre groupe de Mme le Procureur général de la Confédération, CARLA DEL PONTE. Je rappelle que l'un des traits essentiels de la nouvelle loi sur l'entraide consiste dans l'abrogation du recours contre les décisions incidentes lorsqu'elles ne produisent pas un préjudice immédiat et irréparable. La discussion s'est donc tout de suite concentrée sur cette notion, dont une interprétation trop large viderait vraisemblablement la réforme de son contenu. Il nous semble donc pouvoir conclure que le séquestre de documents en général et la levée du secret bancaire en particulier ne créent pas un dommage irréparable au sens de la loi, cette notion étant réservée à la transmission à l'étranger des informations recueillies par le séquestre de documents. Cela doit s'assortir des réserves d'usage, car la question est actuellement soumise au Tribunal fédéral. Je m'arrête donc ici,

attendant que notre Haute Cour ait dit le dernier mot sur la portée réelle de cette nouvelle loi.

Dr. STEPHAN GASS, *Präsident der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter*

Die «provisorischen Massnahmen» aus der Sicht des Richters (im Zivil- und Strafprozess) – Versuch einer Synthese

Gestatten Sie mir zu unserem Thema einige wenige Gedanken zu äussern – unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der zweitinstanzliche Richter in der Regel selten mit diesem Thema konfrontiert ist.

Der Begriff provisorische Massnahme hat im schweizerischen Recht keine präzise Bedeutung. Er wird verschiedenartig verwendet. Im Privatrecht und im Verwaltungsrecht sollen provisorische Massnahmen während der Dauer eines Prozesses einen Rechts- oder Tatsachenzustand, das Vorhandensein einer Sache aufrechterhalten, beziehungsweise garantieren. Sie sollen eine spätere Realexekution ermöglichen.

Im Strafprozess trägt obige Umschreibung der tatsächlichen Funktion von provisorischen Massnahmen keine Rechnung. GERARD PIQUEREZ schlägt vor, diese als *Zwangsmassnahmen* zu benennen (*mesures de contrainte*). Die Zwangsmassnahmen dienen schliesslich auch dazu, die Erforschung der materiellen Wahrheit zu ermöglichen, das heisst z.B. die Suche nach Beweisen, um die Schuld oder Unschuld des Verdächtigen festzustellen, zu ermöglichen und die Anwesenheit der angeschuldigten Person während des Prozesses zu sichern. Es handelt sich also um freiheitsentziehende Massnahmen, um den Vollzug der Sanktion zu garantieren. Endet das Verfahren mit einer Einstellung oder einem Freispruch, hat die beschuldigte Person, die Opfer einer Zwangsmassnahme wurde, Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung.

Der Zivilprozess soll Streitfälle klären. An seinem Ende steht ein Urteil. Bis es aber soweit ist vergeht Zeit. Während dieser Zeit kann die Berechtigung, deren Beurteilung Prozessgegenstand bildet, durch das tatsächliche Geschehen gefährdet oder gar dem Kläger jedes Interesse daran genommen werden. Der sofortige Rechtsschutz soll verhindern, dass eine Realexekution verunmöglicht wird. Vorsorgliche Massnahmen sind, wie Stephan Berti schreibt, Zivilrechtsfolgeanordnungen, die in einem verkürzten Prozedere erlassen werden. Ihr Zweck besteht darin, eine «*Gefahr im Verzug*» zu beheben. Vorsorgliche Massnahmen können *Erhaltungsmassnahmen* sein, d.h. solche die auf Erhaltung der tatsächlichen Möglichkeiten der Realerfüllung zielen (z.B. Art. 598 II ZGB: Veräusserungsverbot zur späteren Durchsetzung einer Vindikationsklage; Art. 271 SchKG: Arrest zur späteren Realexekution eines relativen Rechts etc.). Vorsorgliche Massnahmen können aber auch Festlegungsmassnahmen sein, d.h. solche, die ein Rechtssubjekt

ermächtigen etwas zu tun, zu dulden oder zu unterlassen, eventuell mit dem Befehl an ein anderes Rechtssubjekt etwas zu tun, zu dulden oder zu unterlassen (z.B. die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 145 ZGB im Scheidungsprozess). Beide Massnahmen-Typen haben Befriedigungswirkung. Dem Massnahmenbegünstigten wird eine vorläufige Erfüllung einer primären Berechtigung verschafft. Die Verkürzung des provisorischen Verfahrens gegenüber dem ordentlichen Zivilverfahren besteht quantitativ in Beschränkung von Zeit und Aufwand, qualitativ in der Einschränkung hinsichtlich des Beweismasses und der Bestandeskraft des Massnahmeentscheids. Verfügungsgrund, Verfügungsanspruch und Beweismass, Einschränkung der Beweisführung, Summarität der Rechtsanwendung, Inhalt der Massnahme und Anordnung von Sicherheit unterliegen dem materiellen Zivilrecht. Ungerechtfertigte Erhaltungsmassnahmen lösen eine bundesrechtliche Billigkeits-Kausalhaftung aus.

