

Protokoll der 35. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

Objektyp: **Group**

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

Band (Jahr): **16 (1897)**

PDF erstellt am: **20.09.2024**

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Protokoll

der

35. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

abgehalten

den 13. und 14. September 1897 in Zermatt.

Verhandlungen vom 13. September 1897.

I.

Der Präsident, Herr Prof. *Martin*, eröffnet die Sitzung mit folgender Ansprache :

Messieurs et chers collègues,

Il est d'usage que votre Président, dans son discours d'ouverture, traite, d'une manière succincte, une question qui est de nature à intéresser les membres de la Société.

Pour aujourd'hui, je voudrais, sans m'y arrêter longtemps, puisque nous sommes un peu pressés, attirer votre attention sur deux décisions rendues par le Tribunal fédéral, depuis notre dernière réunion, et qui concernent la profession d'avocat. Je veux parler des arrêts Curti du 3 décembre 1896, et Pfleghaar du 18 février 1897. Pour pouvoir les apprécier avec exactitude, il faut d'abord rappeler le texte de l'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale:

„Les personnes qui exercent une profession libérale et qui, avant la promulgation de la loi fédérale prévue à l'art. 33, ont obtenu un certificat de capacité d'un Canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons, peuvent

exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.¹⁾

Le point important est donc de déterminer ce qu'il faut entendre par certificat de capacité, acte de capacité (Ausweis der Befähigung).

La jurisprudence du Conseil fédéral, telle qu'elle est exposée dans l'ouvrage de Mr. de Salis, ne donne à cet égard que des éclaircissements assez imparfaits. Il en résulte, toutefois, que, dans l'opinion du Conseil fédéral, un avocat pratiquant dans un canton qui n'a exigé de lui aucun examen, ne peut pas revendiquer le droit d'exercer sa profession dans un canton qui, au contraire, subordonne l'autorisation d'ouvrir un bureau d'avocat, à la condition d'avoir subi avec succès des examens (15 juillet 1879, Salis IV 423).

Le Tribunal fédéral qui est actuellement compétent, en pareille matière, se réfère, dans l'arrêt *Pfleghaar*, à la jurisprudence du Conseil fédéral et a pris la décision suivante: Le titulaire d'un certificat de capacité délivré par un canton, doit avoir l'autorisation d'exercer la profession dans tous les autres.

Cependant, il paraît résulter de l'arrêt *Curti* que le Tribunal fédéral va plus loin que le Conseil fédéral dans le sens d'une interprétation excessivement large de l'art. 5 des dispositions transitoires. — Le canton d'Argovie faisait observer que, d'après sa loi, la patente d'avocat ne pouvant être obtenue qu'après un examen d'Etat, il ne saurait être question de considérer comme suffisante l'autorisation de pratiquer conférée par un autre canton sans qu'aucun examen n'eût été imposé au requérant. Néanmoins, le Tribunal fédéral a admis le recours, attendu que le but de l'art. 5 des dispositions transitoires est précisément d'assurer à celui qui est au bénéfice

¹⁾ En 1878, la Société suisse des Juristes, dans sa réunion de Genève, a voté la résolution suivante:

„La Société propose le maintien du provisoire fixé par l'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale de 1874, en ce sens que dorénavant celui qui aura obtenu comme avocat un acte de capacité dans un canton pourra exercer sa profession dans toute l'étendue de la Suisse.“

d'un certificat de capacité émanant d'un canton, le droit d'exercer librement sa profession dans toute la Confédération, donc même dans un canton qui ne délivrerait ce certificat qu'à d'autres conditions peut-être plus difficiles à réaliser. Tout ce que peut exiger le canton auquel la requête est adressée, est que le certificat produit et émanant des autorités d'un autre canton, ait été donné après une appréciation préalable des titres du candidat, et qu'il ne s'agisse pas d'une simple formalité.

Les conséquences qui découlent de cette décision sont importantes: Toutes les fois qu'un gouvernement cantonal donnera à un avocat un certificat constatant que, vu les titres produits par lui, ce dernier doit être reconnu apte à pratiquer sa profession, ce document suffira pour lui ouvrir la porte de tous les prétoires de la Suisse, sans qu'il ait justifié de sa capacité par un examen quelconque. A plus forte raison, dès que le candidat aura, dans un canton, passé avec succès les examens d'Etat, il pourra plaider devant tous les tribunaux suisses.

Cependant, une question reste indécise. Dans certains cantons, le diplôme conféré par une Université suisse est considéré comme suffisant pour procurer le droit de pratiquer. Le Tribunal fédéral considèrerait-il ce diplôme reconnu suffisant par un canton, comme un certificat de capacité? Ou déciderait-il, au contraire, que le diplôme de docteur ou de licencié en droit, étant conféré par l'Université, n'est pas un certificat de capacité du canton, c'est-à-dire du gouvernement du canton, et qu'il ne suffit pas que la loi cantonale accorde d'avance au diplôme l'équivalence du certificat de capacité?

Il est impossible de savoir quel serait sur cette question l'avis du Tribunal fédéral. Seulement il n'est pas inutile de faire observer qu'il y a des cantons dans lesquels il est possible d'obtenir le droit d'exercer la profession d'avocat, de deux manières, ou bien en produisant un diplôme de docteur ou de licencié en droit ou bien en subissant un examen d'Etat. Or, cet examen d'Etat est considérablement plus facile que l'examen que font subir les Universités et Académies suisses.

Donc, du moment que le Tribunal fédéral se contente de l'examen d'Etat, ou même d'un certificat de capacité, pour permettre au requérant de pratiquer dans toute la Suisse, il serait inadmissible qu'il ne se contentât pas, à plus forte raison, d'une preuve de capacité certainement plus complète, celle qui résulte des diplômes universitaires.

Nous ne disons pas qu'en principe le titre de licencié en droit ou de docteur en droit doive suffire, sans aucune autre condition d'expérience pratique, pour conférer le droit d'exercer la profession d'avocat; mais nous soutenons que la jurisprudence du Tribunal fédéral conduit nécessairement à ce résultat. Il serait injuste et inconséquent de refuser à un jeune homme qui a fait des études prolongées et sérieuses ce qu'on accorde au porteur d'un certificat de capacité, qui peut l'avoir obtenu sans avoir subi un examen quelconque sur les matières juridiques.

Mais alors, faut-il, pour résoudre ces difficultés, se mettre à l'élaboration de la loi fédérale prévue par l'art. 33 de la Constitution? C'est-à-dire d'une loi qui fixerait les conditions moyennant lesquelles ceux qui veulent exercer des professions libérales pourront obtenir des actes de capacité valables dans toute la Confédération?

Nous pensons que, dans l'état actuel de la législation civile et pénale, il serait bien difficile d'accomplir ce travail.

Pour le moment, il serait désirable que le Tribunal fédéral eût l'occasion d'interpréter le sens de l'expression de „certificat de capacité“ d'une façon plus précise et peut-être plus stricte.

Dans tous les cas, il existe un moyen qui est à la portée des avocats eux-mêmes pour concilier leurs justes intérêts professionnels avec l'intérêt général, c'est celui qui consiste à s'imposer à eux-mêmes une sévère discipline, par le moyen d'une organisation à la fois autonome et serrée.

C'est ce qu'on paraît avoir compris maintenant dans divers pays. Sans insister sur le fait de la fondation d'un ordre des avocats à Genève qui a déjà rendu, en très peu de temps, de véritables services, nous rappellerons qu'il y a quelques

semaines, un premier congrès international des avocats a tenu ses séances à Bruxelles et qu'à ce propos, la fédération des avocats belges a publié, sous forme de réponses à un questionnaire, des renseignements précieux sur le barreau des divers pays.

Il faut applaudir à ce mouvement qui se dessine et dont le résultat doit être, non pas de faire des avocats une sorte de caste privilégiée, mais un ordre soumis à des règles professionnelles et morales strictes.

La profession d'avocat a un caractère tout spécial qui fait qu'on ne peut pas la comparer d'une manière absolue aux autres; elle est nécessaire à la bonne administration de la justice : Lorsqu'une cause a été bien instruite et bien plaidée, la tâche du juge est considérablement facilitée. De bons avocats sont les auxiliaires du magistrat dans la recherche de la solution conforme au droit.

L'intérêt public exige donc que les avocats soient dignes de leur ministère, c'est-à-dire qu'ils soient non seulement instruits et expérimentés, mais consciencieux, désintéressés et absolument intègres; à défaut de quoi la pratique du barreau risque de devenir un métier dangereux et justement méprisé.

Messieurs! si maintenant je me demande quels sont les événements concernant notre Société qui se sont passés depuis une année, je trouve à mentionner un fait réjouissant, la publication des *Rechtsquellen von Höngg*, grâce aux recherches de notre collègue le Dr. Ulrich Stutz, professeur à Fribourg en Brisgau. En revanche, c'est avec tristesse que nous faisons le compte de nos pertes.

Filippo Serafini était né à Preore dans le Trentin, le 10 avril 1831. Il fit ses études de droit en Italie, puis les termina en Allemagne, où il suivit les leçons des romanistes les plus renommés, en particulier celles de Vangerow. Sa carrière de professeur commença déjà en 1857, à Pavie, et en 1868, il fut appelé à Bologne, en 1871 à Rome, et depuis 1873, il enseignait à l'Université de Pise. Son influence a été

considérable, grâce aux dons brillants qu'il avait reçus de la nature. Il a contribué, dans une grande mesure, à faire connaître en Italie la littérature juridique allemande, par ses publications de l'Archivio giuridico ainsi que par ses „Elementi di diritto romano.“ Son travail intitulé „Telegrafo in relazione alla giurisprudenza“ est aussi cité, comme ayant ouvert une voie nouvelle, où d'autres l'ont suivi.

Serafini était devenu membre honoraire de notre Société à la suite de son utile collaboration au projet de Code des Obligations. C'est à lui, en grande partie, que nous devons le texte italien de ce monument législatif. Il est mort dans le courant de cette année.

Dans le canton de Zurich, nous avons à mentionner trois décès regrettables.

Henri Pfenninger, né en 1846 à Zurich, avait de bonne heure renoncé au commerce pour se livrer aux études de droit. En 1876, il était à Berlin. L'année suivante il était habilité dans l'université de Zurich, comme privatdocent, après avoir présenté une dissertation sur la notion de la peine, d'après les théories de Hugo Grotius. Il fit paraître en 1890 un ouvrage intitulé : „Das Strafrecht der Schweiz,“ qui lui valut le titre de docteur en droit, ainsi que la réputation d'un écrivain distingué. Le canton d'Uri lui a demandé, en 1894, un projet de Code pénal accompagné de motifs, et Pfenninger s'est acquitté de cette tâche d'une manière remarquable. C'était un criminaliste de l'école dite classique opposé aux nouvelles théories de droit criminel. Il est mort subitement en novembre 1896.

Robert Notz, né en 1846, commença sa carrière par le notariat; il fonctionna ensuite en qualité de commissaire aux expropriations du Nord-Est et consacra les dernières années de sa vie trop courte à la pratique du barreau.

Le Dr. *Henri Meyer-Finsler* est né à Zurich en 1817. Il a occupé une position élevée dans la magistrature, d'abord au Tribunal de district comme juge, puis comme président, ensuite comme membre du Tribunal d'appel pendant 20 ans, et enfin comme président du Tribunal de cassation de 1874

à 1896. En 1885 la faculté de droit de Zurich lui a conféré le titre de Docteur honoris causa „für sein vieljähriges, unermüdliches, einsichtsvolles und gewissenhaftes Wirken in verschiedenen Instanzen der zürcherischen Gerichte, insbesondere in der Stellung als Präsident des Kassationsgerichts.“

Christian Sahli, né à Wohlen en 1825, est décédé à Berne le 27 mars dernier. Il commença sa carrière qui devait être brillante, en 1852, en occupant la place de procureur de district, mais déjà en 1856, il était appelé à faire partie du gouvernement bernois; pendant 5 ans il dirigea le département des chemins de fer. Durant son passage au Conseil d'Etat, il fut l'initiateur de plusieurs lois importantes. En 1861, il donna sa démission et se consacra à la pratique du barreau, dans laquelle il acquit une réputation aussi grande que méritée. Un plaidoyer prononcé en dialecte bernois par Christian Sahli était, dit le Bund, un chef d'œuvre dans son genre. — Il a fait partie du Grand Conseil bernois presque jusqu'à sa mort, et pendant une certaine période il a été appelé à la présidence de ce corps. Sahli a siégé aussi, pendant près de 30 ans, dans les Chambres fédérales, surtout au Conseil des Etats. Ses connaissances juridiques le désignaient tout naturellement pour faire partie de la commission chargée de préparer le projet du Code des Obligations. Son caractère aimable et gai, son commerce agréable lui avaient valu de nombreuses et fidèles amitiés.

Cyprien Grivet était l'un de nos membres les plus assidus à nos réunions annuelles. L'an dernier il était au Righi-Kulm, et paraissait encore plein de santé. Aussi c'est avec surprise et avec regrets que nous avons appris sa mort. Il avait été membre du comité de la Société. En 1890, il a publié un travail sur le contrat de bail d'après le Code fédéral des Obligations.

Le 10 janvier est mort à Zurich, où il était en traitement, *André Bezzola*. Né à Zernetz (Grisons) en 1840, il était entré jeune dans le Grand Conseil de son canton; il fit partie, pendant deux ans, du Conseil d'Etat. En 1880, il fut nommé député aux Etats; l'année suivante, il passa au Conseil National

qu'il présida en 1885. C'était un jurisconsulte de mérite. Après avoir fait partie du Tribunal cantonal des Grisons, il fut nommé juge au Tribunal fédéral. Malheureusement, une mort prématurée l'a enlevé à sa famille et au pays, trois ans seulement après son élection à ces hautes fonctions.

Un grand nombre d'entre nous ont eu l'occasion de voir, dans nos réunions, *Eugène Gaulis* et d'apprécier son caractère franc, loyal et affectueux. Sa carrière a été utilement remplie. Après avoir fait ses études à Lausanne, puis à Heidelberg et à Paris, il était entré en qualité d'associé dans le bureau de l'avocat Jules Koch, où il a travaillé, pendant plusieurs années, avec une grande activité et un légitime succès. En 1872, il fut appelé à faire partie de la Municipalité de Lausanne, dans le sein de laquelle il était chargé de la gestion des domaines et des finances. Ses goûts laborieux, son jugement sain et sa parfaite droiture firent de lui un administrateur modèle. A la même époque, il fut membre du Grand Conseil et professeur extraordinaire de droit pénal.