Die Beteiligten am vorsorglichen Rechtschutz haben oft praktische Probleme damit. Es geht hier um die Frage des *Zugangs zum Richter*. Das Schreiben an den Richter muss konzis sein, es sollten wichtige Passagen wiedergegeben werden, denn der Richter verfügt nicht über alle Grundlagen für seinen Entscheid – er hat sie nicht zur Hand wie im normalen Zivilprozess. Die Frage der raschen Beförderung erfordert eine Klärung, inwiefern neue Kommunikationsmittel gebraucht und anerkannt werden sollten (z.B. der Fax). Auch spielt es eine Rolle zu welcher Jahreszeit diese Massnahmen verlangt werden. Es gibt auch die personnellen Engpässe an den Gerichten während den Gerichtsferien. Wichtig ist die *Würdigung durch die Massnahmeinstanz* (Richter); dies ist eine schwierige Aufgabe. Wie STEPHEN BERTI schreibt, steht der Richter im Spannungsfeld zwischen einem oft ungeduldigen Rechtsvertreter, einem Gesuchsteller, der dringend eine Massnahme will, und der oberen richterlichen Instanz. Dazwischen liegt ein unvollkommener Sachverhalt – und da soll eine Entscheidung getroffen werden! Das wichtigste ist und bleibt, zum Schluss, die *unmittelbare Würdigung durch den Richter* in der mündlichen Audienz. Dies erfordert für die Entscheidfindung Konzentration aller Verfahrensbeteiligter, der gesuchstellenden Partei ebenso wie des Richters.

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

1. Dans l'idéal, la justice devrait être rapide et sûre. Mais les juristes savent bien que ces deux objectifs sont partiellement antinomiques: rendre une bonne justice prend souvent passablement de temps. Toutefois, il est des situations où l'on ne peut attendre. Les mesures provisoires ont en pareil cas pour objectif de donner une solution transitoire dans l'attente de la décision finale. Souvent nécessaire, la procédure de mesures provisoires présente des particularités dues au fait que le juge (ou l'administration) se trouve devant

la tâche difficile de statuer en anticipant le résultat final, sans avoir tous les éléments qui permettraient de trancher définitivement.

De grande importance dans la pratique, les mesures provisionnelles méritaient une étude approfondie. Il était normal que chaque rapporteur fasse d'abord l'analyse dans son domaine et mette en évidence les spécificités de sa branche. Mais, au-delà des différences, les analogies sont à mon avis très profondes entre les différentes branches (même la procédure pénale ne fait finalement pas «bande à part»). Ce sont toujours les mêmes problèmes qui se posent et la méthode adoptée pour les résoudre s'inspire des mêmes considérations. Dans tous les rapports, on trouve souvent des formulations identiques ou en tout cas très proches: par exemple, le principe de la proportionnalité est constamment invoqué. Il est donc possible de tenter une synthèse.

2. Si on laisse de côté les mesures probatoires ou conservatoires de la preuve, les mesures provisoires sont une réponse transitoire à la question litigieuse au fond. Elles sont commandées par la protection du droit au fond: par exemple, un conjoint obtient de l'autre une pension provisionnelle découlant de l'obligation d'entretien. En droit administratif ou pénal, il s'agit également d'assurer la réalisation du droit matériel: l'usine est provisoirement fermée parce que les conditions d'exploitation ne paraissent plus réunies; la détention préventive est ordonnée parce que la personne concernée est fortement soupçonnée de crime. Il y a en quelque sorte exécution anticipée (totale ou partielle), parce qu'une reconnaissance tardive du droit peut se révéler inutile et même constituer un déni de justice formel. En conséquence, on ne saurait à mon avis faire abstraction de la situation de fond au moment de statuer en matière de mesures provisoires, même en procédure administrative où ce point fait l'objet de controverses.

3. La prise de mesures provisoires est subordonnée à deux conditions essentielles.

a) Le droit (de fond) qui sous-tend la mesure provisoire doit être rendu vraisemblable (*fumus boni juris*). Il y a très probablement concurrence déloyale; le créancier du débiteur en fuite rend sa créance vraisemblable; les conditions d'exercice d'une profession paraissent ou non de prime abord remplies; tous les indices concordent pour désigner une personne comme l'auteur de l'infraction.

b) La mesure doit être nécessaire, urgente. Elle doit permettre d'éviter des désavantages notables. Le «statu quo» ne doit être modifié que pour prévenir la menace d'un dommage irréparable ou difficile à réparer. Cette règle est en fait une expression du principe de la proportionnalité.

Une pesée des intérêts est indispensable, d'autant qu'il est souvent très difficile au début d'une procédure de faire un pronostic sur le résultat final. Il convient donc de mettre en balance le dommage que le requérant subira s'il n'obtient pas la mesure provisoire et celui qui frappera l'intimé si la requête

est admise. On comparera l'intérêt de la collectivité à ce qu'une décision administrative soit d'emblée exécutée (nonobstant recours) ou une mesure de contrainte pénale ordonnée avec le préjudice que la mesure comporterait pour l'intéressé. Le principe de la proportionnalité interviendra également dans le choix de la mesure. L'intensité de la mesure dépendra de la vraisemblance de la réalisation des conditions de fond et de l'importance de l'intérêt à protéger: la détention préventive ne sera ordonnée que si le degré de suspicion est élevé; on ne prendra pas à la légère le risque de restituer provisoirement le permis de conduire à un automobiliste frappé d'un retrait de sécurité.

4. Par sa nature même, la procédure des mesures provisoires est sommaire. L'administration des preuves peut être limitée. Le juge peut fonder son appréciation sur des faits dont la preuve n'a pas été entièrement rapportée. L'autorité appelée à statuer dans ces conditions est placée devant une tâche difficile, d'autant qu'il s'agit le plus souvent d'un juge unique (en tout cas en première instance). Cela ne signifie pas que la sécurité du droit doit passer à l'arrière-plan. Sans exiger des preuves strictes, le juge ne se contentera pas de simples affirmations, en tout cas si le contexte ne permet pas de les étayer. De plus, on peut en tout cas exiger du requérant qu'il allègue clairement son point de vue et qu'il présente les preuves disponibles.

Souvent indispensables et lourdes de conséquences, les mesures provisoires sont pour le juge une tâche d'autant plus délicate qu'il doit se prononcer rapidement, sans avoir en main tous les éléments qui lui permettraient de décider définitivement. Je forme le voeu que nos travaux facilitent la tâche des praticiens et permettent de réduire la marge d'incertitude dans ce domaine.

VI. Discours du Président de la Confédération, M. Arnold Koller
Ansprache vom Bundespräsidenten Arnold Koller

Alain Wurzburger, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Monsieur le Président,

Comme chaque année, nous apprécions à sa juste valeur le privilège de votre présence. Nous n'oublions pas que, d'abord, vous êtes un éminent juriste et nous sommes fiers de vous compter parmi nos membres. De plus, cette année, nous accueillons non seulement le Chef du Département fédéral de justice et police mais le Président de la Confédération. L'honneur qui vous a été fait est plus que mérité et nous saluons votre action, empreinte du respect des plus hautes valeurs juridiques, spirituelles et morales. Sachez que, de notre côté, nous souhaitons apporter notre contribution au développement du droit dans

ce pays. C'est pourquoi nous attendons toujours avec le plus grand intérêt votre allocution. Monsieur le Président, je vous cède la parole.

ARNOLD KOLLER, *Président de la Confédération, Chef du Département fédéral de justice et police*

Reform der Justiz: Stand und Perspektiven

I. Einleitende Überlegungen

Der Schweizerische Juristenverein und die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter haben aus Anlass ihrer gemeinsamen Jahrestagung in verdienstvoller Weise ein Thema aufgegriffen, mit welchem sich unsere Gerichte, aber auch viele andere rechtsanwendende Behörden und die Anwaltschaft in ihrem Berufsalltag immer wieder auseinanderzusetzen haben. Vorsorgliche Massnahmen – sei dies nun im Zivil, im Verwaltungs- oder im Strafverfahren – werfen eine Vielzahl von heiklen Fragen auf, wie die fünf sehr interessanten schriftlichen Berichte und die Diskussionen hier in Lugano eindrücklich zeigen.

En choisissant de consacrer ses assises annuelles au thème des mesures provisionnelles, la société suisse des juristes démontre qu'elle entend contribuer aux discussions en cours sur le rôle de la justice. C'est là un des mérites qui vous revient, M. le Président sortant, et je souhaite, à l'heure où vous remettez le sceptre présidentiel, vous remercier pour l'important travail effectué à la tête de la société suisse des juristes. Vous avez durant les trois dernières années marqué la société du sceau à la fois de la courtoisie, de la rigueur intellectuelle et de l'art d'écouter, mettant sans cesse en pratique la maxime «et audiatur altera pars».

Der Umgang mit vorsorglichen Massnahmen bereitet in der Rechtsanwendungspraxis aber nicht nur Kopfzerbrechen, sondern – wie ich aus eigener Richtererfahrung weiss – nicht zuletzt auch Genugtuung und Freude. Denn stets geht es dabei, wie bei der richterlichen Tätigkeit überhaupt, um die Suche nach einer ausgewogenen, sachgerechten Lösung, um die Verwirklichung eines Stücks Gerechtigkeit in der Welt – wenn auch vielleicht nur in einem begrenzten prozessualen Rahmen und für begrenzte Zeit.