Dans les dernières années de sa vie, il était encore membre du Conseil communal et jusqu'à sa mort il consacrait une bonne partie de son temps aux œuvres de bienfaisance et d'utilité publique. Le Répertoire général de Droit français renferme un certain nombre d'articles sortis de sa plume, et il a fait des travaux de valeur pour la société de législation comparée dont il était membre.

Il est mort entouré du respect et de l'estime de tous ses concitoyens.

Le canton du Valais a perdu *Oscar Meizoz*. Il était né à Riddes en 1857. Après avoir fait ses études à St-Maurice et à Sion, il fut créé notaire en 1881, puis fut nommé juge-instructeur pour le district de Martigny. Il occupait ces fonctions, quand une maladie cruelle et dont il ne se releva pas, vint le frapper. C'était un homme au caractère ouvert, franc et généreux, un magistrat instruit et respecté.

L'année dernière, notre excellent confrère *Victor Célestin Martin* était avec nous au Righi et aujourd'hui c'est avec une douloureuse émotion que je prononce son nom. Il était né dans

le canton de Genève en 1837, mais il appartenait par son origine au canton de Vaud, et il tenait beaucoup à sa bourgeoisie d'une commune du district d'Echallens. Son rôle politique a été important; il a siégé dans le Grand Conseil pendant un grand nombre d'années et, dans des circonstances parfois difficiles, il a fait preuve de beaucoup de bon sens et de modération. Mais c'est surtout le souvenir de l'avocat que nous voulons rappeler ici. Célestin Martin était richement doué; sa belle intelligence était associée à un rare talent oratoire. Mais comme sa modestie ne le portait pas à le mettre en avant, on peut dire que cet homme distingué n'a peut-être pas donné toute sa mesure. Cependant, il était universellement apprécié, et lorsque l'ordre des avocats de Genève a été reconstitué, il y a deux ans environ, le suffrage de ses confrères l'a désigné pour présider le Conseil. Cette preuve d'estime et d'affection l'avait beaucoup touché. Un jour, pendant l'audience, il se trouva mal et il dit à un avocat qui l'accompagnait : Décidément, je mourrai bâtonnier. Deux jours après, nous apprenions sa fin.

Mes chers collègues, nous venons de donner une pensée à ceux qui nous ont quittés. Maintenant, c'est le cas de nous appliquer cette parole: „Travaillons pendant qu'il fait encore jour.“

Je déclare ouverte la 35^{ème} réunion annuelle de la Société suisse des Juristes.

II.

Für die Protokollführung werden als Sekretäre bezeichnet: Dr. *O. Busch*, Winterthur, Dr. *Lansel*, Lausanne.

III.

Das Präsidium legt der Versammlung das Verzeichnis der vom Vorstande im Laufe des Jahres vorgenommenen Aufnahmen neuer Mitglieder vor. Es sind dies:

1. *Burckhardt, Walther*, Dr., Privatdozent, Bern.
2. *Steinbrüchel, H.*, bacc. jur., Zürich.
3. *v. Hettlingen, Anton*, Kantonsgerichtspräsident, Schwyz.
4. *Hilty, Edgar*, Dr. Advokat, Chur.

Diese Aufnahmen werden stillschweigend genehmigt.

Ebenso wird dem Aufnahmsgesuche der nachfolgenden Kandidaten von der Versammlung einstimmig entsprochen.

Kanton Zürich.

1. *Busch, Oskar*, Dr., Winterthur.
2. *Gysler, Emil*, Dr., Sekretär der Justiz- und Polizeidirektion, Zürich.
3. *Meyer, Eugen*, Dr., Bezirksrichter, Zürich V.

Kanton Zug.

4. *Stadlin-Graf, H.*, Dr., Advokat, Zug.
5. *Stadlin-Graf, Lina*, Frau Dr. jur., Zug.

Kanton Appenzell A.-Rh.

6. *Meyer, Karl*, Dr., Trogen.

Kanton St. Gallen.

7. *Wellauer, Victor*, Dr., St. Gallen.

Kanton Graubünden.

8. *Dedual*, Dr., Advokat, Chur.

Kanton Aargau.

9. *Wilky, V.*, Obergerichter, Brugg.

Kanton Waadt.

10. *Guex, Frédéric*, juge cantonal, Lausanne.
11. *Meylan, Paul*, greffier-substitut du tribunal cantonal, Lausanne.
12. *Rambert, Paul*, Dr., Lausanne.

Kanton Wallis.

13. *Berclas, Pierre*, avocat, Sierre.
14. *Bourdin, Pierre*, notaire, Sion.
15. *de Courten, Jean-Charles*, greffier de la Cour d'appel, Sion.
16. *Defayes, Camille*, avocat, conseiller national, Martigny.
17. *Dénériaz, Camille*, avocat, Sion.
18. *Gentinetta, Jules*, avocat, Sierre.
19. *Gillioz, Pierre*, greffier du tribunal, Martigny.
20. *Graven, Alexis*, avocat, Sion.
21. *de Lavallaz, Joseph*, avocat, Sion.

22. *Mengis, Ignaz*, juge d'instruction, Viège.
23. *Morand, Jules*, avocat, Martigny.
24. *Ribordy, Charles*, notaire, Riddes.
25. *Seiler, Alexander*, Brig-Zermatt.
26. *Solioz, Charles*, avocat, Sion.
27. *de Stockalper, Joseph*, avocat et notaire, Brigue.
28. *de Werra, Rafaël*, greffier du tribunal, Louèche-Ville.
29. *Willa, Léon*, avocat, Louèche-Ville.

Kanton Neuenburg.

30. *Wavre, André*, licencié en droit, Pierrabot sur Neuchâtel.

Im Anschluss daran teilt das Präsidium das Gesuch des Herrn Dr. *Simon Kaiser* mit, welcher wegen geschwächter Gesundheit entlassen zu werden wünscht. Der Präsident erinnert daran, dass Dr. S. Kaiser an der Versammlung des Jahres 1868 das Referat über die Wünschbarkeit eines einheitlichen Obligationen- und Konkursrechtes gehalten. Im Uebrigen wird das Gesuch genehmigt.

IV.

Als Rechnungsrevisoren werden ernannt: Oberrichter *Heuberger*, Aarau, Advocat *Pitteloud*, Sion.

V.

Erstes Diskussionsthema: Die Einsetzung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes.

Das Wort erhält der Referent, Prof. *G. Vogt* (Zürich), der die von ihm gedruckt verteilten, hier nachfolgenden Thesen begründet.

1. Nach schweizerischem Bundesrecht muss zwischen staatsrechtlicher Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit unterschieden werden. Jene ist wesentlich Verfassungsgerichtsbarkeit; sie soll der Verfassung des Bundes oder des Kantons widerstreitende Erlasse der kantonalen Staatsgewalt aufheben. Sie gewährt keinen Schutz gegen Verfassungsverletzungen der eidgenössischen Behörden. Sie kommt, nach bekannten Grundsätzen, in der Regel dem

Bundesgericht, ausnahmsweise dem Bundesrate (und eventuell der Bundesversammlung) zu.

Verwaltungsgerichtsbarkeit übt der Bundesrat innerhalb des Bereiches der eidgenössischen Verwaltung. Die kantonale Staatsgewalt ist nur insofern beteiligt, als ein Kanton nicht auf dem Civilwege verfolgbare Rechtsansprüche an den Bund hat oder die Kantone kraft besonderer Gesetzesvorschriften oder nach allgemeinen Grundsätzen Anordnungen der Bundesgewalt zu vollziehen haben. Bis jetzt flossen eidgenössische Verwaltung und eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit in einander; die letztere ist nicht als eine eigenartige Funktion ausgeschieden und organisiert.

2. Die Bundesverfassung hat den hervorgehobenen Unterschied übersehen; sie spricht von „Administrativstreitigkeiten“ und meint darunter die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesrates und der Bundesversammlung. Auch das Organisationsgesetz von 1893 hat den Unterschied nicht klar erfasst. Unter dem Titel „Staatsrechtspflege“ (Art. 175 ff.) zählt es im Art. 189 Befugnisse des Bundesrates auf, die nur zum Teil unter diesen Gesichtspunkt gehören und im übrigen reine Verwaltungssachen (Gegenstände der staatlichen Pflege) oder Verwaltungsstreitsachen sind.

Dadurch ist die irrtümliche Auffassung erweckt worden, als ob ausschliesslich dem Bundesgericht die Handhabung aller im Art. 189 nicht vorbehaltenen Gewährleistungen individueller Rechte zukäme. Kann der Verfassungsgarantie durch blosser Aufhebung des widerstreitenden kantonalen Erlasses nicht ein Genüge geschehen, oder kann sie verletzt werden, ohne dass dadurch Rechte von „Bürgern“ oder von „Privaten“ beeinträchtigt werden — so dass also keiner zum Rekurse legitimiert ist — so hat der Bundesrat gemäss der allgemeinen Kompetenz, die ihm durch Art. 102 Z. 2 der Bundesverfassung verliehen ist, für die Handhabung der Verfassung zu sorgen, auch wenn der verletzte Artikel nicht im Art. 189 O. G. genannt ist.

Soll die eidgenössische Verwaltungsrechtspflege organisiert werden, so muss aus Art. 189 O. G. alles entfernt

werden, was nicht eigentliche „staatsrechtliche Gerichtsbarkeit“ ist, also auch nicht eine Ausnahme von der Regel, dass diese dem Bundesgericht zukomme, darstellt.

3. Unser Verfahren in staatsrechtlichen Streitigkeiten entbehrt einiger wertvollen Garantien, welche im Civilprozess den Parteien gegeben sind. Noch stärker als vor dem Bundesgericht treten seine Mängel in dem Verfahren vor dem Bundesrate hervor, das von der Einreichung der Rekurschrift an bis zur Eröffnung des Entscheides geheim ist. Würde das Verfahren verbessert, so könnte dem Bundesrate staatsrechtliche Gerichtsbarkeit gelassen werden, immerhin unter dem Vorbehalt einzelner Einschränkungen oder Erweiterungen.

4. Abgesehen von den Fällen, in welchen eine Partei Rechtsansprüche gegen den Bund auf dem Civilwege verfolgen kann, fehlt es in unserem Bundesstaate gänzlich an einem Rechtsschutze, den der einzelne gegen die eidgenössische Verwaltung anrufen könnte. Die Zulassung der Beschwerdeführung gegen Verfügungen eines eidgenössischen Departements gewährt keinen Rechtsschutz gegen den Bundesrat, der über die Beschwerde beschliesst; der Rekurs an die Bundesversammlung kann ebenso wenig genügen, zumal er nach der Bundesverfassung nur in „Administrativstreitigkeiten“ (Art. 85, Z. 12), d. h., wie aus Art. 113 hervorgeht, nur gegen Entscheide der staatsrechtlichen Gerichtsbarkeit (hievor Satz 1 und 2) zulässig ist. Eine auf das Verantwortlichkeitsgesetz sich stützende Klage kann ein Privater nicht an das Gericht bringen. Das Recht, gegenüber Strafankündigungen einer eidgenössischen Verwaltungsbehörde den Richter anzurufen, enthält nicht ein Klag- oder Beschwerderecht gegenüber einem einstweilen zu Recht bestehenden Verwaltungsakt; dieser fällt vielmehr durch die Anrufung des Strafrichters ohne weiteres dahin.

In der Herstellung einer Rechtskontrolle der Verwaltung ist unser Bundesstaat hinter den meisten Kulturstaaten der Gegenwart, namentlich hinter allen unseren Nachbarstaaten, zurückgeblieben. Wir dürfen nicht länger säumen, uns mit ihnen in gleiche Linie zu stellen.

5. Die moderne Gesetzgebung über die Verwaltungsrechtspflege geht nicht darauf aus, die Gerichte zurückzudrängen und ihnen Kompetenzen, die ihnen naturgemäss zukommen, wegzunehmen. Sie will einen Rechtsschutz schaffen, den die ordentlichen Gerichte nicht gewähren.

Nur die eidgenössische Verwaltung würde durch die Einsetzung eines Verwaltungsgerichtshofes berührt; weder das Bundesgericht, noch die kantonalen Gerichte würden eine Einschränkung ihrer Kompetenzen erleiden. Sollte aber der Verwaltungsgerichtshof zu einem Gerichtshof für öffentliches Recht erweitert werden (hiernach Satz 8), so würde doch damit nur die Folge verknüpft sein, dass statt des Bundesgerichtes ein anderes gleichwertiges Gericht die staatsrechtliche Jurisdiktion zu üben hätte.

Wir haben besondere Civil- und Strafgerichte, eigene Handels-, Gewerbe-, Militärgerichte und erhalten vielleicht bald eigene Versicherungsgerichte. Die „Einheit der Jurisdiktion“ besteht nicht mehr; die Arbeitsteilung ist auch in der Gerichtsorganisation zur Geltung gekommen, unmöglich kann heutzutage ein Richter alle Zweige der Rechtsanwendung mit gleicher Einsicht überblicken. Der Staat, dessen wichtigste Aufgaben die Verwaltung zu erfüllen hat, darf und muss verlangen, dass die Rechtsprechung auf diesem Gebiete in die Hand von Richtern gelegt werde, welche volles Verständnis für die Zwecke und Einrichtungen der Staatsverwaltung mit sich bringen; nur dann sind sie im stande, das für die Verwaltungsorgane massgebende Recht richtig zu erfassen und zu handhaben.

6. Man will, wenn man die Einsetzung eines Verwaltungsgerichtes befürwortet, nicht den Bundesrat unter gerichtliche Bevormundung stellen.

So wenig wie anderwärts wird man bei uns ein Verwaltungsgericht ermächtigen, über „Ermessensfragen“ oder über „actes de gouvernement“ zu erkennen. Auch kann es, so wenig wie ein anderes Gericht, dem Bundesrate in den Arm fallen und ihn zurückhalten, wenn er von seinen Machtmitteln Gebrauch machen will.

Stets hat die Verwaltungsbehörde die Vermutung für sich, dass sie ihre Amtspflicht zu erfüllen gewillt sei, dass sie nichts anderes als das Recht wolle. Nur ist einleuchtend, dass eine politische Behörde, wenn sie gelegentlich über eine Rechtsfrage sich schlüssig machen soll, leichter irren kann, als ein Kollegium sachverständiger Richter, die beständig mit Rechtsfragen aus dem Verwaltungsfache sich abzugeben haben. Jetzt ist der Bundesrat zugleich Partei und Richter; wie kann ein gegen die eidgenössische Verwaltung Streitender von ihm einen unbefangenen Rechtsspruch erwarten? Der Bundesrat hat wohl öfter Recht, als es die Beteiligten glauben. Wird von einer anderen Stelle, die Zutrauen erweckt und verdient, die streitige Rechtsfrage entschieden, so wird eine solche Gerichtsbarkeit der eidgenössischen Verwaltung viel häufiger eine Stütze sein und ihr zur Rechtfertigung vor der öffentlichen Meinung dienen, als ihr Hemmnisse in den Weg legen. Der Unzufriedene wird nicht mehr die Behörde beschuldigen können, sondern nur noch das Gesetz, kraft dessen er unterliegt.

7. Zwei Ziele und zwei Wege sind ins Auge zu fassen: entweder eine Reform grossen Stils nach dem Vorbild der in einigen Staaten Deutschlands und in Oesterreich bestehenden Verwaltungsgerichte, eine Reform, die ohne eine Abänderung der Bundesverfassung nicht ins Leben gerufen werden könnte, oder eine bescheidene, innerhalb des Rahmens der gegenwärtigen Bundesverfassung sich haltende neue Gesetzgebung.

In jenem Falle würde die Rechtskontrolle der eidgenössischen Verwaltung neben, in diesem in den Verwaltungsorganismus des Bundes gestellt.

Allgemeine theoretische Erwägungen können für die Entscheidung der Frage nicht den Ausschlag geben; sie ist im Hinblick auf die Natur der schweizerischen Staatseinrichtungen zu untersuchen und zu beantworten.

8. Das Beispiel Deutschlands und Oesterreichs trifft für unseren Bundesstaat nicht zu. Die Staaten, welche Verwaltungsgerichte besitzen, können diesen einen ungemein reichen Stoff verwaltungsrechtlicher Streitsachen überweisen, weil sie

eine Gliederung lokaler Verbände (Provinzen, Kreise, Gemeinden u. s. w.) in sich schliessen und alle Staatsaufgaben (in Deutschland mit Ausnahme der vom Reiche übernommenen) zu besorgen haben. Durchgeht man ihre Verwaltungsrechtsprechung, und fragt man sich bei jedem Gebiete, auf welches sie sich erstreckt, ob ähnliche Streitigkeiten auch im Bereiche unserer eidgenössischen Verwaltung vorkommen könnten, so muss man meist eine verneinende Antwort geben. Jener Rechtsstoff, der die deutschen und österreichischen Verwaltungsgerichte so stark beschäftigt, findet sich bei uns in den Kantonen. Ich erinnere nur an: Armenwesen, Steuerwesen, Strassenwesen, Polizei, Gemeindewesen. Der Rechtsstoff, den die eidgenössische Verwaltung liefert, dürfte kaum ausreichen, um die Einsetzung eines eigenen grossen Gerichtshofes zu rechtfertigen.

Auch das grosse Deutschland besitzt noch kein Reichsverwaltungsgericht; es hat sich bis jetzt damit beholfen, einzelnen Reichsämtern — so dem Reichsamt für Heimatwesen, dem Oberseeamt, dem Patentamt, dem Reichsversicherungsamt u. s. w. — verwaltungsgerichtliche Befugnisse zu verleihen.

In der Schweiz müsste, will man die Reform im grossen Stile, der Verwaltungsgerichtshof zu einem Gerichtshof für öffentliches Recht erweitert werden, dem auch die „staatsrechtliche Gerichtsbarkeit“ (jedenfalls die des Bundesgerichts) zuzuteilen wäre.

Er müsste in der Bundesstadt Bern seinen Sitz haben. Vor einem Verwaltungsgericht ist stets die Verwaltung zu hören; sie hat sich, auch in geringfügigen Fällen, durch Sachverständige aus den Beamten des beteiligten Verwaltungszweiges vertreten zu lassen. Dieser Verkehr muss leicht und rasch sein, die Erledigung darf nicht verschleppt werden. Man würde die eidgenössische Verwaltung schwer beeinträchtigen, wollte man, statt einen neuen Gerichtshof am Sitze des Bundesrates zu schaffen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit der in Lausanne sitzenden, staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, vielleicht unter Vermehrung der Zahl ihrer Mitglieder, zuweisen.

9. Sollte eine solche Neuerung allzukühn erscheinen oder das Bedenken einflössen, dass der Bundesrat mit dem Gerichtshof für öffentliches Recht nicht im Frieden auskommen würde, so wäre die Herstellung einer Rechtskontrolle innerhalb der Verwaltung immerhin schon eine erfreuliche Verbesserung. In der Stellung, welche alsdann dem für die Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten bestellten Kollegium angewiesen würde, befand sich der französische Staatsrat bis zur dritten Republik (Gesetz vom 24. Mai 1872); er hat demungeachtet, schon bevor ihm dieses Gesetz die „souveräne“ Urteilsgewalt verliehen hatte, seine richterlichen Funktionen in grosser Unabhängigkeit geübt und das Verwaltungsrecht Frankreichs in trefflicher Weise ausgebildet. Man darf erwarten, dass auch der Bundesrat sich stets den Rechtssprüchen eines eidgenössischen Rates (oder einer „Kammer“) für Verwaltungsstreitsachen fügen würde.

Die Mitglieder und der Vorsitzende dieses Rates wären, meines Erachtens vom Bundesrate, auf eine Amtsdauer von sechs Jahren zu wählen; der Rat würde in das eidgenössische Justizdepartement eingereiht. Seine Zuständigkeit könnte in Anlehnung an das österreichische Gesetz vom 22. Oktober 1875, das sich durch Einfachheit und Klarheit seiner Vorschriften vorteilhaft von den einschlagenden deutschen Gesetzen unterscheidet, bestimmt werden; ich hebe nur einige Sätze hervor:

a) Zuständigkeit. Sie erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten, über welche den ordentlichen Gerichten die Entscheidung zusteht; auch nicht auf Angelegenheiten, „in denen und soweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind.“ Dagegen würde ich nicht wie das österreichische Gesetz „Disziplinarangelegenheiten“ ausschliessen; man sollte, wie mir scheint, den eidgenössischen Beamten die Beschwerde gegen willkürliche Massregelungen durch ihre Vorgesetzten gestatten. Als Grundsatz würde gelten, dass der Rat „in allen Fällen zu erkennen habe, in denen jemand durch gesetzwidrige Entscheidung oder der Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.“

b) Verfahren. Der administrative Instanzenzug ist einzuhalten, also die Beschwerde gegen dem Bundesrate untergeordnete Beamte nur dann zulässig, wenn diesen endgültige Kompetenz zustand. Sechzig tägige Rekursfrist, vom Tage der Zustellung der letztinstanzlichen Verfügung der Verwaltungsbehörde an. Der Rat kann nur auf Anrufung der Parteien vorgehen. Schriftliches Vorverfahren; mündliche Hauptverhandlung. Vertretung durch Advokaten ist gestattet; die beteiligte Verwaltungsbehörde ist durch einen Abgeordneten (Kommissär) vertreten. Kein Kontumazialverfahren. Recht der Aktenvervollständigung; Fragerecht des Vorsitzenden und der Mitglieder des Rates.

Dagegen kann einem im Verwaltungsorganismus stehenden Rate die Befugnis, endgültig zu urteilen, nicht beigelegt werden; die „oberste vollziehende und leitende Behörde der Eidgenossenschaft“ ist der Bundesrat (Art. 95 B. V.). Will man die Verfassung nicht ändern, so muss dem Bundesrate das Recht — von dem er nie Gebrauch machen sollte — die Erkenntnisse des Rates für Verwaltungsstreitigkeiten zu ändern, gewahrt bleiben. Er entscheidet. Um einen Missbrauch dieses Rechtes möglichst einzudämmen, könnte dem Bundesrate die Verpflichtung auferlegt werden, den Parteien stets das Erkenntnis des Rates mitzuteilen; hat er dasselbe angenommen, so ist das Urteil endgültig, hat er es abgeändert, so steht den Parteien der Rekurs an die Bundesversammlung (nach Analogie von Art. 192 und ff. O. G.) offen.

10. Ausser den Verwaltungsstreitsachen könnten dem zunächst für diese bestellten Rate noch andere Funktionen zugewiesen werden; so insbesondere:

- a) die staatsrechtliche Gerichtsbarkeit, soweit sie dem Bundesrate zugeteilt ist;
- b) die Begutachtung von Rechtsfragen, welche der Bundesrat oder eines seiner Departemente dem Rate unterbreitet, so z. B. Auslegung von Bestimmungen der Staatsverträge, Fragen des Völkerrechts;
- c) die Mitwirkung zur Gesetzgebung, namentlich zum Zwecke der Aufrechterhaltung der innern Ueberein-

stimmung der Gesetzgebung, sowie zur Ueberwachung der Redaktion der Bundesgesetze.

11. Rein juristisch betrachtet, verdient die in Satz 8 skizzierte Reform den Vorzug. Aber die soeben in litt. b und c von Satz 10 bezeichneten Aufgaben, die an sich von hervorragender Wichtigkeit sind, kann man einem Gerichtshof für öffentliches Recht nicht füglich auferlegen; dazu steht er zu hoch, dem Bundesrate ebenbürtig da. Ein in die Verwaltung eingereihtes Juristen-Kollegium eignet sich dazu weit besser. Deshalb stimme ich in erster Linie für die Errichtung eines „**Eidgenössischen Rates für Rechtssachen.**“

Mr. le conseiller d'Etat A. *Chappaz*, co-rapporteur:

Si la question que nous avons à examiner est des plus intéressantes, elle n'en est que plus ardue.

Depuis le commencement du siècle, en effet, l'étude du droit administratif s'est de plus en plus répandue et la littérature en est considérable.

C'est à ce point qu'étant surtout donné le peu de temps dont j'ai pu disposer, il me sera permis de dire que si la matière n'a pas manqué à l'ouvrier, tel n'a pas été le cas de celui-ci.

I. Sur quelles bases repose le droit administratif?

On ne saurait contester que ce ne soit sur le grand principe de la *séparation des pouvoirs*.

Or, mieux que personne, vous le savez, cette théorie, pour être fondée sur la nature même des choses, n'avait guère été formulée que par Montesquieu et ce n'est qu'à la Révolution française qu'elle a été inscrite au fronton de la législation: „Toute société,“ n'avait pas craint de dire l'Assemblée constituante, „dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, ne possède pas de constitution.“

Le fait est qu'à l'exemple de la France, les autres nations ne tardèrent pas à s'inspirer de cette vérité obscure, aujourd'hui tout à fait élémentaire.

Combien y a-t-il de pouvoirs?

Il y en a trois, répondait l'ancienne école: Le législatif l'exécutif et le judiciaire.

Délibérer, agir et juger sont, sans nul doute, trois opérations essentiellement distinctes.

Kant voit même dans les trois pouvoirs les trois propositions d'un syllogisme pratique:

- 1° La *majeure* contenant la loi d'une volonté;
- 2° La *mineure*, l'ordre de se conduire d'après la loi; et enfin
- 3° La *conclusion*, la sentence, qui découle, en l'espèce, ce qui est de droit.

Tel n'est pas l'avis d'autres jurisconsultes, de Sismondi, par exemple, qui ne considèrent le pouvoir *judiciaire* que comme une branche du pouvoir *exécutif*.

Et c'est précisément de ce dernier que nous avons à nous occuper.

II. Quelles sont les attributions du *pouvoir exécutif*?

„Le pouvoir exécutif,“ à peine est-il besoin de le rappeler, „est chargé d'appliquer aux citoyens et de faire respecter par eux les principes tant de droit *constitutionnel* que de droit *administratif*.“

D'où la seule division du pouvoir exécutif: 1° *Gouvernement*; 2° *Administration*.

Que comprend le droit constitutionnel ou politique?

Ce droit comprend les grands principes sur l'organisation de la société et la représentation des intérêts collectifs.

Quelle est, par contre, la matière du droit administratif?

On peut le définir: „L'ensemble des règles qui déterminent les rapports des personnes sociales (Etats, cantons, communes) entre elles et avec les individus.“

Attachons-nous spécialement à l'administration et disons que les citoyens deviennent administrés dans les hypothèses où leurs intérêts et leurs droits se trouvent ou peuvent se trouver en conflit avec les intérêts et les droits de l'Etat représentés par le pouvoir exécutif.

Citons un exemple:

L'individu a un *intérêt* et un *droit* évidents à faire réduire ses impôts, lorsqu'ils sont exagérés.

Mais d'autre part, le pouvoir exécutif n'a pas un intérêt moindre à lui faire acquitter l'impôt le plus élevé.

Qui est-ce qui statuera?

Et voilà que, précisément, nous en arrivons à l'objet même de notre discussion.

En l'espèce, sera-ce l'Etat?

Mais si c'est l'Etat, ce dernier, on ne saurait le contester, sera à la fois *juge* et *partie*. On pourra même dire que son intérêt sera tel que mince sera la confiance que l'on aura en sa décision.

Voilà pourquoi ailleurs, Monsieur le Président et Messieurs, le Contentieux de l'administration a été confié à des tribunaux spéciaux et pourquoi notre honoré collègue, Mr. Vogt, se demande si, dans notre chère et vieille Suisse, il n'y aurait pas lieu d'instituer une „Cour du Contentieux.“ „Non pas,“ nous dit-il, „que nous ayons l'intention d'amoindrir en rien l'autorité du Conseil fédéral et de le mettre sous tutelle. Mais pas plus que dans d'autres pays, nous ne voudrions que le Pouvoir exécutif continuât à être à la fois *juge* et *partie*. Sans doute, en fait, le Conseil fédéral aura bien plus souvent raison qu'à son tour; mais comment peut-on exiger que sa partie adverse ait dans ses décisions une confiance illimitée? Créons donc un tribunal du Contentieux et ce ne sera plus l'autorité, mais la loi que le plaideur évincé pourra accuser.“

Si vous me permettiez de faire ici une brève digression, je vous dirais qu'en Valais, les hommes éclairés avaient inscrit au nombre de leurs revendications l'institution d'un Tribunal Contentieux et qu'après Mr. Zen Ruffinen, membre de l'ancien Tribunal fédéral, l'un de nos collègues, Mr. le juge fédéral Clausen y a, pendant de longues années, joué un rôle des plus en vue.

„Aussi bien,“ continue Mr. Vogt, „il n'est par permis à la Suisse de rester, en pareille matière, inférieure à la plupart des Etats civilisés et notamment aux pays qui nous entourent.“

Ajoutons qu'il n'existe, du reste, que trois systèmes de résoudre le problème:

1° Ou *renvoyer* aux tribunaux ordinaires tout le contentieux de l'Administration — ce que demandait une certaine école, mais ce dont on ne veut plus guère aujourd'hui;

2° Ou *abandonner* au Pouvoir exécutif, c'est-à-dire à l'administration elle-même le soin de trancher les difficultés qu'il soulève — ce qui le constitue, comme nous l'avons vu, juge et partie, ou enfin

3° *Etablir* un Tribunal du Contentieux.