Diese anspruchsvolle Aufgabe ist Teil der grossen und wohl vornehmsten Aufgabe unseres Justizsystems, nämlich: im Rahmen von Rechtsfällen nach allen Kräften beizutragen zur Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit.

«Nach allen Kräften» – mit diesem Wort ist ein Problem angesprochen, das mich als Justizminister im Verlauf der letzten Jahre immer wieder beschäftigt hat und mir zunehmend Sorgen bereitet. Denn unser historisch gewachsenes, föderalistisch aufgebautes Justizsystem, auf das wir stolz sein dürfen, nähert sich immer mehr den Grenzen seiner Leistungsfähigkeit. Die

Klagen über die notorische Überlastung vieler Gerichte und über die lange Dauer von Gerichtsverfahren mehren sich. Daneben fallen die oftmals langen Instanzenzüge ins Gewicht, welche die Erlangung von Recht und Gerechtigkeit manchmal zur Geduldsprobe werden lassen und für die rechtssuchenden Bürgerinnen und Bürger oder Unternehmen eine lähmende Ungewissheit verursachen können. «Verzögerte Gerechtigkeit ist verweigerte Gerechtigkeit», wie der britische Staatsmann Gladstone einst sagte. Unter diesen Bedingungen gewinnen vorsorgliche Massnahmen eine besondere Bedeutung und Aktualität. Dieses Rechtsinstitut entpuppt sich gewissermassen als Seismograph für die Rechtsentwicklung und für die Befindlichkeit unseres Justizsystems.

Gewiss darf man die Entwicklung nicht dramatisieren. Die Klagen betreffend lange Verfahren und die Überlastung der Gerichte sind ja nicht ganz neu. Aber man darf die Situation nicht unterschätzen. Besonders hellhörig muss uns machen, dass heute auch die Justiz – die «stille» Gewalt unter den drei Gewalten und gewöhnlich auch die still leidende Gewalt – in diese Klagen einstimmt. Eine vorausblickende Rechts- und Justizpolitik muss diese Signale ernst nehmen. Dies gilt um so mehr, weil hier nicht nur das kostbare Gut der Einzelfallgerechtigkeit auf dem Spiel steht. Unser Rechts- und Justizsystem erfüllt daneben ja auch, über den Einzelfall hinaus, wichtige gesellschaftliche Funktionen. Es sorgt für die verbindliche Lösung von Konflikten, es gewährleistet Rechtssicherheit, und es sorgt im Rahmen der Rechtsanwendung für die notwendige Verfeinerung und Fortbildung des gesetzten Rechts.

Die Erfüllung dieser für ein friedliches und gedeihliches Zusammenleben ganz zentralen Aufgaben wird nun aber über kurz oder lang gefährdet, wenn man sie einer chronisch überlasteten, von Urteil zu Urteil hastenden Justiz überbürdet. Heute sind wir glücklicherweise noch nicht an diesem Punkt angelangt. Noch gehört das Schreckensbild des Richters als einem blossen Urteilsautomaten in das Reich der juristischen Schauermärchen. Unsere Richterinnen und Richter sind zum Glück mehr als «la bouche qui prononce les paroles de la loi», um an die Worte Montesquieus anzuknüpfen. Noch können wir stolz darauf sein, dass nach guter schweizerischer Rechtstradition der Wortlaut den Ausgangspunkt, nicht jedoch das Ende der Auslegung bedeutet.

Doch: Die Sicherstellung einer qualitativ hochstehenden – und das heisst auch: nicht am Buchstaben des Gesetzes klebenden, sondern den Sinn des Gesetzes entfaltenden – dritten Gewalt ist schon heute ein vorrangiges Gebot. Wir müssen rechtzeitig Vorsorge treffen, damit wir nicht später mit schwer wieder gut zu machenden Schäden konfrontiert werden. Gefordert sind hier die politischen Behörden – die Bundesversammlung als das zentrale Organ der Rechtsetzung, der Bundesrat und seine Verwaltung als gesetzespräparierende Organe, aber auch die Stimmberechtigten. Sie tragen eine grosse

gemeinsame Mitverantwortung für den Gang der Justiz und den Gang der Gerechtigkeit. Angewiesen sind die politischen Behörden aber auch auf das Sachwissen der rechtsprechenden Gewalt.