III. L'Assemblée constituante, disions-nous, avait solennellement proclamé la légitimité et la nécessité de la séparation des pouvoirs.

Or, ce principe, exprimions-nous également, contenait en germe la création de cet illustre Conseil d'Etat que Cornemin a pu célébrer en ces termes :

„Le Conseil d'Etat était le siège du gouvernement et l'âme de l'empereur. Les auditeurs, sous le nom d'intendants, assouplissaient au frein les pays subjugués. Les ministres d'Etat, sous le nom de présidents de section, contrôlaient les actes des ministres à portefeuille. Les conseillers, en service ordinaire, sous le nom de directeurs généraux, administraient toutes les régions des douanes, des domaines, des droits réunis, des ponts et chaussées, de l'amortissement, des forêts et des trésors, levaient les impôts des provinces d'Illyrie, de la Hollande et de l'Espagne, dictaient nos ordres à Turin, à Naples, à Rome et allaient monter à la française des principautés, des duchés, des royaumes.“

Voici comment, du reste, la loi avait déterminé ses attributions: „Sous la direction des Conseils, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.“

Et c'est bien ce même Conseil d'Etat dont il vient d'être question que veut rétablir Mr. Vogt, puisque, après avoir réglé, en matière d'affaires contentieuses, la compétence de la loi fédérale, il se demande si l'on ne pourrait pas le charger de formuler des préavis sur certaines questions de droit et si, de plus, il n'y aurait pas lieu de lui accorder une place dans l'élaboration des lois.

En soi, Monsieur le Président et Messieurs, rien de plus juste, et partout, sous des formes et des noms différents, il

a existé près du Pouvoir exécutif des corps consultatifs. A l'heure présente, il en est certes de même en Suisse; mais n'en tirons pas argument contre le projet de Mr. Vogt. Ne serait-il pas préférable, en effet, que les éminents jurisconsultes dont les conseils sont si précieux au Conseil fédéral et qui rendent de si grands services à la cause du droit, fussent constitués en aréopage.

En Valais — tant pis si j'enfreins constamment la règle que non licet parva cum magnis componere — nous possédions autrefois un conseil de ce genre, soit une Commission des lois, dont faisait partie entre autres le père de Mr. le Conseiller d'Etat Ducrey, notre collègue. Pourquoi l'a-t-on supprimée? On ne l'a jamais bien su.

IV. Sont-ce là les seuls motifs qui militent en faveur de la création d'une „Cour du Contentieux“ telle que la rêve Mr. le Dr. Vogt?

Non, il en est d'autres non moins dignes d'intérêt.

Voulez-vous absolument confondre, solidariser le pouvoir administratif avec l'administration?

Qu'arrivera-t-il?

Non seulement vous enlevez, comme nous l'avons déjà prétendu, aux décisions du Pouvoir exécutif une notable partie de l'autorité morale dont elles ont besoin; mais vous apporterez dans la gestion des affaires publiques une déplorable instabilité.

Tel système l'emportera aujourd'hui, tel autre demain.

Que si, par contre, vous instituez une Cour fédérale du Contentieux, peu importeront les fluctuations de la politique. „Les ministres pourront changer, mais l'administration ne variera point.“ Au milieu des luttes des partis, elle demeurera immuable, et, rattachant le passé au présent, elle progressera sans doute, mais sans sursaut ni folle vitesse.

Et ce n'est pas tout, Monsieur le Président et Messieurs.

Si jusqu'ici, la Suisse a eu le bonheur d'être dirigée par des hommes d'une intelligence réellement supérieure et d'une puissance de travail hors pair, il n'en est pas moins vrai que les affaires se sont tellement multipliées qu'il n'est plus possible à nos Conseillers fédéraux de les traiter par eux-mêmes.

Par la force des choses, nos ministres sont obligés de s'en rapporter à leurs chefs de service.

Mais s'il en est ainsi, ne craignez-vous pas de créer une bureaucratie par trop omnipotente, et ne serait-il pas expédient de lui apporter dans la Cour du Contentieux une sorte de contre-poids?

„Puisque nous sommes en train de multiplier les tribunaux spéciaux,“ s'écrie enfin Mr. Vogt, „puisque nous avons des tribunaux militaires, des tribunaux de commerce, des tribunaux de prud'hommes et que, selon toute vraisemblance, on va nous doter de tribunaux d'assurance, pourquoi hésitions-nous à créer un Tribunal du Contentieux?“

V. Voilà la question nettement posée.

Est-il aussi facile de la résoudre?

On ne saurait l'affirmer.

Et d'abord, en Suisse, nous nous heurtons immédiatement à une objection constitutionnelle.

A l'exemple des autres Etats, la Confédération suisse proclame sans doute l'existence et l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Mais quel est, chez nous, le pouvoir judiciaire?

Le *Tribunal fédéral*, et le *Tribunal fédéral* seulement.

Si l'on voulait donc établir une Cour du Contentieux, force nous serait de provoquer la révision de la Constitution fédérale, ce qui ne laisse pas de représenter une entreprise, si ce n'est périlleuse, du moins pleine d'aléa.

Impossible donc, comme le souhaiterait notre savant collègue, de faire grand, d'élever un édifice d'un style comparable à celui des Etats allemands, français ou autrichiens. Impossible de créer de toutes pièces ce tribunal d'élite.

Faudra-t-il donc demeurer éternellement dans le statu quo? N'y aurait-il décidément plus de progrès à espérer?

Ce n'est pas précisément l'avis de Mr. Vogt et, en attendant mieux, voici le projet qu'il vous soumet.

Pourquoi, nous dit-il, n'établirait-on pas dans l'Administration, au sein de l'Administration elle-même, une section du Contentieux?

C'est ainsi que, jusqu'en 1872, il en avait été en France et, certes, nul n'ignore les services immenses que cette organisation avait rendus à la justice.

Permettez-moi, du reste, pour que vous puissiez mieux les apprécier, de résumer de la manière suivante les diverses propositions et conclusions de Mr. le rapporteur.

1° En vue d'obtenir une amélioration de la justice administrative, il est créé un Conseil du Contentieux;

2° Les membres et le Président de ce Conseil, qui ressort au Département de Justice et Police, sont nommés par le Conseil fédéral pour une période de six ans.

3° La compétence de ce Conseil s'étend à tous les cas où un citoyen s'estime lésé par une décision des autorités administratives, fût-ce en matière d'affaires disciplinaires; par contre, elle ne comprend point les questions rentrant dans les attributions des tribunaux ordinaires, ni celles sur lesquelles l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire.

4° Le délai de recours est de soixante jours.

5° Le Conseil n'est saisi que sur le recours des parties et il n'agit pas d'office.

6° La procédure est écrite et il y a des débats oraux; les parties peuvent se faire assister d'avocats et un commissaire représente l'autorité administrative contre laquelle on recourt.

7° Les parties ont toujours le droit de compléter leurs dossiers et il est loisible, tant au président qu'aux autres membres du Conseil, de leur faire subir tels interrogatoires qu'ils jugeront utiles.

8° Les décisions du Conseil du Contentieux peuvent être déférées au Conseil fédéral en sa qualité d'autorité directoriale et exécutive supérieure. (Art. 95 C. F.)

9° Au cas où, par impossible, le Conseil fédéral ferait usage de son droit de révision, les parties auront la faculté (art. 192 de la loi jud. féd.) de porter leur cause devant l'Assemblée fédérale.

10° Le siège du Tribunal est à Berne.

Et rien n'empêcherait de conférer au Conseil du Conten-

tieux d'autres attributions encore, telles que la connaissance des recours de droit public.

Pourquoi, comme on l'a déjà fait observer, ne le consulterait-on pas sur les questions de droit qui peuvent surgir tant à l'occasion de l'interprétation des principes de droit international en général que des traités en particulier?

Pourquoi enfin ne l'appellerait-on pas à coopérer à l'œuvre du législateur? Nos lois sont-elles tellement concordantes et la rédaction en est-elle si parfaite?

Vous nous objecterez sans doute que tous ces nouveaux rouages ne laissent pas d'être singulièrement compliqués; mais le représentant du Conseil d'Etat du Valais est trop heureux de saluer ici même l'éminent professeur de Zurich pour qu'il songe à le contredire, et encore moins à le combattre.

Mr. *Racine* (Genève): La question de la création d'un tribunal administratif est d'une grande actualité. Le public sent la nécessité d'une solution. La Chambre de commerce de Genève a émis, à deux reprises déjà, des vœux en faveur de l'institution d'une instance de recours contre les décisions de l'administration.

Bundesrichter Dr. *Leo Weber*: Es ist Vieles wahr, was vom Referenten in Bezug auf die prinzipielle Unrichtigkeit und Unhaltbarkeit der gegenwärtigen Stellung des Bundesrats zur Rechtsprechung gesagt worden ist.

Die Verwaltungsgeschäfte haben derart zugenommen, dass es für das einzelne Mitglied des Bundesrats nicht mehr möglich ist, die rein administrativen Vorlagen der übrigen Departemente samt und sonders einer eingehenden Prüfung zu unterstellen, geschweige denn Rechtsfragen in der Weise gründlich zu studieren, wie es wünschbar und geboten wäre.

Die faktischen Verhältnisse neben den prinzipiellen Erwägungen sind es, welche einer Reform rufen, und es fragt sich nur, wie wir die Reform einführen wollen und ob wir sie einführen können.

Wir haben einen Versuch gemacht in der Bundesverwaltung mit einem solchen Rechtsrat, wie ihn der Referent im Auge hat, es war dies der eidgenössische Rat für Schuld-

betreibung und Konkurs. Die Thätigkeit dieses Rates hat aber trotz der guten Dienste, die er geleistet, zu gewichtigen Auseinandersetzungen Anlass gegeben. Wenn der Bundesrat die vom Betreibungs- und Konkursrat vorberatenen Anträge des Justiz- und Polizei-Departements annahm, so hat man jeweilen gesagt: das ist ja ganz natürlich, was will der Bundesrat Gescheidteres thun! Wenn er die Anträge nicht annahm, so war man sicher, dass politische Motive irgend welcher Art ihm unterschoben wurden. Und in der That befasste sich der Bundesrat in der Regel einlässlich nur mit solchen Fragen, die einen politischen Beigeschmack hatten, — ich verstehe „politisch“ hier nicht in dem gemeinen Sinne des Wortes, sondern in jenem höhern Sinne, wonach die Entscheidungen einer Staatsbehörde getroffen werden nach Gesichtspunkten der Billigkeit oder nach social-politischen Erwägungen.

Eigentliche Rechtsfragen aus dem Gebiete des Betreibungs- und Konkurswesens, das darf gesagt werden, konnten nicht nach vorgängiger gründlicher Prüfung seitens aller Mitglieder in dem Bundesrate ihre Lösung finden.

Dieser Umstand war dem Bundesrate selbst unerträglich geworden. Es entstand die Novelle, welche die Aufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs in letzter Instanz dem Bundesrate abgenommen und dem Bundesgerichte zugewiesen hat.

Die Vorteile der Uebertragung der Kompetenz an das Bundesgericht machten sich sofort geltend; auch in der raschen und prompten Erledigung der Geschäfte.

Wie stünde es nun wohl mit dem uns heute empfohlenen Rechtsrat? — Würde der Rechtsrat besser funktionieren oder der Bundesrat in eine bessere Stellung zu ihm gelangen, als es der Fall war in Bezug auf den abgeschafften Rat für Schuldbetreibung und Konkurs? Ich bezweifle es.

Der Bundesrat würde sich gegenüber einem solchen Rate bevormundet, beengt, unfrei fühlen, trotzdem man ihm gestattet hätte, den Vormund selbst zu wählen.

Keinesfalls dürfte der Rat vom Bundesrate selbst ernannt werden; die Bundesversammlung allein wäre die richtige

Wahlbehörde. Denn es müsste dieser Rat nach meiner Ansicht eigene, selbständige Jurisdiktion bekommen. Die Appellation an den Bundesrat würde ich durchaus nicht gestatten. Ich glaube auch, der Bundesrat würde viel eher seine jetzige Kompetenz einem definitiv erkennenden Rate abgeben, als dass er sich thatsächlich durch eine Instanz bevormunden liesse, die er selbst ernannt hat. Wenn wir die Reform ernstlich wollen, müssen wir dem Bundesrate die Zumutung machen, dass er seine Jurisdiktion in staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten abgebe. Jedes andere System wäre ein Rückschritt.

Was die Jurisdiktion in Fragen des Völkerrechts, von denen der Referent heute gesprochen hat, anbelangt, so möchte ich betonen, dass auch auf diesem Gebiete eine Reform notwendig ist, namentlich im Sinne der Einführung einer oberinstanzlichen Kontrolle der Konsulargerichtsbarkeit.

Auch der Vorschlag, dem neu zu schaffenden Organe bei der Gesetzgebung durch Ausübung einer redaktionellen Ueberprüfung der legislativen Erlasse der Bundesversammlung eine Mitwirkung zu gestatten, ist durchaus zu billigen. Es könnte vielleicht eine Kombination in der Besetzung der prüfenden Behörde eintreten, so dass diese aus einer Redaktionskommission mit je nach der Art der Vorlage wechselndem Bestande und dem ständigen Rechtsrat bestehen würde, wobei dieser letztere namentlich die Aufgabe hätte, den gesetzgeberischen Erlass jeweilen auf seine Harmonie mit dem Ganzen der Bundesgesetzgebung zu prüfen.

Wie ich schon angedeutet habe, würde ich der neuen Behörde nicht nur die Befugnisse eines Verwaltungsgerichtshofes, sondern auch diejenigen eines Staatsgerichtshofes übertragen. Dem Bundesgerichte, das wäre die Folge, würden die staatsrechtlichen Entscheidungen genommen werden. Es könnte infolgedessen eine Reduktion des Bundesgerichts auf zwölf Mitglieder eintreten; das Kompetenzgebiet desselben wäre auf die im Berufungswege und direkt vor sein Forum gelangenden Civilrechtsstreitigkeiten, einschliesslich des mit dem civilrechtlichen Gebiete untrennbar verbundenen Schuld-

betriebs- und Konkurswesens beschränkt. Der neue Verwaltungs- und Staatsgerichtshof aber, dessen Sitz im Interesse der Geschäftsbehandlung notwendig nach Bern verlegt werden müsste, würde aber wohl mit fünf, drei vorzugsweise juristisch und zwei verwaltungstechnisch gebildeten Mitgliedern, hinreichend besetzt sein. Nach dieser Gestaltung der Kompetenzen würde der Bundesrat recht eigentlich werden, was er sein soll, die oberste administrative Aufsichtsbehörde; er hätte erforderlichen Falls die Präventivmassnahmen zum Schutze bedrohter Rechte, auf Anzeige des Gerichtshofs oder von sich aus, zu treffen, die Entscheidung des einzelnen Streitfalls aber überwiese bzw. überliesse er der richterlichen Instanz.

Dies alles aber erfordert eine Bundesverfassungsrevision mit nachfolgender Aenderung des Organisationsgesetzes über die Bundesrechtspflege. Gegenwärtig ist der Bundesrat durch Art. 102, Ziff. 2 der B.-V. zum obersten Wächter über die Handhabung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes bestellt.

Wenn er auch Rekurse gemäss der 1874 in Art. 102, Ziff. 2, l. c. eingefügten Klausel nur in so weit zu beurteilen hat, als sie nicht nach Art. 113 dem Bundesgerichte übertragen sind, so bleibt ihm doch die Regel-Kompetenz.

Dieses Kompetenzverhältnis ist nicht etwa dadurch in der B.-V. geändert worden, dass es in Art. 113, Abs. 2 heisst:

„Vorbehalten sind die durch die Bundesgesetzgebung näher festzustellenden Administrativstreitigkeiten.“ Denn damit konnte angesichts des Art. 102, Ziff. 2 und des ganzen übrigen Inhaltes von Art. 113 nichts anderes gesagt sein als: Vorbehalten bleiben die der Administrativbehörde zugewiesenen Entscheidungen.

Zum Schlusse sage ich: die Wünschbarkeit einer Reform ist vorhanden; aber es muss eine Reform in grossem Stile sein.

Bundesrichter Dr. *Morel*: Heute wollen wir uns nur darüber aussprechen, ob der schweizerische Juristenverein es für wünschbar erachtet, dass der Bundesrat die Frage der Einsetzung eines Verwaltungsgerichtshofes an die Hand nehme.

Ich meinerseits bin von der Notwendigkeit der Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes völlig überzeugt. Uebrigens habe ich schon in meinem Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts diesen Standpunkt vertreten. Es darf auch nicht unerwähnt bleiben, dass schon im Jahre 1889 über unser Thema von Professor Dr. Speiser in Basel und Advokat Boiceau in Lausanne Referate verfasst wurden.

Wir brauchen eine oberste Behörde, die in Verwaltungssachen, wo es sich um Rechtsfragen handelt, angerufen werden kann; denn die Entscheidung solcher Fragen durch den Bundesrat bietet, bei dem dortigen Verfahren, das umgeändert werden könnte, nicht die genügende Garantie für eine erschöpfende materielle Behandlung derselben.

Die Versammlung sollte daher einen dahin gehenden Beschluss fassen.

Ueber die Form der zu errichtenden Behörde möchte ich noch keine bestimmte Meinung äussern; doch ist es einleuchtend, dass ein solch wichtiges Organ unserer Rechtsprechung nur mit Beziehung verwaltungstechnisch gebildeter Richter seinen Aufgaben gewachsen wäre. Was die Kompetenz eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes anbelangt, so kann dieselbe sich nicht auf die eigentliche Verwaltung erstrecken und nur so weit reichen, als es sich um die Interpretation und Anwendung von Bundesgesetzen handelt. Wo bloss, wie in Steuersachen, die angeführt wurden, kantonales Recht verletzt ist, da ist nur der staatsrechtliche Rekurs wegen Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze (Art. 4 B.-V.) möglich.

Die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes würde eine Verfassungsrevision notwendig machen, welche am besten gleichzeitig mit jener bezüglich Vereinheitlichung des Civil- und Strafrechts vorzunehmen wäre, indem dem Bunde in einer Zusatzbestimmung zu Art. 64 der B.-V. das Recht zur Schaffung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes eingeräumt würde.

Mr. *Jules Roguin*, anc. juge fédéral: Il serait certainement téméraire, en tout cas prématuré, de discuter les différentes

thèses contenues dans les Leitsätze de Mr. le professeur Vogt, datées du 31 août écoulé. Distribuées hier, elles ne peuvent être suffisamment connues et doivent être soumises à une étude approfondie.

Cependant, je me permets d'énoncer préliminairement, mon opinion sur trois points mentionnés dans ces thèses.

1^o La création d'un *eidgenössischer Rat für Rechtssachen* (eidgenössischer Verwaltungsgerichtshof ou Cour du contentieux de l'administration fédérale) ayant une compétence en dernier ressort pour dire droit en cette matière exige *nécessairement une révision partielle* de la Constitution fédérale de 1874.

En effet, si vous prenez la peine de rapprocher les dispositions des art. 85 N^o 12, 102 N^o 2, 113 alinéa 2 de la dite Constitution, vous constaterez que la volonté du législateur constituant, confirmée par la loi fédérale du 27 juin 1874, a été a) d'attribuer au Tribunal fédéral, art. 113, la juridiction souveraine en matière de droit public pour violation des droits constitutionnels des particuliers et corporations garantis, soit par la Constitution fédérale, soit par la législation fédérale, lorsque les recours sont dirigés contre des décisions d'autorités cantonales, à la seule exception des contestations *administratives* à déterminer par la législation fédérale. b) d'attribuer au Conseil fédéral, art. 102, le pouvoir de veiller à l'observation de la Constitution, des lois et des arrêtés de la Confédération, lorsque le recours n'est pas un de ceux qui doivent être portés devant le Tribunal fédéral à teneur de l'art. 113. c) d'attribuer à l'Assemblée fédérale, art. 85 N^o 12, la compétence de statuer souverainement sur recours contre les décisions du Conseil fédéral relatives à des contestations administratives (art. 113).

Il est donc évident que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ne peuvent être déchargés d'une partie de leurs attributions sans une révision de la Constitution et qu'il doit en être de même pour la création d'une nouvelle Autorité fédérale.

Il est vrai que par la voie du budget et d'un postulat des Conseils législatifs, le Conseil fédéral a créé, il y a quelques années, le Conseil de la poursuite et faillite, mais ce

conseil n'était qu'une délégation de l'administration du département de justice et police, et ses décisions, *un préavis au département et au Conseil fédéral*.

Une semblable création serait encore possible... mais est-elle désirable?

2^o De par la Constitution fédérale, le Conseil fédéral ne prononce sur recours de droit public qu'en *matière de contestations administratives*, en dehors de ses attributions légales comme autorité exécutive et supérieure de la Confédération, ayant sous sa direction et ses ordres tous les fonctionnaires et employés... voir, par exemple, art. 37 à 43 loi fédérale du 9 décembre 1850 et lois spéciales.

La loi fédérale org. jud. du 27 juin 1874 avait donc admis, dans son art. 59, comme conséquence du texte constitutionnel que la compétence du Tribunal fédéral en matière de recours de droit public contre des décisions cantonales était la règle et celle du Conseil fédéral *l'exception* (voir message et rapport, feuille féd. 1874 édit. française, vol. I^{er} p. 1005 et suivantes, p. 1159 etc.). Ces exceptions étaient spécialement indiquées dans les derniers paragraphes du dit art. 59 N^{os} 1 à 10, et la jurisprudence constante a sanctionné cette situation réciproque des deux autorités fédérales supérieures (voir arrêts féd. I. 271. V. 190. IX. 474. XVIII, 763). C'est donc avec surprise qu'en lisant la nouvelle loi fédérale d'organisation judiciaire du 22 mars 1893, art. 175, alinéa 2, et art. 189, j'ai constaté que volte face était faite en ce que le mot *contestations administratives* des art. 85 et 113 de la Constitution avait été supprimé et le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale sont revêtus de la compétence de statuer sur les recours concernant l'application des lois fédérales édictées en exécution de la Constitution fédérale pour autant que ces lois elles-mêmes ou la présente loi (art. 182) n'en disposent pas autrement, les questions de for étant seules et dans la règle réservées à la juridiction du Tribunal fédéral.

La portée de ce changement est évidente, mais les motifs qui l'ont amené, nul ne peut les connaître avec pleine certitude.

M'étant rendu à Berne, j'ai consulté le dossier à la chancellerie fédérale et n'ai pas trouvé trace de délibérations des Conseils législatifs sur ce point. Le projet du Conseil fédéral, art. 172 et 175, était conforme à la loi antérieure; le message en langue allemande p. 102 et 114 paraît avoir voulu accorder au Tribunal fédéral plutôt une extension de compétence et ne continuer à ne déléguer au Conseil fédéral une compétence qu'en ce qui concerne les lois fédérales *polizeirechtlicher Natur*... mais la rédaction primitive de l'art. 179, § 5 tenant compte de cette louable intention paraît avoir été modifiée à un moment quelconque, soit par un nouveau rédacteur ou traducteur, soit par un membre d'une commission... bref, elle a été changée, et le texte nouveau, dans sa clarté impérative, paraît avoir eu l'intention de restreindre la compétence judiciaire, d'étendre les pouvoirs du Conseil fédéral.

Il est vrai qu'il y a divergence entre le texte allemand et le texte français... ce qui n'est pas nouveau. Il suffit, pour se convaincre de ce fait déplorable, de lire, par exemple, l'art. 8 du Code pénal fédéral du 4 février 1853 et l'art. 1^{er} de la loi fédérale de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour. Il est évident que cette innovation de la loi de 1893 accumule en mains du Conseil fédéral, des pouvoirs nouveaux, alors que de *l'avis de tout le monde* il est déjà surchargé, impuissant à faire face à toutes ses attributions, donc forcé d'accepter les préavis des départements et des employés supérieurs des bureaux, souvent sans les lire, dit-on.

Quoiqu'il en soit des faits qui viennent d'être relevés, il est en tout cas certain qu'il sera toujours difficile de fixer clairement la distinction entre les cas rentrant dans la compétence de la justice fédérale en matière de droit public (droits constitutionnels garantis aux particuliers et corporations) et les *contestations administratives* à réserver à l'autorité chargée du contentieux de l'administration, qu'on lui donne le nom de Eidgenössischer Rat für Rechtssachen, ou de Verwaltungsgericht exerçant la Verwaltungsrechtspflege.

Cette première difficulté sera toujours une lourde tâche pour le législateur.

Et une seconde difficulté devra aussi être tranchée, si la création d'une autorité spéciale préposée au contentieux administratif vient à être décidée, à côté du Conseil fédéral.

Il me paraît évident que le Conseil fédéral devra toujours rester (art. 95 et 102 de la Const.) l'autorité directoriale et exécutive supérieure. Comme telle, il aura seul à surveiller, contrôler l'exécution des lois et arrêtés par ses fonctionnaires et employés, et à cet égard, je suis pleinement d'accord avec les affirmations de Mr. le professeur Vogt dans le N^o 6 de ses Leitsätze.

Il faudra donc limiter avec une parfaite précision les cas d'intervention de la juridiction administrative (staatsrechtliche Verwaltungsstreitigkeiten), et cette mission ne sera pas facile.

3^o Enfin et pour terminer, je ne saurais en aucun cas recommander le transfert à cette nouvelle autorité préposée au contentieux administratif *fédéral* d'une partie quelconque des attributions actuelles du Tribunal fédéral comme cour de droit public. Le N^o 8 des Leitsätze paraît indiquer cette intention du rapporteur.

Je me rappelle encore avec quelle quasi unanimité a été adoptée en 1874 la création d'un Tribunal fédéral permanent chargé de la protection des droits individuels garantis par les Constitutions fédérales et cantonales, ou par les lois fédérales édictées en exécution de la Constitution.

Cette juridiction me paraît avoir justifié la confiance de l'Assemblée fédérale : elle est efficace, indispensable pour la protection du droit.

Herr Bundesrichter *Winkler* fasst das Ergebnis der bisherigen Beratung dahin zusammen, dass mit den Referenten die Wünschbarkeit der weitem Ausbildung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde allgemein bejaht wird, dass dagegen der Einrichtung eines selbständigen Verwaltungsgerichtshofes der Vorzug gegeben würde. Jedenfalls wünsche man bald thunlichst, dass eine Einrichtung getroffen werde zur Erzielung genauerer Redaktion und Uebereinstimmung der Bundesgesetze und Staatsverträge. Er empfiehlt daher die Annahme folgender Resolution:

„Der schweizer. Juristen-Verein beschliesst, die Thesen der Herren Referenten und das Protokoll der heutigen Sitzung dem h. Bundesrate zu übermitteln und denselben zu ersuchen, darauf Bedacht zu nehmen, dass im geeigneten Zeitpunkte der Bundesversammlung eine Vorlage gemacht werde behufs Schaffung eines eigenen Organs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Der Verein spricht dabei zugleich den Wunsch aus, dass baldmöglichst eine Einrichtung getroffen werde, um eine genauere Redaktion und bessere Uebereinstimmung der Bundesgesetze und Staatsverträge zu erzielen.“

Dieser Antrag wird übersetzt wie folgt:

„La Société Suisse des Juristes décide de transmettre au Conseil fédéral les thèses de Mess. les rapporteurs et de lui demander de présenter à l'Assemblée fédérale, en temps opportun, un projet de création d'un organe spécial de juridiction administrative.“

La Société désirerait en même temps qu'il fût créé le plus tôt possible un office qui veillât à une rédaction plus soignée et une concordance plus exacte des lois fédérales et des traités internationaux.“

Prof. Dr. Gustav *Vogt* erklärt sich in seinem Schlussvotum mit einer Resolution im Sinne von Herrn Bundesrichter Winkler einverstanden.

In Entgegnung auf das Votum von Herrn Bundesrichter Dr. Leo Weber bemerkt Professor *Vogt*: Wir wollen das Bundesgericht nicht reduzieren. Wir wollen ihm auch keine Kompetenzen abstreifen. Eventuell sollte die staatsrechtliche Kompetenz dem Bundesgericht in Lausanne verbleiben.

Im Gegensatz zu Herrn Bundesrichter Dr. Morel bemerkt Referent: Es geht nicht so leicht, bei einer Verfassungsrevision zum Zwecke der Vereinheitlichung des Civil- und Strafrechts, in einem Zusatze den Bundesrat zur Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes zu ermächtigen. Vielmehr müssten noch eine ganze Reihe von Artikeln der Verfassung revidiert werden.

Der Präsident bringt die Resolution des Herrn Bundesrichter Winkler zur Abstimmung. Sie wird mit Einmütigkeit angenommen.

Verhandlungen vom 14. September 1897.

I.

Rechnungsführung 1896/97.

Für die Rechnungsrevisoren erstattet Herr *Oberrichter Heuberger* (Aarau) folgenden Bericht:

a) Das Vermögen der Gesellschaft betrug am 30. Juni 1896 Fr. 12,117. 60

Im Rechnungsjahre (1. Juli 1896 bis 30. Juni 1897) wurden eingenommen . . . „ 4,793. 99
und ausgegeben „ 4,456. 84

Mit den Mehreinnahmen von . . . Fr. 337. 15
stieg das Vermögen auf „ 12,454. 75

Die Prüfungskommission hat die Rechnung in allen Teilen geprüft und richtig befunden. Nur über die Druckkosten für Mitgliederverzeichnis und Statuten (Fr. 272. 05) wird Aufschluss gewünscht.

b) Ohne weitere Bemerkungen wird zur Abnahme empfohlen die Rechnung über den Spezialfonds für die Herausgabe der Schweizerischen Rechtsquellen.