Dies zeigt sich schon bei der Suche nach den Ursachen der zunehmend schwieriger werdenden Situation. Ich kann Ihnen hier natürlich nicht eine umfassende Ursachenanalyse vortragen. Neben der zunehmenden Komplexität des Rechts und einem für Laien wie Fachleute immer schwieriger zu durchschauenden Rechtsmittelsystem fällt heute vor allem die kontinuierlich, zum Teil auch rasant gestiegene Zahl der zu beurteilenden Rechtsfälle ins Gewicht. Dies ist zweifellos das Schlüsselproblem. Ob hier ein Mentalitätswechsel erreichbar ist, wie dies jüngst Bundesgerichtspräsident MÜLLER zu Recht verlangt hat, muss vorerst offen bleiben. Jedenfalls dürfte eine solche tiefgreifende Ursachentherapie nicht kurzfristig realisierbar sein.

Direkt beeinflussbar sind dagegen, wenigstens bis zu einem gewissen Grad, Grösse und Kapazität eines Gerichts. Beeinflussbar ist auch die Zahl der Fälle, die an ein bestimmtes Gericht gelangen können, nämlich über die Regelung des Zugangs.

Ihnen als Juristinnen und Juristen, als Richterinnen und Richtern muss ich nicht lange erläutern, dass es zur Lösung komplexer Probleme keine Patentrezepte gibt. Differenzierende Lösungen sind nötig. Dabei muss namentlich nach Art und Stellung der verschiedenen Gerichte unterschieden werden. Für unser heute bekanntlich unter einer permanent hohen Geschäftslast leidendes Bundesgericht – 1996 waren es über 5600 neu eingehende Fälle, rund doppelt so viele wie 1979 – müssen in Anbetracht seiner spezifischen Stellung und Funktion andere Massnahmen im Vordergrund stehen als für untere Instanzen.

Bei aller notwendigen Differenzierung darf man allerdings auf der Suche nach Lösungen auch nicht die Gesamtsicht vernachlässigen. Und man darf nicht vergessen, dass es einige Rahmenbedingungen und Errungenschaften gibt, die wir auf keinen Fall preisgeben sollten. Dazu gehört der grundsätzlich föderalistische Aufbau unseres Justizsystems, und dazu gehört auch, jedenfalls als Grundsatz, die Möglichkeit, einen auf kantonaler Ebene angehobenen Prozess in letzter Instanz vor ein Rechtsprechungsorgan des Bundes zu tragen.

Die Quintessenz aber, die wir aufgrund der Ursachenanalyse ziehen müssen, ist diese: Wenn wir die Qualität unseres Justizsystems langfristig sichern wollen, sind Massnahmen, die punktuell ansetzen, nicht ausreichend. Wir kommen nicht um grundlegende strukturelle Reformen herum, die auch die Verfassungsstufe umfassen und die – zum Nutzen aller – die Rahmenbedingungen der dritten Gewalt nachhaltig verbessern. Dabei kommt dem Bund zwangsläufig eine Schlüsselstellung zu. Denn unser föderalistisches Justiz-

system ist von seinen Instanzenzügen her letztlich auf die Bundesebene, speziell auf das Bundesgericht hin ausgerichtet.

II. Zur Justizreform im Rahmen der Verfassungsreform

Der Bundesrat hat die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform im Bereich der Justiz erkannt und gehandelt. Am Juristentag in Schaffhausen vor zwei Jahren hatte ich Gelegenheit, die im Rahmen der Verfassungsreform zur Diskussion gestellten Vorschläge zur Justizreform vorzustellen. Ich möchte Ihre Jahrestagung zum Anlass nehmen, um Ihnen einige Gedanken zum Fortgang der Justizreform sowie zu einem zweiten grossen Vorhaben, der Reform der Bundesrechtspflege, vorzutragen.

Wie Sie wissen, hat der Bundesrat im November des vergangenen Jahres im Rahmen der Verfassungsreform neben dem Entwurf für eine à jour gebrachte Bundesverfassung zugleich auch, als eines von zwei Reformpaketen, die Verfassungsvorlage zur Justizreform verabschiedet. Das zentrale Anliegen dieser Reformvorlage ist es, die Funktionsfähigkeit unseres obersten Gerichts und die Qualität der Rechtsprechung zu erhalten. Die hauptsächlichen Mittel dazu sind die Entlastung des Bundesgerichts durch richterliche Vorinstanzen und durch Massnahmen im Bereich des Zugangs zum Bundesgericht. Gleichzeitig sollen auch Lücken im Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger geschlossen werden, dies namentlich im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Bereits Ende Januar haben die Verfassungskommissionen der beiden Räte ihre Beratungen aufgenommen und, mit ausserordentlichem Engagement, eine immense Arbeit geleistet. Alle drei Vorlagen des Bundesrates haben gute Aufnahme gefunden. Die Beratungen sind weit fortgeschritten. Die Behandlung der Justizreform ist sogar schon weitgehend abgeschlossen. National- und Ständerat werden schon zu Beginn des Jubiläumsjahres 1998 zur Beratung der Verfassungsreform im Plenum schreiten können.