Das Vermögen desselben betrug 30. Juni 1896 Fr. 3,029. 10

Einnahmen Fr. 4,108. 45
Ausgaben „ 672. 85 „ 3,435 60

somit Vermögen am Ende des Rechnungsjahres Fr. 6464. 70

Der Quästor, *Bundesrichter Soldan* erteilt den gewünschten Aufschluss dahin, dass eben der in erfreulicher Weise angewachsene Mitgliederbestand (837) eine grosse Auflage des Mitgliederverzeichnisses erfordere und dass bezüglich der Statuten es sich um Anlage eines grössern Vorrates auf längere Zeit gehandelt, nachdem der frühere Abdruck vergriffen war.

Die beiden Rechnungen werden hierauf ohne Gegenantrag von der Versammlung genehmigt.

II.

Bericht des Preisgerichtes.

Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins hatte für das Jahr 1897 folgende Preisaufgabe ausgeschrieben:

„Die Beweislast nach dem schweizerischen Obligationenrecht (le fardeau de la preuve d'après le Code fédéral des Obligations).“

Zur Beurteilung der eingereichten Arbeiten wurde das Preisgericht bestellt aus folgenden Mitgliedern: Bundesrichter *F. Clausen* in Lausanne, Bundesgerichtssekretär *Dr. Th. Weiss* in Lausanne, Professor *Dr. L. R. von Salis*, Chef der Abteilung für Gesetzgebung und Rechtspflege im eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement in Bern.

Das Preisgericht unterbreitet durch Professor von Salis folgenden Bericht nebst Antrag:

Eine einzige, in französischer Sprache abgefasste Arbeit ist unter dem Motto: „E pluribus unum“ eingereicht worden.

Die gestellte Aufgabe war eine recht schwierige, vielleicht, besonders mit Rücksicht auf die kurze Lösungsfrist, eine zu schwierige. Es konnte sich nicht darum handeln, gegenüber einer viel besprochenen und einlässlich behandelten Streitfrage Stellung zu nehmen; es konnte sich auch nicht darum handeln, ein scharf abgegrenztes Gebiet eidgenössischen Rechts in den Kreis einer wissenschaftlichen Untersuchung zu ziehen. Es handelte sich vielmehr darum, festzustellen, wie der eidg. Gesetzgeber im Obligationenrecht ein auf der Grenze des Privatrechts und des Prozessrechts stehendes Problem verwirklicht hat, und diese Feststellung hatte zu erfolgen zunächst durch Prüfung und Untersuchung der Beweislast im Allgemeinen, sodann aber auch durch Eintreten auf eine Reihe von einzelnen positiven Beweisvorschriften, die in den verschiedensten Titeln und Abschnitten des Gesetzes zerstreut zu finden sind. Eine solche Untersuchung fördert eine schöne Zahl interessanter und bedeutungsvoller Resultate zu Tage. Sie zeigt vorab, wie der Gesetzgeber im Gesetze gar Manches, angeblich als selbstverständlich, auszusprechen unterlassen hat, und wie, sobald diese Selbstverständlichkeit nicht zugegeben wird, auf Grund des Gesetzestextes die Verteidigung solcher Ansichten gerechtfertigt erscheint, die der Gesetzesredaktor verworfen oder wenigstens nicht in Erwägung gezogen hat. Sie wirft ferner ein Licht auf den Zusammen-

hang einzelner positiver Gesetzesvorschriften untereinander, deren Zusammenfassung zu einer umfassenden Theorie vielleicht möglich ist. Sie reizt endlich dazu an, an Hand einer kritischen Beleuchtung der Judicatur, die einschneidende praktische Bedeutung verschiedener Gesetzesvorschriften im Gegensatz zur praktischen Geringfügigkeit mancher andern nachzuweisen.

Wie hat nun der Verfasser die ihm gestellte Aufgabe in der umfänglich sehr bescheidenen Schrift (auf 24 nicht eng beschriebenen Quartseiten) gelöst? Der Verfasser geht davon aus, zu konstatieren, dass zwischen deutscher und französischer Auffassung über den Vertragsschluss und über die Bedeutung der Vertragsform eine Verschiedenheit besteht und dass, da infolge des im Obligationenrechte enthaltenen Kompromisses beider Auffassungen die Beweisfrage der Kantonalgesetzgebung überlassen sei, eine allgemeine Theorie über die Beweislast nach dem eidgenössischen Obligationenrecht auf Schwierigkeiten stosse. Indessen lasse sich doch an Hand der Spruchpraxis bestimmen, welcher Partei die Beweislast obliege. Es folgen nun eine Anzahl lose aneinander gereihte Erwägungen aus bundesgerichtlichen und kantonalgerichtlichen Entscheidungen, die sich auf die Beweislast beziehen. Mit dem Hinweis darauf, dass dem Obligationenrecht ein Abschnitt über die Interpretation der Verträge fehle, und dass das Bundesgericht es wiederholt abgelehnt habe, sich in allgemeiner, reglementarischer Weise über die Interpretation des Obligationenrechts sowohl wie anderer Gesetze auszusprechen, glaubt er dennoch, unter Vorbehalt der in der Haftpflichtgesetzgebung niedergelegten Grundsätze, den Satz aufstellen zu dürfen: „Beweispflichtig ist, wer eine Thatsache vorschützt, die dem ordentlichen und regelmässigen Zustande der Dinge widerspricht“ („le fardeau de la preuve incombe à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses“); der normale Zustand aber, in dem zwei beliebig aus der Menge herausgenommene Individuen sich befinden, ist der gegenseitiger Unabhängigkeit. Demnach hat, wer Gläubiger zu sein behauptet, solches zu beweisen. Weitere

Beispiele werden zur Illustration beigebracht; unmittelbar an das Beispiel der Verteilung der Beweislast bei der aus Art. 50 des Obligationenrechts begründeten Schadenersatzpflicht schliesst sich ein Exkurs über die sogen. Umkehrung der Beweislast in der Haftpflichtgesetzgebung.

Aus dieser Inhaltsübersicht geht wohl zur Genüge hervor, dass der Verfasser seiner Aufgabe in keiner Weise gewachsen war. Schon die Einleitung setzt uns in Erstaunen; er scheint Beweislast und Beweismittel nicht auseinander halten zu können. Zieht er aber die Frage der Beweismittel nur heran, um festzustellen, dass ihre Festsetzung und rechtliche Würdigung dem kantonalen Recht verblieben sind, so ist diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit nicht richtig, und soweit sie richtig ist, folgt aus ihr noch lange nicht, dass das ganze Beweisrecht eine Materie des kantonalen Rechtes ist. Nicht uninteressant wäre eine genaue Prüfung der Frage, ob und bejahendenfalls inwiefern das kantonale oder eidgenössische Prozessrecht (ordentliches Prozessrecht, Betreibungs- und Konkursrecht) Einfluss auf die Beweislast in obligationenrechtlichen Fragen haben kann. Wie ungereimt ist es aber, wenn der Verfasser das Beweisrecht Bestandteil des kantonalen Rechtes sein lässt, angeblich weil das Obligationenrecht fast keine Beweisregeln kenne, und wenn er dennoch aus der Spruchpraxis versucht, eine allgemeine Theorie über die Beweislast zu gewinnen, wobei er einige unklare Vorstellungen über die von den Gerichtsinstanzen erfolgte Ablehnung der Gesetzesinterpretation auf dem Wege allgemeiner Weisungen zum Besten giebt. Der vorgetragenen allgemeinen Theorie fehlt jede tiefere Begründung, aber ebenso vermissen wir deren Durchführung im Einzelnen, die wenigen Einzelbeispiele können als solche nicht gelten; und die Fülle der Vorschriften über Beweispflicht, die das Obligationenrecht enthält, wird gar keiner Würdigung wert erachtet; statt des Eingehens auf diese Einzelvorschriften begnügt sich der Verfasser mit einigen leichtfüssigen Bemerkungen über die durch die Haftpflichtgesetzgebung geschaffene Beweispflicht.

Auf Grund dieser Erwägungen sieht sich das Preisgericht

leider in die Lage versetzt, zu beantragen, von einer Prämierung der eingereichten Arbeit abzusehen und dieselbe dem unbekannt bleibenden Verfasser zur Verfügung zu stellen.

Im Anschlusse an diesen Bericht bringt der Referent in Anregung, dass dieselbe Preisaufgabe nochmals ausgeschrieben werden möge und zwar mit Erstreckung der Eingabefrist auf 1899, gutfindendenfalls unter Erhöhung der ausgesetzten Preise.

Die Anregung wird von Oberrichter *Heuberger* unterstützt, ebenso von *Jeanneret*, der zudem wünscht, das Komitee möge prüfen, ob nicht die Fragestellung einer nähern Ausführung bedürfe. Schliesslich wird nach Antrag von Bundesrichter *Winkler* beschlossen, es seien die geäusserten Anregungen dem Vorstande zur Beschlussfassung überwiesen, und es werde derselbe gleichzeitig ermächtigt, bei Ansetzung der Preise den hergebrachten Jahreskredit zu überschreiten.

III.

Bericht der Kommission für Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen.

Schon auf der vorjährigen Versammlung war mitgeteilt worden, dass der Druck des ersten Bandes der Argauer Rechtsquellen (das Arauer Stadtrecht enthaltend) begonnen habe. Wir glaubten damals darauf zählen zu dürfen, dass der Druck heute längst vollendet sein werde. Diese Erwartung ist getäuscht worden; verschiedene Umstände, worunter auch die zeitweise starke Inanspruchnahme des Herausgebers Herrn Dr. Merz durch Amtsgeschäfte, haben Verzögerungen herbeigeführt; doch ist der Abschluss auf Ende dieses Jahres zu gewärtigen, und dann kann sofort der zweite Band, dessen Stoff bereit liegt, in Druck genommen werden.

Unterdessen ist die ebenfalls im vorjährigen Bericht erwähnte Bearbeitung der Rechtsquellen des Hofes Höngg von Prof. Dr. U. Stutz im Druck erschienen. Unsre Absicht dabei war, ein Specimen herzustellen, nach welchem die Herausgeber der Weistümer bei ihrer Arbeit verfahren sollten. Nun ist freilich dieser Versuch so umfangreich geworden, dass man Zweifel darüber haben kann, ob er das unbedingt massgebende

Muster für die Edition der Weistümer abzugeben vermag. Man wird auf eine Vollständigkeit, wie sie in dieser Probe erzielt ist, verzichten müssen, um den Stoff nicht ins Unendliche anschwellen zu lassen. Unter allen Umständen aber ist diese Arbeit ausnehmend nützlich; sie wird den Bearbeitern der Weistümer ihre Aufgabe wesentlich erleichtern durch die Feststellung und die praktische Demonstration der Editionsgrundsätze, die nun von ihnen befolgt werden können. Dem Hrn. Prof. Stutz sind wir für seine treffliche Leistung zu grossem Dank verpflichtet.

Eine besondere Schwierigkeit für uns ist die Auffindung von Persönlichkeiten, die zur Uebernahme einer Thätigkeit für unser Unternehmen geeignet und bereitwillig sind. Was die Bearbeitung der Weistümer betrifft, so haben wir dermalen nur eine Zusage für den Kanton Thurgau, indem sich Hr. Dr. Joh. Meyer in Frauenfeld zu unserer Freude bereit erklärt hat, sich dieser Aufgabe zu unterziehen. Für Zürich und St. Gallen sind wir momentan nicht im Falle, schon Bestimmtes angeben zu können.

Was die Stadtrechtsquellen des Kantons Zürich betrifft, so hat im verflossenen Jahr Hr. Dr. R. Hoppeler in unserem Auftrag anlässlich der von ihm besorgten Neuordnung des Winterthurer Stadtarchivs die dort befindlichen Quellen des Winterthurer Stadtrechts zu sammeln und zu bearbeiten begonnen.

Endlich hat sich Herr Staatsarchivar Dr. Robert Durrer in Stans bereit finden lassen, seine reichhaltige Sammlung von Unterwaldner Rechtsquellen für unsere Zwecke zu bearbeiten und zur Edition herzustellen.

In der französischen Schweiz sind wir leider noch ohne Aussicht auf Mithilfe.

In Rücksicht auf die im Laufe des nächsten Rechnungsjahres fällig werdenden Druckkosten und Honorare möchten wir Sie um Bewilligung eines Beitrages ersuchen, den wir immerhin mässiger bestimmen können als die letzten Jahre und mit Fr. 400 für ausreichend erachten.

Bundesrichter *Soldan*, der den Bericht verlesen, unterstützt noch persönlich den Schlussantrag, insbesondere mit

dem Hinweise darauf, dass auch der Bundesbeitrag sistiert werden könnte, wenn wir in einem Jahre unsere Einzahlungen aussetzen würden.

Prof. *Reichel* fragt an, warum die „Rechtsquellen von Höngg“ in nur so wenig Exemplaren gedruckt worden und im Buchhandel nicht erschienen seien.

Bundesrichter *Soldan* erwidert, dass diese Schrift nur als Specimen für die Bearbeiter gedruckt worden sei und jedenfalls in der wirklichen Herausgabe reproduziert und damit dem Buchhandel überwiesen werde.

Die Versammlung genehmigt hierauf einstimmig den Antrag der Kommission.

IV.

Zweiter Verhandlungsgegenstand: Ist das schweizerische Firmenrecht einer Reform bedürftig und wenn Ja, in welchem Sinne?

Mr. le Dr. *Burckhardt*, rapporteur : Dans mon rapport sur les r. d. c. je n'ai pas examiné à part chacun des articles du C. O., pensant que si la révision était mise en discussion, c'était moins de la rédaction de ces dispositions que des principes mêmes qui sont à leur base, qu'il s'agissait. Mon étude a porté sur les trois points principaux suivants :

1° la formation des raisons de c., 2° leur transfert, 3° le système de leur enregistrement.

La *formation* de la raison *individuelle* ne prête guère à controverses; lors de la révision du C. d. c. allemand certains commerçants ont demandé que la raison des femmes et des mineurs se distingue par quelque signe extérieur de toutes les autres. Cette demande était motivée surtout par le fait que le père de famille qui a fait faillite continue le commerce sous le nom de sa femme ou d'un de ses enfants mineurs afin de se soustraire à l'action de ses créanciers et que la raison commerciale adoptée par la femme est souvent identique à l'ancienne raison du chef de la famille.