Sehr gute Aufnahme hat in den Verfassungskommissionen die vom Bundesrat vorgeschlagene *Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit* – auf Bundesgesetze und allgemein-verbindliche Bundesbeschlüsse – im Sinne einer konkreten Normenkontrolle gefunden, mit der, nicht zuletzt im Interesse von uns Bürgerinnen und Bürgern, ein vielfach beklagter rechtsstaatlicher Mangel beseitigt werden kann. Die Tatsache, dass die beiden Verfassungskommissionen diesen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit ebenfalls klar befürworten, zeigt auf, dass das Bundesgericht auch in den Eidgenössischen Räten über ein grosses Vertrauenskapital verfügt. Um sicherzustellen, dass das Bundesgericht seine neue Aufgabe optimal wahrnehmen und das geäufnete Vertrauenskapital bewahren kann, sind aber parallel dazu Massnahmen zur Entlastung des Bundesgerichts unumgänglich.

Die *Entlastung* des Bundesgerichts mit Hilfe einer strengeren *Zugangsregelung* hat – was nicht weiter überrascht – auch in den beiden Verfassungskommissionen rege Diskussionen ausgelöst. Es hat sich aber auch hier die Überzeugung durchgesetzt, dass es heute keine wirklich valable und erfolgversprechende Alternative zu einer strengeren Zulassungsregelung gibt. Die wichtige Führungsaufgabe, die das Bundesgericht als oberstes Gericht zu erfüllen hat, namentlich in Fragen der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung, kann nur ein Gericht erfüllen, das eine gewisse Grösse nicht überschreitet. Im Verlauf der Kommissionsberatungen hat für die Zugangsregelung eine Lösung Form angenommen, die in leicht abgewandelter Weise das Grundkonzept des Bundesrates aufgreift und die in den Räten gute Chancen auf Zustimmung hat. Ich will hier nicht auf Einzelheiten eingehen, sondern nur zwei wesentliche Gesichtspunkte hervorheben.

Zum einen soll in der Verfassung eine ausdrückliche *Zugangsgarantie* verankert werden. Für Streitigkeiten über Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung wird der Zugang zum Bundesgericht in jedem Fall gewährleistet sein, was nach heutiger Verfassungslage nicht durchweg der Fall ist. Dies zeigt auch, dass es zu einseitig wäre, das vorgeschlagene Zugangs-Konzept allein unter dem Titel «Zugangsbeschränkungen» zu erörtern. Zum andern ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit einer «kann»-Formulierung *ermächtigt* wird, Zugangsbeschränkungen festzulegen. Wir dürfen darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber von dieser Ermächtigung in sinnvoller und schonender Weise Gebrauch machen wird.

III. Zur Totalrevision des Bundesrechtspflegegesetzes

Damit ist das zweite grosse Reformwerk unserer Tage angesprochen, das auf die Verbesserung der Rahmenbedingungen und die Qualitätssicherung im Bereich der dritten Gewalt hinzielt: die Totalrevision der Gesetzgebung über die Bundesrechtspflege. Dieses grosse Vorhaben tritt demnächst in eine wichtige neue Phase. Denn in den nächsten Tagen wird der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren zum Experten-Entwurf für ein neues Bundesgerichtsgesetz eröffnen, das an die Stelle unseres mehrfach revidierten OG von 1943 treten soll.

Die Reform der Bundesrechtspflege steht in engem Zusammenhang mit der Verfassungsvorlage zur Justizreform. Einmal erfordert die Justizreform eine Umsetzung auf der Ebene der Gesetzgebung. Umgekehrt erfordern viele der aktuellen Reformanliegen eine vorgängige Änderung der Bundesverfassung. Gesetz und Verfassung sind hier wechselseitig aufeinander angewiesen. Sichtbar wird hier, einmal mehr, das allgemeine Phänomen, dass Verfassung und Gesetzgebung in der Schweiz sehr eng ineinander verwoben sind, dies gerade auch im Justizbereich – für die vorsorglichen Massnahmen haben uns

Frau HÄNER und Herr PIQUEREZ die engen Bezüge von Gesetz und Verfassung eindrücklich aufgezeigt.

Die Hauptziele der Reform der Bundesrechtspflege sind die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht sowie die Gewährleistung des Rechtsschutzes und der einheitlichen Rechtsanwendung. Die Reform hat eine doppelte Aufgabe zu erfüllen. Erstens geht es darum, die gesetzlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die auf Verfassungsstufe vorgesehenen Neuerungen sich entfalten können. Dazu gehört einmal die Regelung des Zugangs zum Bundesgericht – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, die dem Gesetzgeber einen gewissen Gestaltungsspielraum belassen, ihn aber beispielsweise auch zwingen werden, die Bedeutung der Streitwertgrenze für den Zugang zum Bundesgericht zu relativieren. Hier stehen wichtige Entscheidungen an.