A mon avis c'est aller trop loin que de soumettre pour obvier à cet abus, toutes les femmes et tous les mineurs à

des mesures exceptionnelles; j'estime d'ailleurs que la loi actuelle déjà permet d'y mettre fin, le préposé au registre et les intéressés peuvent exiger que ce soit la personne qui, en fait, gère le commerce qui figure comme telle au reg. du c. et qui soit tenue par conséquent comme telle vis-à-vis des créanciers. Dès que l'intérêt du public est en jeu le préposé ne doit pas se contenter de la simple déclaration du commerçant qu'il n'est pas le chef de la maison; il doit s'assurer au contraire que les faits déclarés ne soient pas simulés.

Un autre moyen se trouve dans la disposition que je propose dans mon rapport, et qui consiste à défendre qu'une raison radiée soit reprise par un autre commerçant avant le terme de deux ans.

La raison de la *société en commandite* prête le flanc à la critique pour deux motifs :

1° elle ne permet pas de distinguer la société en nom collectif de la société en commandite.

2° elle ne fait pas voir si dans la société en commandite il y a un ou plusieurs associés indéfiniment responsables.

La raison sociale Noir & Cie peut désigner ou bien une société en nom collectif composée de Noir et d'un nombre indéterminé d'autres associés,

ou bien cette même société avec, en plus, un ou plusieurs commanditaires,

ou bien une société composée de Noir comme seul associé indéfiniment responsable et de un ou plusieurs commanditaires.

Or, ce que je critique avant tout c'est qu'il soit impossible de distinguer s'il y a dans la société en commandite un ou plusieurs associés-gérants.

J'estime que les *créanciers* de la maison ont un intérêt plus considérable à savoir combien ils ont de débiteurs tenus sur tous leurs biens que de savoir qu'il existe un commanditaire et que pour les *clients* de la maison cette dernière circonstance est parfaitement indifférente tandis qu'il leur importe grandement de savoir quelles sont les personnes à la tête des affaires.

Les *créanciers*, dis-je, n'ont pas un intérêt si essentiel à être informés de la prise d'une commandite par leur débiteur

qu'il faille imposer à ce dernier l'adjonction des mots & Cie. Si la commandite *a été versée*, ce fait n'a pas d'autre importance pour les créanciers que n'importe quel autre accroissement de la fortune du débiteur. C'est à ce point de vue économique que j'ai comparé dans notre hypothèse la commandite à un héritage, une donation reçue par l'associé indéfiniment responsable; je n'ai point assimilé au point de vue juridique la commandite à une donation ou à une succession échues au commandité, comme semble le dire Mr. Siegmund (p. 669).

Si la commandite n'a pas été versée, les créanciers, je ne le conteste point, ont intérêt à savoir qu'elle est due, pour l'exiger en cas de faillite, du commanditaire. Mais c'est avant tout le débiteur lui-même qui a intérêt à le leur apprendre et, s'il ne le fait pas, de quoi pourraient se plaindre les créanciers? leur situation n'est nullement compromise par la prise d'une commandite; au contraire. Tel serait bien plutôt le cas lorsque la commandite est diminuée de moitié ou des $\frac{3}{4}$, ce que pourtant rien n'indique dans la r. d. c. Il est nécessaire mais il suffit que le reg. d. c. constate d'une façon authentique le fait de la commandite et son montant.

Je propose donc de ne pas tenir compte dans la formation de la r. d. c. des sociétés en commandite de la présence des associés commanditaires. De cette manière les sociétés commerciales et les commerçants isolés seront dispensés de modifier leur r. d. c. dans les cas précisément où ce changement paraît le moins nécessaire aux commerçants, par exemple, lorsque la maison „Lenoir frères“ s'adjoint un commanditaire qui est le fils d'un des associés actuels.

Pour créer une différence apparente entre la raison sociale de la société en nom collectif et celle de la société en commandite Mr. Siegmund propose pour la seconde l'adjonction caractéristique „& Comm.“ ou „& Cap.“ (p. 667). Si l'on veut exprimer encore dans la même r. d. c. s'il y a un ou plusieurs associés-gérants (ce qui me semble plus nécessaire), on arrive ainsi à des dénominations bizarres ou fort longues. Une société en commandite comptant, par exemple, quatre associés indéfiniment responsables aurait pour raison sociale : Noir,

Blanc, Rouge, Bleu & Comm. ou bien Noir & Cie & Comm. Cette innovation n'est, à mon avis, pas pratique; le public confondrait facilement „Comm.“ et Cie et à l'étranger on serait sans doute fort surpris de cette raison sociale modèle 1897.

Je n'ai pas exprimé dans mon rapport l'opinion que m'impute Mr. Siegmund (p. 669 et 670) qu'entre le commanditaire et les associés indéfiniment responsables il n'existait pas une véritable société, ni que vis-à-vis des tiers le commanditaire n'avait pas qualité d'associé. Je n'ai pas songé à le contester, mais ce que je conteste c'est que, comme le dit, sans le motiver, l'honorable co-rapporteur, ce soit un motif pour donner à la société en commandite une raison sociale.

Les raisons des sociétés anonymes: de lege ferenda la question se pose de savoir jusqu'à quel point il faut exclure de la dénomination de la société anonyme les noms de personnes. Lorsque le nom de personne désigne évidemment l'objet de l'entreprise, ou l'établissement au sens objet du mot, il n'y a aucun danger à l'admettre, mais où est la limite? Les sociétés anonymes ont un intérêt légitime à indiquer au public quel est l'invention du produit qu'elles fabriquent ou quel est l'établissement dont elles ont repris la suite des affaires à la condition seulement de ne laisser aucun doute sur leur caractère de société par actions. Je pense donc qu'on pourrait permettre l'usage de noms de personnes si l'on prescrivait en même temps que les dénominations doivent porter les mots: „Société anonyme“ ou „par actions“ ou les initiales de ces mots.

De cette façon les sociétés anonymes auraient une raison nettement différente de toutes les autres.

La mesure proposée par Mr. Siegmund, d'interdire tout nom de personne dans les raisons des sociétés anonymes, me paraît trop rigoureuse.

Pour les *associations* faisant des affaires commerciales il serait utile également de les désigner comme telles dans la raison commerciale; je puis me rallier dans ce sens à la proposition de Mr. Siegmund.

Une dernière remarque concerne les *adjonctions* aux r. d. c. (art. 867, al. 2). Je me suis demandé s'il n'était pas préférable

de limiter l'usage d'adjonctions au cas prévu par l'art. 868, c. à d. lorsqu'elle est nécessaire pour distinguer deux noms patronymiques identiques. Ce but serait d'autant mieux atteint que l'adjonction n'aurait pas d'autre fonction. On fait un abus considérable d'adjonctions dans un but de réclame et à ce point de vue il conviendrait de supprimer toutes les adjonctions désignant la nature des affaires ou qui font fonction d'enseignes. L'inscription des enseignes au reg. du c. ne confère à leur propriétaire aucun droit nouveau; il ne perdrait donc rien à en être privé. Ce qui m'a décidé en faveur du système actuel c'est la considération que la liberté dans la formation des r. d. c. serait par trop restreinte par la suppression de toutes les adjonctions autres que celles prévues à l'art. 868, qu'en pratique on ne pourrait empêcher le commerçant de les ajouter à sa r. d. c., l'effet serait donc le même vis-à-vis du public et enfin le fait de l'inscription n'enlève à ceux dont les intérêts sont lésés, aucun des moyens de droit qui leur compèteraient si l'adjonction n'était pas inscrite.

Pour les *enseignes* Mr. Siegmund propose un *registre spécial*, semblable à celui des raisons de c. Je n'en vois pas l'utilité. En droit actuel celui qui a fait le premier un usage public de son enseigne, en est le légitime propriétaire. Cette question de fait n'a donné que rarement lieu à des difficultés. L'inscription des enseignes serait pour les commerçants, surtout les petits commerçants, une formalité vexatoire. Le remède serait pire que le mal. A côté de l'enseigne il existe encore une foule de signes distinctifs d'un établissement, qu'il serait impossible de tous contrôler; lorsqu'un concurrent les usurpe le juge est bien obligé de trancher la difficulté sans l'aide d'un registre suivant les règles sur la concurrence déloyale; pourquoi ne le ferait-il pas aussi pour les enseignes?

Toutes ces règles théoriques sur la formation des r. d. c. ne servent à rien, si elles ne sont observées en *pratique*. Il ne suffit pas que la r. d. c. soit formée correctement dans le reg. du c., il faut encore que le commerçant ne la modifie pas dans l'usage journalier qu'il en fait. Or, il arrive très souvent que les commerçants se servent d'une r. d. c. différente de celle

qu'ils ont inscrite; sur leur magasin et leurs en-tête de lettres ils laissent p. ex. le nom de leur prédécesseur. Comment réprimer cet abus? Lorsqu'il s'agit de l'usage *public* d'une r. d. c. inexacte, une amende pourrait être prononcée d'office ou sur plainte (du préposé au reg. p. ex.) contre le commerçant coupable. Quant à l'usage *privé* de raisons inexactes, dans des communications ne s'adressant qu'à un nombre restreint de personnes, il faut s'en tenir aux moyens de droit ordinaires: Actions civiles basées sur l'erreur ou le dol dans la conclusion du contrat ou action pénale pour escroquerie, usage de faux noms etc.

La question qui intéresse le plus le monde commercial est celle du *transfert* des r. d. c.

Presque toutes les législations ont adopté pour les raisons nouvelles le principe de la vérité des r. d. c.

Au moment de la fondation d'un établissement, en effet, il n'existe aucun motif légitime de permettre au propriétaire d'adopter un autre nom que le sien. Il en est autrement lorsque la maison passe en d'autres mains. Le successeur a un intérêt matériel considérable à conserver la même r. d. c. que son prédécesseur. Le C. O. maintient ici aussi le principe de la vérité des r. d. c., tandis que d'autres législations l'abandonnent ou du moins ne l'appliquent qu'avec une grande douceur. Les pays qui n'ont pas des reg. du c. comme la France, ne peuvent pas contrôler d'office si le successeur ne conserve pas le nom commercial de son devancier. La règle posée dans la loi n'est appliquée que par les tribunaux sur la plainte du concurrent dont le nom est usurpé. En fait donc, nous ne pouvons pas nous prévaloir en Suisse de l'exemple de la France.

L'identité du nom commercial et du nom civil du commerçant est certainement dans l'intérêt du commerce honnête; mais ce que je crains, c'est moins le choix d'une r. d. c. différente du nom patronymique par un commerçant nouveau que la conservation par le successeur d'un nom commercial connu pour appartenir à un propriétaire précédent. Ce ne sont pas les raisons nouvelles, mais celles qui jouissent d'une réputation établie, qui induisent le public en erreur. C'est

pourquoi je ne puis admettre le palliatif préconisé entre autres par Mr. le co-rapporteur, qui consiste à ajouter au nom du fondateur de la maison le mot de „successeur,“ et de laisser passer cette r. d. c. telle quelle d'un successeur à l'autre. Le public serait averti lors du premier changement, mais il ne le serait pas plus tard. Le principe de la vérité formelle de la r. d. c. serait sauvé, puisque la r. d. c. ne renfermerait rien que de vrai, mais le public n'en serait pas moins trompé.

Je pose en principe que la r. d. c. peut rester la même malgré le changement des propriétaires de la maison, lorsque cette maison conserve la même valeur intrinsèque. Le nom du titulaire importe peu; pourvu que ses qualités restent approximativement les mêmes. Il est bien vrai, comme le remarque Mr. Siegmund, que deux personnes ne se ressemblent jamais complètement, mais ce qui nous importe ce sont les qualités commerciales, d'affaires. Il s'agit donc de savoir quand il y a lieu d'admettre avec quelque probabilité que le successeur aura pour le public la même valeur que son devancier. Il est évident que la loi devra déterminer les cas dans lesquels elle admet qu'il en est ainsi et qu'il ne peut être question d'instituer une autorité qui examine chaque cas concret.

Or, le public intéressé à une maison de commerce se compose de deux classes de personnes : les créanciers et les clients. Aux premiers il importe de connaître le crédit, aux seconds la valeur des produits livrés par la maison.

Le *crédit* d'une maison de commerce est intimement lié à la personne de son propriétaire et change avec elle; s'il fallait voir dans la permanence du crédit une *conditio sine qua non* du transfert de la r. d. c., ce dernier devrait être refusé. Pour les raisons exposées dans le rapport imprimé j'estime qu'il n'en est pas ainsi.

En Allemagne les commerçants ne se plaignent-ils pas d'être induits en erreur par le transfert de la r. d. c. sur la personne de leur débiteur; ce sont eux au contraire qui demandent que la r. d. c. soit transmissible; si la maison débitrice n'agit pas de mauvaise foi tout créancier diligent s'apercevra certainement au changement qui s'est produit. En Suisse même

il arrive souvent que dans une raison sociale l'adjonction & Cie désigne du jour au lendemain des personnes toutes différentes, et pourtant les commerçants n'en éprouvent apparemment pas de préjudice.

Il n'en est pas de même des *clients*. Ce qui leur importe ce sont les services économiques offerts par la maison. Comme ils sont le plus souvent laïques en affaires, ils ne sont pas au courant des mutations qui se produisent dans le personnel dirigeant d'une maison, ils se fient à la raison de commerce restée la même et c'est précisément sur cette confiance que sont basées les spéculations des commerçants désireux de conserver la même r. d. c., c'est la clientèle du prédécesseur qu'ils convoitent, non son crédit, sachant bien qu'ils ne peuvent hériter de ce dernier. Aussi est-ce avant tout l'intérêt des clients qui est ici en jeu.

Pour les clients la valeur intrinsèque d'une maison de commerce dépend à la fois des qualités morales du chef et de ses talents techniques.

Quant aux *maisons individuelles* il n'existe pas de critère certain qui permette de dire que le successeur mérite la même confiance que l'ancien chef de la maison, parce qu'entre ces deux personnes il n'existe en général aucun lien interne. En règle générale le transfert de la raison individuelle ne peut donc être permis. Dans certains cas spéciaux une exception serait admissible : en faveur de la veuve succédant à son mari prédécédé (ou inversement), en faveur des enfants succédant à leurs parents (lorsque le fils succède à son père il se peut fort bien déjà maintenant que la r. d. c. ne change pas) et enfin en faveur des fondés de procuration de l'ancien chef. Dans ces cas la parenté ou le travail en commun créent entre ancien et nouveau propriétaire une affinité spirituelle qui permet de dire que, probablement, la maison justifiera dans les mains du successeur la réputation dont elle jouissait.

Il est clair, néanmoins, que ce calcul est jusqu'alors aléatoire; la veuve, les enfants et même les fondés de procuration n'ont souvent pas les qualités propres au chef de la maison.

Il me paraît que cette méthode peut s'appliquer avec plus de succès à la *société en nom collectif*; il y a de bonnes raisons d'admettre que les membres d'une société pareille ne choisiront pas de nouveaux associés entièrement différents d'eux-mêmes; que, connaissant leur métier, ils ne s'adjoindront pas des associés incapables. Le crédit même d'une société en nom collectif conservera une certaine stabilité.

Je propose donc de permettre aux sociétés en nom collectif (avec ou sans commanditaires) de conserver pendant toute leur durée la même raison de commerce. Ce qui empêchera qu'on n'élude la loi en simulant la continuation d'une société en réalité dissoute, c'est d'un côté la disposition de l'art. 565 en vertu de laquelle celui qui entre comme associé en nom collectif dans une société de cette nature déjà existante est tenu solidairement des dettes antérieures de la société; de l'autre la faculté qu'aurait tout intéressé de prouver que la société n'a pas été continuée en fait, ou bien que telle personne dont le nom figure dans la raison sociale n'a pas fait partie en réalité de la société.

Je ne crois pas qu'en Suisse on doive s'effrayer de ces concessions faites aux commerçants; on en a fait de beaucoup plus larges dans le domaine analogue des *marques de fabrique*. Ici la question se posait presque identique: avec la seule différence que la marque de fabrique ne s'adresse qu'aux clients et point aux créanciers du commerçant. Or, comme je viens de l'exposer, c'est de l'intérêt des clients qu'il s'agit avant tout dans le transfert des r. d. c. Si on permet le transfert des marques les plus graves objections qu'on pouvait faire au transfert des r. d. c. tombent.

Mr. Siegmund conteste cette analogie (p. 780 et s.): la marque de fabrique est d'après lui un attribut non de la personne de l'industriel mais de ses produits; on pourrait donc, pense-t-il, attribuer la marque aux produits de cet industriel et la marque pourrait passer au successeur non seulement avec l'établissement tout entier, mais aussi avec les marchandises prises séparément. — Je suis certain que Mr. Siegmund est seul à soutenir une pareille opinion; tous les auteurs sont d'ac-

cord, que je sache, pour dire que la marque est un attribut de la personne; l'exposé de Mr. Siegmund est un mélange si inextricable d'idées justes et fausses qu'il m'est impossible de le discuter.

En protestant la permanence de la raison sociale pendant toute la durée de la société je pars du principe que le nom commercial peut, sans inconvénients, rester le même, tant que, dans ses caractères essentiels, la maison reste la même.

Voici d'autres *conséquences* de ce même principe : lorsque le chef d'une maison ne fait que changer de nom, il peut conserver la même raison commerciale (par exemple la femme qui se marie). Inversément lorsqu'un établissement passe dans les mains d'un successeur qui porte par hasard le même nom que l'ancien propriétaire, il ne peut conserver sans changement l'ancienne raison sociale.

Enfin il ne devrait pas être permis à un homonyme de faire inscrire pour lui exactement la r. d. c. qu'un concurrent vient de faire radier. Par cette manœuvre il se mettra sans droit au bénéfice de la réputation commerciale de ce dernier. Il serait bon d'étendre aux r. d. c. la disposition de l'art. 10 de la loi fédérale du 26 septembre 1890 sur les marques de fabrique et de défendre qu'une r. d. c. radiée ne soit inscrite par un autre commerçant avant l'expiration de deux ans par exemple.

La règle qu'une r. d. c. nouvelle doit se distinguer nettement de toutes celles qui sont déjà inscrites ne vaut qu'entre les r. d. c. d'une *même localité*. Les maisons de commerce dont le cercle des affaires dépasse ce rayon local ont un intérêt évident à ce qu'une autre raison commerciale identique à la leur ne surgisse pas dans quelque localité voisine. Entre concurrents loyaux un conflit ne naîtra pas; il existe à côté de la r. d. c. assez de moyens de se distinguer. Mais si l'un d'eux est de mauvaise foi, l'identité des r. d. c. lui fournira un moyen de plus de tromper le public.

Si l'on veut étendre le pouvoir de la r. d. c. d'exclure toute raison identique aussi loin que s'étend la sphère d'intérêts du commerçant ce n'est qu'à la condition d'abandonner le système

d'enregistrement actuel d'après lequel le préposé examine d'office si les raisons se distinguent suffisamment des anciennes. En effet non seulement les moyens manquent au préposé de connaître toutes les autres r. d. c. de la Suisse, mais, s'il les connaissait, il deviendrait presque impossible aux porteurs de noms répandus de trouver des raisons différentes de toutes les autres. Si on laissait, au contraire, aux commerçants le soin de dénoncer au juge les raisons qu'ils jugeraient illégales et préjudiciables à leurs intérêts, il se produirait ce fait que dans des industries différentes les mêmes r. d. c. pourraient subsister les unes à côté des autres et que même les représentants de la même branche de commerce pourraient se servir de raisons semblables aussi longtemps qu'il n'en naîtrait pas de confusion. La différenciation ne serait donc exigée en fait que là où elle est réellement nécessaire.

De lege ferenda je préférerais ce système. Mr. le co-rapporteur s'est demandé si la révision des dispositions concernant les r. d. c. répondait à un besoin bien réel.

Ce dont les commerçants suisses souffrent le plus c'est du principe de la non-transmissibilité des r. d. c., je crois qu'il leur cause parfois un dommage réel. Si l'on ne voit pas se dessiner un mouvement populaire puissant en faveur de la révision c'est que l'art. 874 C. O. n'est pas d'une application fréquente; les commerçants n'en ressentent les effets qu'à de rares intervalles et dans la plupart des cas le dommage qu'il cause est passager et réparable.

Il n'est pas rare pourtant que de grands établissements éprouvent du fait d'une modification de leur r. d. c. un préjudice énorme; les cas sont, par la nature même des choses, isolés; mais ils suffisent amplement pour nous engager à examiner la question de savoir si le principe de la vérité de r. d. c. mérite d'être maintenu dans toute sa rigueur.

Dr. *Siegmund*, Korreferent, giebt auf sein schriftlich erstattetes Referat sich stützend ein Résumé seiner Ansichten über eine Reform des Firmenrechts, namentlich diejenigen Punkte hervorhebend, wo er sich im Widerspruch mit dem Referate des Herrn Dr. Burckhardt befindet.

Nachdem er den Kampf um Firmenfreiheit und Firmenwahrheit historisch beleuchtet hat, bekennt er sich zum letztern Prinzip und plaidiert für Beibehaltung der jetzigen wohlwogeneren Gesetzesbestimmungen im O. R.

„Nicht die beteiligten Kreise, sondern die Praxis der Gerichte, welche oft im Widerspruch mit dem Geiste und Wortlaut des Gesetzes steht, hat den Wunsch nach einer Reform des Firmenrechtes rege werden lassen.“

Dass man mit Rücksicht auf das Ausland das Prinzip der Uebertragbarkeit statuieren kann, mag richtig sein, in der Schweiz aber soll dann in jedem Falle die Wahrheit der Firma gewahrt bleiben.

Zum Schlusse giebt er dem Wunsche nach einer Verbesserung des gegenwärtigen Rechts Ausdruck, darin bestehend, dass nur die im Handelsregister eingetragene Firma Gültigkeit haben solle.

Mr. *Lefort*, de Genève : Il est impossible pour l'assemblée d'entrer dans l'examen de la deuxième question. Nous devons nous borner à considérer la première. Sur ce point, nous devons nous rallier aux conclusions de Mr. Siegmund. Il n'existe aucun motif sérieux pour modifier le régime des raisons de commerce qu'on a adopté il y a 15 ans. Aucun mouvement notable ne se fait sentir dans le sens d'une révision. Les critiques formulées par les rapporteurs ne sont pas non plus d'une portée déterminante. Ainsi Mr. Burckhardt parle du changement de la raison de la société en commandite. Mais cette modification, qui du reste n'est pas désirable, ne serait pas suffisante pour motiver une révision du C. O. Il en est de même de la législation plus large que Mr. Burckhardt préconise en matière de transfert de la raison de commerce. Mr. Siegmund déclare que la pratique ne s'est pas conformée à la loi, mais on peut se demander si Mr. Siegmund ne va pas trop loin.

Mr. Lefort propose à l'assemblée de voter la résolution suivante : Vu les rapports présentés par MM. Burckhardt et Siegmund, la Société des juristes est d'avis qu'il n'y a pas lieu de réviser le Code fédéral des obligations en ce qui concerne les raisons de commerce.

Bundesrichter Dr. *Winkler*: Mein Vorschlag geht dahin, keine Resolution zu fassen. Ich möchte die Frage der Wünschbarkeit der Revision nicht ausdrücklich verneinen, aber auch nicht bejahen, wenn die beteiligten Kreise sich ruhig darein schicken. Aus der Diskussion ergab sich allerdings eine gewisse Uebereinstimmung, so z. B. darüber, dass die Uebertragbarkeit der Firmen wieder eingeführt werden sollte.

Mr. *Jeanneret*, avocat: Le rapporteur autorise une société en nom collectif à conserver sa raison primitive lors même que des associés changent. Ce système peut présenter des dangers pour les tiers, si les associés nouveaux ne sont pas inscrits au registre, ce qu'ils seraient tentés de faire. Dans le cas de faillite de la société le ou les associés, non inscrits, ne contribueraient pas par leur fortune au paiement des dettes sociales et les femmes exerceraient sur les biens de leur mari le privilège de l'art. 219 L. P. au préjudice des créanciers sociaux, privilège qu'on ne peut réclamer dans la faillite de la société en nom collectif.

Les sociétés en commandite ne se distinguent pas par leurs raisons des sociétés en nom collectif. On ne peut exiger des tiers et en particulier des commerçants étrangers de s'adresser au préposé pour savoir s'ils traitent avec une société en commandite ou avec une société en nom collectif. Il y aurait, comme le propose Mr. Siegmund dans son rapport, utilité à ce que les sociétés en commandite soient tenues d'ajouter à leurs raisons des mots ou des lettres significatives destinées à les distinguer à première vue des sociétés en nom collectif.

D'après la proposition de Mr. le rapporteur dans sa thèse 3^{me} il faudrait n'admettre à l'enregistrement que les raisons de commerce seules, ou avec les adjonctions permises par le C. O. Les autres dénominations ajoutées aux raisons, ne sont que des enseignes ou des réclames pour les produits de la maison; elles devraient être interdites.

Le Bureau fédéral a autorisé des succursales de maisons étrangères à inscrire leurs raisons telles qu'elles sont admises dans le pays du principal établissement, lors même que ces raisons ne sont pas conformes au Code fédéral. Il cite un exemple d'une société en commandite étrangère dont la succur-

sale en Suisse a été inscrite avec une adjonction à sa raison sociale qui la représente comme une société anonyme. La convention internationale conclue entre la Suisse et divers Etats ne peut être appliquée de manière à déroger aux règles impératives imposées aux nationaux.

Si les préposés sont trop faciles dans l'admission des raisons de commerce, cela provient, pour une grande part, de ce que le Bureau fédéral n'a pas appliqué la loi avec assez de rigueur lors de l'enregistrement.

Malgré les défauts dans l'application de notre loi, il n'y a pas lieu de proposer la révision d'un système qui a fait ses preuves depuis quatorze ans.

Il se rallie à la proposition de Mr. Siegmund.

Prof. Dr. *Gustav Vogt*: Wir befinden uns mit dem ganzen Firmenrecht, mit der ganzen Doktrin von einer formellen Firmenwahrheit auf einem Irrweg. Das ist eine polizeistaatliche Reglementierung.

Mit all diesen Vorschriften erreicht man den Zweck nicht, den Kredit gegen Schwindel zu schützen.

Kreditwürdige Firmen, die bis dahin Geschäfte gemacht haben, werden auf die Seite geschoben. Mit dem Prinzip der Firmenwahrheit hat man den Schwindel. Man kauft sich einen Strohhalm und behält die Firma bei.

Einen Antrag möchte ich nicht stellen.

Dr. Fr. *Schreiber*: Ein Moment ist bisher übersehen worden.

Wenn wir die Uebertragbarkeit der Firma dokumentieren wollten, so wäre das ein Eingriff in die persönlichen Rechte.

Art. 868 des O. R. bestimmt, dass eine in dem Handelsregister eingetragene Firma an demselben Orte von keinem andern als Firma benutzt werden darf, selbst dann nicht, wenn der neue Geschäftsinhaber denselben bürgerlichen Namen hat, mit welchem die ältere Firma bezeichnet wird. Das ist eine Beschränkung der persönlichen Freiheit.

Wenn die individuelle Person die Augen schliesst, so soll nicht einem andern gleichen Namens das Thor für immer verschlossen sein, derselbe soll von seiner Freiheit Gebrauch machen dürfen.

Diese persönliche Freiheit ist in dem Rechte der Wahrheit der Firma enthalten.

Mr. le Dr. *Burckhardt*, rapporteur : En proposant de ne pas tenir compte des commanditaires dans la formation de la r. d c. de la société en commandite je me rendais parfaitement compte que la raison d'une pareille société n'ayant qu'un associé-gérant ne pourrait plus être distinguée de celle d'un commerçant isolé; mais c'est que j'estime qu'une société en commandite ainsi constituée ressemble beaucoup plus à une maison individuelle qu'à une société en nom collectif.

Mr. Jeanneret critique qu'on permette aux succursales établies en Suisse pour des maisons étrangères de garder la raison commerciale de la maison mère : cette pratique nous est imposée par les traités internationaux.

Der *Korreferent* beschränkt sich in der Replik ebenfalls auf einige aufklärende Bemerkungen und wendet sich insbesondere gegen die Annahme des Herrn Bundesrichter Winkler, dass nach Ansicht der Juristen die Uebertragbarkeit der Firmen anzustreben sei.

Ein Antrag auf Fassung einer Resolution wird von keiner Seite gestellt, das Präsidium erklärt die Verhandlung über diesen Gegenstand geschlossen.

V.

Bestimmung des nächsten Versammlungs-ortes. Da keine bestimmte Einladung vorliegt, beantragt Rechtsanwalt *Ziegler* (Schaffhausen) die Bestimmung dem Vorstände zu überlassen.

VI.

Als Verhandlungsgegenstand für die nächste Jahresversammlung bringt Herr *Ziegler* in Vorschlag: „Das Recht des Komponisten bezüglich der Aufführung seiner Werke.“ Der Vorstand erklärt sich bereit, diesen Vorschlag in Beratung zu ziehen.

Schluss der 35. Jahresversammlung. Die Liste der anwesenden Mitglieder wies 108 Namen auf.