Ausführungsbedürftig ist auch der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit. Hier wird es vor allem nötig sein, innerhalb des Bundesgerichts einen geeigneten Spruchkörper zu bestimmen, welcher der besonderen Tragweite der Aufgabe angemessen ist. Zur Umsetzungsaufgabe gehört im weiteren die nähere Regelung des auf Verfassungsstufe neu vorgesehenen sogenannten Vorlageverfahrens. Dieses Verfahren wird zum Zuge kommen, wenn ein an sich letztinstanzlich zuständiges Gericht Zweifel hat über die Auslegung von Bundesrecht und Völkerrecht, oder wenn es Zweifel hat an der Völkerrechts- oder Verfassungsmässigkeit einer Gesetzesbestimmung des Bundes.

Es wäre allerdings zu kurz gegriffen, wenn man die Reform der Bundesrechtspflege einfach als gesetzlichen Vollzug der Justizreform verstehen würde. Die Rechtspflege-Reform verfolgt daneben – das ist die zweite Hauptaufgabe – wichtige eigenständige Reformanliegen, die einen ganz wesentlichen Beitrag zur Erhaltung und Stärkung der Funktionsfähigkeit unseres Justizsystems leisten können. Lassen Sie mich auf einige Punkte hinweisen.

Ein ganz wesentliches Element der Rechtspflege-Reform ist die Vereinfachung des heute sehr komplizierten Rechtsmittelsystems. Aus der verwirrenden Vielfalt der Rechtsmittel, mit denen man heute das Bundesgericht anrufen kann, sollen für die drei grossen Rechtsgebiete Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht drei Einheitsrechtsmittel geschmiedet werden – nämlich je eine sog. Einheitsbeschwerde in Zivilsachen, in Strafsachen und in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten. Mit der Einführung der öffentlichrechtlichen Einheitsbeschwerde wird man wohl auch Abschied nehmen können von einigen nicht immer ganz befriedigenden Besonderheiten bei der staatsrechtlichen Beschwerde und von der oft schwierigen Abgrenzung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Die Reform der Bundesrechtspflege geht nicht nur weiter als eine blosse gesetzliche Umsetzung der Justizverfassungsreform, sie greift notwendig

auch über die Reform unseres Bundesgerichts und seiner Rechtsmittel hinaus. Unter anderem wird etwa die Frage nach dem künftigen Status des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu klären sein – namentlich, ob es in heutiger Form weiterbestehen oder stärker in das Bundesgericht integriert werden soll. Im weiteren wird es darum gehen, die heute schon erheblich verringerten Rechtsprechungsaufgaben des Bundesrates noch weiter abzubauen. Hier ergeben sich Berührungspunkte mit der Regierungsreform.

Gesetzlicher Handlungsbedarf besteht auch im Bereich der historisch gewachsenen zahlreichen Rekurskommissionen des Bundes. Aus mehreren Gründen erscheint es zweckmässig, diese Rekurskommissionen in einem Bundesverwaltungsgericht zusammenzufassen. Es werden hier viele Fragen zu beantworten sein, namentlich die Fragen nach Grösse, Organisation und innerer Gliederung eines künftigen Bundesverwaltungsgerichts, nach Wahlart und Stellung der Richterinnen und Richter und nach dem Verhältnis zur verwaltungsinternen Rechtspflege. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht sodann im Bereich der Bundesstrafgerichtsbarkeit, zumal die Verfassungsvorlage zur Justizreform jetzt ausdrücklich die Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts vorsieht.

Die Reform der Bundesrechtspflege strahlt schliesslich zwangsläufig auf die *kantonale Ebene* aus. Die Kantone werden im Rahmen der Justizreform nun auch dazu verpflichtet, in *allen* öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können, d.h. auch in allen Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht, eine *richterliche* Instanz im Kanton einzuschalten. Das dem Reformkonzept zugrundeliegende Prinzip der richterlichen Vorinstanzen soll zudem künftig auch in allen Zivil- und Strafsachen konsequent Anwendung finden.

Die Reform der Bundesrechtspflege enthält gewisse eigenständige Elemente, die auch unter dem geltenden Verfassungsrecht verwirklicht werden könnten, so namentlich die Vereinfachung des Rechtsmittelsystems. Wichtige Reformelemente setzen indessen vorgängige Verfassungsänderungen voraus, wie sie im Rahmen der Justizreform auf Verfassungsstufe vorgesehen sind. Beide Reformvorhaben gehen Hand in Hand. Die Rechtspflege-Reform ist auf das Gelingen der Justizreform angewiesen. Angesichts der positiven Aufnahme der Justizreform in den Verfassungskommissionen der beiden Räte bin ich zuversichtlich, dass die Verfassungsvorlage zur Justizreform im kommenden Jubiläumsjahr 1998 auch die Zustimmung der Bundesversammlung finden wird und dass sie dann auch von Volk und Ständen gutgeheissen wird, so dass die nötigen Verfassungsgrundlagen für die Reform der Bundesrechtspflege rechtzeitig bereit stehen werden.

Dem Bund wird bei den künftigen Gesetzgebungsarbeiten zugute kommen, dass er schon über gewisse Erfahrungen in der Verfahrensgesetzgebung verfügt. Die Herren REEB und RUSCA haben – unter dem Aspekt der vorsorg-

lichen Massnahmen – zwei bundesrechtlich geregelte Bereiche, das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, eingehend analysiert und sind beide erfreulicherweise zu einer positiven Beurteilung der jüngsten Gesetzgebungsarbeiten gelangt. Für die kommenden Arbeiten stimmt dies zuversichtlich.

IV. Schlusswort

Lassen Sie mich zum Schluss nochmals mein Hauptanliegen bekräftigen und mit vier allgemeinen Bemerkungen untermalen: Wir müssen rechtzeitig Sorge tragen zu unserer Justiz, damit die dritte Gewalt nicht zu einer grossen Sorge für uns und für kommende Generationen wird.

Erstens: Nur eine strukturelle Reform unserer Justiz hilft weiter. Die notwendige Strukturreform erfordert nicht nur Zeit und Energie, sondern auch die Bereitschaft aller Beteiligten, einander Hand zu bieten, um gemeinsam nach tragfähigen Lösungen zu suchen. Zu den Beteiligten gehören natürlich die *Kantone*, deren Justizbehörden auch im Zukunft die Hauptlast tragen. Zu den Beteiligten rechne ich aber namentlich auch die Justiz, auf deren Sachwissen die reformbereiten politischen Behörden dringend angewiesen sind. Die Reform des Justizsystems ist im echten Sinn eine Gemeinschaftsaufgabe.

Zweitens: Wir Schweizer tun uns bekanntlich eher schwer damit, den Mut für Veränderungen aufzubringen. Dies gilt gerade für Reformen im institutionellen Bereich. Reformen müssen reifen. Diese Erfahrung bestätigt sich in der Schweiz immer wieder. Heute deuten viele Zeichen darauf hin, dass eine grundlegende Reform des Justizsystems überfällig ist, wenn schwerwiegende Nachteile vermieden werden sollen.

Drittens: Wir müssen den Blick auf das Ganze richten und Augenmass bewahren. Reformen sind notwendig und dringlich. Isolierte Sofortmassnahmen dürften indessen, das zeigt die Erfahrung, wenig helfen. Dies heisst nicht, dass vorgezogene – oder wie man auch sagen könnte: vorsorgliche – Massnahmen von vornherein ausser Betracht fallen. Wir müssen uns jedoch bewusst sein, dass solche gesetzgeberischen Sofortmassnahmen sich leicht verfestigen und zum echten Hindernis für die Verwirklichung der notwendig gewordenen, grundlegenden und nachhaltig wirkenden Reformschritte werden können. Das politische Entscheidungssystem folgt hier anderen Gesetzmässigkeiten als die Justiz.

Viertens schliesslich dürfen wir die Menschen nicht vergessen, die in diesem Justizsystem tätig sind und tätig sein werden. Diese Menschen haben immer mehr Rechtsquellen, und immer mehr Rechtsfälle zu bewältigen. Eine qualitativ hochstehende Rechtsprechung setzt auch eine entsprechende Qualität der Arbeitsbedingungen voraus. Bei den anstehenden Reformen dürfen

wir diesen Aspekt nicht vernachlässigen. Denn wir sind dringend darauf angewiesen, dass sich auch weiterhin herausragende Persönlichkeiten für das anspruchsvolle Richteramt zur Verfügung stellen. Mit den jetzt in die Wege geleiteten Reformen im Bereich der Justiz können wir dies zwar nicht garantieren, wir können dafür aber günstige Voraussetzungen schaffen.

VII. Intervention finale du Président
Schlusswort des Präsidenten

ALAIN WURZBURGER, *Docteur en droit, Juge au Tribunal fédéral, Lausanne*

Le Président exprime ses remerciements à M. ARNOLD KOLLER, Président de la Confédération, pour son intervention, ainsi qu'au comité d'organisation et à tous les participants pour leur participation active aux débats des groupes de travail, avant de déclarer clos le congrès 1997 de la Société suisse des juristes et de l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire.