



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Ouvrage collectif

2009

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Commentationes Historiae Iuris Helveticae. Vol. IV

Monnier, Victor (ed.); Hafner, Felix (ed.); Kley, Andreas (ed.)

How to cite

MONNIER, Victor, HAFNER, Felix, KLEY, Andreas, (eds.). Commentationes Historiae Iuris Helveticae. Vol. IV. Bernae : In aedibus Staempfli, 2009.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:45662>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE

IV



Stämpfli Verlag AG Bern

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

**COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE**

curantibus

Felix Hafner

Andreas Kley

Victor Monnier



In ædibus STÆMPFLI
BERNÆ
Anno MMIX

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-9806-6

Præfatio editorum

Die Beiträge der vorliegenden vierten Ausgabe der *Commentationes Historiæ Juris Helveticæ* (CHIH) decken wie die früheren Nummern wiederum eine weite inhaltliche Bandbreite von Themen ab. Diese reichen vom persönlichen Erlebnisbericht, über die Schilderung erlebter Erfahrung bis hin zu einer Darstellung von Hegels früher Prägung in Bern.

Come già nel fascicolo precedente di questo periodico, anche in questo sono stati inseriti testi in lingua italiana. Ciò prova la volontà dei redattori di riservare alle lingue della Confederazione il posto dovuto e di valorizzare così la ricchezza delle culture di cui sono i veicoli.

Remercions enfin tous ceux qui contribuent à la parution régulière de nos *Commentationes*, en particulier Madame Sandra Hadorn et les Editions Stämpfli ainsi que Madame Natacha Chevalier sans oublier les auteurs dont la confiance nous honore.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Præfatio editorum	V
Commentationes	
Roy Garré	1
<i>Brevi notizie biografiche su Franz Adam Vogel, «Grande Giudice» delle Guardie Svizzere in Francia nella prima metà del settecento</i>	
Michael Bloch.....	9
<i>Hegels französische Exzerpte aus der Berner Periode (1793-1796) als Prämissen seiner Rechtsphilosophie: Staat und abstraktes Recht</i>	
Felix Hafner.....	43
<i>Am Bistum aufgewachsen wie das Efeu an einer Mauer – Kirche und Staat in Basel-Stadt in historischer Entwicklung</i>	
Stéphanie Lanza.....	63
<i>De la preuve testimoniale en procédure pénale vaudoise de l'ancien régime à nos jours</i>	
Michel Hottelier.....	91
<i>Une curiosité historique : Le mode d'élection du Conseil d'Etat genevois</i>	
Riccardo Jagmetti	105
<i>Erlebte Demokratie im Wandel</i>	
Stefan G. Schmid.....	121
<i>Der Staatsrechtler als Geschichtsforscher</i>	
Miscellanea	
Benoît Pélopidas.....	129
<i>Circonscrire ce qui se déploie</i>	
Diemut Majer.....	145
<i>Neunzehn Jahre an der Universität Bern</i>	
Recensiones libri selecti	
René Pahud de Mortanges	153
<i>Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss</i>	
Jean-Jacques Rousseau	155
<i>Lettres écrites de la Montagne</i>	

COMMENTATIONES

*Roy Garré**

BREVI NOTIZIE BIOGRAFICHE SU FRANZ ADAM VOGEL, «GRANDE GIUDICE» DELLE GUARDIE SVIZZERE IN FRANCIA NELLA PRIMA METÀ DEL SETTECENTO

I. La famiglia Vogel

A partire dalla metà del XV secolo si hanno notizie della famiglia Vogel nella città di Sciaffusa¹. Attività caratteristica di questo lignaggio fu per oltre due secoli la navigazione sul Reno, alla quale i suoi membri si dedicarono spesso con funzioni dirigenziali («Schiffmeister»). Lo stemma di famiglia mostra un leone rampante dorato, che esce da una mezza luna orizzontale, con un uccellino sulla zampa anteriore destra; il tutto su di uno sfondo rosso. Fra i suoi rappresentanti più significativi, accanto allo scultore Hans Konrad (1722-1775), annoveriamo Franz Adam, nato a Colmar in Alsazia in data incerta e morto a Parigi nel 1749, «grande giudice» delle guardie svizzere² nella capita-

* PD Dr. Roy Garré, giudice penale federale

¹ Oltre che di Sciaffusa i Vogel sono famiglie originarie dei cantoni di Berna, Friburgo, Glarona, Lucerna, Untervaldo e Zurigo.

² Sulle guardie svizzere nel periodo di attività di Vogel, cfr. fra la vasta letteratura disponibile J. Bodin, *Les Suisses au service de la France de Louis XI à la Légion Étrangère*, Parigi 1988; H. Dubler, *Der Kampf um den Solddienst der Schweizer im 18. Jahrhundert*, tesi di laurea bernese, Frauenfeld 1939; aa.vv., *Les Gardes Suisses et leurs familles, aux XVII et XVIII siècles en région parisienne*, Colloque, Parigi 1988, in particolare interessanti: P. Perrot, *Les privilèges des Gardes Suisses*, pp. 62-64 e J. Chagniot, *Le régiment des Gardes dans l'alliance Franco-Suisse*, pp. 149-153 (ivi tra l'altro si fa riferimento ad una sentenza dello stesso Vogel emessa a favore del giovane capitano di reggimento Henri-Louis d'HémeI, in data 24 gennaio 1747, riguardante la capacità di agire degli ufficiali svizzeri minorenni, cfr. pag. 150); P. de Vallière, *Treue und Ehre. Geschichte der Schweizer in fremden Diensten*, Losanna 1940, pp. 419-465; A. Corvisier, *Une armée dans l'armée: Les Suisses au service de France, in Cinq siècles de relations Franco-Suisses*, Neuchâtel 1984; G. Hausmann, *Suisses au service de France. Etude sociologique et économique*, Parigi 1982; B.F. Zurlouben, *Histoire militaire des Suisses au service de la France*, Parigi 1751-1753.

le francese e autore di vari trattati giuridici e politici^{3 4}. Gli argomenti studiati da Vogel in queste opere costituiscono il corollario letterario a quella che è stata la sua attività giuridica pratica: si passa così da un'edizione commentata della *Constitutio Criminalis Carolina* (*Peinliche Gerichtsordnung*) emanata dall'imperatore Carlo V nel 1530⁵, la quale assunse valore di diritto penale militare⁶ presso le truppe svizzere in Francia, ad un trattato sulle varie alleanze politiche fra i Cantoni confederati e la Francia, fino ad uno studio sui privilegi degli svizzeri e su alcuni principi di diritto pubblico internazionale.

II. Le opere di Franz Adam Vogel

Nelle opere di Franz Adam Vogel traspare in genere un forte sentimento di ammirazione e di riconoscimento per la Francia. In particolare il «*Traité historique et politique des alliances entre la France et les treize cantons depuis Charles VII jusqu'à présent*» dato alle stampe come opera individuale nel 1733, ma già pubblicato all'interno dell'opera sui privilegi del 1731, è indubbio testimone delle sue concezioni politiche: come indica già il titolo si tratta di uno studio dedicato ai rapporti d'alleanza fra la Confederazione e la monarchia francese⁷; il filo conduttore di tutta l'opera è rappresentato dall'idea di

³ Cfr. *Historisch-Biografisches Lexicon der Schweiz*, vol. VII, pag. 286, Neuchâtel 1934; H.J. Leu, *Allgemeines Helvetisches Eidgenössisches oder Schweizerisches Lexicon*, Zurigo 1763, vol. VIII, pag. 673.

⁴ I manoscritti relativi alle stirpi dei Vogel in Svizzera fra il XV e il XX secolo sono raccolti alla Zentralbibliothek di Zurigo nella sezione F.A. Vogel: vi si possono trovare epistolari, carte private, documenti, opere grafiche e fotografie (cfr. il Repertorio sommario dei fondi manoscritti nelle biblioteche e negli archivi della Svizzera, Berna 1967, pag. 178).

⁵ Sull'importanza della Carolina nella storia del diritto penale svizzero v. l'apposita voce a cura di L. Gschwend in *Dizionario storico della Svizzera*, vol. 3, ed. italiana, Locarno 2004, pag. 83 e seg.

⁶ Sui primi tentativi di regolamentazione del servizio militare all'estero da parte delle autorità cantonali, si veda, con particolare attenzione al caso zurighese, H. Romer, *Herrschaft, Reislauf und Verbotspolitik. Beobachtungen zum rechtlichen Alltag der Zürcher Solddienstbekämpfung im 16. Jahrhundert*, tesi di laurea, Zurigo 1995. Il salto di qualità nel disciplinamento, non solo penale, delle truppe avvenne comunque attorno agli anni Settanta del Seicento ed è correlato alla nuova organizzazione della condotta militare in Europa, di cui la Francia offre un esempio paradigmatico (v. H.R. Fuhrer/ R.-P. Eyer, *Die «Fremden Dienste» im 17. Und 18. Jahrhundert*, in H.R. Fuhrer/ R.-P. Eyer (curatori), *Schweizer in «Fremden Diensten». Verherrlicht und verurteilt*, Zurigo 2006, pag. 105 e segg.).

⁷ Sul peso della Francia nella politica svizzera a partire dalla fine del Cinquecento si veda F. de Capitani, *Vita e morte dell'Ancien Régime (1648-1815)*, in *Nuova storia della Svizzera e degli svizzeri*, vol. 2, Lugano/ Bellinzona 1983, pp. 122-124.

affinità che legherebbe da tempi remoti le due entità statali. Questo concetto politico nasce probabilmente anche della personale amicizia acquisita dal «grand-juge» nei confronti di potenti politici francesi. Fra questi vi erano uomini strettamente legati alla corona francese, come Louis-Auguste de Bourbon, figlio del Re-Sole, Duc du Maine, «colonel-général des Suisses et Grisons» dal 1674 al 1719 e dal 1721 al 1736: in suo onore esce nel 1731 l'opera «Les privilèges des Suisses, ensemble ceux accordés aux villes impériales et anséatiques, et aux habitans de Genève, résidens en France, avec un traité historique et politique des alliances entre la France et les treize cantons depuis Charles VII jusqu'à présent et des observations sur la justice des Suisses fondées sur les principes du Droit Public». Nell'*épître* a lui rivolta, definendosi suo «très-humble et très obéissant Serviteur», Vogel presenta l'opera come un «précis de ce qui s'est passé de plus memorable entre la France et la Republique des Suisses, qui peut se flatter d'être le plus ancien et le plus constant de ses Alliez». Nella prima parte del libro troviamo il sopraccitato «Traité historique», al quale fanno seguito un corposo elenco con la trascrizione dettagliata dei vari privilegi accordati dalle autorità francesi agli Svizzeri a partire dal 1453 ed alcune brevi osservazioni sull'amministrazione della giustizia nell'ambito del contingente svizzero in base al diritto pubblico internazionale⁸. Si tratta di un'opera di grande utilità scientifica, soprattutto nella sua parte centrale, dove sono pubblicate fonti preziosissime che aiutano ancor oggi gli storici nel ricostruire i rapporti diplomatici fra questi due Stati⁹ ¹⁰; risulta del resto citata in quasi tutti gli studi dedicati all'argomento delle relazioni franco-svizzere o dell'istituzione del corpo delle guardie. Vogel (non senza una certa vanità) firmava i suoi libri con l'altisonante sigla V.G.J.D.G.S. (Vogel Grand Juge Des Gardes Suisses), sotto la quale spiccava l'affermazione dell'approvazione e del privilegio regi. L'assenso di Luigi XV apposto sul frontespizio dei suoi libri non impedì però che

⁸ Secondo G. Salerian-Saugy quest'ultime osservazioni non sono da considerare opera originale di Vogel, ma di un anonimo che avrebbe riordinato idee già elaborate all'inizio del XVII secolo (cfr. *La Justice militaire des Troupes Suisses en France sous l'ancien régime*, Parigi 1927, pag. 12).

⁹ Cfr. J.-R. Bory, *Les Suisses au service étranger et leur musée*, Nyon 1965, pag. 33.

¹⁰ Cfr. anche le critiche espresse da G.E. von Haller, *Bibliothek der Schweizer-Geschichte*, Berna 1787, vol. 6, pp. 365 s.: «Er sucht diese Freiheiten [i privilegi degli svizzeri in Francia] meistens nur auf den Militär-Stand einzuschränken, sichtbar gegen die Ausdrücke der unverstrümmelten und der gar nicht abgedruckten Urkunden»; cfr. anche i vari commenti di B.F. Zurloiben in *Bibliothèque militaire, historique et politique*, Parigi 1760, vol. I, pag. 5 e in *Code militaire des Suisses*, Parigi 1758-1764, vol. I, pp. 302 s.

«Les privilèges des Suisses» fosse vietato a Parigi¹¹, a causa forse della sua volontà di affermare con decisione il principio dell'autonomia giurisdizionale delle guardie svizzere¹²; ma quelli del resto non erano tempi facili per la libertà di stampa, basti pensare che qualche anno dopo, nel 1733, il Parlamento condannerà al rogo «Les lettres philosophiques» di Voltaire e che per prudenza Montesquieu preferirà stampare le sue «Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence» nella più liberale Olanda, come già aveva fatto nel '21 per le «Lettres persanes». L'edizione parigina del '31 è per questo motivo molto rara¹³, mentre più diffuse sono le successive, pubblicate tra l'altro anche in Svizzera, in particolare a Berna ed Yverdon.

III. La giustizia militare delle truppe svizzere in Francia

In merito all'attività giudiziaria di Vogel si possono trarre utili indicazioni generali dall'opera che Salerian-Saugy ha dedicato al tema della giustizia militare delle truppe svizzere in Francia¹⁴. Il «grande giudice» esercitava i suoi compiti all'interno del reggimento coadiuvato da alcuni funzionari: un «gran prevosto», un cancelliere, venti arcieri e un giustiziere. Ad un livello istituzionale inferiore vi erano inoltre per ogni compagnia un giudice ed un «piccolo prevosto»¹⁵. La giurisdizione dei giudici svizzeri sui propri compa-

¹¹ Così G.E. von Haller, *ibidem*, pag. 366. Censura presto tolta comunque, tanto che nel 1751 apparse postuma una riedizione con approvazione e privilegio regi, pubblicata da Pierre Prault, *Imprimeur des Fermes et droits du Roi*.

¹² Soprattutto nella parte finale, nelle «Observations sur la justice des Suisses», ove Vogel entra in aperta polemica con i tribunali ordinari: «Après tant de décisions formelles en faveur de la Jurisdiction privilégiée des Suisses, qui sont au service de la France, il y a lieu de s'étonner qu'elle se trouve encore traversée par les Tribunaux du Royaume, qui ne peuvent ignorer la volonté du Souverain, si souvent manifestée pour soutenir des engagements qu'il a contracté et renouvelé par des Traitez solennels avec la Nation. Envain on représente toutes les fois à ces Tribunaux, que les Militaires Suisses ne peuvent être Justiciables que de ceux en qui ils reconnoissent toujours l'autorté Souveraine, et qui l'ont confié comme un dépôt à des Superieurs immédiats qui en deviennent responsables» (pag. 533 dell'edizione del '51).

¹³ Così G.E. von Haller, *ibidem*.

¹⁴ Oltre a G. Salerian-Saugy, *ibidem*, sul tema della giustizia militare delle truppe svizzere, cfr. anche L. Businger, *Das Kriegerecht der Schweizer in fremden Diensten*, tesi di laurea, Stans 1916.

¹⁵ Cfr. R. de Castella de Delley, *Le régiment des Gardes Suisses au service de France. Du 3 mars 1616 au 10 août 1792*, Friburgo 1964, pag. 74.

trioti era per principio indipendente da quella francese¹⁶, come affermava in modo chiaro una lettera di Luigi XIV indirizzata nel 1705 al luogotenente generale François de Reynold, originario di Friburgo, colonnello del reggimento dal 1702 al 1722¹⁷. Ai processi l'accusato compariva di fronte ad un tribunale costituito all'aperto nel mezzo dell'intero battaglione disposto a quadrato, presieduto dall'ultimo capitano, alla presenza del «grand-juje»; questi era uomo di legge ed ufficiale superiore e procedeva all'istruzione del processo tramite ricerche ed inchieste, per poi limitarsi a condurre i dibattimenti del secondo interrogatorio¹⁸. Non era invece suo compito intervenire nella deliberazione della sentenza finale¹⁹. La sua nomina avveniva per volontà del colonnello di reggimento in virtù di un atto chiamato «Brevet du grand-juje»²⁰. Nel citato libro di Salerian-Saugy troviamo la trascrizione del documento conservato all'Archivio federale di Berna contenente la nomina di Vogel da parte del colonnello de Reynold: «Nous lieutenant général des armées du Roy, colonel du régiment des Gardes Suisses de Sa Majesté, ancien conseiller au conseil de guerre et grand croix de l'ordre militaire de Saint-Louis, certifions qu'ayant jujé nécessaire pour le bien du service du dit régiment des Gardes Suisses et pour l'administration de la justice de pourvoir à la charge de grand-juje, et étant bien informé des bonnes moeurs, capacité et experience du sieur François Adané Vogel, nous avons nommé par ces présentes le dit sieur et le nommons à la dite charge de grand-juje dudit régiment pour l'exercer à l'avenir conformément à l'usage de la Nation et pour jouir de tous les honneurs, prérogatives et appointements qui y sont attachés en la même manière qu'en ont joui ses prédécesseurs en la dite charge à l'effet de quoy nous luy avons expédié le présent brevet signé de notre main et y avons apposé le sceau de nos armes, fait à Paris le 23 novembre 1718»²¹.

A de Reynold succederanno, nella carica di colonnello generale, durante il periodo di mandato di Vogel, Jean-Victor Baron de Besenval, originario di Soletta, colonnello dal '22 al '36, Jean-Jacques d'Erlach (Berna) in carica dal

¹⁶ Sul problema della competenza dei tribunali svizzeri, cfr. G. Salerian-Saugy, *ibidem*, pp. 30-58; cfr. anche «Mémoire sur la prétention des grands-juges de la Nation Suisse en France, de connaître et de juger tous les crimes et délits dans lesquels les Suisses à la solde du Roi sont intéressés», in *Archives du ministère des affaires étrangères*, n. 550 (France et divers pays 199): documento segnalato in G. Salerian-Saugy, *ibidem*, pag. 9. Sulla ampia extraterritorialità di cui beneficiavano le truppe mercenarie svizzere per rapporto allo Stato ospitante v. H.R. Fuhrer/ R.-P. Eyer, *Die «Fremden Dienste»*, op. cit., pag. 111.

¹⁷ Una copia di questa lettera è stampata in J.-R. Bory, *ibidem*, pag. 34.

¹⁸ Documenti relativi ad interrogatori e procedure attuate da Vogel, trascritti dall'Archivio federale, sono leggibili in G. Salerian-Saugy, *ibidem*, pag. 145 e segg.

¹⁹ Così *ibidem*, pag. 23.

²⁰ *Ibidem*, pag. 24.

²¹ Archivio Federale, cart. I, referto 42, cit. in *ibidem*, pag. 25.

'36 al '42, Rodolphe de Castella (Friburgo) per un breve periodo, e il barone B at François Placide de Zurlauben (Zugo) fino al '71²². Col primo Vogel coltivava senz'altro buone relazioni, come segnalato del resto dalla dedica apposta alla citata edizione della Carolina del 1734²³: fu lui a spingere Vogel ad intraprendere questa importante opera²⁴. Anche Zurlauben aveva una grande ammirazione per il «grand-juje» e lo dimostra nella sua «Histoire militaire», apprezzando l'erudizione dei suoi libri²⁵, e nel suo «Code militaire», citandolo a pi  riprese con reverenza quale indiscussa autorit ²⁶.

IV. Le particolarit  del diritto penale militare nella storia del diritto svizzero

Franz Adam Vogel rappresenta un personaggio chiave per ricostruire la storia della giustizia militare svizzera del Settecento, sia come attore principale che come testimone erudito. Il diritto penale delle guardie svizzere in Francia, studiato ed applicato da Vogel, era una delle poche materie giuridiche unificate della Vecchia Confederazione per cui costituisce un significativo esempio di diritto comune confederale²⁷, fondato altres , in opposizione a quella che era la generale tendenza nella Svizzera di et  moderna²⁸, su di una tradi-

²² Per i dati biografici essenziali di tutti questi colonnelli, cfr. R. de Castella de Delley, *ibidem*, indice analitico.

²³ Il titolo completo dell'opera recita: «Code criminel de l'Empereur Charles V. vulgairement appel  la Caroline, contenant les Loix qui sont suivies dans les Jurisdictions criminelles de l'Empire, et   l'usage des Conseils de Guerre des Troupes Suisses». Essa   stata pubblicata con l'approvazione e il privilegio regi presso la stamperia di Claude Simon in rue des Massons a Parigi.

²⁴ Cos  B.F. Zurlauben, *Code militaire*, *ibidem*, vol. I, pag. 287.

²⁵ Cfr. B.F. Zurlauben, *Histoire militaire*, *ibidem*, vol. II, pag. 29.

²⁶ Cfr. B.F. Zurlauben, *Code militaire*, *ibidem*, vol. I: pp. 5, 78, 164, 286, 287, 289, 290, 302, 304; vol. II: pp. 114 e 121; vol. III: pag. 336.

²⁷ Altri esempi in P. Caroni, *Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung*, vol. I, Berna 1998, pp. 159-164.

²⁸ A questo proposito v. P. Caroni, *Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben*, in *Zeitschrift für Historische Forschung* 2 (1975), pp. 223-240; *Idem*, L'educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo, in *Quaderni fiorentini* (1976-77), pp. 1009-1030; R. Garr , Il tortuoso cammino dell'insegnamento giuridico in Svizzera – Un profilo storico, in *Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten – Bulletin*, 26 (2000), Nr. 4, *Ein Fach stellt sich vor: Die Jurisprudenz als Wissenschaft*, pp. 14-19; R. Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*, Zurigo/San Gallo 2007, pag. 116-118; d'altra opinione, ma poco convincente nella selezione delle fonti, T. B hler, *Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in den Erbrechten der Schweiz*, in *ZRG GA* 120/2003, pp. 1-60 nonch  *Idem*, *Recensione di R. Garr , Consuetudo*, in *ZRG GA* 123/2006, pag. 579.

zione giuridica dotta quale quella offerta dalla legislazione imperiale della Carolina. Il fatto che gli svizzeri, pur usciti di fatto dall'area di giurisdizione imperiale con la Guerra di Svevia del 1499²⁹, non abbiano esitato ad adottare puntualmente normative appartenenti ad una simile tradizione, testimonia il pragmatismo giuspolitico della Vecchia Confederazione. Al rifiuto della giurisdizione del *Reichskammergericht* (istituito in occasione del *Reichstag* di Worms del 1495) e dell'approccio scientifico al diritto ivi propugnato, non coincise in effetti un dogmatico rifiuto di tutto ciò che proveniva da quella tradizione. La Carolina fu non a caso recepita *motu proprio* non solo nel diritto penale delle truppe mercenarie svizzere – le quali già per la loro dislocazione all'estero erano più che mai esposte all'adozione di modelli giuridici stranieri –, ma anche in diversi cantoni, in particolare quale diritto sussidiario nella città e nel principato vescovile di Basilea, a Sciaffusa, nelle terre del principe abate di San Gallo, nel Vallese, nelle Tre Leghe e, dopo il 1750, nel Vaud bernese. Attraverso il diritto penale la Svizzera restò quindi agganciata ad una tradizione scientifica europea, che invece in altri settori come il diritto civile venne manifestamente avversata fino all'Ottocento avanzato³⁰. I «grandi giudici» della giustizia militare svizzera in Francia erano in questo senso attori di un'interessante controtendenza nell'approccio al diritto della Vecchia Confederazione³¹, di cui Franz Adam Vogel, non ultimo grazie alla sua produzione letteraria, fu un significativo esponente. L'influenza della Carolina si fece del resto ancora sentire nell'ultimo codice penale applicato dai reggimenti di guardie svizzere in Francia, ovvero il draconiano *Code pénale militaire pour les régiments suisses au service de sa Majesté très chrétienne* del 1816, redatto dal friburghese Nicolas de Gady, maresciallo di campo al servizio del re di Francia, adottato dalla Dieta e restato in vigore fino allo sciogli-

²⁹ V. adesso i contributi nel volume curato da P. Niederhäuser e W. Fischer, *Vom «Freiheitskrieg» zum Geschichtsmythos. 500 Jahre Schweizer- oder Schwabenkrieg*, Zurigo 2000.

³⁰ Diversi esempi in R. Garré, *Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen (1815-1887)*, tesi di laurea bernese, Francoforte s.M. 1999, *passim*.

³¹ Sull'esigenza, espressa già in una raccolta di *Schweizerisches Kriegsrecht* apparsa nel 1704 a Francoforte sul Meno, che gli uditori della giustizia militare avessero una formazione giuridica per far fronte alla complessità procedurale e giurisdizionale della materia v. R. Barras, *La justice militaire en Suisse. Aperçu historique*, in *Die schweizerische Militärjustiz/ La justice militaire en Suisse*, Opfikon 1989, pag. 10.

mento dei reggimenti svizzeri³², l'ultimo dei quali, quello di Napoli³³, fu disciolto nel 1859³⁴.

³² Su motivi che hanno portato all'abbandono di questa importante risorsa economica con decisivi risvolti di sfogo demografico v. Dubler, *Der Kampf*, op. cit., pag. 74. Da citare sono in particolare le differenti condizioni quadro dell'economia e le nuove forme di emigrazione nelle Americhe. Sulle critiche degli ambienti illuministi al servizio mercenario v. ibidem, pag. 36 e segg. (si vedano comunque già le critiche di Zwingli di cui ora in C. Moser/H.R. Fuhrer, *Der lange Schatten Zwinglis*. Zürich, das französische Soldbündnis und eidgenössische Bündnispolitik, 1500-1650, Zurigo 2009). Da notare comunque che proprio nel corso del Settecento, quando le voci contrarie al servizio mercenario sono diventate sempre più insistenti, assistiamo ai picchi più alti nel numero di mercenari attivi. Si parla così di 42'000 mercenari nel 1704 e addirittura 80'000 nel 1745 (v. ibidem, pag. 72), quindi all'incirca nel periodo di attività di Vogel. In generale sul ruolo economico del servizio mercenario per la Vecchia Confederazione v. H.C. Peyer, *Die wirtschaftliche Bedeutung der fremden Dienste für die Schweiz vom 15. Bis zum 18. Jahrhundert*, Stoccarda 1978.

³³ Sul servizio mercenario degli Svizzeri a Napoli v. R.-P. Eyer, *Schweizerische Kriegsdienste in Neapel im 18. Jahrhundert*, in H.R. Fuhrer/ R.-P. Eyer (curatori), *Schweizer in «Fremden Diensten»*, op. cit., pp. 205-226.

³⁴ Ultimo residuo della tradizione mercenaria della Svizzera è la Guardia Svizzera Pontificia (v. *Esercito svizzero 2006*, Frauenfeld 2006, pag. 189 e seg.; www.schweizergarde.org), la quale non è tuttavia sottoposta alla giurisdizione della giustizia militare svizzera e non è nemmeno più considerata dalla Confederazione come vero e proprio corpo militare. Nel 1929, con il Trattato del Laterano tra lo Stato Italiano e la S. Sede, venne riconosciuta a quest'ultima l'esclusiva ed assoluta giurisdizione sovrana sul Vaticano. In conseguenza di ciò, il Consiglio federale svizzero, in data 15 febbraio 1929, ha sancito mediante decreto che il servizio nella guardia papale non può essere considerato come servizio in un corpo armato straniero e quindi non costituisce un reato ai sensi dell'art. 94 del Codice penale militare (CPM) del 13 giugno 1927; essendo questa truppa una guardia locale con compiti esclusivamente di polizia, chiunque vi può prestare servizio senza l'autorizzazione del Consiglio federale. Il 15 settembre 1970 Papa Paolo VI ha deciso che la Guardia svizzera dipende direttamente dal Santo Padre e le ha affidato la reponsabilità esclusiva della custodia del Palazzo Apostolico (sulla posizione giuridica della Guardia Pontificia sia in Svizzera che al Vaticano v. R. Walpen, *Die Päpstliche Schweizergarde*. Acriter et fideliter – tapfer und treu, Zurigo 2005, pag. 186 e seg.). Una descrizione romanzata, di piacevole lettura ma non sempre affidabile, del suo campo di attività si trova nel libro di Dan Brown, *Angeli e demoni*, trad. italiana, Milano 2004. Un recente scottante e tragico caso giudiziario che ha coinvolto la Guardia Svizzera e la giurisdizione penale vaticana è quello legato alla morte del capitano comandante Alois Estermann, di sua moglie e del vicecaporale Cédric Tornay (v. in proposito Sabina Marchesi, *I processi del secolo*, Firenze 2008, pp. 287-295). Sulle questioni di diritto penale internazionale inerenti al caso v. la sentenza del Tribunale federale 6B_21/2009 del 19 maggio 2009.

Michael Bloch*

HEGELS FRANZÖSISCHE EXZERPTE AUS DER BERNER PERIODE (1793-1796) ALS PRÄMISSEN SEINER RECHTSPHILOSOPHIE: STAAT UND ABSTRAKTES RECHT

Einführung

Für die traditionellen Biographen Hegels des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts hatte dessen Aufenthalt in der Schweiz zwischen 1793 und 1796 noch ausdrücklich anekdotischen Charakter oder aber zumindest den Aspekt etwas eklektischer Lehrjahre: in den Augen dieses traditionellen Lesers soll Hegels reifes Denken dementsprechend erst mit der systematisch angelegten *Phänomenologie des Geistes* [1801] ihren wahren Ausgang genommen haben¹. Neueste Studien revidieren diese Auffassung grundlegend und lassen die Berner Episode des 25-jährigen in endgültig neuem Licht erscheinen². Dabei findet vor allem Hegels Beschäftigung mit dem Kantischen

* Doktorand und Assistent am Institut für Politikwissenschaften der Universität Genf und Stipendiat des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) am Institut für Philosophie der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

¹ Karl Rosenkranz, *Georg Wilhelm Friedrich Hegels Leben*, Duncker & Humblot, Berlin, 1844; Rudolf Haym, *Hegel und seine Zeit. Vorlesung über Entstehung und Entwicklung, Wesen und Werth der Hegel'schen Philosophie*, R. Gaertner, Berlin, 1857; Wilhelm Dilthey, *Gesammelte Schriften, IV. Band, Die Jugendgeschichte Hegels und andere Abhandlungen zur Geschichte des deutschen Idealismus*, B. G. Teubner, Leipzig und Berlin, 1925; Franz Rosenzweig, *Hegel und der Staat*, R. Oldenbourg, München und Berlin, 1920.

² Vorboten unterschiedlicher Neuurteilungen von Hegels Jugendjahren finden wir allerdings schon ab dem Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Im folgenden werden die uns wichtig erscheinenden Meilensteine lediglich in chronologischer Reihenfolge angegeben, ohne diese jeweils gemäss ihrer dominierenden theoretischen Ausrichtung (religions-philosophisch, marxistisch, genetisch-historisch, bzw. kontextualistisch oder systematisch-hermeneutisch) einteilen zu wollen: Herman Nohl, *Hegels theologische Jugendschriften nach den Handschriften der Kgl. Bibliothek zu Berlin*, Tübingen, 1907; Theodor L. Häring, *Hegel: Sein Wollen und sein Werk. Eine chronologische Entwicklungsgeschichte der Gedanken und der Sprache Hegels*, B. G. Teubner, Leipzig und Berlin, 1929 und 1938; Hans Strahm, *Der Philosoph Hegel als Kritiker der bernischen Aristokratie*, Sonderdruck aus dem «kleinen Bund», Fritz Pochon-

Freiheitsbegriff und Johann Gottlieb Fichtes Bewusstseinsphilosophie einen neuen Stellenwert, sei dies nun in Form einer Kant-Aneignung oder Kant-Kritik³. So kommt Hegel hier zur vorläufigen Einsicht, dass die ungelebte, vom Menschen losgelöste Freiheit, wenn auch dem vernünftigen Freiheitsbegriff entsprechend, ebenso müssig wie die Unfreiheit selbst sein kann. Er schreibt dazu: «Freiheit des Willens sich zum Gehorsam oder Ungehorsam gegen das Gesetz bestimmen durch absolute Selbsttätigkeit – zu kontradiktorisch entgegengesetzten Handlungen oder ist Freiheit nur Aufhebung des Bestimmens des Nicht-Ich – (jenes nennt Fichte Freiheit der Willkür) sich zur

Jent, Bern, 1933; Paul Asveld, *La pensée religieuse du jeune Hegel. Liberté et aliénation*, Publications Universitaires de Louvain, Louvain, 1953; Georg Lukács, *Der junge Hegel und die Probleme der kapitalistischen Gesellschaft*, Aufbau-Verlag, Berlin, 1954 [erste Ausgabe: Zürich, 1948]; Carmelo Lacorte, *Il primo Hegel*, Sansoni, Firenze, 1959; Otto Pöggeler, *Hegels Jugendschriften und die Idee einer Phänomenologie des Geistes*, Habilitationsschrift, Heidelberg, 1965/66; Dieter Henrich, *Hegel im Kontext*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1967; Otto Pöggeler, «Hegel, der Verfasser des ältesten Systemprogramms des deutschen Idealismus», In: Christoph Jamme und Helmut Schneider (Hrsg.), *Mythologie der Vernunft: Hegels «Ältestes Systemprogramm des deutschen Idealismus»*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984: 129–131; H.[enry] S[ilton] Harris, *Hegel's Development. Toward the Sunlight 1770-1801*, vol. 1, Clarendon Press, Oxford, 1972; Ludwig Hasler, «Aus Hegels philosophischer Berner Zeit», *Hegelstudien* 11: 205–211, 1976; Martin Bondeli, *Hegel in Bern, Hegel-Studien*, Beiheft 33, Bouvier, Felix Meiner, Bonn und Hamburg, 1990; Roberto Finelli, *Mito e critica delle forme. La giovinezza di Hegel 1770–1803*, Riuniti, Roma, 1996; Christoph Jamme und Helmut Schneider (Hrsg.), *Der Weg zum System, Materialien zum jungen Hegel*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990; Hans Friedrich Fulda und Rolf-Peter Horstmann (Hrsg.), *Rousseau, die Revolution und der junge Hegel*, Veröffentlichungen der Internationalen Hegel-Vereinigung, Band 19, Klett-Cotta, Stuttgart, 1991; Marco de Angelis, *Die Rolle des Einflusses von J. J. Rousseau auf die Herausbildung von Hegels Jugendideal. Ein Versuch die «dunklen Jahre» (1789–1792) der Jugendentwicklung Hegels zu erhellen*, Hegeliana, Studien und Quellen zu Hegel und zum Hegelianismus, Band 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, u.a., 1995; Martin Bondeli, *Der Kantianismus des jungen Hegels. Die Kant-Aneignung und Kant-Überwindung auf seinem Weg zum politischen System*, Hegel-Deutungen, Band 4, Felix Meiner, Hamburg, 1997; Helmut Schneider und Norbert Waszek (Hrsg.), *Hegel in der Schweiz (1793–1796)*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997; Martin Bondeli und Helmut Linneweber-Lammerskitten (Hrsg.), *Hegels Denkentwicklung in der Berner und Frankfurter Zeit*, W. Fink, München, 1999; Adriano Tassi, *Hegel a Berna. Le premesse di un sistema*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.

³ Martin Bondeli, *Der Kantianismus des jungen Hegels*, op. cit., im Speziellen S. 160–183 und Klaus Düsing, «Die Rezeption der kantischen Postulatenlehre in den frühen philosophischen Entwürfen Schellings und Hegels», In: Rüdiger Bubner (Hrsg.), *Das älteste Systemprogramm: Studien zur Frühgeschichte des deutschen Idealismus: Hegel-Studien Beiheft 9*, Bonn, 1973: 53–90. Vgl. dazu auch Herbert Wacker, *Das Verhältnis des jungen Hegel zu Kant*, Junker & Dünhaupt, Berlin, 1932 und Emil Angehrn, *Freiheit und System bei Hegel*, W. de Gruyter, Berlin und New York, 1977.

Befriedigung oder Nichtbefriedigung einer Forderung des Begehungsvermögens bestimmen? (auch der Hund)»⁴.

Der vorliegende Beitrag schliesst sich der Neubeurteilung von Hegels Berner Aufenthalt an, insofern als dass Hegels Konfrontation mit den ihn in der Schweiz umgebenden politischen Zuständen und intellektuellen Beschäftigungen zumindest als Prämissen für sein Denken festzuhalten sind. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu bemerken, dass Hegels Aufenthalt in der Schweiz als Hauslehrer bei einer bedeutenden Berner Patrizierfamilie in die letzten Atemzüge des *Ancien Régime* fiel⁵. Er sollte die Schweiz aber noch vor den revolutionären Umwälzungen gegen Ende des Jahres 1797 in Richtung Stuttgart verlassen, wo er alsbald - im Jahre 1798 - seine überhaupt erste Druckschrift in Form einer kommentierten Übersetzung einer Schrift aus dem Französischen veröffentlichte: die *Vertrauliche[n] Briefe über das vormalige staatsrechtliche Verhältnis des Waadtlandes (pays de Vaud) zur Stadt Bern*⁶. Beim Autor des Originaltextes handelt es sich um den Waadtländer Anwalt Jean-Jacques Cart (1748-1813) aus Morges, der nach seiner Teilnahme an den

⁴ Hermann Nohl, *Hegels theologische Jugendschriften*, op. cit., S. 361. Siehe auch: Gerold Prauss, *Kant über Freiheit als Autonomie*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1983; Sergio Dellavalle, *Freiheit und Intersubjektivität, Zur historischen Entwicklung von Hegels geschichtsphilosophischen und politischen Auffassungen*, Akademie-Verlag, Berlin, 1998; Alan Patten, *Hegel's Idea of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, S. 53–63; Frederick Neuhouser, *Foundations of Hegel's Social Theory: Actualizing Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; Adriaan Theodoor Peperzak, *Modern Freedom. Hegel's Legal, Moral, and Political Philosophy*, Kluwer, Dordrecht, Boston, 2001.

⁵ Sein Arbeitgeber war Dragonerhauptmann Karl Friedrich von Steiger von Tschugg (1755–1832), dessen Sohn Friedrich Rudolf (1787–1858) und Tochter Maria Catharina (1785–1849) Hegel zu unterrichten hatte. Hegel verbrachte jeweils einen Grossteil des Sommers auf dem Stammsitz der Familie von Steiger in Tschugg bei Erlach, wo sich auch sich die grosszügige und wertvolle Bibliothek der Familie befand und von welcher Hegel auch rege Gebrauch machte. Vgl. dazu: Hans Strahm, «Aus Hegels Berner Zeit», *Archiv für Geschichte der Philosophie* 41 (1932), 514–533, Hans Haerberli, «Die Bibliothek von Tschugg und ihre Besitzer», *Festgabe Hans von Greyerz*, Bern, 1967: 731–745 und Cinzia Ferrini, «Die Bibliothek in Tschugg» in: Helmut Schneider und Norbert Waszek (Hrsg.), *Hegel in der Schweiz (1793-1796)*, op. cit., S. 237–259 sowie der Versteigerungskatalog der Bibliothek Steiger aus dem Jahre 1880: *ebd.*, S. 319–379.

⁶ [Georg Wilhelm Friedrich Hegel,] *Vertrauliche Briefe über das vormalige staatsrechtliche Verhältnis des Waadtlandes (pays de Vaud) zur Stadt Bern. Eine völlige Aufdeckung der ehemaligen Oligarchie des Standes Bern*, Jägersche Buchhandlung, Frankfurt am Main, 1798. Beim Originaltext handelt es sich um: Jean-Jacques Cart, *Lettres de Jean-Jacques Cart à Bernard Demural, trésorier du pays de Vaud, sur le droit public de ce pays et sur le évènements actuels*, Chez les Directeurs de l'Imprimerie du Cercle Social, rue du Théâtre-Français, n° 4, l'An 2 de la République, [1793].

Freiheitsbanquets von Rolle und Jordils im Jahre 1791 aus der Waadt fliehen musste und dessen anklagende Briefe in Bern umgehend verboten wurden⁷. Die Übersetzungsarbeit selbst hatte er denn auch sehr wahrscheinlich noch vor dem Jahre 1796 begonnen⁸. Aufgrund dieser Tatsache ist es durchaus möglich, dass Hegel auf einer Reise nach Genf im Jahre 1795 mit der Cart-Schrift konfrontiert wurde⁹. Diese Umstände würden auch erklären, warum Hegel Carts Schrift übersetzte und nicht etwa diejenigen von Frédéric-César Laharpe, der zurzeit der Veröffentlichung der Schrift im Jahre 1798 als Mitglied des Direktoriums der neuen helvetischen Republik eine weit bekanntere und wohl auch einflussreichere Persönlichkeit gewesen war als Cart¹⁰. Da Hegel seine erste Veröffentlichung anonym herausgab, wurde seine Urhebererschaft erst zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts unumstösslich wieder hergestellt¹¹. Auch wenn der Entstehungszusammenhang von Hegels Überset-

⁷ Gemäss dem Verzeichnis der verbotenen Schriften geschah dies im Jahre 1794. In: Karl Müller, *Die Geschichte der Zensur im alten Bern*, Inauguraldissertation, Bern, K. J. Wyss, 1904, S. 202.

⁸ Darauf weisen die drei von Hegel für die Cart-Übersetzung angefertigten französischen Exzerpte hin, von denen im Weiteren die Rede sein wird, und die aufgrund von Papier- und Schriftvergleichen spätestens auf den Sommer 1796 fallen. Siehe: Friedhelm Nicolin und Gisela Schüler (Hrsg.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Frühe Exzerpte (1785–1800)*, Felix Meiner, Hamburg, 1991, editorischer Bericht, S. 286; S. 295–299. Die *Vorerinnerung* (S. II–V) Hegels zur Cart-Schrift kann durchaus später, d.h. kurz vor der Veröffentlichung im Jahre 1798 geschrieben worden sein.

⁹ Michael Bloch, «Hegels Genfer Reise im Frühling 1795», *Jahrbuch für Hegelforschung*, Academia-Verlag, Sankt-Augustin, 2009 (i. E.).

¹⁰ Damit erübrigt sich die Frage, warum Hegel es vorgezogen hat, Carts Schrift zu übersetzen und nicht etwa diejenigen Laharpes, wie z.B. dessen *Essai sur la constitution du Pays de Vaud*, Paris, 1796. (Diese letztere Abhandlung wurde natürlich in Bern ebenfalls sogleich verboten. Vgl. Karl Müller, *Die Geschichte der Zensur im alten Bern*, op. cit., S. 204.) Mit Ausnahme des geschichtlichen Rahmens der Waadt wird Jean-Jacques Cart auch heute noch im gesamtschweizerischen Kontext der Helvetik zum Teil gar nicht erst erwähnt. So z. B. bei Wolfgang von Wartburg, *Die grossen Helvetiker. Bedeutende Persönlichkeiten in bewegter Zeit 1798–1815*, Schaffhausen, 1997.

¹¹ Hugo Falkenheim, «Eine unbekannt politische Druckschrift Hegels», *Preussische Jahrbücher* CXXXVIII: 193–210, 1909. Die Gründe für die offenbar selbstgewählte Anonymität müssen wohl woanders als in Hegels etwaiger Zensur- und Präjudizangst zu suchen sein, zumal die Schrift ja auch nicht in Bern selbst herausgegeben wurde. Die von Hegel fast zeitgleich verfassten Schriften zur Verfassung Württembergs und Deutschlands: «Dass die Magistrate von den Bürgern gewählt werden müssen [Über die neuesten inneren Verhältnisse Württembergs...], 1798 und «Die Verfassung Deutschlands», 1800–1802, waren möglicherweise ebenfalls für eine vergleichbare Publikation vorgesehen. In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, S. 286–273; S. 451–610. Im Gegensatz zur Cart-Schrift wurde die Autorenschaft Hegels der zwei genannten zum Teil unfertigen Schriften von Anbeginn erkannt. Die Gründe für Hegels Anonymität sind also hier

zungsarbeit mittlerweile durchaus beleuchtet werden kann, bleibt seine tiefer liegende Absicht hinter der Veröffentlichung weiter ungeklärt. Hegel hat sich selbst dazu auch nie geäußert¹². Klar ist hingegen, dass sich Hegel in seinem philosophischen Arbeiten immer wieder mit dem jeweiligen politisch-sozialen Kontext auseinandergesetzt hat, so wohl gerade auch mit den Berner Verhältnissen: «Was Hegels Philosophie generell immer wieder attestiert wird, dass sie bewusst auf ihre Zeit reflektiert, kann für die Berner Etappe geradezu exemplarisch gelten»¹³.

In diesem Sinne könnte es aufschlussreich sein, die drei von Hegel für die genannte Cart-Schrift hergestellten und auch benutzen Exzerpten aus Werken in französischer Sprache näher zu betrachten und zu analysieren. Es handelt sich dabei um folgende Schriften¹⁴: *L'Etat et les délices de la Suisse*¹⁵,

möglicherweise mehr eine Mischung zwischen Hegels Selbstzweifel, was die Vollkommenheit seines damaligen Schaffens anbelangt, wozu als Beleg zahlreiche unveröffentlichte aber durchaus vollendete Texte wie z.B. das «Leben Jesu» aus dem Jahre 1795 dienen mögen: Text 31, «Das Leben Jesu», In: Friedhelm Nicolin et Gisela Schüler (Hrsg.), Georg Wilhelm Friedrich Hegel. *Frühe Schriften I, Bd. 1*, Felix Meiner, Hamburg, 1989, S. 207–278, und Hegels Ansicht zu eben jener Zeit, dass eine gewisse «Vertraulichkeit» notwendig sei, um als Volkserzieher effizient «von der unsichtbaren Kanzel» predigen zu können. Vgl. dazu das Fragment 17, «Ausser dem mündlichen Unterricht», In: Friedhelm Nicolin et Gisela Schüler (Hrsg.), *Frühe Schriften I, op. cit.*, S. 120.

¹² Hans Strahm, «Aus Hegels Berner Zeit», *op. cit.*, Ludwig Hasler, «Aus Hegels philosophischer Berner Zeit», *op. cit.*, Jacques d'Hondt, *Hegel secret. Recherches sur les sources cachées de la pensée de Hegel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1968, Wolfgang Wieland, Nachwort, In: *Hegels erste Druckschrift*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970; H.[enry] S[ilton] Harris, *Hegel's Development. Toward the Sunlight 1770-1801*, *op. cit.*, Wilhelm Raimund Bayer, *Der alte Politikus Hegel*, Marxistische Blätter, Frankfurt am Main, 1982.

¹³ Martin Bondeli, *Hegel in Bern*, *op. cit.*, S. 25–26; Hegel selbst begreift in der Vorrede zu den *Grundlinien der Philosophie des Rechts* die Aufgabe der Philosophie als «das was ist zu begreifen». Der Philosoph «ist ohnehin [...] ein Sohn seiner Zeit; so ist auch die Philosophie ihre Zeit in Gedanken [fassen]».

¹⁴ Besagte Exzerpte wurden erst im Jahre 1991 vollständig veröffentlicht. In: Friedhelm Nicolin et Gisela Schüler (Hrsg.), Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Exzerpte*, *op. cit.*

¹⁵ [Abraham Ruchat], *L'Etat et les délices de la Suisse. En forme de Relation critique, par plusieurs auteurs célèbres*, Amsterdam, Wetsteins et Smith, 1730. Staatsbibliothek Preussischer Kulturbesitz – Hegel-Nachlass, Band 13, Bl. 57. Exzerpt 41, «L'Etat et les délices de la Suisse», In: Friedhelm Nicolin et Gisela Schüler (Hrsg.), *Frühe Exzerpte*, *op. cit.*, S. 225–227; editorischer Bericht: S. 296. Das Werk ist unter der Nr. 413 im Bibliothekskatalog von Steiger vermerkt.

*Système abrégé de jurisprudence criminelle et accommodée aux loix et à la constitution du pays*¹⁶ und *Du gouvernement de Berne, en Suisse*¹⁷.

Mit diesen drei Exzerpten spricht Hegel gleichzeitig drei verschiedene Problemkreise an, die ihn bei der Übersetzungsarbeit und Kommentierung der Cart-Schrift nachhaltig beschäftigt haben müssen: nämlich die begrifflich-analytische Auftrennung zwischen Staat und bürgerlicher Gesellschaft und die damit verbundene Bestimmung des vernunftadäquaten Staatswesens, zweitens das Verhältnis zwischen Souveränität und Gerichtsbarkeit und schliesslich die Frage des subjektiven Gerechtigkeitsgefühls und die Beziehung dieser Empfindung zur Geschichte. Diese drei Themenfelder finden sich auch im späten Gedankengut Hegels in weit formalisierter und stringenter Form wieder, im Speziellen in seiner Rechtsphilosophie¹⁸. Es geht in der vorliegenden Abhandlung zunächst darum, anhand des ersten Exzerptes *L'Etat et les délices de la Suisse* und anderer aus der Berner Epoche stammenden Texte, eine Spurensammlung von Hegels möglichen Einsichten und Zögerlichkeiten zum erwähnten Themenkreis der Trennung zwischen Staat und bürgerlicher Gesellschaft anzulegen¹⁹.

Es bleibt in diesem Zusammenhang natürlich anzumerken, dass Hegels Rechtsphilosophie bis zum heutigen Tag umstritten bleibt; die Vorwürfe der Reaktion, der Apologie des preussischen Staates sowie allgemein der

¹⁶ François de Seigneux, de Correvon, *Système abrégé de jurisprudence criminelle et accommodée aux loix et à la constitution du pays*, Lausanne, 1756. Staatsbibliothek Preussischer Kulturbesitz Berlin, Hegel-Nachlass 13, Bl. 59–60. Exzerpt 42, «Seigneux, système abrégé», In: Friedhelm Nicolin et Gisela Schüler (Hrsg.), *Frühe Exzerpte, op. cit.*, S. 228–233. Das Werk ist unter der Nr. 1132 im Bibliothekskatalog von Steiger vermerkt.

¹⁷ [Louis Auguste Curtat,] *Du gouvernement de Berne, en Suisse*, [s.n.], 1793. Staatsbibliothek Preussischer Kulturbesitz Berlin, Hegel-Nachlass 13, Bl. 60. Exzerpt 40, «Du gouvernement de Berne», In: Friedhelm Nicolin et Gisela Schüler (Hrsg.), *Frühe Exzerpte, op. cit.*, S. 223–224. Das Werk ist im Steigerschen Bibliothekskatalog nicht vermerkt.

¹⁸ *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821] oder die *Vorlesungen über Rechtsphilosophie* [1818–1832]. Im Weiteren werden vor allem folgende Ausgaben zur Beachtung kommen: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie*, Textedition von Johannes Hoffmeister, Felix Meiner, Hamburg, 1995 und Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Rechtsphilosophie 1818–1831, Erster Band*, Karl-Heinz Ilting (Hrsg.), Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1973; nach der Vorlesungsnachschrift Carl Gustav Homeyers 1818/1819 sowie Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie des Rechts: die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817-1818) und Homeyer (Berlin 1818-1819)*, Karl-Heinz Ilting (Hrsg.), Klett-Cotta, Stuttgart, 1983.

¹⁹ Die beiden anderen Exzerpte sollen zu einem späteren Zeitpunkt gleichfalls besprochen werden.

«Staatsvergötterung», des Machtpositivismus oder gar der Wegbereitung des Totalitarismus wiegen nach wie vor schwer²⁰. Es geht ihm vorliegenden Beitrag aber nicht darum, der einen oder anderen Auslegung oder gar Anschuldigung allgemein recht zu geben, sondern vor allen Dingen zunächst anhand von Hegels erstem Berner Exzerpt seine Denkentwicklung und Positionierung über eine längere Schaffensperiode von gut dreissig Jahren im Hinblick auf den erwähnten Problembereich des vernunftadäquaten Staatwesens kritisch nachzugehen²¹. Eine Schlussbetrachtung soll es dann erlauben, in dieser Frage einen intellektuellen Zeitbezug herzustellen.

«L'Etat et les délices de la Suisse»

Das hier zu behandelnde Fragment stammt ausschliesslich aus dem Kapitel XIII des obengenannten Werkes und lautet auf den folgenden Titel: «*De la forme du gouvernement général des sept Cantons*». Zum besseren Verständnis wird das Exzerpt in seiner ganzen Länge wiedergegeben²²:

«dans un gouvern.[ement] aristocr.[atique] un homme savant et éloquent a beau dire les plus belles choses du monde à des gens qui souvent n'ont ni étude ni science; bien loin de persuader il ne fait que se rendre suspect, parce

²⁰ Vgl. dazu als prominenteste Vertreter die im Zuge der linkshegelianischen Strömung formulierte Restaurationskritik von Rudolf Haym, *Hegel und seine Zeit, op. cit.*, S. 359–369, die liberale Kritik des Anti-Individualismus von Leopold von Ranke, *Weltgeschichte: Über die Epochen der neueren Geschichte*, 9. Teil, Band 2, Leipzig, 1888, S. 5–7, Friedrich von Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, München und Berlin, Oldenbourg, 1924, S. 435–457 und Hermann Heller, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, B. G. Teubner, Leipzig, 1921 sowie schliesslich die zeitgenössischen Totalitarismus-Kritiken von Ernst Topitsch, *Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie*, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 1967; Karl R. Popper, *The Open Society and its Enemies, The High Tide of Prophecy. Hegel, Marx, and the Aftermath*, vol. II, London, 1945 und Ernst Cassirer, *The Myth of the State*, Yale University Press, New Haven, 1946, S. 316–344; Domenico Losurdo, *La catastrofe della Germania e l'immagine di Hegel*, Guerini e Associati, Milano, 1987. Für eine Übersicht historischer und zeitgenössischer Hegel-Interpretationen zwischen Kritik, Akklamation und Rehabilitation siehe Henning Ottmann, *Individuum und Gesellschaft bei Hegel*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1977.

²¹ Vittorio Hösle, *Hegels System, Der Idealismus und das Problem der Intersubjektivität*, Felix Meiner, Hamburg, 1998, Vorbereitende Bemerkungen, S. 4.

²² Die Orthographie Hegels wurde im Folgenden beibehalten. Die eckigen Klammern betreffen Auslassungen Hegels im Hinblick auf den Originaltext. Doppelte eckige Klammern kennzeichnen Hegels eigene Korrekturen oder Zusätze.

ce²³ la plus grande partie de ceux à qui il parle hait l'appareil de l'érudition et s'enfin²⁴ – presque tous ceux qui ont part aux affaires, ont de l'éducation il en faut [pas] davantage pour les faire croire qu'ils ont de la probité, de la science, de la prudence, et assés de mérite, pour gouverner seuls. Cela les empêche de se rendre à des avis que [de] plus habiles gens qu'eux proposent. -²⁵

[[zu XIII]] parce que les places vacantes [[ne]] se remplissent que des parents ou des amis, qui sont déjà en place. Je n'ai rien à répondre si non que l'on pratique en Suisse ce que l'on fait en France en Angleterre et presque dans tous l'univers. Le [[~~éle~~]] père élève partout son fils, son parent, son allié préférablement à tout autre. C'est là²⁶

Un usage²⁷ ancien, qu'est de tous les tems, de tous les païs et de tous les lieux.-

Celui qui possède [[en Suisse]] quelques biens-fonds, n'est jamais troublé dans sa possession: on le force pas de convertir son argent en un papier trompeur. il n'appréhende ni les capitations ni les taxes; tout impôt nouveau lui est inconnu.

[[zu XIII]] Les revenus de charges de magistrature ne doivent pas être trop considérables car si une fois les honneurs se trouvent joints avec de grandes richesses chacun s'empressera d'y parvenir non pour l'avantage mais par des vuës d'intérêt sordide. [Hegel lässt hier folgenden Satz aus: «D'ailleurs ce seroit infailliblement, un jour, la sémance de quelque Guerre Civile.»]

[Hegel überspringt hier folgende Passage: «Mais par rapport aux Sujets, le Gouvernement est très inégal.»] Le pouvoir souverain est attaché à jamais aux bourgeois de la capitale de châque canton, il n'y a que ces bourgeois qui puissent être choisis membres du grand conseil et il n'y a que les membres qui puissent occuper tous les bons emplois de sorte que les habitants de tout le reste du canton sont entièrement exclus de toutes les prétentions au gouvern.[ement] – On ne peut pas dire que toutes les familles qui n'on[t] part du gouvern.[ement] ne²⁸»

²³ Anstelle von «parce que».

²⁴ Hegel schreibt «enfin» anstelle von «s'en défie».

²⁵ Das Exzerpt überspringt hier einen Paragraphen, der die Frage der Glaubwürdigkeit einer Meinung zusätzlich vom guten Ruf der Person abhängig macht.

²⁶ Der Text bricht hier abrupt auf.

²⁷ Am Rande steht hier: «++ un abus [[pas]] [[un]] droit».

²⁸ Das Exzerpt Hegels bricht hier abrupt ab. Der nicht mehr berücksichtigte Absatz gibt die Anzahl Familien an, die jeweils substantiell an der Regierung beteiligt seien, und die tatsächlich die Achtzig nicht übersteigen, mehr als deren dreihundert mit gewissen Rechtsansprüchen gäbe es aber ohnehin nicht.

Eine erste Lektüre des Exzerptes zeigt zunächst, dass sich hier Hegel ganz offensichtlich mit klassischen Problemfeldern des modernen republikanischen Denkens beschäftigt, die wie folgt aufgelistet werden können: Aristokratie und Bildungsbürgertum, Ämtervergabe und Besitz, sowie die Ausübung der Staatsgewalt. Die Besonderheit liegt hier darin, dass Hegel sich nicht nur mit den klassischen Texten des republikanischen Denkens auseinandersetzt, sondern diese anhand von Sekundärstudien über die ihn umgebende schweizerische politische Wirklichkeit konfrontiert. Dabei werden diese Problemfelder von Hegel wesentlich umgedeutet.

Aristokratie und Bildungsbürgertum – Staat und bürgerliche Gesellschaft

Der erste Teil des vorliegenden Fragments, das Hegel zu exzerpieren wert gewesen war, beschreibt zunächst die Tendenz des aristokratischen Regierungs- und Staatsform Status vor Talent ergehen zu lassen. Diese Feststellung lässt konkret an die Konstellation denken, die Hegel bei seinem Eintreffen im Jahre 1793 in Bern bei der Familie von Steiger angetroffen hatte. Die zentrale Figur in besagtem Familienzweig war dabei der ehemalige Schultheiss von Thun (1766-1772) Christoph von Steiger III. (1725-1785) und Vater von Hegels Arbeitgeber Karl Friedrich. Christoph III. war allerdings bei Hegels Aufenthalt in Bern schon seit gut zehn Jahren verstorben. Dem Urgrossvater Christoph von Steiger I. (1651-1731) und Grossvater Christoph II. nachfolgend, hätte die Laufbahn des Vaters folgerichtig und mustergültig mit dem höchsten Amte in der Berner Republik seinen krönenden Abschluss finden sollen. Christoph III. wurde aber trotz Anciennitätsprinzip übersprungen und musste seinem doch etwas jüngeren Nachfolger in Thun Niklaus Friedrich von Steiger (1729-1799) Platz machen. Diesem letzteren sollte es ja schliesslich bestimmt sein, unter dem *Ancien Régime* als letzter Schultheiss überhaupt zu walten. Offenbar hatten wiederholte Nichtwahlen für höhere Ämter dem Vater Karl Friedrichs schliesslich zunehmend zu schaffen gemacht, so dass im Berner *Geschlechterbuch* genannter Umstand gar als eigentlichen Grund für dessen frühzeitiges Ableben angegeben wird²⁹. Christoph III. scheint in exemplarischer Manier im geschilderten Spannungsverhältnis zwischen Bil-

²⁹ «Diese Zurücksetzung erbitterte sein Gemüt und führte ihn vorzeitig ins Grab». Stadtbibliothek Bern, Ms. Hist. Helv. VIII, 11, zitiert nach Hans Strahm, «Aus Hegels Berner Zeit nach bisher unbekanntem Dokumenten», *Archiv für Geschichte der Philosophie* 41: 514–533, 1932, Fussnote 20.

dungsgedanken und Statusverpflichtung gefangen gewesen zu sein³⁰. Rationalisierendes Staatsdenken und eine gewisse Reform-Orientierung blieben dabei aber weitgehend unpräzise: «Fühlten sich die Machttträger der *Anciens Régimes* in ganz Europa noch bis gegen die Mitte des 18. Jahrhunderts im legitimen Besitz einer überkommenen Herrschaft, so änderte sich dies nun langsam. Die Sensibleren unter den Herrschern fühlten mehr und mehr, dass der Legitimationsboden, auf dem sie standen, irgendwie unsicherer wurde»³¹. Einerseits also hielt denn Vater Christoph III beispielsweise von Jean-Jacques Rousseau gar nicht viel und sah in diesem «la source de tous ces malheurs qui ne seroient arrivés, si J. J. Rousseau avait esté toute sa vie un Oureng Outan»³², andererseits schien er aber dem Aufklärungs- und Bildungsdanken im Besonderen englischer und schottischer Prägung stark zugetan gewesen zu sein³³. Er ist somit durchaus in den Kreis von Albrecht von Haller

³⁰ «Das alte Bern kannte Parteien, die von der Gesinnung getrennt wurden, nicht». In: Richard Feller, *Geschichte Berns. Der Untergang des alten Bern 1789–1798*, Bern und Frankfurt am Main, 1974, S. 345.

³¹ Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Stämpfli, Bern, 1992, S. 25.

³² Christoph III. von Steiger an seinen Sohn Friedrich I. von Steiger, Burgerbibliothek Bern, Mss. h.h. L. 77, zitiert nach Hans Haeblerli, S. 736, Fussnote 23. Wahrscheinlich eine Paraphrase von Voltaires vielzitiierter Antwort auf Rousseaus *Discours sur l'origine de l'inégalité* (1755): «On n'a jamais employé tant d'esprit à vouloir nous rendre Bêtes. Il prend envie de marcher à quatre pattes quand on lit votre ouvrage». Der erstgeborene Sohn Christoph der IV. starb ebenfalls frühzeitig auf einer Reise nach England im Jahre 1772 und liegt in Westminster begraben.

³³ Es wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Hegels vertiefte Beschäftigung mit David Hume aus der Berner Periode stammt. Vgl. Christopher J. Berry, «Hume, Hegel and Human Nature», *International Archives in the History of Ideas*, Den Haag und Boston, 1982 und Norbert Waszek, «David Hume als Historiker», In: Norbert Waszek und Helmut Schneider (Hrsg.), *Hegel in der Schweiz, op. cit.*, S. 173–206. Auch Philippe Muller, «Incidence de la lecture de Gibbon sur Hegel», *Studia philosophica* 41:161–176, 1982 und Hans-Christian Lucas, «Die «tiefere» Arbeit. Hegel zwischen Revolution und Reform», *Hegelstudien*, Beiheft 35, 1995: 207–234; Norbert Waszek, «Auf dem Weg zur Reformbill-Schrift: Die Ursprünge von Hegels Grossbritannienrezeption», In: Christoph Jamme und Elisabeth Weisser-Lohmann (Hrsg.), *Politik und Geschichte: Zu den Intention von G.W.F. Hegels Reformbill-Schrift*, Bonn, 1995, S. 178–190.

(1708-1777) und Isaak Iselin (1728-1782)³⁴ und den 'philanthropischen Humanismus' Schweizer Prägung zu stellen³⁵.

Unter diesen Eindrücken wird Hegels Berichterstattung an Schelling über die Vorgänge im Grossen Rat (hier: conseil souverain) aus dem Jahre 1795 zum eigentlichen Abbild des in der Familie von Steiger herrschenden Zwiespalts: «Alle zehn Jahre wird der conseil souverain und die etwa in dieser Zeit abgehenden Mitglieder ergänzt. Wie menschlich es dabei zugeht, wie alle Intriguen an Fürstenhöfen durch Vettern und Basen nichts sind gegen die Combinationen, die hier gemacht werden, kann ich Dir nicht beschreiben. Der Vater ernennt seinen Sohn, oder den Tochtermann, der das grösste Heirathsgut bringt u.s.w. Um eine aristokratische Verfassung kennen zu lernen, muss man einen solchen Winter vor den Ostern, an welcher die Ergänzung vorgeht, hier zugebracht haben»³⁶.

Hegel sollte in seinen Anmerkungen in der Cart-Schrift seine Beobachtungen noch weiter ausführen: «Kurz, unter den 92 Mitgliedern, die im Jahre 1795 in den Grossen Rat aufgenommen wurden, wurde nur von einem einzigen gesagt, dass seine Verdienste in etwas zu seiner Erwählung beigetragen haben»³⁷. Hegel beschreibt die Vorgänge der Erweiterungswahl mit einer an einen Bienenschwarm erinnernden Emsigkeit: «[...] um von der Betriebsamkeit, die vorher geht, der Intriguen, die dabei gemacht werden, die Mannichfaltigkeit der Kombinationen, um die Mannichfaltigkeit der Interessen zu verknüpfen, der Leidenschaft, womit dies alles betrieben wird, [...] muss man alles selbst angesehen haben»³⁸. Aus dieser Beobachtung wird Hegels Erklärungsbedarf klar: Wie kann die Vielheit des Einzelnen in der Bürgergesellschaft begriffen werden, die trotz ihrer jeweiligen Einzelinteressen ein verfassendes Ganzes formen? Hegel erklärt sich diesen Umstand folgendermassen: «In einer bürgerlichen Verfassung, kommen nur diejenigen Pflichten in Be-

³⁴ Isaak Iselin, *Philosophische Muthmassungen über die Geschichte der Menschheit*, [1764]; Ulrich Im Hof, *Isaak Iselin und die Spätaufklärung*, Bern und München, 1967; Sigrid-Ursula Follmann, *Gesellschaftsbild, Bildung und Geschlechterordnung bei Isaak Iselin in der Spätaufklärung*, LIT, Münster, 2002; Andreas Urs Sommer, *Geschichte als Trost. Isaak Iselins Geschichtsphilosophie*, Schwabe, Basel, 2002; Béla Kapossy, *Iselin contra Rousseau: Sociable Patriotism and the History of Mankind*, Schwabe, Basel, 2006.

³⁵ Vgl. dazu Simone Zurbuchen, *Patriotismus und Kosmopolitismus. Die Schweizer Aufklärung zwischen Tradition und Moderne*, Chromos, Zürich, 2003.

³⁶ Johannes Hoffmeister (Hrsg.), *Briefe von und an Hegel, Band 1, 1785-1812*, Felix Meiner, Hamburg, 1952, S. 23, Karl Rosenkranz, *Hegels Leben, op. cit.*, S. 69–71

³⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vertrauliche Briefe über das vormalige staatsrechtliche Verhältnis des Waadtlandes (pays de Vaud) zur Stadt Bern, op. cit.*, S. 196. Es ist nicht weiter feststellbar, ob Hegel damit möglicherweise seinen in den Grossen Rat gewählten Arbeitgeber meinte.

³⁸ *Ibid.*, S. 197.

tracht, die aus dem Rechte eines anderen erst entspringen; nur insofern kan (*sic*) der Staat mir etwas zur Pflicht machen; ich mag mir nun aus moralischen Gründen eine Pflicht daraus machen, oder nicht, es zu respektieren; [...]»³⁹.

In der Gesellschaft, wie sie Hegel in Bern beobachten konnte, ist das Staatswesen der Neuzeit gleichsam mit der Gesellschaft der Bürger identisch. Dabei wird die öffentliche Sphäre analog zur häuslichen vom Prinzip der Selbstbestimmung geleitet und gleicht in dieser Hinsicht zunächst noch der griechischen oder römischen Polis: «Als freye Menschen gehorchten sie Gesetzen, die sie sich selbst geben, gehorchten sie Menschen, die sie selbst zu ihren Obem gesetzt, [...] im öffentlichen wie im privat und häuslichen Leben, war jeder ein freyer Mann, jeder lebte nach eigenen Gesetzen»⁴⁰. Der Ausgangspunkt jedes Anspruches in der neuzeitlichen bürgerlichen Gesellschaft ist gemäss Hegel hingegen von jeglichem höheren Ideal – im Gegensatz zur griechischen Polis – zunehmend losgelöst und begründet sich ausschliesslich im jeweils Einzelnen, d.h. in der Eigentümlichkeit, im Besonderen im Eigentum: «In den Staaten der neueren Zeit ist Sicherheit des Eigenthums der (*sic*) Angel, um den sich die ganze Gesetzgebung dreht, worauf sich die meisten Rechte der Staatsbürger beziehen»⁴¹.

Hegels Auffassung nach wird dieser Eigentumsanspruch des Bürgers aber erst durch die Form zum eigentlichen Recht. Hegel sollte diese möglicherweise in Bern gewonnene Einsicht in seinen Vorlesungen zur Rechtsphilosophie im Abschnitt zur *bürgerlichen Gesellschaft*, §91 denn auch ohne weitere Umschweife übernehmen: «Jede Befriedigung meiner Bedürfnisse ist eine vermittelte, geschieht durch den Willen unzähliger anderer. Zu diesem Zwecke muss ich mir auch die Form der Allgemeinheit nach jeder Seite geben, auf meine Naturroheit Verzicht leisten, - mich den andern auch als nützlich erweisen»⁴². Damit die Ansprüche des Einzelnen in der bürgerlichen Gesell-

³⁹ Fragment 31, «Man mag die widersprechendsten Betrachtungen...», In: Friedhelm Nicolini und Gisela Schüller (Hrsg.), Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Schriften I*, Felix Meiner, Hamburg, 1989, S. 306. Dieses Fragment stammt sehr wahrscheinlich aus dem Jahre 1796.

⁴⁰ Herman Nohl, *Hegels theologische Jugendschriften*, op. cit., S. 221; vgl. dazu George Kelly, *Hegel's Retreat from Eleusis*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1978.

⁴¹ Karl Rosenkranz, *Hegels Leben*, op. cit., Fragmente historischer Studien, S. 525; vgl. dazu auch Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie der Geschichte*, Vorlesungsmitschrift Heimann, 1830/1831, Wilhelm Fink, München, 2005, Kapitel Griechenland, S. 126: «Das substantielle Recht war allen, Sparta und Athen, der abstrakte Staat, die Untersuchung einer Bedingung im Staate, das den Bürgern ihre Rechte gesichert seien; die ist für unsere Gedanken nothwendig; [...]».

⁴² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Rechtsphilosophie 1818–1831, Erster Band*, Karl-Heinz Ilting (Hrsg.), Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cann-

schaft ihrem Rechtsanspruch genügen können, müssen diese gemäss Hegels Überzeugung zuerst vermittelt werden, da diese Ansprüche im Gegensatz zum positiven Besitzstand nicht unmittelbar Geltung besitzen. Die bürgerliche Anspruchshaltung wird also erst durch die formelle Vermittlung des Anrechts, d.h. durch Bekanntmachung und Anerkennung unzähliger Einzelner, zum Recht und bildet so das eigentliche Charakteristikum des bürgerlichen Rechtsbewusstseins heraus, das im Gegensatz zum Bewusstsein im antiken Staatswesen ohne höheres Ideal auskommt: «Das Rechtliche, das Bewusstsein der Allgemeinheit und zugleich der Entgegensetzung, der Besonderheit, weist den verschiedenen Ständen zwar ihren Platz an, aber die Menschen handeln nicht als ganze Menschen aus einer *Idee*, die alle beseelte»⁴³.

Für Hegel beginnt sich an dieser Stelle offensichtlich ein Gegensatz zwischen der bürgerlichen Gesellschaft, das auf dem Prinzip der Selbstbestimmung des Willenssubjektes fusst, und dem Staatsbegriff abzuzeichnen. In Anbetracht der von Hegel beschriebenen Berner Verhältnisse, welche die Ausgangsbegründung des Staatwesens der Neuzeit im zu schützenden bürgerlichen Eigenbedürfnis festmacht, muss das Staatsideal Rousseaus für Hegel in weite Ferne gerückt sein: «Les bonnes institutions sociales sont celles qui savent le mieux dénaturer l'homme, lui ôter son existence absolue pour lui en donner une relative, et transporter le moi dans l'unité commune; en sorte que chaque particulier ne se croye plus un, mais partie de l'unité, et ne soit plus sensible que dans le tout»⁴⁴.

statt, 1973; nach der Vorlesungsnachschrift Carl Gustav Homeyers 1818/1819, S. 309. Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, op. cit., §182: «In der bürgerlichen Gesellschaft ist jeder sich Zweck, alles andere ist ihm nichts. Aber ohne Beziehung auf andere kann er den Umfang seiner Zwecke nicht erreichen; diese anderen sind daher Mittel zum Zweck des Besonderen. Aber der besondere Zweck gibt sich durch die Beziehung auf andere die Form der Allgemeinheit und befriedigt sich, indem er zugleich das Wohl des anderen mit befriedigt».

⁴³ Fragment 19, In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1971, [Fragmente historischer und politischer Studien aus der Berner und Frankfurter Zeit, mitgeteilt von Karl Rosenkranz], S. 446.

⁴⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Emile, ou de l'éducation*, Œuvres complètes, vol. IV, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1969, S. 249; vgl. dazu: Hans Friedrich Fulda und Rolf-Peter Horstmann (Hrsg.), *Rousseau, die Revolution und der junge Hegel*, Klett-Cotta, 1991; Marco de Angelis, *Die Rolle des Einflusses von J. J. Rousseau auf die Herausbildung von Hegels Jugendideal. Ein Versuch die «dunklen Jahre» (1789–1792) der Jugendentwicklung Hegels zu erhellen*, Hegeliana, Studien und Quellen zu Hegel und zum Hegelianismus, Band 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, etc., 1995; Kay Waechter, *Studien zum Gedanken der Einheit des Staates: über die rechtsphilosophische Auflösung der Einheit des Subjekts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994; Hegel selbst sollte später an seiner eigentümlichen Rousseau-Kritik festhalten: «Den Wohnsitz der Freiheit sehen wir in den germanischen Wäldern, [...] diesen Zustand [können wir] nicht als einen so hohen achten, so wenig wie in früheren Zeiten das ge-

In Bezug auf die ihn umgebende Wirklichkeit scheint für Hegel die von Rousseau projizierte Auflösung des Subjektes im Ganzen wohl zunehmend suspekt zu werden. So begreift er dieses Ideal denn auch mehr als ein historisches, namentlich als Inbegriff des griechischen Staatswesens, das aber zugleich mit der neuzeitlichen unmittelbaren Wirklichkeit und ihrem Bewusstsein nicht (mehr) in Einklang gebracht werden kann. Das Bewusstsein des Einzelnen und sein Handeln in der Neuzeit ist gemäss Hegel nicht mehr auf das Ganze ausgerichtet: «Das Bewusstsein der That als eines Ganzen ist in keinem der Handelnden»⁴⁵. Dieser Freiheitsanspruch vom Ganzen wird dabei umso bedeutender desto zahlreicher die auch tatsächlich zählenden Individuen im Gemeinwesen werden: «Das Wir ist denen, die es aussprechen, immer um so fremder, je grösser die Menge ihrer Mitbürger ist. [...] Ein freies grosses Volk ist daher insofern ein Widerspruch in sich selbst»⁴⁶.

Diese aufklaffende Bresche, wie in Bern, zwischen der Staatsidee und der Staatswirklichkeit in Form eines bürgerlichen Gemeinwesens ist allerdings zum Zeitpunkt des besprochenen Exzerptes noch nicht in ihrer historischen Dynamik bzw. typisch Hegelschen Dialektik eingefangen und beruht zunächst lediglich auf einer einfachen Unvereinbarkeitsklausel⁴⁷. Für Hegel ist das bürgerliche Staatswesen zunächst von Prekärität geprägt, das nur schwierig längerfristig Bestand haben kann: «Man kann die bürgerliche Gesellschaft auch als Staat betrachten, aber dies ist bloss ein Notstaat»⁴⁸. Dieses auf der Not begründete bürgerliche Staatswesen ist in diesem Sinne eine Art *Interregnum*, entweder ein *Nicht-Mehr-Staat* oder *Noch-Nicht-Staat*, oder wie er sich später in seinem Verfassungsentwurf (1800-1802) für Deutschland aus-

priese Schäferleben und den Zustand der Wilden in Nordamerika, wie ihn Rousseau preist, wo nach seiner Ansicht der Mensch sein wahre Freiheit genösse». In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie der Geschichte*, Vorlesungsmitschrift Heimann (Winter 1830/1831), Wilhelm Fink, München, 2005, S. 174.

⁴⁵ Karl Rosenkranz, *Hegels Leben*, *op. cit.*, Fragmente historischer Studien, hier eine Besprechung von David Humes Beitrag an der Geschichtsschreibung, S. 529.

⁴⁶ *Ibid.*, Fragmente historischer Studien, hier die Besprechung eines Thukydides-Fragments, S. 520.

⁴⁷ Hegel wird sich erst in Jena mit der Schrift *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts* (1802) systematisch mit der Verbindung bzw. Überwindung von Antike und Moderne befassen. Vgl. dazu auch seine *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (1830/1831) und Leo Rauch «Hegel and the Emerging World: The Jena Lectures on Naturphilosophie (1805-06)», *The Owl of Minerva* 16 (2), 1985: 175–181; vgl. dazu Hegels *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* [1827], Felix Meiner, Hamburg, 1989, S. 373: «§ 535. Der Staat ist die selbstbewusste sittliche Substanz, - die Vereinigung des Princips der Familie und der bürgerlichen Gesellschaft; [...]».

⁴⁸ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/1820*, Dieter Henrich (Hrsg.), Suhrkamp, Frankfurt, 1983, S. 147.

drücken sollte, ein «Gedankenstaat»⁴⁹. Mit Deutschland selbst soll es allerdings gemäss Hegel noch weit bedenklicher aussehen, da «im Deutschen Reiche die machthabende Allgemeinheit, als die Quelle alles Rechts, verschwunden [ist], weil sie sich isoliert, zum Besonderen gemacht hat. Die Allgemeinheit ist deswegen nur noch als Gedanke, nicht als Wirklichkeit mehr vorhanden»⁵⁰. In einer zweiten Fassung und Reinschrift des Entwurfs macht Hegel ernst: «Deutschland ist kein Staat mehr»⁵¹. Tatsächlich liegt für Hegel in der Zerstückelung des Staatswesens in einzelne Stände eine nicht zu unterschätzende Gefahr der Demoralisierung, die (nur noch) in der leblosen Gesetztheit (Positivität) von mannigfaltigen Anrechten und den damit verbundenen Einkünften und Pfründen besteht⁵². Diese vorab gesetzten unantastbar gewordenen Ansprüche werden jeweils innerhalb des Standes verteilt und schliessen den Rest der Menge aus: «Die Rechte der Trennung vom Ganzen, die die einzelnen Stände sich errungen haben, sind heilige, unverletzliche Rechte, auf deren Erhaltung das ganze sogenannte Staatsgebäude ruht, [Rechte], die dem Staat entzogen sind, [...]»⁵³.

Für Hegel waren denn die schon erwähnten Berner Osterwahlen aus dem Jahre 1795 eine exemplarische Übung in oligarchischer Vetternwirtschaft um die Verteilung von Ämtern und einträglichen Landvogteien, die dem Anspruch Recht zu sein nicht entsprechen und diesem Sinne eigentliches Unrecht – «un abus, non pas un droit» – darstellen⁵⁴. Dazu ist sogleich anzumerken, dass dieses Unrecht gemäss Hegel nicht etwa im Wahlsystem selbst

⁴⁹ Martin Bondeli, *Hegel in Bern, op. cit.*, S. 30-31.

⁵⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Schriften*, [Erste Entwürfe einer Einleitung zur Verfassungsschrift], *op. cit.*, S. 459.

⁵¹ *Ibid.*, [Die Verfassung Deutschlands], S. 461.

⁵² Der Hegelsche Begriff der Positivität ist einerseits der Natürlichkeit gegenübergesetzt sowie andererseits der Mannigfaltigkeit. Vgl. dazu *Die Positivität der christlichen Religion* (1795/1796) und die [Neufassung des Anfangs]: «[...] eine positive Religion wird der natürlichen entgegengesetzt und damit vorausgesetzt, dass es nur *eine* natürliche gebe, weil die menschliche Natur nur *eine* ist, dass aber die positiven Religionen viele sein können». Der positive Glaube ist darüber hinaus ein «System von religiösen Sätzen, das für uns Wahrheit haben soll, weil es uns geboten ist von einer Autorität, [...]». In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Schriften I*, Text 33 [Ein positiver Glauben ...], *op. cit.*, S. 352.

⁵³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Schriften*, [Erste Entwürfe einer Einleitung zur Verfassungsschrift], *op. cit.*, S. 456.

⁵⁴ Diese Sicht stimmt mit Hegels Bestimmung des Verbrechens als Anerkennungsverletzung überein. Er argumentiert denn sinngemäss in den Jahren 1805/1806, die Strafe sei «Verkehrung des verletzten allgemeinen Anerkanntseins». In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Jenaer Systementwürfe III: Naturphilosophie und Philosophie des Geistes (Jenaer Realphilosophie)*, Felix Meiner, Hamburg, 1987, S. 212–216. Siehe auch: Peter Böning, *Die Lehre vom Unrechtsbewusstsein in der Rechtsphilosophie Hegels*, Peter Lange, Frankfurt am Main [etc.], 1978.

zu suchen sei. Eine wahlsystematische Alternative, die Vetternwirtschaft verunmöglicht oder zumindest massgeblich beschränkt – und die wohl auch Christoph III. von Steiger im Auge gehabt haben könnte, gibt es aber gemäss Hegel nicht wirklich: «Die Hauptsache wäre das Wahlrecht in die Hände von unabhängigen Corps von aufgeklärten und rechtschaffenen Männern niederzulegen. Aber ich sehe nicht ein, von welcher Wahlart man sich eine solche Versammlung versprechen könnte, sei es auch, dass man aktive und passive Wahlfähigkeit noch so sorgfältig bestimmte...»⁵⁵.

Mit anderen Worten: die Bildung ist im Berner Staatswesen zwar ein Korrelat des bürgerlichen Besitzes und Standes, ja ihr Privilegium, birgt aber in sich gleichzeitig die Möglichkeit der Entfremdung vom Ganzen, wie dies zu Beginn des hier besprochenen Exzerptes beschrieben wird. Bedeutet diese Einsicht vom Bewusstsein der Unangemessenheit zum Ganzen, dass ein solches Staatswesen zwangsweise in Stücke gerissen werden soll und gleichsam untergehen muss, da «allgemein und tief das Gefühl [ist], dass das Staatsgebäude, so wie es jetzt noch besteht, unhaltbar ist, – allgemein ist die Ängstlichkeit, dass es zusammenstürzen und in seinem Falle jeden verwunden werde»⁵⁶? Die hartnäckige Beständigkeit des Berner Regimes hat Hegel möglicherweise Gegenteiliges vor Augen geführt, das eine solche Beurteilung eine unzulässige Vorwegnahme darstellen könnte: einerseits können revolutionäre Umwälzungen längere Zeit in Anspruch nehmen, bevor eine beständiges Staatswesen sich daselbst durchsetzt, andererseits birgt die bürgerliche Gesellschaft möglicherweise durchaus ein staatstragendes Potential in sich, das dem Einheitsgebot bis zu einem gewissen Grade Rechnung zu tragen vermag.

Ämtervergabe und Besitz – Anerkennung und abstraktes Recht

Im behandelten Exzerpt sind denn auch zwei Mittel von Hegel erwähnt, die es – im Gegensatz zur Bildung – der bürgerlichen Gesellschaft zumindest mittelfristig erlauben, eine gewisse Beständigkeit und innere Kohärenz zu gewährleisten: zum einen das Mittel der Selbst-Beschränkung («Les revenus de charges de magistrature ne doivent pas être trop considérables») und zum anderen die Sicherung des Besitzes («Celui qui possède [[en Suisse]] quelques biens-fonds, n'est jamais troublé dans sa possession»), vor allem in seiner nichtkapitalisierten Form, die von Staates wegen nicht belangt werden können, beispielsweise durch hohe Besteuerung («il n'appréhende ni les capi-

⁵⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Frühe Schriften*, [«Dass die Magistrate von den Bürgern gewählt werden müssen...»], *op. cit.*, S. 273.

⁵⁶ *Ibid.*, S. 269.

tations ni les taxes; tout impôt nouveau lui est inconnu)»⁵⁷. Dazu gilt es folgende Überlegung Hegels zu beachten: «Wie sehr der unverhältnismässige Reichthum einiger Bürger auch der freiesten Form der Verfassung gefährlich und die Freiheit selbst zu zerstören im Stande sei, zeigt die Geschichte in dem Beispiel eines Perikles zu Athen, der Patricier in Rom [...], der Medicis zu Florenz – und es wäre eine wichtige Untersuchung, wie viel von dem strengen Eigenthumsrecht der dauerhaften Form eine Republik aufgeopfert werden müsste»⁵⁸. Hier zeigt sich, dass Hegel die Verbindung zwischen Reichtum und freiheitlicher Staatsform zwar anerkennt, aber vorsichtig bleibt, was die Konsequenzen eines Freiheitsverlustes anbelangt und den allzu direkten Folgeschluss des Auseinanderbrechens des Staatswesens nur bedingt nachvollzieht. So erklärt sich auch möglicherweise die Auslassung der Passage zum Bürgerkrieg im vorliegenden Exzerpt «D'ailleurs ce seroit infailliblement, un jour, la sémance de quelque Guerre Civile.»

Hegel geht denn in seinen Überlegungen zunächst durchaus vom römischen Privatrecht aus, das die Rechtsfähigkeit am Verfügungsrecht über Be-

⁵⁷ Tiefe Steuern sind für die bürgerliche Gesellschaft ein Legitimationsmerkmal. Ganz anders steht es aber um die von der Gesellschaft Ausgeschlossenen. In diesem Denkkontext erwähnt Hegel in der Cart-Schrift die Ereignisse um die Boston Tea Party aus dem Jahre 1773: «Die Taxe, die das englische Parlament auf den in Amerika einzuführenden Thee [sic] machte, war höchst gering; aber das Gefühl der Amerikaner, dass mit der an sich ganz unbedeutenden, welche die Taxe sie gekostet hätte, zugleich das wichtigste Recht verloren gegangen wäre, machte die Revolution». In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vertrauliche Briefe über das vormalige staatsrechtliche Verhältnis des Waadtlandes (pays de Vaud) zur Stadt Bern, op. cit.*, Fünfter Brief, Anm. 2, S. 82. In der nachfolgenden Anmerkung vergleicht Hegel diese Einsicht direkt mit den Berner Verhältnissen, dessen Untersuchung sehr wahrscheinlich massgeblich auf dem dritten französischen Exzerpt «Du gouvernement de Berne» von Louis Auguste Curtat fusst. Es heisst da: «Les impôts sont un de ces objets d'un intérêt général, qui méritent d'autant plus l'attention, qu'ils sont pour ainsi dire la première mesure, d'après laquelle on peut juger de la bonté d'un gouvernement, et le thermomètre de la prospérité publique.» Dem Beispiel der Boston Tea Party folgend ist die Legitimität und Akzeptanz der Steuer, in der Form eines allgemeinen Gerechtigkeitsgefühls, nicht von ihrer Höhe abhängig. Das folgende von Hegel exzerpierte Argument steht damit im Widerspruch und wurde daher wohl nicht als allgemein gültig befunden: «Il est facile de convaincre, combien peu des droits sont onéreux en faisant la comparaison du prix de nos marchandises avec celui des autres pays, comparaison qui suffit pour fermer la bouche à tous les censeurs, qui s'élèvent contre cette espèce de droits.» Zum von Hegel hier implizit angewendeten republikanischen Credo «No taxation without representation» siehe: Philip Petit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

⁵⁸ Karl Rosenkranz, *Hegels Leben, op. cit.*, Fragmente historische Studien, S. 525.

sitz als *utilitas singulorum* misst⁵⁹. Dieses «gute alte» Verfügungsrecht, das Unfreie von Freien in ihrer Person unterscheidet, ist aber für Hegel kein hinreichendes Indiz der Verwirklichung der Freiheitsidee im neuzeitlichen Staatswesen, über die eben gerade nicht (mehr) frei verfügt werden kann. Eigentum ist aber gleichwohl deren Voraussetzung: Es ist gerade dieser Umstand der Unveräußerlichkeit, der zur Folge hat, dass die Freiheit selbst nur von «Aussen» begriffen werden kann⁶⁰.

Daraus folgt die Einsicht, dass die Natur der politischen Legitimitätsproduktion im jeweiligen Staatswesen mit den zum Rechtszustand erhobenen individuellen Ansprüchen im Einklang zu stehen hat, so auch im bürgerlichen Staat. Beim frühen Hegel wird so Selbstbeschränkung für den Einzelnen zur Pflicht erhoben⁶¹; und gerade dadurch wird das Individuum dann zum rechtschaffenen und sittlichen Bürger. Dieses Bestreben der Verhältnisangemessenheit mittels Beschränkung ist es dann auch, das für den späteren Hegel der *Grundlinien der Philosophie des Rechts* – im Gegensatz zur abstrakten Freiheit – die *substantielle* Freiheit des Individuums in der bürgerlichen Gesellschaft ausmachen soll und ihn als sittliches Subjekt verbürgt: «[...] In der Pflicht befreit das Individuum sich zur substantiellen Freiheit. §150. Das Sittliche, [...] ist die *Tugend*, die [...] als die einfache Angemessenheit des Individuums an die Pflichten der Verhältnisse, denen es angehört, *Rechtschaffenheit* ist»⁶². Das Korrelat dieser Rechtschaffenheit mittels *gegenseitiger Beschränkung* besteht zunächst im Schutz des bestehenden Besitzes des einzelnen Bürgers, wie dies auch im hier besprochenen Exzerpt umschrieben wird⁶³. Auf beschränkten Ansprüchen basierender Besitz ist Eigentum und gibt dem besitzenden Individuum, die Möglichkeit sich als wollendes und

⁵⁹ Joachim Ritter, «Person und Eigentum. Zu Hegels «Grundlinien des Rechts» §§ 34 bis 81», In: Ludwig Siep (Hrsg.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Akademie Verlag, Berlin, 1997, S. 55.

⁶⁰ So wird sozusagen der Inbegriff der Freiheit in der Form von Eigentum schliesslich zu deren «Ausbegriff».

⁶¹ Hier sei zunächst an Montesquieu erinnert, der das Prinzip der 'modération' im aristokratischen Staatswesen ausmacht.

⁶² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, Dritter Teil, Die Sittlichkeit, S. 145; siehe dazu: Adriaan Theodoor Peperzak, «Hegels Pflichten und Tugendlehre. Eine Analyse und Interpretation der Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 142–156», In: Ludwig Siep (Hrsg.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, S. 167–191.

⁶³ In der «*Enzyklopädie*» umreist Hegel den Unterschied zwischen Besitz und Eigentum dann klarer: «[...] Eigentum [ist] als Besitz Mittel, als Daseyn der Persönlichkeit aber Zweck». In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* [1827], A. Recht. A. Eigentum, § 489, Felix Meiner, Hamburg, 1989, S. 355, vgl. § 45 in den *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, S. 58.

daher über seinen Besitz verfügendes Subjekt als frei zu betrachten⁶⁴. Eigentum sollte denn auch eines der drei von Hegel beschriebenen Grundmomente der bürgerlichen Gesellschaft ausmachen: «§188. Die bürgerliche Gesellschaft enthält drei Momente: [...] B. Die Wirklichkeit des darin enthaltenen Allgemeinen der *Freiheit*, der Schutz des Eigentums durch die *Rechtspflege*»⁶⁵. Für Hegel bleibt aber ein solches Staatswesen, das nur zu diesem einen «selbstsüchtigen Zweck», verwirklicht wird, lediglich ein «äusserer Staat» oder ein «Not- und Verstandesstaat»⁶⁶.

Die beiden anderen von Hegel kodifizierten Grundmomente A und C der bürgerlichen Gesellschaft in den *Grundlinien* können nicht direkt auf den Berner Hegel des untersuchten Exzerpts bezogen werden, auch wenn diese durchaus als eine logische Folge von Hegels damaligen Einsichten dargelegt werden können: Das erste Moment (A) ist hier die Notwendigkeit der Vermittlung der einzelnen Bedürfnisse in der bürgerlichen Gesellschaft durch *Arbeit*, das dritte Moment (C) bezieht sich einerseits auf die Rolle der Polizei und andererseits auf die Korporation, welche besondere Interessen wahrnimmt und so allenfalls «zurückgebliebene Zufälligkeiten» befriedigen kann.

In den *Grundlinien* verarbeitet Hegel die geschilderte Berner Einsicht rund um das Anerkennungsgebot zu guter Letzt dann etwas anders, indem für ihn das Bedürfnis nicht schlechthin mit Anrecht gleichbedeutend ist, sondern gleichwohl dem jeweiligen Anrecht zugrunde liegt⁶⁷. Die präzise Ausarbeitung dieses Terminus dürfte auf diesem Hintergrund auf eine spätere Epoche

⁶⁴ In einer Anmerkung zum §46 der *Grundlinien* schreibt Hegel: «[...] meine Wirklichkeit ist Privateigentum». Zitiert nach Emil Angehrn, *Freiheit und System, op. cit.*, S. 185; Joachim Ritter, «Person und Eigentum. Zu Hegels «Grundlinien des Rechts» §§ 34 bis 81 [1961]», In: Ludwig Siep (Hrsg.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts, op. cit.*, S. 55–72; Dudley Knowles, «Hegel on Property and Personality», *Philosophical Quarterly* 33 (130), 1983: 45–62; Alan Patten, «Hegel's Justification of Private Property», In: *Hegel's Idea of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, S. 139–162. Karl Rosenzweig erwähnt, dass Hegel sich während seiner Berner Zeit unter anderem mit dem Preussischen Landrecht beschäftigt habe. Karl Rosenzweig, *Hegel und der Staat, op. cit.*, [1962], S. 30.

⁶⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, op. cit.*, S. 169.

⁶⁶ *Ibid.*, § 183, S. 165.

⁶⁷ Die Gleichsetzung oder Übereinstimmung der Begriffe Bedürfnis und Besitzstand ist möglicherweise eine Erbschaft von Hegels Rousseau-Lektüre. Siehe: Frederick Neuhouser, *Rousseau's Theodicy of Self-Love. Evil, Rationality, and the Drive for Recognition*, Oxford University Press, New York, 2008. Vgl. dazu Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'inégalité*, O.C. III, Gallimard, Paris, S. 177: «Dans cette vue, après avoir exposé à ses voisins l'horreur d'une situation qui les armoit tous les uns contre les autres, qui leur rendoit leurs possessions aussi onéreuses que leurs besoins, et où nul ne trouvoit sa sûreté ni dans la pauvreté ni dans la richesse, il inventa aisément des raisons spécieuses pour les amener à son but».

Hegels fallen, im Besonderen auf seine Zeit in Jena⁶⁸. Hinzu kommt noch ein weiteres Element, das Hegel zwar unter der Bildungsproblematik und dem damit für den Einzelnen verbundenen Entfremdungspotential⁶⁹ schon teilweise angeschnitten hatte, das aber erst später anhand eines weiteren Terminus' präzisiert werden soll: nämlich der Begriff der Arbeit⁷⁰. Gemäss Hegels *Grundlinien* sollte nämlich die Vermittlung zwischen Rechtsanspruch und Rechtsetzung, die gleichzeitig der Form nach der substantiellen Freiheit in der bürgerlichen Gesellschaft gleichkommt, durch Arbeit oder eben aber Bildungsarbeit bewerkstelligt werden: «Dass sie diese harte Arbeit ist, macht einen Teil der Ungunst aus, der auf sie fällt. Durch diese Arbeit der Bildung ist es aber, dass der subjektive Wille selbst in sich Objektivität gewinnt, in der er seinerseits allein würdig und fähig ist, die Wirklichkeit der Idee zu sein»⁷¹. Auffallend ist auch bei diesem von Hegel geschilderten Prozess der Objektivierung des Besitzstandes durch Arbeit, dass diese zunächst positiven Besitzverhältnisse in ihrer Substanz nicht (mehr) belangt werden können und so ein für sich Gesetztes bleiben, solange sie noch eine Objektivierung benötigen. Bleibt natürlich die Frage, wie lange dieser Prozess schlussendlich dauert, und im Zusammenhang vielleicht wichtiger, wie denn die Zwischenzeit genau vor sich geht, d.h. während des Überganges von der positiven Anrechtslage

⁶⁸ Einige Studien zur politischen Ökonomie sind allerdings schon früher festzumachen. Siehe: Karl Rosenkranz, *Hegels Leben*, *op. cit.*, S. 86; Manfred Riedel, «Hegels Begriff der bürgerlichen Gesellschaft und das Problem der geschichtlichen Ursprungs», In: Manfred Riedel, *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1975, S. 139–169; Norbert Waszek, «Adam Smith and Hegel on the Pin Factory», *The Owl of Minerva* 16, 1985: 229–233; Norbert Waszek, *The Sottish Enlightenment and Hegel's Account of «Civil Society»*, Dordrecht, Boston, London, 1988.

⁶⁹ Joseph Gauvin, «Entfremdung et Entäusserung dans la *Phénoménologie* de Hegel», *Archives de Philosophie* 25, 1962: 555–571.

⁷⁰ Georg Lukács, *Der junge Hegel und die Probleme der kapitalistischen Gesellschaft*, *op. cit.*; Hannah Arendt, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958, im Speziellen Kapitel 5; Ivan Dubský, *Hegels Arbeitsbegriff und die idealistische Dialektik*, ČSAV, Prag, 1961; Sok-Zin Lim, *Der Begriff der Arbeit bei Hegel: Versuch einer Interpretation der Phänomenologie des Geistes*, Bouvier, Bonn, 1963; Bernard Lakebrink, «Geist und Arbeit im Denken Hegels», *Philosophisches Jahrbuch* 70, 1962/1963: 98–108; Jürgen Habermas, «Arbeit und Interaktion. Bemerkungen zu Hegels Jenenser 'Philosophie des Geistes'», In: Jürgen Habermas, *Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968; Henning Ottmann, «Arbeit und Praxis bei Hegel», *Hegel-Jahrbuch 1977/1978*: 28–35; Andreas Arndt, «Zur Herkunft und Funktion des Arbeitsbegriffs in Hegels Geistesphilosophie», *Archiv für Begriffsgeschichte* 29, 1985: 99–115; Shlomo Avineri, «Labor, Alienation, and Social Classes in Hegel's *Realphilosophie*», In: John O'Neill (ed.) *Hegel's Dialectic of Desire and Recognition*, SUNY Press, Albany, New York, 1996, S. 187–208; Hans-Christoph Schmidt am Busch, *Hegels Begriff der Arbeit*, Akademie-Verlag, Berlin, 2002.

⁷¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, §187, S. 169.

zur objektiven anerkannten Rechtslage. In den *Grundlinien* sollte Hegel davon ausgehen, dass zunächst die Polizei und die Korporation sich diesen nicht anerkannten Ansprüchen in Form von Ausschweifungen jeweils durchaus effizient annehmen können. Mit anderen Worten: Hegel reimt hier nicht anerkannte Einzelansprüche mit Repression oder mit distributiver Machtform innerhalb eines sich selbstdefinierenden Zirkels (hier die Korporation).

Die Ausübung der Staatsgewalt – Einheit und Freiheit

Analog zu den Besitzverhältnissen ortet Hegel in den *Grundlinien* gleichzeitig eine Sprengkraft in der Form von Einzelheiten, die sich ausserhalb der konstituierten bürgerlichen Gesellschaft befinden und die jeweils als Massen auftreten, die der Staat zu bändigen hat: «Die Besonderheit für sich ist das Ausschweifende und Masslose, und die Formen dieser Ausschweifungen selbst sind masslos. [...] [Die Masslosigkeit] und «die Verworrenheit dieses Zustandes kann zu seiner Harmonie nur durch den gewältigenden Staat kommen»⁷². Derselbe von der einzelnen Besonderheit ausgehende Zustand wird von Hegel auch in einer Vorlesung zur Rechtsphilosophie in seiner möglichen Konsequenz weiter erläutert: «Aber von den Einzelnen bilden sich Massen, die die Einzelnen nicht übersehen können, sondern das Verhältnis dieser Massen gegeneinander, von dem auch das Wohl des Einzelnen abhängt, muss von einer besonderen Macht beaufsichtigt und nach dem Wohl des Einzelnen reguliert werden»⁷³. Hegels Einsichten aus der Zeit des untersuchten Exzerptes gemäss liegt der zerstörerische Funken im aristokratischen Staatswesen ebenfalls beim Einzelnen, dessen Anrechte oder Bedürfnisse das Staatswesen nicht oder nicht mehr zu befriedigen vermag. Während der Berner Zeit hingegen scheint Hegel die Sprengkraft des Einzelnen weniger ausserhalb denn innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft selbst zu identifizieren. Was geschieht denn genau im bürgerlichen *Notstaat* wie dem Berner Aristokraten-Regime mit den ausschweifenden nicht anerkannten Anrechten, wie z.B. diejenige der Familie von Steiger? In den Cart-Briefen bemerkt Hegel dazu in einer seiner Anmerkungen: «Die Aristokratien, sagt Montesquieu, haben von denjenigen Patriciern Gefahr zu fürchten, die an der Regierung nicht Theil nehmen können; [...]. Die Regierung in Bern befriedigt seine überzähligen Patrizier theils durch die vielen Stellen im Kanton, [...] theils wurde sie derselben vorzüglich durch die fremden Kriegsdienste los; seitdem diese aufgehört haben, ist sie mit denselben auch wegen der Ansprüche der niedrigeren Berner Bürger-

⁷² *Ibid.*, §185, Zusatz, S. 343.

⁷³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Rechtsphilosophie 1818-1831*, *op. cit.*, §92, S. 310.

schaft aus sogenannte bürgerliche Posten in Verlegenheit gekommen; [...]»⁷⁴. Eine Möglichkeit, die überzähligen Einzelnen in Schach zu halten, besteht als im Kriegswesen, entweder indem die Überzähligen jeweils in fremde Dienste geschickt werden oder durch das Auslösen von Kriegshandlungen mit anderen Staatswesen⁷⁵. So betrachtet schützt der Krieg das aristokratische Staatswesen zunächst vor politischen Umwälzungen.

Ganz anders verhält es sich gemäss Hegel jedoch im republikanischen Staatswesen, in welchem die Idee von Anfang an dem Einzelnen übergeordnet ist: «In einer Republik ist es eine Idee, für die man lebt; in Monarchien immer fürs einzelne – [...] der grosse Geist in der Republik wendet alle seine Kräfte physisch und moralische an seine Idee, sein Ganzer Wirkungskreis (*sic*) hat Einheit»⁷⁶. Auffallend ist hier, dass Hegel in der Diskussion um das Wesen des Staates die Monarchie von der inneren Logik her dem aristokratischen Staatswesen gleichzusetzen scheint⁷⁷, da in beiden der einzelne oder das Einzelne das bestimmende Prinzip darstellt und da in beiden Fällen die Idee der Einheit vom Staatswesen ausgeschlossen bleibt. Hegel nimmt also offensichtlich bereits während seiner Berner Periode Stellung zur seit Aristoteles klassischen Frage der politischen Legitimation innerhalb einer bestimmten Staatsform, sei dies nun eine Monarchie, Aristokratie oder Republik bzw.

⁷⁴ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vertrauliche Briefe über das vormalige staatsrechtliche Verhältnis des Waadtlandes (pays de Vaud) zur Stadt Bern*, *op. cit.*, Kapitel XII, S. 163; Charles de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*, «De la corruption du principe de l'aristocratie», Buch VIII, 5. Kapitel: «Une aristocratie peut maintenir la force de son principe, si les lois sont telles qu'elles fassent plus sentir aux nobles les périls et les fatigues du commandement que ses délices, et si l'état est dans une telle situation qu'il ait quelque chose à redouter, et que la sûreté vienne du dedans et l'incertitude du dehors.»

⁷⁵ Karl Friedrich war bis vor der Ankunft Hegels in Bern in holländischen Kriegsdiensten.

⁷⁶ Fragment 30, «In einer Republik», In: Friedhelm Nicolin et Gisela Schüler (Hrsg.), *Frühe Schriften I*, *op. cit.*, S. 203. Die hier geäußerte Einsicht war möglicherweise für Hegel nicht im Einklang mit dem Kapitel 8 der Cart-Schrift zu bringen, welche den Krieg als verlässlichen Vorbote der Revolution verstehen wollte. Das Kapitel blieb denn auch unübersetzt. Harris teilt dies Einsicht, obwohl er für die Auslassung einiger Briefe Carts Zensurgründen angibt, H.[enry] S[ilton] Harris, *Hegel's Development. Toward the Sunlight 1770–1801*, *op. cit.*, S. 158. Später stellt Harris die mögliche Zensurbefürchtung für zumindest einen Brief wieder in Frage: «[...] we can hardly doubt that the reason for at least one of his omissions (Letter I, 'über die Verwerflichkeit des Kriegs und des Königstums sowie des Adels, Rosenzweig, i. 51) was not so much fear of the censorship as the simple conviction that the doctrine contained in it was mistaken.» S. 426, Fussnote 4.

⁷⁷ Vgl. dazu Charles de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, Buch XVIII, 1. Kapitel und Buch II, 3. Kapitel. Montesquieu sieht das aristokratische Staatswesen näher mit der Monarchie verwandt als mit der demokratischen Republik.

deren degenerierte Formen⁷⁸. Für Hegel ist aber weniger die jeweilige Anzahl der legitimen Machttträger oder gegebenenfalls die von der legitimen Macht Ausgeschlossenen massgebend, sondern die Art und Weise mit welcher das Einzelne, d.h. die individuellen Bedürfnisse mit dem Einheitsgebot in Einklang zu bringen sind. Dieser Unterschied zu Aristoteles ist zunächst ganz im Sinne Montesquieus, der für die Unterscheidung der Staatsformen jeweils ein qualitatives Prinzipienmass in den Vordergrund stellt, so auch im Falle der Monarchie⁷⁹. Für Hegel wird denn die eigentliche Legitimationsfalle im Falle der Monarchie ebenfalls vom Verhalten der Masse des Volkes bestimmt, das nach Montesquieu – bei diesem allerdings bezogen auf die Zwischengewalt des Adels – nach dem Ehrprinzip zu funktionieren habe. Hegel schreibt dazu während seiner Berner Zeit folgende Überlegung in französischer Sprache: «Dans la monarchie, le peuple ne fut une puissance active que pour le moment de combat. Comme une armée soldée il doit garder les rangs non seulement dans le feu du combat même, mais aussitôt après la victoire rentrer dans une parfaite obéissance»⁸⁰. Diese Beschreibung steht nun aber doch in einem gewissen Widerspruch zu Montesquieu, der in der (absoluten) Monarchie eine beständige Kriegsgefahr sieht, und der Republik Friedfertigkeit und Mässigung attestiert: «L'esprit de la monarchie est la guerre et l'agrandissement; l'esprit de la République est la paix et la modération»⁸¹. Hegel scheint also an dieser Stelle doch gezweifelt haben, ob ein republikanisches Staatswesen denn tatsächlich diesem Ideal der staatlichen Einheit so ohne Weiteres auf Dauer entsprechen kann, ohne dabei ständig Blut vergiessen zu müssen, gegen innen oder aussen, und wie dies der von der Französischen Revolution ausgelöste andauernde Kriegszustand im Europa des ausgehenden 18. Jahrhunderts anzudeuten vermochte⁸². Tatsächlich war Hegels Verhältnis gegenüber der Französischen Revolution Zeit seines Lebens zwiespältig, was in der Folge immer wieder zu vielerlei Spekulationen und Interpretationen geführt hat⁸³. Einen solchen Eindruck des Ausufers und von Gewaltexzessen hatte

⁷⁸ Aristoteles, *Politik*, Buch I, 7. Kapitel; Buch VI und V.

⁷⁹ Charles de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*, «De la corruption du principe de monarchie», Buch VIII, 6. Kapitel.

⁸⁰ Karl Rosenkranz, *Hegels Leben*, *op. cit.*, S. 532.

⁸¹ Charles de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, Buch IX, 2. Kapitel. Vgl. dazu § 273 der *Grundlinien*: «Dass in der *Aristokratie* die Mässigung das Prinzip sei, bringt die hier beginnende Abscheidung der öffentlichen Macht und des Privatinteresses mit sich, [...]».

⁸² José Maria Ripalda, *The Divided Nation. The Roots of a Bourgeois Thinker: G. W. F. Hegel*, van Gorcum, Assen, Amsterdam, 1977.

⁸³ Joachim Ritter, *Hegel und die französische Revolution*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1965; Hans Friedrich Fulda und Rolf-Peter Horstmann (Hrsg.), *Rousseau, die Revolution und der junge Hegel*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1991; Jacques d'Hondt, *Hegel et les Français*, Hildesheim, Zürich und New York, 1998; James Schmidt, «Cabbage

Hegel möglicherweise aus seiner Lektüre von «französischen Papieren»⁸⁴, wie die deutschsprachige Zeitschrift *Minerva* gewonnen, dessen Protagonist Konrad Engelbert Oelsner er gegen Ende des Jahres 1794 in Bern getroffen hatte⁸⁵. Die Idee der Republik wird hier zwar unmittelbare Wirklichkeit ohne dabei aber die notwendige Identität bzw. Einheit mit dem Vernünftigen zu erreichen, wie dies Hegel später in der Vorrede zu den *Grundlinien der Philosophie des Rechts* postulieren sollte: «Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig»⁸⁶. Sowohl die revolutionären Vorgänge in Frankreich als auch die Berner Verhältnisse mögen Hegel in beiden Fällen eine Unvereinbarkeit zwischen der Wirklichkeit und der Vernunft vorgezeigt haben, bei welcher die Freiheit selbst unfrei ist. Die Vielheit, so auch die Menge des Volkes, braucht in Hegels Programm einen Gegenpol, der die Einheit unabhängig als Einzelnes vertreten und verkörpern kann: «Volk ist schlecht, wenn es die Regierung ist – und so schlecht als unvernünftig. Das Ganze aber ist die Mitte, der freie Geist, der sich frei von diesen vollkommen befestigten selbst trägt, das Ganze unabhängig von dem Wissen der Einzelnen, sowie von der Beschaffenheit des Regenten – *leere Knoten*»⁸⁷. Wie ist

Heads and Gulps of Water: Hegel on the Terror», *Political Theory* 26 (1), 1998: 4–32; Ulrich Johannes Schneider (Hrsg.), *Der französische Hegel*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie, Sonderband 12, Akademie-Verlag, Berlin, 2007.

⁸⁴ Vgl. dazu Hegels Frage an Schelling aus dem Jahre 1794: «Dass Carrier guillotiniert ist, werdet ihr wissen. Lest ihr noch französische Papiere? – Wenn ich mich recht erinnere, hat man mir gesagt, sie seien in Württemberg verboten. Dieser Prozess ist sehr wichtig und hat die ganze Schändlichkeit der Robbespierröten enthüllt». In: Johannes Hoffmeister, *Briefe von und an Hegel, Band 1, 1785–1812, op. cit.*, S. 12.

⁸⁵ Johannes Hoffmeister, *Briefe von und an Hegel, Band 1, 1785–1812, op. cit.*, S. 11. Vgl. dazu: Konrad Engelbert Oelsner, «Briefe aus Paris, über die neuesten Begebenheiten in Frankreich», *Minerva*, 1792 (Juli-September), n° 3, S. 326–388 und «Historische Briefe über die neuesten Begebenheiten in Frankreich», *Minerva*, 1793 (Januar-März), n° 5, S. 354–368. In der Schweiz schreibt Konrad Engelbert Oelsner (1764–1828) für die Zeitschrift *Klio* des Zürchers Paul Usteri (1768–1831) und übersetzt die Werke von Emmanuel-Joseph Sieyès ins Deutsche (vgl. Klaus Deinert, *Konrad Engelbert Oelsner und die Französische Revolution. Geschichtserfahrung und Geschichtsdeutung eines deutschen Girondisten*, Oldenbourg, München, 1980 und Thomas P. Saine, *Black Bread – White Bread: German Intellectuals and the French Revolution*, Camden House, Columbia, 1988). Herausgeber der *Minerva* war Johann Wilhelm Daniel von Archenholz (1743–1812). Vgl. dazu Ute Rieger, *Johann Wilhelm von Archenholz als «Zeitbürger»*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

⁸⁶ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, S. 14; siehe dazu: Jean-François Kervégan, *L'effectif et le rationnel: Hegel et l'esprit objectif*, J. Vrin, Paris, 2007.

⁸⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Jenaer Systementwürfe III. Naturphilosophie und Philosophie des Geistes*, *op. cit.*, S. 240; siehe auch Hegels Philosophie der Geschichte: «Die Weltgeschichte geht auf geistigem Boden vor. [...] Der Geist ist die Freiheit, sein Wesen ist diese. [...] nur die Freiheit ist die einzige höchste Bestimmung des

dieser leere Knoten beziehungsweise freie Geist aber konkret im Staat zu verwirklichen? Ein Beispiel einer solchen unverwirklichten Freiheit, durch das Fehlen eines leeren Knotens bedingt, konnte Hegel möglicherweise bereits bei einer Reise durch das Berner Oberland im Jahre 1796 beobachten. In seinem Reisebericht beschreibt er die Institutionen des Haslithales, eines von Bern verwalteten Territoriums im Oberland: «Was ihre Verfassung anbetrifft, so haben sie ein eigenes Gericht, das aus 15 Mitgliedern besteht, und einen Landammann, der in Bern nur bestätigt wird und ein Haslithaler sein muss. [...] Durch eigene Sorglosigkeit und Nachlässigkeit oder Ungeschicklichkeit dieser Beamten behaupten sie aber, nach und nach viele Vorrechte verloren zu haben»⁸⁸.

In den *Grundlinien* sollte Hegel zu dieser Spannung zwischen Einheitsgebot und Verwirklichung im Ganzen klar Stellung beziehen, indem er um die wirkliche Einheit des Ganzen im Staat zu gewährleisten, deren Idee in einer personifizierten einzigen Willensouveränität festsetzt und verkörpert und so der bürgerlichen Gesellschaft gegenüber setzt: «Dieses letzte Selbst des Staatswillens ist in dieser Abstraktion einfach und daher *unmittelbare Einzelheit*; [...]». Für den Hegel der *Grundlinien* ist «die Persönlichkeit des Staates [...] nur als Person, der Monarch wirklich. – Die Persönlichkeit drückt den Begriff als solchen aus, die Person enthält zugleich die Wirklichkeit desselben und der Begriff ist mit der Bestimmung *Idee, Wahrheit*»⁸⁹. Anders gesagt, spricht sich Hegel, was die zu verwirklichende Staatsform anbelangt, für die Monarchie aus, in welcher die Auflösung der Einheit in einer konkreten Person, in den *Grundlinien* ist es der Monarch als Souverän, unmittelbar wird. Hegel geht in seiner Präferenz aber noch weiter, indem er die konstitutionelle Erbmonarchie der Wahlmonarchie bevorzugt. In der Erbmonarchie, bedingt durch die Erbfolgeregelung, ist die personifizierte Einheit unmittelbar frei, da losgelöst (abstrahiert) von jeglichem Artefakt: «Die Natur ist unmittelbar. Dem Geiste kommt die Unmittelbarkeit nur zu als zurückgekehrt zu sich selbst. Die Unmittelbarkeit muss so nach der Weise der Unmittelbarkeit sein, und dies ist diese Bestimmung, die wir die Natürlichkeit heissen. So ist der Monarch durch die Natur das, was er ist, durch die Geburt»⁹⁰. So enttäu-

Geistes», II. Bestimmung des allgemeinen Zwecks der Weltgeschichte, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie der Geschichte*, op. cit., S. 36.

⁸⁸ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Fragment 35, «Bericht über eine Alpenwanderung», In: Friedhelm Nicolin und Gisela Schüler (Hrsg.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Frühe Schriften I*, op. cit., S. 389.

⁸⁹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, op. cit., Dritter Teil. Die Sittlichkeit. A. Das innere Staatsrecht, § 279.

⁹⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, op. cit., S. 243; siehe zunächst: Michael Levin and Howard William, «Inherited Power and Popular Representation: A Tension in Hegel's Political Theory», *Political Studies* 35 (1), 1987: 105–115. Der Monarch ist folglich mehr als nur ein Symbol der Einheit, wie

schend und vielleicht anstossend Hegels Schlussfolgerung zur Erbmonarchie auch heute noch sein mag, so ist seine spätere Staatsphilosophie durch die Vorwürfe des apologetischen Opportunismus nur schlecht erklärt, auch wenn dieser Aspekt in seiner Ausformulierung durchaus eine Rolle gespielt haben kann⁹¹. Vielmehr ist die von Hegel in der Rechtsphilosophie beschriebene Auflösung des Gegensatzes zwischen vernünftiger Staatsführung und individueller Freiheit eine logische Konsequenz von Hegels Besessenheit mit dem Einheitsgebot und seiner programmatischen und systematischen Einbettung in seinem Denken⁹².

Ein Korrelat dieses Einheitsgebotes, dessen Verwirklichung im Staat die individuelle Freiheit für Hegel erst ermöglicht, ist in Hegels *Rechtsphilosophie* auch in der Diskussion der Natur des Verfassungskonzeptes zu finden. Tatsächlich soll Hegel gemäss Rosenkranz während seiner Zeit in Bern dessen Finanzverfassung eingehend studiert haben⁹³. Dieser Hinweis mutet sich seltsam an: Denn im Berner *Ancien Régime* gab es eine solche «öffentlich zugängliche, kodifizierte» Finanzverfassung, wie sie Rosenkranz vor Augen gehabt haben könnte, gar nicht⁹⁴. Diese von Rosenkranz vermittelte Unschärfe ist hingegen durchaus aufschlussreich, indem sie Hegels spätere Verfassungslehre vorweg nimmt, welche zwei sich ergänzende Dimensionen umfasst. Auf der einen Seite steht da die Verfassung der Gesellschaft als konkrete soziale Ordnung: «Diese Institutionen machen die *Verfassung*, d. i. die entwickelte und verwirklichte Vernünftigkeit, *im Besonderen* aus und sind damit die feste Basis des Staats, [...]»⁹⁵. Die soziale Verfassung als Struktur ermöglicht erst die Verwirklichung der politischen Gesinnung des Einzelnen einerseits und

Avineri es behauptet hat, er ist vielmehr (auch) die Einheit selbst. Shlomo Avineri, *Hegel's Theory of the Modern State*, Cambridge, 1972, S. 188. Siehe dazu auch: Mark Tunick, «Hegels Justification of Hereditary Monarchy», *History of Political Thought* 12 (3), 1991: 481–492 und Thom Brooks, «No Rubber Stamp: Hegel's Constitutional Monarch», *History of Political Thought* 28 (1), 2007: 91–119.

⁹¹ Rudolf Haym, *Hegel und seine Zeit*, *op. cit.*; Manfred Riedel, *Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel*, Luchterhand, Berlin-Neuwied, 1970.

⁹² Bernard Yack, «Rationality of Hegel's Concept of Monarchy», *American Political Science Review* 74, 1980: 709–720; Jens Halfwassen, *Hegel und der spätantike Neoplatonismus. Untersuchungen zur Metaphysik des Einen und des Nous in Hegels spekulativer und geschichtlicher Deutung*, Bouvier, Bonn, 1999; Jean-François Kervégan, «Le citoyen contre le bourgeois. Le jeune Hegel et la quête de l'esprit de tout», In: Hans Friedrich Fulda und Rolf-Peter Horstmann (Hrsg.), *Rousseau, die Revolution und der junge Hegel*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1991.

⁹³ Karl Rosenkranz, *Hegels Leben*, *op. cit.*, S. 61.

⁹⁴ Martin Bondeli, *Hegel in Bern*, *op. cit.*, S. 30.

⁹⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, § 265.

andererseits die Idealisierung d.h. des Staates als «politischer Staat» in Form «seiner Verfassung»⁹⁶.

Daher ist es im Rückblick naheliegender zu vermuten, dass Hegel sich in Bern bereits mit dem Verfassungsbegriff, d.h. mit der Frage des Verhältnisses zwischen institutioneller gelebter Ordnung als Verfassung der Gesellschaft und der formalen Rolle der Verfassung als Inbegriff des Staates beschäftigt hat⁹⁷. Es ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass es der von Hegel in Bern angetroffene Schlesier Konrad Oelsner war, der Sieyès' Schriften im Jahre 1794 auf Deutsch übersetzte⁹⁸. Die genaue Quellenlage im Hinblick auf Sieyès muss hier allerdings weitgehend offen bleiben; auch kann zu einer anderen plausiblen aber nur bei Rosenkranz erwähnten Referenz während der Berner Zeit Stellung bezogen werden: namentlich die Schriften des Benjamin Constants zur Verfassungsfrage⁹⁹. Allerdings muss für Hegel der Kontrast zwischen den Berner und den französischen Verhältnissen doch eindrücklich gewesen sein: auf der einen Seite eine bürgerliche beständige «Notstaatsverfassung» und auf der anderen Seite eine Abfolge von Verfassungstexten, die unterschiedlich lange und in ihren einzelnen Teilen auch nur teilweise zur Verwirklichung kamen. Hegel schreibt dazu in den Grundlinien in einer Anmerkung: «Der Staat muss in seiner Verfassung alle Verhältnisse durchdringen. [...] Was Napoleon den Spaniern gab, war vernünftiger, als was sie früher hatten, und doch stiessen sie es zurück als ein ihnen Fremdes, [...] Das Volk muss zu seiner Verfassung das Gefühl des Rechts und seines Zustandes haben, sonst kann sie zwar äusserlich vorhanden sein, aber sie hat keinen Bedeutung und keinen Wert»¹⁰⁰.

Möglicherweise aus dem Bewusstsein der historischen Diskrepanz heraus kommt Hegel in den *Grundlinien* einerseits zum Schluss, dass für die Verfas-

⁹⁶ *Ibid.*, § 267, S. 218.

⁹⁷ Guy Planty-Bonjour, «Du régime représentatif selon Sieyès à la monarchie constitutionnelle selon Hegel», In: Hans-Christian Lucas und Otto Pöggeler (Hrsg.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Constanz, 1986, S. 13–35; Hebert Schnädelbach, «Die Verfassung der Freiheit (§§ 271–340)», In: Ludwig Siep (Hrsg.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, S. 241–265.

⁹⁸ Conrad E. Oelsner, *Emmanuel Sieyès politische Schriften vollständig gesammelt von dem deutschen Übersetzer*, 1794.

⁹⁹ «Mit Vorliebe las er die Schriften Benjamin Constants, dem er auch bis in seine letzten Lebensjahre zu folgen nicht unterliess». In: Karl Rosenkranz, *Hegels Leben*, *op. cit.*, S. 62; vielleicht handelt es um eine Verwechslung mit David Constant, dessen Werk *Abrégé de politique* im Steiger-Katalog unter der Nummer 281 vermerkt ist. In: Helmut Schneider und Norbert Waszek (Hrsg.), *Hegel in der Schweiz (1793–1796)*, *op. cit.*, S. 332.

¹⁰⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *op. cit.*, § 274, Zusatz.

sung dieselbige natürliche Unmittelbarkeit zu gelten hat wie für den Staat, indem diese zunächst als unverletzbar gesetzt ist: «Das Ganze der Verfassung muss die absolute Grundlage der Unveränderlichkeit haben»¹⁰¹. Daraus folgt, dass die Verfassung grundsätzlich als eine schon bestehende Wirklichkeit gedacht werden muss und nicht erst noch «gemacht» werden kann: «Wer hat die Verfassung zu machen, das Volk oder wer anders? Und die Antwort ist: niemand, sondern sie macht sich selbst»¹⁰². In diesem Sinne ist die Verfassung nicht nur in erster Linie dazu da, die Macht des Staates einzuschränken, und damit das Individuum vor der Willkür eines Monarchen zu schützen (auch wenn dies durchaus gewünscht ist¹⁰³), sondern gleichzeitig und gerade eben auch vor der Willkür und Macht der Vielheit und der Masse¹⁰⁴. Ob hierin eine eigentliche auf dem Ideal des gegenseitigen Vertrauens basierende Demokratietheorie Hegels versteckt ist, bleibt allerdings dahingestellt¹⁰⁵.

Schlussbetrachtung und kritischer Zeitbezug:

Hingegen: Die Bewusstwerdung der historischen Spannung als Prozess der Geschichtlichkeit zwischen Vernunft und Wirklichkeit gibt der Verfassungsinstanz als unmittelbare anzuwendende gleichzeitig eine vergleichbare Einheitsfunktion wie sie der Monarch zunächst haben kann, wenn auch zugegebenermaßen von einer schwerer fassbaren und möglicherweise instabileren Qualität¹⁰⁶. Gleichzeitig ist dieses unmittelbare Eine als einziger Wille im

¹⁰¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie des Rechts: die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817–1818) und Homeyer (Berlin 1818–1819)*, Karl-Heinz Ilting (Hrsg.), Klett-Cotta, Stuttgart, 1983, § 134 Zusatz, S. 156.

¹⁰² *Ibid.*, § 134 Zusatz, S. 155.

¹⁰³ *Ibid.*, § 140 Zusatz, S. 165: «Ein Monarch an der Spitze eines Staates ohne vernünftige Verfassung fasst das Ganze in seine Willkür und kann alles verderben».

¹⁰⁴ Jürgen Seifert, «Verfassung in Hegels Philosophie des Rechts», In: *Recht und Ideologie in historischer Perspektive*, Festschrift für Hermann Klenner Band II, Freiburg, Berlin, München, 1998, S. 240–264.

¹⁰⁵ Gwendoline Jarczyk, Pierre-Jean Labarrière, *Le syllogisme du pouvoir : y a-t-il une démocratie hegelienne?*, Aubier, Paris, 1989; Hannes Kastner, «Noch einmal: die Stellung des Monarchen. Oder: Hegels «versteckte» Demokratietheorie», *Hegel-Studien*, Band 43, 2008; vgl. dazu: «Die Demokratie ist der Anfang der Freiheit des Willens. Aber die Demokratie kann nicht mehr bestehen im geregelten Staat; denn sonst entstehen fürchterliche Kämpfe». In: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Philosophie des Rechts: die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817–1818) und Homeyer (Berlin 1818–1819)*, *op. cit.*, § 135, Zusatz, S. 158.

¹⁰⁶ Heinz Kimmerle, «Die Staatverfassung als Konstituierung der absoluten sittlichen Identität in der Jenaer Konzeption des Naturrechts», In: Hans-Christian Lucas und Otto Pöggeler (Hrsg.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen*

Staat zwar von seiner Substanz her zwingend von objektiver Bedeutung, ist es aber nicht zwangsläufig von seiner Idealität her. Diese Einsicht der zu begreifenden und bewusstzumachenden 'Zeitverfassungsgemäßigkeiten' scheint dabei tatsächlich bereits aus der Epoche des untersuchten Berner Exzerptes zu stammen. So meint Hegel in seiner *Vorerinnerung* der Cart-Briefe zum staatsrechtlichen Verhältnis zwischen Bern und dem Waadtland: «[...] aus dem Kontraste des Anscheins der im 1792 erzwungenen Ruhe, des Stolzes der Regierung auf ihren Sieg mit der reellen Schwäche derselben in diesem Lande, seinem plötzlichen Abfalle von ihr, würden sich doch eine Menge Nutzanwendungen ergeben; doch die Begebenheiten sprechen für sich laut genug; es kann nur darum zu tun sein, sie in ihrer ganzen Fülle kennenzulernen; sie schreien laut über die Erde: *Discite iusticiam moniti*, die Tauben wird ihr Schicksal schwer ergreifen»¹⁰⁷. Hegel sieht mitunter eine seiner wesentlichen Aufgaben dem *Zeitbedürfnis* auch auf staatsrechtlicher Ebene Rechnung zu tragen, denn «wenn die Macht der Vereinigung aus dem Leben der Menschen verschwindet und die Gegensätze ihre lebendige Beziehung und Wechselwirkung verloren haben und Selbständigkeit gewinnen, entsteht das Bedürfnis der Philosophie»¹⁰⁸. Die Philosophie Hegels und damit auch Hegel als Philosoph ist somit in letzter Konsequenz dem Staat durchaus gegenüberzusetzen; möglicherweise ist es gerade dieser Anspruch, der die von jeher weit auseinanderklaffenden Interpretationen von Hegels Staatsphilosophie zu erklären vermag.

Im Interesse einer solchen von Hegel ausgehenden Kritik des Staates soll nun zusammenfassend Folgendes berichtet werden:

Erstens: Hegel betrachtet sowohl das Prinzip der Einzelheit im monarchischen bzw. aristokratischen Staatswesen als auch die fehlende Einheit in der Republik zum Zeitpunkt des besprochenen Exzerptes als ernste Gefahrenherde, da in beiden Fällen Vernunft und Wirklichkeit nicht zusammenfallen. Indem er die beiden Problemkreise in einem eigenen Staats- und Rechtsideal verarbeitet, wird er im Weiteren versuchen, das problematische Prinzip des Einzelnen, sei dies nun in der Form des einzelnen Individuums oder eines kollektiven Zusammenschlusses Einzelner als jeweils Teil eines Ganzen

Verfassungsgeschichte, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Constanz, 1986, S. 129–147.

¹⁰⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vertrauliche Briefe über das vormalige staatsrechtliche Verhältnis des Waadtlandes (pays de Vaud) zur Stadt Bern. Eine völlige Aufdeckung der ehemaligen Oligarchie des Standes Bern*, op. cit., S. III und IV; vgl. Vergil, *Aeneis*, 6. Buch, Vers 620: *Discite iustitiam moniti et non temnere divos*. «Seid gemahnt: Lernet Gerechtigkeit und verschmäht die Götter nicht».

¹⁰⁸ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Differenz des Fichteschen und Schellingschen Systems der Philosophie*, [1801], In: Hartmut Buchner und Otto Pöggeler (Hrsg.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Jenaer Kritische Schriften*, op. cit., S. 14.

gleichsam zu überwinden. Bestrebung und Ziel dieser Überwindung ist es gleichzeitig deren wirkliche und wirksame Freiheit als Einzelne zu bewahren oder gerade eben dadurch erst zu gewährleisten. Diese Bestrebung hat einerseits zur Folge, dass Hegel in seinem Staatsideal das gesellschaftliche Gewaltpotential in der Form des Kriegszustandes nach Aussen verlagert¹⁰⁹. In seiner *Rechtsphilosophie* erhält das Staatsrecht denn auch formell zwei Facetten: das innere und äussere Staatsrecht¹¹⁰. Diese von Hegel konzipierte Verschiebung der Gewalt nach Aussen findet in der zeitgenössischen Diskussion um den Lokus und Fokus der Gewalt und der damit einhergehenden Neudefinition des Kriegsbegriffs sein Echo¹¹¹. Die These einer laufenden Entankerung von staatlicher Souveränität gibt der Debatte einen zusätzlichen Grund zur Verunsicherung¹¹².

¹⁰⁹ Shlomo Avineri, «The Problem of War in Hegel's Thought», *Journal of the History of Ideas* 22 (4), 1961: 463–474; D. P. Verene, «Hegel's Account of War», In: Z. A. Pelczynski (ed.), *Hegel's Political Philosophy. Problems and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971, S. 168–180; Hubert Kiesewetter, *Von Hegel zu Hitler. Eine Analyse der Hegelschen Machtstaatsideologie und der politischen Wirkungsgeschichte des Rechtshegelianismus*, Hoffmann und Campe, Hamburg, 1974; Steven B. Smith, «Hegel's Views on War, the State, and International Relations», *American Political Science Review* 77 (3), 1983: 624–632; Vittorio Hösle, *Hegels System, op. cit.*, S. 579–587; Hans-Martin Jaeger, «Hegel's Reluctant Realism and Transnationalisation of Civil Society», *Review of International Studies* 28, 2002: 497–517; Thom Brooks, «Hegel's Theory of International Politics: A Reply to Jaeger», *Review of International Studies* 30, 2004: 149–152; Colin Tyler, «Hegel, War and the Tragedy of Imperialism», *History of European Ideas* 30, 2004: 403–431.

¹¹⁰ Die von Hegel vertretene Sicht der Verankerung des Völkerrechts im Staatswillen als eigentliche und einzige Rechtsquelle unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht von anderen im 20. Jahrhundert dem Feuer der Kritik ausgesetzten voluntaristischen Doktrinen des 19. Jahrhunderts. Vgl. A. Von Trott zu Solz, *Hegels Staatsphilosophie und das internationale Recht*, Göttingen, 1932; Julius Binder, *System der Rechtsphilosophie*, Georg Stilke, Berlin, 1937.

¹¹¹ Hans Magnus Enzensberger, *Aussichten auf den Bürgerkrieg*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993; Max Singer and Aaron Wildavsky, *The Real World Order: Zones of Peace/Zones of Turmoil*, Chatham House, Chatham, New Jersey, 1993; Pierre Hassner, «Beyond the Three Traditions: the Philosophy of War and Peace in Historical Perspective», *International Affairs* 70 (4), 1994: 737–756; Kalevi J. Holsti, *The State, War, and the State of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; Mary Kaldor, *New and Old Wars, Organized Violence in a Global Era*, Polity Press, Cambridge, 1999; Herbert Münkler, *Neue Kriege*, Rowohlt, Hamburg, 2002; Erhard Epler, *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002.

¹¹² Ole Waever, «International Society: Theoretical Promises Unfulfilled», *Cooperation and Conflict* 26 (4), 1991: 97–128; John Dunn (ed.), *Contemporary Crisis of the Nation State?*, Blackwell, Oxford, 1995; Susan Strange, «The Defective State», *Daedalus* 124 (2), 1995: 55–70; Jürgen Habermas, *Die postnationale Konstellation*,

Zweitens wird der Besitzstand als Bedürfnis des Einzelnen zum Inbegriff des bürgerlichen Rechtsbewusstseins erkoren, indem dessen Anerkennung die Identitätsproduktion und –legitimation des jeweils Einzelnen in der Gesellschaft massgeblich bestimmt. Tatsächlich bleibt Hegels Ausformulierung des Theorems der bürgerlichen Gesellschaft zurzeit des Exzerptes noch unfertig: unklar bleibt dabei vor allen Dingen, ob diese als ein unabhängiges Konstrukt zu betrachten ist oder aber ob diese, ganz im Gegenteil, eine konstitutive Funktion für den Staat mit sich bringt, wie dies Hegel vor allem in der *Rechtsphilosophie* später zum Ausdruck bringen sollte¹¹³. Es ist aber gerade diese trotz allem nie ganz geklärte Zweideutigkeit der Differenz zwischen Staat und bürgerlicher Gesellschaft, die auch im Weiteren die Interpretationsarbeit bis zum heutigen Tage zu einem schwierigen Unterfangen machen lässt, da: «[...] dasselbe Element, das Hegel zur Vermittlung heranzieht, zugleich die Unaufhebbarkeit der Differenz zwischen Staat und bürgerlicher Gesellschaft ausdrückt»¹¹⁴. Tatsächlich ist das Programm zur Auflösung des Verhältnisses zwischen ebendieser neuzeitlichen individualistischen Gesellschaft und seines antiken Staatsvorbildes bereits in der Jenaer Periode angelegt, in welcher sich Hegel mit dem modernen Naturrechtsansatz beschäftigt¹¹⁵. Hegels Ansinnen das Besondere dem Allgemeinen zu unterstellen, macht es für ihn notwendig, den Bereich der individuellen Entfaltung zunächst zu beschränken, wobei das Gegenstück dieser Beschränkung der eigenen Ansprüche dessen gesicherte Anerkennung in der Form von Recht und schliesslich Freiheit ist¹¹⁶. Das vermittelnde Element als Verhältnis zwischen Bedürfnis und Arbeit auf der einen Seite und verbürgtem Eigentum auf der andern Seite bleibt aber weitgehend unqualifiziert, wobei es nicht klar ersicht-

Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998; Bertrand Badie, *Un monde sans souveraineté*, Fayard, Paris, 1999.

- ¹¹³ Dieselbige Zwiespältigkeit findet sich bezeichnenderweise gerade auch bei Karl Marx wieder, der die Frage nach der Autonomie des Staatsphänomens nicht endgültig zu beantworten weiss. Von der Autonomie der auf der politischen Ökonomie fussenden bürgerlichen Gesellschaft war Marx hingegen vollumfänglich überzeugt. Vgl. Bertrand Badie und Pierre Birnbaum, *Sociologie de l'Etat*, Grasset, Paris, 1979, S. 13–38.
- ¹¹⁴ Manfred Riedel, *Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel*, *op. cit.*, 1970, S. 74; siehe dazu typischerweise die Arbeiten von Lukács und Ritter: Georg Lukács, *Der junge Hegel und die Probleme der kapitalistischen Gesellschaft*, *op. cit.*; Joachim Ritter, *Hegel und die französische Revolution*, *op. cit.*
- ¹¹⁵ Rainer P. Horstmann, «Probleme der Wandlung in Hegels Jenaer Systemkonzeption», *Philosophische Rundschau* 19, 1972: 87–118.
- ¹¹⁶ Es handelt sich hier um eine eigentliche Abwendung vom Naturrecht im Sinne der *«qualitas moralis personae. competens ad aliquid juste habendum vel agendum»*, In: Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, I, I, 4, zitiert nach: Yves Charles Zarka, *L'autre voie de la subjectivité*, Beauchesne, Paris, 2000, S. 9.

lich ist, ob denn das besagte Verhältnis eines von gegenseitiger Bedingung oder aber vom Mittel zum Zweck bzw. einer Kausalbindung darstellt¹¹⁷.

Drittens: diesem ungeklärten Verhältnis zwischen Bedürfnis, Arbeit und Eigentum folgen zwei Unklarheiten innerhalb Hegels Anerkennungsmechanismus: Einerseits bleibt die Frage unbeantwortet, welche individuellen Identitätsdimensionen anerkennungsbedürftig sein¹¹⁸ und andererseits liegt eine Grundfrage des Naturrechts weiter brach, inwiefern die einzelne Person als ganzes Subjekt und nicht nur als *Persona ficta* ein freies Individuum innerhalb des Staates sein kann und so vom jeweiligen positiven Recht in dieser Hinsicht unabhängig Geltung haben darf: «Der Geist nimmt sich durch eine Selbstreflexion in Besitz, die das Bewusstsein als eine Sphäre nicht sowohl der Gegenstände als vielmehr der Vorstellungen von Gegenständen erschliesst. Von dieser «Spekulation» macht Hegel Gebrauch, wenn er das moderne Zeitalter durch ein Prinzip der Subjektivität kennzeichnet, das Freiheit durch Reflexion sichert: «Es ist das Grosse unserer Zeit, dass die Freiheit, das Eigentum des Geistes, dass er in sich bei sich ist, anerkannt ist»¹¹⁹. Diese spekulative Kraft der Moderne, wie Hegel sie ausmacht, ist aber möglicherweise gleichzeitig dessen ärgster Feind, wenn sie nicht gelebte Freiheit ist.

Viertens: Die Personifizierung der Staatssouveränität in der einzigen Form des Monarchen wird daher mit einigem Recht kritisiert. Marx führte dabei Hegels Programm folgendermassen *ad absurdum*: «Also weil die Subjektivität nur als Subjekt und das Subjekt nur als Eins, ist die Persönlichkeit des Staats nur als eine Person wirklich. Ein schöner Schluss. Hegel konnte ebenso gut schliessen: Weil der einzelne Mensch Eins ist, ist die Menschengattung nur ein einziger Mensch»¹²⁰. Allerdings fängt der von Marx formulierte logisch-ironische Vorbehalt die eigentliche Tragweite der Hegelschen Rechts- und Staatskonzeption in unserem Zusammenhang nur schlecht ein, da er die Möglichkeit einer kollektiven Legitimationsreferenz, wie es die Verfas-

¹¹⁷ Paul Ricoeur, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Gallimard, Paris, 2004, II. Le défi de Hobbes, S. 267: «[...] la reconnaissance réciproque risque de ne jamais en finir avec la *méconnaissance*, au sens de déni de reconnaissance [...]».

¹¹⁸ Iris Marion Young, «Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship», *Ethics* 99, 1989: 250–274; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

¹¹⁹ Jürgen Habermas, *Die postnationale Konstellation, op. cit.*, Konzeptionen der Moderne. Ein Rückblick auf zwei Traditionen, S. 195–231, S. 199.

¹²⁰ Karl Marx, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, Reclam, Leipzig, 1986 [Deutsch-Französische Jahrbücher, Paris, 1844], S. 61.

sungsinstantz oder der Kanon universeller Grundrechte es sein könnten, ausser Acht lässt¹²¹.

Es ist aber trotzdem nicht auszuschliessen, dass die von Hegel als Gegenstück zur bürgerlichen Gesellschaft idealisierte und personifizierte Einheit des Staates der *Grundlinien* möglicherweise in letzter Konsequenz die Möglichkeit der Intersubjektivität der Notwendigkeit der Staatsexistenz opfert¹²². Die daraus resultierende Behandlung der individuellen und kollektiven Differenzen in einem solchen Staatswesen birgt das Risiko, einem gesellschaftlichen Zusammenleben ein zusätzliches – wenn auch vielleicht weitgehend ungewolltes – Gewaltpotential einzuhauchen: «It is a model for a kind of unity of society which, in the end, gives no place to the agon, to competition, to unresolvable differences»¹²³

¹²¹ Vgl. dazu § 261 der *Grundlinien* und Jürgen Habermas' Verfassungspatriotismus: Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996 sowie Claus Offe, «"Homogeneity" and Constitutional Democracy», *The Journal of Political Philosophy* 6 (2), 1998: 113–131.

¹²² Michael Theunissen, «Die verdrängte Intersubjektivität in Hegels Rechtsphilosophie», In: Dieter Henrich und Rolf-Dieter Horstmann (Hrsg.), *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1982, S. 317–382; Ludwig Siep, «Intersubjektivität, Recht und Staat in Hegels 'Grundlinien des Rechts'», In: Dieter Henrich und Rolf-Dieter Horstmann (Hrsg.), *Hegels Philosophie des Rechts, op. cit.*, S. 255–276; Kay Waechter, *Studien zum Gedanken der Einheit des Staates, op. cit.*; Vittorio Hösle, *Hegels System, Der Idealismus und das Problem der Intersubjektivität, op. cit.*

¹²³ Charles Taylor, «Hegel's Ambiguous Legacy», *Cardozo Law Review* 10 (5-6), 1989: 857–870, S. 869; Thom Brooks, «Hegel's Ambiguous Contribution to Legal Theory», *Res Publica* 11(1), 2005: 85–94; vgl. zu dieser Problematik der Moderne: Hannah Arendt, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958, im Speziellen Kapitel I und V, sowie William E. Connolly, *Identity\Difference, Democratic Negotiations of Political Paradox*, Cornell University Press, Minneapolis, 1991.

Felix Hafner

AM BISTUM AUFGEWACHSEN WIE DAS EFEU AN EINER MAUER – KIRCHE UND STAAT IN BASEL-STADT IN HISTORISCHER ENTWICKLUNG

1. Einführung

Wer vom Standpunkt des gegenwärtigen Rechts aus in die Geschichte zurückblickt, staunt gelegentlich, welche kurze Geltungsdauer gewisse, heute als selbstverständlich erachteten staatsrechtlichen Grundsätze aufweisen, die über Jahrhunderte hinweg keine Beachtung fanden oder zum Teil als völlig abwegig empfunden wurden.

Als Beispiel dafür kann das Prinzip der religiösen Neutralität des Staates angeführt werden. Heute erscheint es als selbstverständlich, dass sich der freiheitliche Rechtsstaat nicht mit einer bestimmten Religionsgemeinschaft identifizieren darf; er hat sich im Sinne der negativen Religionsfreiheit am Prinzip der religiösen Neutralität zu orientieren.¹ Ein Blick auf die Geschichte des Verhältnisses von Kirche und Staat zeigt jedoch, dass dieser Grundsatz neueren Datums ist und sich in der Schweiz erst im Verlauf des 19. und 20. Jahrhunderts durchzusetzen vermochte.

Deutlich wird dies, wenn man sich die historische Entwicklung eines konkreten lokalen Staatskirchenverhältnisses – wie desjenigen der Stadt Basel – vor Augen führt. Über anderthalb Jahrtausende war Basel durch eine erhebliche Beziehungsnähe von Kirche und Staat gekennzeichnet.² Vom 4. Jahrhundert bis in das erste Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts hinein herrschte ein

¹ Siehe zum Prinzip der Neutralität die Beiträge in RENÉ PAHUD DE MORTANGES (Hrsg.), *Religiose Neutralität. Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft*, Zürich/Basel/Genf 2008; beachte dazu auch STEFAN HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*, Tübingen 2002, und KLAUS SCHLAICH, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen 1972, insb. S. 26 ff. und S. 154 ff.

² FELIX HAFNER, *Die Revision der Verfassung der Evangelisch-reformierten Kirche Basel-Stadt im staatskirchenrechtlichen und ökumenischen Kontext*, in: *Kirche in der Stadt. Gesellschaftlicher Wandel und Rechtsgestalt einer evangelisch-reformierten Kirche am Beispiel Basel-Stadt*, SJKR/ASDE, Beiheft 1, Bern 1997, S. 111 ff.

sehr enges, über viele Jahrhunderte hinweg sogar identisches Verhältnis von Kirche und Staat vor.

2. Mittelalterlicher Kirchenstaat

Die Ursprünge dieser Nähe von Kirche und Staat liegen im Mittelalter, in dessen Verlauf sich Basel zu einem Kirchenstaat entwickelte. Dabei kann man feststellen, dass die Entwicklung Basels zu einem urbanen Gemeinwesen eng mit der Einrichtung des Bischofssitzes verknüpft war. Es ist daher gewiss nicht übertrieben, wenn der Basler Kaufmann, Ratsherr und Gelehrte ANDREAS RYFF im 17. Jahrhundert die Entwicklung der Stadt mit Efeu verglich, das an der Mauer des Bistums emporwachsen konnte.³

Allerdings liess sich der Bischof im 4. Jahrhundert zunächst nicht Basel, sondern in der von den Römern in der Mitte des 1. Jahrhunderts vor Christus gegründeten Stadt Augusta Raurica nieder.⁴ Die definitive Verlagerung des Bischofssitzes nach Basel ist erst für das 8. Jahrhundert klar belegt.⁵ Der Bischof von Basel etablierte sich als Fürstbischof⁶ und regierte das mittelalterli-

³ «Die Stadt Basel (...) ist nach dem treffenden Wort des (1608 verstorbenen) Rats herrn und Gelehrten Andreas Ryff ‚am bistumb uffgewachsen wie das ebhäu (Ephau) an einer muren’» (HANS RUDOLF HAGEMANN, *Basler Stadtrecht im Spätmittelalter. Studien zur Rezeptionsgeschichte*, ZRG GA 78/1961, S. 140 f.; HAGEMANN zitiert diesen Satz nach HANS GEORG WACKERNAGEL, *Die Stadt Basel in der sakralen Welt des Mittelalters*, in: *Basel. 44 v. Chr. – 1957 n. Chr.*, Basel 1957, S. 58). Vgl. auch FELIX HAFNER, *Staat und Religionsgemeinschaften*, in: DENISE BUSER (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel 2008, S. 227.

⁴ RETO MARTI, *die Anfänge des Bistums: eine Geschichte in Fragmenten*, in: JEAN-CLAUDE REBETEZ (Hrsg.), in *Zusammenarbeit mit JÜRIG TAUBER e.a., PRO DEO. Das Bistum Basel vom 4. bis zum 16. Jahrhundert*, Delsberg 2006, S. 32. Siehe auch HANS BERNER/CLAUDIUS SIEBER-LEHMANN/HERMANN WICHERS, *Kleine Geschichte der Stadt Basel*, Leinfelden-Echterdingen 2008, S. 23, und PETER HABICHT, *Basel – mittendrin am Rande*, Basel 2008, S. 29.

⁵ RETO MARTI, *Kirche und Raum: Basel und die Christianisierung des Hinterlandes*, in: JEAN-CLAUDE REBETEZ (Hrsg.), in *Zusammenarbeit mit JÜRIG TAUBER e.a., PRO DEO. Das Bistum Basel vom 4. bis zum 16. Jahrhundert*, Delsberg 2006, S. 51; vgl. auch ANDREAS HEUSLER, *Verfassungsgeschichte der Stadt Basel im Mittelalter*, Basel 1860, S. 4; siehe zum Bischofssitz in Basel auch MARTIN STEINMANN, *Von der frühen Besiedlung bis zur ersten Blüte der Stadt*, in: GEORG KREIS/BEAT VON WARTBURG (Hrsg.), *Basel – Geschichte einer städtischen Gesellschaft*, Basel 2000, S. 21 ff.; BERNER/SIEBER-LEHMANN/ WICHERS (Fn. 4), S. 23, und HABICHT (Fn. 4), S. 29 f.

⁶ JEAN-CLAUDE REBETEZ, *Einleitung*, *Die Kirche von Basel: Fürstbistum und Diözese*, in: JEAN-CLAUDE REBETEZ (Hrsg.), in *Zusammenarbeit mit JÜRIG TAUBER e.a., PRO DEO. Das Bistum Basel vom 4. bis zum 16. Jahrhundert*, Delsberg 2006, S. 11.

che Gemeinwesen auch in weltlichen Angelegenheiten.⁷ Noch heute legen die Wappen der Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Jura Zeugnis vom mittelalterlichen Kirchenstaat ab. In allen ist der Bischofsstab als Zeichen bischöflicher Herrschaft abgebildet.⁸

Einen Beleg für die grosse Nähe von spätmittelalterlichem Gemeinwesen und Kirche liefert auch die Universität, die 1460 vom damaligen Oberhaupt der katholischen Kirche, nämlich von Papst Pius II. (Aeneas Silvius Piccolomini), gegründet wurde.⁹ Die ursprüngliche kirchliche Verwurzelung der Universität bringen vor allem auch deren Siegelbilder zum Ausdruck; so ist auf den alten Universitätssiegeln Maria mit dem Kind abgebildet. Aber auch dem Siegel der Juristischen Fakultät lässt sich diese frühere Nähe von Kirche und Staat entnehmen. Es zeigt sowohl den Papst als auch den Kaiser als die jeweiligen Repräsentanten des kanonischen und des weltlichen Rechts.¹⁰ Weiterer Ausdruck der engen Beziehung von Kirche und Staat bildete der Umstand, dass im Fächerkanon der Universität auch eine Theologische Fakultät enthalten war.

3. Nach der Reformation: Evangelisch-reformiertes Staatskirchentum

Mit der Reformation im Jahre 1529 traten Organe des weltlichen Gemeinwesens an die Stelle der bischöflichen Herrschaft. Der Bischof musste seinen

⁷ MARTIN ALIOTH, Geschichte des politischen Systems bis 1833, in: LUKAS BURCKHARDT e.a. (Hrsg.), Das politische System Basel-Stadt, Geschichte, Strukturen, Institutionen, Politikbereiche, Basel/Frankfurt a.M. 1984, S. 13 ff.; HEUSLER (Fn. 5), S. 9 ff.; WERNER MEYER, Vom 13. bis zum Ende des 15. Jahrhunderts, in: GEORG KREIS/BEAT VON WARTBURG (Hrsg.), Basel – Geschichte einer städtischen Gesellschaft, Basel 2000, S. 37 ff. und S. 36 ff. sowie STEINMANN (Fn. 5), S. 18 ff.

⁸ MEYER (Fn. 7), S. 33; siehe auch BERNER/SIEBER-LEHMANN/WICHERS (Fn. 4), S. 32; STEINMANN (Fn. 5), S. 31 und RENÉ TEUTEBERG, Basler Geschichte, 2. Auflage, Basel 1986, S. 33.

⁹ Die Stiftungsurkunde der Universität stammt vom 12. November 1459. Die Gründungsfeier fand am 4. April 1460 im Münster statt; siehe dazu EDGAR BONJOUR, Geschichte der Universität Basel, Basel 1960, S. 28 und S. 40 sowie BERNER/SIEBER-LEHMANN/WICHERS (Fn. 4), S. 71 f.; beachte dazu und zum Folgenden auch HAFNER (Fn. 3), S. 187.

¹⁰ Siehe die Siegel in LUKAS WÜTHRICH, Die Insignien der Universität Basel, Basel 1959, Tafeln 1a, 1b, 4d und dazu insb. S. 34 f., S. 40 f. und S. 46 f. (zum Siegel der Juristischen Fakultät im Speziellen sei auch auf HANS HATTENHAUER, Sigillum Facultatis Juridicae. Siegel Juristischer Fakultäten im deutschen Sprachraum, Heidelberg 2005, S. 26 f., hingewiesen).

Sitz nach Pruntrut verlegen¹¹ und verlor seine Einflussmöglichkeiten auf die im Basler Gebietsteil des Bistums wohnende, evangelisch-reformiert gewordene Bevölkerung.

In Basel wurde ein Staatskirchentum evangelisch-reformierter Prägung errichtet.¹² Die enge Verbindung von Kirche und Staat wurde beibehalten, allerdings so, dass nunmehr weltliche Behörden die kirchenleitende Stellung im Sinne eines republikanischen Summepiskopats übernahmen.¹³ Dem weltlichen Gemeinwesen wurde dabei auch das vor der Reformation der Kirche gehörende Vermögen, das so genannte Kirchen- und Schulgut, zur Verwaltung übertragen.¹⁴ Dieses bildete seit der Reformation bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts ein vom Staat verwaltetes zweckgebundenes Sondervermögen.¹⁵

Die Theologische Fakultät wurde an der Universität beibehalten, freilich mit neuer Ausrichtung auf Lehre und Forschung des evangelisch-reformierten Glaubens.¹⁶

¹¹ DAMIEN BREGNARD, Die Reformation in den südlichen Vogteien des Fürstbistums Basel, in: JEAN-CLAUDE REBETZ (Hrsg.), in Zusammenarbeit mit JÜRIG TAUBER e.a., PRO DEO. Das Bistum Basel vom 4. bis zum 16. Jahrhundert, Delsberg 2006, S. 304.

¹² Siehe dazu und zum Folgenden BERNER/SIEBER-LEHMANN/WICHERS (Fn. 4), S. 89 ff., und HABICHT (Fn. 4), S. 76.

¹³ Siehe die Reformationsordnung vom 1. April 1529, abgedruckt in: ERNST STAEHELIN (Hrsg.), Das Buch der Basler Reformation. Zu ihrem vierhundertjährigen Jubiläum im Namen der evangelischen Kirchen von Stadt und Land Basel, Basel 1929, S. 192 ff.; beachte auch PAUL BURCKHARDT, Geschichte der Stadt Basel von der Zeit der Reformation bis zur Gegenwart, zweite Auflage, Basel 1957, S. 20 ff.; KARL GOETZ, Die Verbindung von Kirche und Staat in der alten reformierten Kirche Basels, in: Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde 40/1941, S. 5 ff.; HEUSLER (Fn. 5), S. 441 ff. und HERMANN WALTER MEYER, Staat und Kirche im Kanton Baselstadt. Nebst einer allgemeinen Darstellung des Staatskirchenrechts, Diss. iur. Basel 1926, S. 105.

¹⁴ EDUARD SCHWEIZER, Das Basler Kirchen- und Schulgut in seiner Entwicklung bis zur Gegenwart, in: Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde 9/1910, S. 177 ff.; siehe auch ULRICH FRIEDERICH, Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen. Gutachten zu historischen Rechtstiteln der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern, Bern e.a. 1994, S. 244.

¹⁵ Die «Stiftungsnatur des Kirchengutes ist (...) von allen Staatsorganen ausnahmslos anerkannt worden» (SCHWEIZER [Fn. 14], S. 314); siehe zur Auflösung des Kirchen- und Schulguts 5.d. hiernach.

¹⁶ Vgl. BONJOUR (FN. 9), S. 112 ff.

4. Entwicklungen im 19. Jahrhundert

a. Staatskirchenordnung der Helvetik sowie der Mediations- und der Restaurationszeit

aa. *Beibehaltung des evangelisch-reformierten Staatskirchentums*

Dieses System des Staatskirchentums kennzeichnete die religionsrechtliche Ordnung Basels von der Reformation bis ins erste Drittel des 19. Jahrhunderts hinein.¹⁷

Zwar gab es in der Helvetik einen von Toleranz geprägten kurzen Unterbruch, zumal das herkömmliche Staatskirchentum namentlich in der ersten Hälfte der Helvetischen Periode «durch die Grundsätze der Trennung von Staat und Kirche und der Konfessionslosigkeit des Staates gefährdet»¹⁸ erschien. Während der Mediations- (1803-1813) und der Restaurationszeit (1814-1830) herrschte jedoch das Staatskirchentum wiederum ungebrochen vor. In der Basler Verfassung der Mediationsakte und in der Restaurationsverfassung des Kantons Basel wurde denn auch nur diejenige Religion garantiert, «zu welcher sich der Kanton bekennt».¹⁹

¹⁷ JOHANNES GEORG FUCHS, Kirche und Staat, in: KURT EICHENBERGER e.a. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel/Frankfurt a.M. 1984, S. 356. Siehe auch L. A. BURCKHARDT, Der Kanton Basel, 1. Hälfte: Basel-Stadttheil (historisch-geographisch-statistisches Gemälde der Schweiz, elftes Heft), St. Gallen/Bern 1841 (Faksimile Editions Slatkine Genève 1978), S. 274.

¹⁸ Zitate aus EDUARD HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Erster Band: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798 bis 1813, Basel 1920, S. 433; vgl. auch ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, Religionsfreiheit in der Helvetik, in: SJKR/ASDE 5/2000, S. 73 ff.; beachte zum Basler Staatskirchenrecht in der Helvetik ferner auch HERMANN HENRICI, Die Entwicklung der Basler Kirchenverfassung bis zum Trennungsgesetz (1910), in: ZRG KA 4/1914, S. 163 f., und zur rechtlichen Stellung der Basler Katholiken: THEO GANTNER, Volkskundliche Probleme einer konfessionellen Minderheit. Dargestellt an der römisch-katholischen Diaspora der Stadt Basel, Winterthur 1970, S. 46 ff. und MEYER (Fn. 13), S. 107.

¹⁹ Art. 20 der Verfassung des Kantons Basel (Mediationsakte) vom 19. Februar 1803 (Quelle: CARL-GUSTAV MEZ, Die Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 10. Mai 1875, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Anh. p. 5) und Art. 16 der Verfassung des Kantons Basel vom 4. März 1814 (Quelle: MEZ, a.a.O., Anh. p. 9). Damit sollte «nicht Glaubensfreiheit gewährleistet, sondern lediglich die Zugehörigkeit zur protestantischen Konfession ausgesprochen werden» (HENRICI [Fn. 18], S. 168).

bb. Verhältnis zur römisch-katholischen Kirche

Was das Verhältnis zur römisch-katholischen Kirche anbelangt, so setzte die französische Revolution dem Fürstbistum Basel ein Ende.²⁰ Das Bistum wurde aufgeteilt. Dabei wurde der grösste Teil des Bistums der Diözese Strassburg einverleibt. Das Bistum Basel bestand danach nur noch aus seinen schweizerischen Teilen. Diese wurden im Jahre 1828 mit den schweizerischen Gebieten des zu Beginn des 19. Jahrhunderts säkularisierten Bistums Konstanz – mit dessen so genannter schweizerischen Quart²¹ – sowie mit Teilen des damaligen Bistums Lausanne vereinigt.²² Grundlage für diese Reorganisation des Bistums Basel bildete das noch heute geltende Konkordat vom 26. März 1828, das die damals als souveräne Staaten auftretenden Kantone Luzern, Bern, Solothurn und Zug mit dem Heiligen Stuhl abgeschlossen hatten.²³ Der seinerzeit noch ungeteilte Kanton Basel trat dem Konkordat am 6. Oktober 1829, also anderthalb Jahre später, und nur für die katholische Bevölkerung des Birseckbezirks bei.²⁴ Das Birseck, das ehemals ein Teilgebiet des Fürstbistums Basel bildete, wurde zuvor anlässlich des Wiener Kongresses 1815 dem Kanton Basel zugeteilt.²⁵ In der von Vertretern des Bezirks Birseck und solchen des Kantons Basel verfassten Vereinigungsurkunde wurde den Birsecker Gemeinden «die freie Ausübung der römisch-katholischen

²⁰ Siehe HAFNER (Fn. 3), S. 228, und BERNHARD EHRENZELLER, Die Diözesankonferenz des Bistums Basel, Freiburg/Schweiz 1985, S. 31 f.

²¹ Das Territorium des Bistums Konstanz zerfiel in vier Teile (so genannte Quarte), d.h. in Breisgau, Schwaben, Allgäu und in die schweizerische Quart (ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat in der Schweiz, II. Band, Freiburg/Schweiz und Leipzig 1938, S. 296).

²² EUGEN JSELE, Die Säkularisation des Bistums Konstanz und die Reorganisation des Bistums Basel dargestellt mit besonderer Berücksichtigung der Entstehung und Rechtsnatur des Diözesanfonds, Basel/Freiburg 1933 (passim); siehe auch ANTON HOPP, in: bischöfliches Ordinariat (Hrsg.), Das Bistum Basel in Geschichte und Gegenwart. Zum 150jährigen Bestehen des neuumschriebenen Bistums Basel, Solothurn 1979, S. 13 f.

²³ Übereinkunft wegen der Wiederherstellung und neuen Umschreibung des Bistums Basel vom 26. März 1828 (Text in: Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt [SG] 190.500). Parallel dazu hatten die damaligen Bistumskantone, die so genannten Diözesanstände, einen Staatsvertrag unter sich und ohne Mitwirkung des Heiligen Stuhls den Langenthal-Luzern Gesamtvertrag, d.h. die «Übereinkunft zwischen den hohen Ständen Lucern, Bern, Solothurn und Zug für die Organisation des Bistums Basel» vom 28. März 1828, abgeschlossen (Text in: SG 190.510).

²⁴ Beitritts-Erklärung des Standes Basel zu dem neuorganisierten Bistum Basel vom 6. Oktober 1829, in: ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat in der Schweiz, III. Band, Freiburg/Schweiz und Leipzig, S. 94 f.

²⁵ EDUARD HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band: Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814 bis 1848, Basel 1929, S. 35.

Religion» zugesichert.²⁶ Dies änderte jedoch nichts daran, dass die evangelische Konfession im restlichen Kantonsgebiet Staatsreligion blieb, auch wenn in der Stadt Basel selbst seit 1798 der katholische Gottesdienst in der Clarakirche geduldet²⁷ und im Jahre 1822 allgemein zugelassen wurde.²⁸

b. Errichtung des Landeskirchentums in der Regenerationszeit

In der Regenerationszeit der frühen dreissiger Jahren des 19. Jahrhunderts begann sich eine Lockerung abzuzeichnen, zumal sich der Kanton allmählich zu einem die Glaubens- und Gewissensfreiheit garantierenden Rechtsstaat entwickelte.

So wurde zunächst in Art. 16 der Verfassung des Kantons Basel vom 28. Februar 1831 festgehalten, was bereits aufgrund der Vereinigungsurkunde gewährleistet war, nämlich dass « (...) dem Bezirk Birseck die durch die Vereinigungs-Urkunde garantierte katholische Religionsübung» zusteht.²⁹ Dergestalt wurde auf der Ebene der Kantonsverfassung die überkommene Glaubenseinheit in territorialer Hinsicht durch Glaubenszweiheit ersetzt.

Nach der Kantonstrennung wurde die evangelisch-reformierte Kirche in der Verfassung des Kantons Basel-Stadtteil von 1833 neu als Landeskirche bezeichnet und zugleich die Ausübung der anderen christlichen Bekenntnisse garantiert.³⁰ Dadurch sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die evangelisch-reformierte Kirche zwar keine vorgegebene Einheit mehr mit dem Staat bildete, gemessen an der Tradition und ihrer Mitglie­derzahl aber gleichwohl immer noch als die dominierende Konfession des Landes, d.h. des Kantons, zu gelten habe. Es wurde also das für die Schweiz charakteristische Lan-

²⁶ Art. 6 der Vereinigungs-Urkunde mit dem Canton Basel (abgeschlossen am 7. November 1815, ratifiziert vom Grossen Rat des Kantons Basel am 6. Dezember 1815; siehe LAMPERT [Fn. 24], S. 38 f.).

²⁷ JOSEF LACHER, *Höre mein Kind und Nachkommenschaft*, Basel 1817 (Druck durch Eberhard Kalt-Zehnder, Zug 1948, und Einband durch Cratander AG, Basel 1948), S. 14 ff. und GANTNER (Fn. 18), S. 46 ff.

²⁸ Reglement für den katholischen Gottesdienst vom 18. Juni 1822, Ziff. 1. (abgedruckt in ZACCARIA GIACOMETTI, *Quellen zur Geschichte der Trennung von Staat und Kirche*, Tübingen 1926, S. 556).

²⁹ Quelle: MEZ (Fn. 19), Anh. p. 11; siehe dazu und zum Folgenden HAFNER (Fn. 3), S. 191 f.

³⁰ «Die Landeskirche ist die evangelisch-reformierte, die Ausübung jedes andern christlichen Glaubensbekenntnisses ist unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet» (§ 15 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 3. Oktober 1833; Quelle: MEZ [Fn. 19], Anh. p 18); siehe dazu auch HENRICI (Fn. 18), S. 177.

deskirchentum³¹ eingeführt.³² Diese landeskirchliche Organisation kennzeichnete auch das Religionsrecht der baselstädtischen Verfassungen vom 8. April 1847³³ und vom 28. Februar 1858³⁴.

c. Landeskirchliche Ordnung auf der Grundlage der Kantonsverfassung von 1875

aa. Verhältnis zur evangelisch-reformierten Kirche

Ein wichtiger Schritt im Hinblick auf die Entflechtung von Kirche und Staat wurde unternommen, als 1874 – freilich unter Beibehaltung des landeskirchlichen Systems – die evangelisch-reformierte Kirche organisatorisch vom Staat losgelöst wurde.³⁵ Dies war vor allem Folge der im gleichen Jahr totalrevidierten Bundesverfassung, die in den Artikeln 49 und 50 neu die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Kultusfreiheit gewährleistete, weshalb sich auch der Kanton veranlasst sah, sein Verhältnis zu den Kirchen im Sinne einer teilweisen organisatorischen Entflechtung neu zu regeln.³⁶

Die Neuerung äusserte sich dadurch, dass im «Gesetz über Organisation der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Basel-Stadt» vom 5. Januar 1874 für die evangelisch-reformierte Kirche in Gestalt von Synode und Kirchenrat eigene Legislativ- und Exekutivorgane geschaffen wurden.³⁷ Hinzu trat die für das landeskirchliche System typische Unterscheidung von kirchlichen Externa und Interna: Während sich der Staat die Gesetzgebung über die externen kirchlichen Angelegenheiten, also namentlich über das Organisations- und Mitgliedschaftsrecht und über die Beschaffung der Finanzmittel, vorbehielt, überliess er die Regelung der internen Angelegenheiten – wie etwa die Lehre, Verkündigung, Kultus, Seelsorge und Unterweisung – der Kirche, allerdings mit einem staatlichen Vetorecht.

Die Kantonsverfassung von 1875 hat in ihrem § 12 diese Neuerung – wiederum unter grundsätzlicher Beibehaltung der landeskirchlichen Ordnung

³¹ Siehe zum Begriff der Landeskirche: BEAT FEIGENWINTER, Die römisch-katholischen Kirchgemeinden und Landeskirchen und ihr Verhältnis zur kirchlichen Ordnung unter besonderer Berücksichtigung des partikularrechtlichen und des staatskirchlichen Rechts in der Diözese Basel, unveröffentlichte Diss. iur. Basel 1973, S. 151 ff.

³² Dieses landeskirchliche System hat sich in einigen Kantonen bis heute erhalten können (so etwa im Kanton Bern; siehe Art. 121 ff. der Berner Kantonsverfassung).

³³ Siehe deren Art. 16 Abs. 1 (Text in MEZ [Fn. 19], Anh. p. 25).

³⁴ Siehe deren Art. 12 Abs. 1 (Text in MEZ [Fn. 19], Anh. p. 31).

³⁵ Siehe HAFNER (Fn. 3), S. 192 f., und FUCHS (Fn. 17), S. 357.

³⁶ Vgl. FUCHS (Fn. 17), S. 356 f., und MEZ (Fn. 19), S. 108 ff.

³⁷ Gesetzestexte wiedergegeben in: GIACOMETTI (Fn. 28), S. 561 ff.

– auch auf Verfassungsebene nachvollzogen;³⁸ desgleichen die Verfassung vom 2. Dezember 1889, worin diese staatskirchenrechtliche Bestimmung der Verfassung von 1875 mit unwesentlich geänderten Wortlaut übernommen wurde.³⁹

bb. Verhältnis zur römisch-katholischen und zur Christkatholischen Kirche

Allerdings wurde die Römisch-katholische Gemeinde nicht in das landeskirchliche System einbezogen. Sie konnte die in den Verfassungen von 1875 und 1889 vorgesehenen demokratischen Auflagen – insbesondere diejenige der demokratischen Pfarrwahl – nicht akzeptieren. Mit einer Eingabe vom 8. Juni 1875 an die eidgenössischen Räte versuchte sie, die Gewährleistung von § 12 der Kantonsverfassung von 1875 zu verhindern. Sie begründete ihr Begehren damit, dass sie «ohne dem katholischen Glauben untreu zu werden, sich diesem § 12 nicht unterziehen» könne. Sie «werde es daher auch nicht; sie wolle gestützt auf ihr Recht und auf die Gewähr der Bundesverfassung, eine freie römisch-katholische Gemeinde sein und bleiben». ⁴⁰ Trotz dieses Protests der Römisch-katholischen Gemeinde wurde die Kantonsverfassung von den eidgenössischen Räten am 2. Juli 1875 gewährleistet.⁴¹ Daraufhin konstituierte sie sich als privatrechtlicher Verein. Mit Beschluss vom 16. September 1876 nahm der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt zur Kennt-

³⁸ § 12 der Kantonsverfassung vom 10. Mai 1875:
«1 Die reformirte und die katholische Kirche erhalten durch Gesetz ihre äussere Organisation, nach welcher sie unter Oberaufsicht des Staates ihre inneren confessionellen Angelegenheiten selbständig ordnen. Ihre Geistlichen und ihre kirchlichen Vertreter wählen die zu jeder Kirchgemeinde gehörigen in Gemeindeangelegenheiten stimmfähigen Schweizerbürger.

2 Der Eintritt in diese Kirchen sowie der Austritt aus denselben steht jedem Staatsangehörigen bedingungslos offen. Das Gesetz wird bestimmen, wann Neueintretende die Stimmberechtigung erhalten.

3 Der Staat bestreitet die Cultusbedürfnisse dieser Kirchen und zwar mit Rücksicht auf die zu jeder Kirche, resp. jeder durch die Organisation anerkannten kirchlichen Gemeinschaft gehörigen Mitglieder.» (zit. gemäss MEZ [Fn. 19], S. 117 ff.; beachte auch seine Kommentierung zu § 12; siehe ferner CARL GAREIS/PHILIPP ZORN, Staat und Kirche in der Schweiz. Eine Darstellung des eidgenössischen und kantonalen Kirchenstaatsrechts mit besonderer Rücksicht auf die neuere Rechtsentwicklung und die heutigen Conflictte zwischen Staat und Kirche, Zürich 1877, S. 401 ff.).

³⁹ § 12 der Verfassung von 1875 als § 19 der Verfassung von 1889.

⁴⁰ Zitat aus BBl 1875 III 696; siehe auch HAFNER (Fn. 3), S. 193.

⁴¹ Siehe zum Ganzen: L. R. VON SALIS, Schweizerisches Bundesrecht. Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29. März 1874, erster Band, zweite, bis Ende 1902 fortgeführte Auflage, Bern 1903, S. 303 ff.

nis, dass sich die Römisch-katholische Gemeinde «als freie Kirchengemeinde betrachte und deshalb darauf verzichte, zu dem Staat in ein näheres Verhältnis zu treten».⁴²

Das «Gesetz betreffend Organisation der katholischen Landeskirche des Kantons Basel-Stadt» vom 24. Juni 1878 fand so nur auf die in Basel-Stadt inzwischen neu wirkende Christkatholische Kirche Anwendung.⁴³ Dies hatte zur Folge, dass die Römisch-katholische Gemeinde keine staatlichen Finanzmittel erhielt, obwohl ihre Angehörigen mit ihren Steuern zur Finanzierung der Evangelisch-reformierten Kirche beitragen mussten; dasselbe galt im Übrigen auch für den Bevölkerungsteil jüdischen Glaubens.

5. Einführung der «hinkenden» Trennung von Kirche und Staat im Jahre 1910

a. Staatskirchenrechtsreform in Gestalt der «hinkenden» Trennung von Kirche und Staat

Diese für die Katholiken ungünstige Ausgangslage liess den Ruf nach einer grundlegenden Neuordnung des Verhältnisses von Kirche und Staat aufkommen. Hinzu trat die von sozialdemokratischer Seite erhobene Forderung nach Trennung von Kirche und Staat. «Der katholische Bevölkerungsteil empfand es als unbillig, dass der Staat nur für die Kultusbedürfnisse der evangelischen Kirche aufkam. Die Sozialdemokraten forderten, da Religion ‚Privatsache‘ sei, eine strikte Trennung von Kirche und Staat».⁴⁴ Aus diesen Gründen unterzog man die staatskirchenrechtliche Ordnung zu Beginn des 20. Jahrhunderts einer tiefgreifenden Revision.

Im Ergebnis wurde 1910 in Basel-Stadt eine neue staatskirchenrechtliche Ordnung eingeführt, die mit der vom Kirchenrechtler ULRICH STUTZ geprägten Formel der «hinkenden» Trennung von Kirche und Staat umschrieben

⁴² Text in: GIACOMETTI (Fn. 28), S. 566; siehe auch HENRICI (Fn. 18), S. 204 ff.; ALFRED KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004, S. 347, und MEYER (Fn. 13), S. 115 ff. Anlässlich der Eintragung des Vereins in das Handelsregister «verwahrte» sich der Regierungsrat dagegen, «dass hieraus gefolgert werde, er habe die römisch-kath. Gemeinde dadurch als einen Verein des Privatrechts anerkannt; vielmehr bleibt die bisherige Stellung derselben zum Staate durch den Eintrag in das Handelsregister unberührt und wird in keiner Weise dadurch verändert» (Regierungsratsbeschluss vom 6. Dezember 1883, zitiert nach LAMPERT [Fn. 21], S. 122).

⁴³ Gesetzestexte wiedergegeben in GIACOMETTI (Fn. 28), S. 566; HAFNER (Fn. 3), S. 193.

⁴⁴ FUCHS (Fn. 17), S. 358; siehe auch HAFNER (Fn. 3), S. 194.

werden kann.⁴⁵ Die Einführung dieser – mitunter auch als «Basler Lösung»⁴⁶ bezeichneten – Staatskirchenordnung war in erster Linie dem für das Revisionsprojekt damals zuständigen Regierungsrat und Professor für Römisches Recht CARL CHRISTOPH BURCKHARDT-SCHAZMANN zu verdanken.⁴⁷

Insgesamt betrachtet ging das staatskirchenrechtliche Modell der «hinkenden» Trennung von einer weitgehenden organisatorischen Entflechtung beider Grössen aus, und zwar so, dass auch die äusseren Angelegenheiten der Kirchen in deren Autonomie belassen wurden.⁴⁸ Die Trennung war insofern

⁴⁵ ULRICH STUTZ, Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII., Abhandlungen der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Phil.-Histor. Klasse 1925, Nr. 314, S. 54, Anm. 2. Die Formel «hinkende» Trennung von Kirche und Staat wird auch für das Religionsverfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland verwendet (AXEL FREIHERR VON CAMPENHAUSEN/HEINRICH DE WALL, Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa. Ein Studienbuch, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage, München 2006, S. 32 und S. 368).

⁴⁶ FUCHS (Fn. 17), S. 357.

⁴⁷ Siehe CARL CHRISTOPH BURCKHARDT, Neuzeitliche Wandlungen des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche in der Schweiz, in: Schriften und Vorträge mit einem Geleitwort von Dr. W. Vischer, Basel 1917, S. 140 ff. (beachte zu Burckhardt-Schazmann: JOHANNES GEORG FUCHS, Aus der Praxis eines Kirchenjuristen in der Zeit ökumenischer Begegnung, Zürich 1979, S. 36 ff.). – Siehe zur Revision der baselstädtischen Staatskirchenordnung: Ratschlag Nr. 1746 (Bericht zur zweiten Lesung der Kirchenvorlage [Anzüge Gutzwiller und Dr. Knörr und Kons.] betreffend Änderung von § 19 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vorgelegt den 27. Januar 1910); beachte dazu FUCHS (Fn. 17), S. 357 f.; EDUARD HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Dritter Band: Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, Basel 1938, S. 918; KURT JENNY, Basler Verfassungsgeschichte im Überblick, in: SCHMID GERHARD e.a. (Hrsg.), Die Baslerstädtische Kantonsverfassung, 2. Aufl., Basel 1997, S. 27; KURT JENNY/JOSEF ZWICKER, Die Entflechtung von Kirche und Staat in Basel. Über die Beziehungen zwischen Staat und Evangelisch-reformierter Kirche in den ersten Jahren nach der sogenannten Trennung 1911 bis ca. 1926, in: Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde 91/1991, S. 281 ff.; CARL MIRBT, Randglossen zu der Basler Kirchenverfassung, in: Deutsch evangelische Monatsblätter für den gesamten deutschen Protestantismus, Leipzig 1919, S. 1 ff.; FRIEDRICH SPEISER, Staatliche Neuordnung des Verhältnisses von Kirche und Staat in den schweizerischen Kantonen Genf und Basel, in: Archiv für katholisches Kirchenrecht 93/1913, S. 571 ff.; DIETRICH STAEHELIN, Staatsaufsicht und Autonomie der öffentlich-rechtlichen Kirchen in Basel, Diss. iur. Basel 1946, insb. S. 82 ff.

⁴⁸ § 19 KV in der Fassung von 1910 lautet wie folgt (Quelle: GIACOMETTI [Fn. 28], S. 613 f. [Grossratsbeschluss betreffend Partialrevision der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 9. Dezember 1889 vom 10. Februar 1910]):
«Die reformierte und die christkatholische Kirche des Kantons haben öffentlich-rechtliche Persönlichkeit.

Sie ordnen ihre Verhältnisse selber, bedürfen aber, ausgenommen bei rein kirchlichen Bestimmungen, für ihre Verfassung und ihre allgemeinen Erlasse der Genehmigung des Regierungsrates. Diese Genehmigung ist zu erteilen, wenn die kirchliche Organi-

«hinkend», als die Kirchen weiterhin am öffentlichen Recht partizipierten und ihre Erlasse vom Regierungsrat zu genehmigen waren. Überdies wurden den öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen eine demokratische Organisationsform – insbesondere die demokratische Wahl der Geistlichen – und die Einrichtung eines Schutzes für innerkirchliche Minderheiten vorgeschrieben. Statt staatlicher Finanzierung mussten die öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen ihre Finanzen mittels Kirchensteuern selber beschaffen.⁴⁹

b. Universität und Schule

Trotz dieser erheblichen Entflechtungsschritte wurde die evangelisch-reformiert ausgerichtete Theologische Fakultät an der als unselbstständige Anstalt des Kantons Basel-Stadt betriebenen Universität weiterhin beibehalten. Forderungen, die Mitte der zwanziger Jahre im Grossen Rat deren Abschaffung verlangten, stiessen ins Leere.⁵⁰ Im 1937 revidierten Universitätsgesetz wurde am Weiterbestand der Theologischen Fakultät festgehalten.⁵¹ Vom Staat getrennt wurde jedoch der vom Kanton finanzierte evangelisch-reformierte Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen, allerdings ebenfalls erst in den zwanziger Jahren. Die Trennung wurde so vollzogen, dass allen religiösen Gemeinschaften der Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen ermöglicht wurde, unter der Voraussetzung, dass sie diesen selber bezahlen.⁵²

sation auf demokratischer Grundlage fusst und insbesondere die Wahl der gesetzgebenden Behörde, der Gemeindevorstände und der Geistlichen durch die stimmberechtigten Mitglieder vorsieht, wenn jeder Kantonseinwohner der betreffenden Konfession, der nicht ausdrücklich austritt, als Mitglied anerkannt und den Bedürfnissen der Minderheiten angemessener Spielraum gewährt wird, und wenn die Bestimmungen der Bundes- und der Kantonsverfassung, sowie der in ihrer Ausführung erlassenen Staatsgesetze gewahrt sind.

Die reformierte und die christkatholische Kirche verwalten ihre Vermögen selbständig unter Oberaufsicht des Regierungsrates. Sie sind berechtigt, Kultussteuern von ihren Angehörigen zu erheben. Die Steuererlasse sind regierungsrätlicher Genehmigung zu unterbreiten.

Innerhalb der verschiedenen Bestimmungen erfolgt die nähere Ordnung der Anwendungsfälle, Voraussetzungen, Wirkungen und Formen der staatlichen Genehmigung und Oberaufsicht durch Staatsgesetz.»

⁴⁹ JENNY (Fn. 47), S. 27, und CHRISTOPH WINZELER, Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 96.

⁵⁰ Siehe JENNY/ZWICKER (Fn. 47), S. 292 ff.

⁵¹ BONJOUR (Fn. 9), S. 791, und JENNY/ZWICKER (Fn. 47), S. 293.

⁵² Siehe JENNY/ZWICKER (Fn. 47), S. 294 ff.

c. Verhältnis zur Römisch-katholischen und zur Israelitischen Gemeinde

In die öffentlich-rechtliche Anerkennung, verbunden mit der entsprechenden kirchlichen Steuerhoheit, waren 1910 vorerst nur die Evangelisch-reformierte Kirche und die Christkatholische Kirche einbezogen worden.⁵³ Da der Kanton wie erwähnt den Kirchen vorschrieb, ihre Organe, einschliesslich der Geistlichen, demokratisch wählen zu lassen, war es der privatrechtlich organisierten Römisch-katholischen Gemeinde 1910 nicht möglich, sich dem neuen System anzuschliessen. Der hierarchisch-episkopale Aufbau der römisch-katholischen Universalkirche widersprach diesen Demokratieerfordernissen. Auch die Israelitische Gemeinde blieb davon ausgeschlossen, obwohl der Regierungsrat mit Grossratsbeschluss vom 10. April 1902 «betreffend die Bewilligung zur Anlegung eines Friedhofs durch die hiesige Israelitische Gemeinde»⁵⁴ ermächtigt wurde, der Israelitischen Gemeinde einen Friedhof auf dem Kantonsgebiet zu bewilligen, der anschliessend im Jahre 1903 tatsächlich auch eröffnet werden konnte.

d. Kultussubventionsverbot

Im Sinne einer Abgeltung wurden allerdings die Römisch-katholische Gemeinde, aber auch die Christkatholische Kirche und die Israelitische Gemeinde für ihren Anteil am Kirchen- und Schulgut mit einem einmaligen Beitrag aus allgemeinen Staatsmitteln abgefunden. Die Römisch-katholische Gemeinde erhielt Fr. 200'000.-, die Christkatholische Kirche Fr. 150'000.- und die Israelitische Gemeinde Fr. 15'000.-.⁵⁵ Mit Ausnahme der Predigerkirche, die samt dem Pfarrhaus der Christkatholischen Kirche übergeben und der Clarakirche, die der Römisch-katholischen Gemeinde zur Nutzniessung überlassen wurde, gingen sämtliche Liegenschaften an die Evangelisch-reformierte Kirche über. Damit wurde das Kirchen- und Schulgut aufgelöst und die Grundlage für die Finanzierung der Kirchen aus Staatsmitteln beseitigt. Dementsprechend wurde in der Kantonsverfassung von 1910 festgehalten,

⁵³ HAFNER (Fn. 2), S. 115.

⁵⁴ SG 390.900. Siehe auch den Beschluss des Regierungsrates «betreffend Bewilligung eines besonderen israelitischen Friedhofs» (vom 18. November 1947; ebenfalls SG 390.900). Beachte dazu ACHIM NOLTE, Jüdische Gemeinden in Baden und Basel. Eine rechtsvergleichende Studie über ihr Recht und ihre rechtliche Stellung, Berlin 2002, S. 312 ff.

⁵⁵ Siehe Einführungsbestimmungen im Grossratsbeschluss betreffend Partialrevision der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 9. Dezember 1889 vom 10. Februar 1910, abgedruckt in: GIACOMETTI (Fn. 28), S. 614 f.; beachte dazu HENRICI (Fn. 18), S. 261; vgl. auch HAFNER (Fn. 3), S. 195.

dass «eigentliche Kultuszwecke aus Staats- und Gemeindemitteln nicht unterstützt werden dürfen».⁵⁶ Dieses Kultussubventionsverbot kam den Angehörigen der römisch-katholischen Konfession und dem Bevölkerungsteil jüdischen Glaubens entgegen, weil sie seither mit ihren Steuern nicht mehr an eigentliche Kultuszwecke fremder Religionsgemeinschaften beitragen mussten. Die paritätische Gleichbehandlung der Römisch-katholischen Gemeinde und der Israelitischen Gemeinde mit der Evangelisch-reformierten Kirche und der Christkatholischen Kirche als öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften war indessen noch nicht hergestellt.

6. Die staatskirchenrechtliche Ordnung von 1972

a. Öffentlich-rechtliche Anerkennung der Römisch-katholischen und der Israelitischen Gemeinde

Im Jahre 1969 scheiterte das Projekt zur Wiedervereinigung beider Basel. Die vom Stimmvolk des Kantons Basel-Landschaft abgelehnte Wiedervereinigungsverfassung ging von der Gleichbehandlung aller damals relevanten Kirchen und Religionsgemeinschaften aus und hatte deshalb auch für die römisch-katholische Kirche und die Israelitische Gemeinde die öffentlich-rechtliche Anerkennung vorgesehen.⁵⁷ Um das 1910 noch nicht eingelöste Postulat nach paritätischer Behandlung aller traditionell im Kanton Basel-Stadt wirkenden Religionsgemeinschaften gleichwohl zu realisieren, wurden 1972 die staatskirchenrechtlichen Bestimmungen der Kantonsverfassung dahingehend revidiert, dass auch die Römisch-katholische und die Israeliti-

⁵⁶ § 19b in der Fassung von 1910 lautet wie folgt (Quelle: GIACOMETTI [Fn. 28], S. 613 f. [Grossratsbeschluss betreffend Partialrevision der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 9. Dezember 1889 vom 10. Februar 1910]):

«Mit Ausnahme der Ausgaben für den Dienst von Geistlichen an den öffentlichen Spitälern, Asylen, Gefängnissen, Waisen- und Zwangsfürsorgeanstalten, dürfen eigentliche Kultuszwecke aus Staats- und Gemeindemitteln nicht unterstützt werden.

Von diesem Verbote werden nicht berührt Beiträge für Erhaltung geschichtlicher Kunstdenkmäler und für Anschaffung und Unterhalt von Gegenständen, die nicht ausschliesslich Kultuszwecken, sondern auch andern, öffentlichen oder gemeinnützigen, Interessen dienen».

⁵⁷ Siehe PATRICK MÜLLER, Das gescheiterte Wiedervereinigungsverfahren der Halbkantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt. Die Probleme bei der Gewährleistung politischer Normen von Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung, dargestellt anhand der Basler Wiedervereinigungsartikel, Basel e.a. 2004, S. 193; siehe auch JENNY (Fn. 47), S. 27.

sche Gemeinde öffentlich-rechtliche Anerkennung finden konnten.⁵⁸ Dabei wurde die Staatskirchenordnung von 1910 grundsätzlich bestätigt, zugleich aber die kirchliche Autonomie erweitert und namentlich auch die Vorschrift der demokratischen Pfarrwahl und die Minderheitenschutzbestimmungen gestrichen, was es der römisch-katholischen Kirche erleichterte, sich öffentlich-rechtlich anerkennen zu lassen.⁵⁹ Mit der öffentlich-rechtlichen Anerkennung der römisch-katholischen Kirche verband sich zudem auch ein Namenswechsel: Diese nannte sich nicht mehr «Römisch-katholische Gemeinde Basel-Stadt», sondern seit 1972 «Römisch-Katholische Kirche Basel-Stadt».

Die Erweiterung der kirchlichen Autonomie äusserte sich vor allem darin, dass nur noch Erlass und Änderungen der Kirchenverfassung und – im Falle der Erhebung von Kirchensteuern – auch die Steuerordnungen, nicht aber sämtliche Erlasse auf Gesetzesstufe wie noch unter der bisherigen Ordnung der Genehmigung durch den Regierungsrat bedurften.⁶⁰ Die Genehmigung musste erteilt werden, wenn weder Bundesrecht noch kantonales Recht verletzt wurde.

Die Autonomie wurde dadurch unterstrichen, dass das Subventionsverbot beibehalten wurde. Alle öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen und die Israelitischen Gemeinde deckten ihren Finanzbedarf mit eigenen Steuern, die getrennt von den Staatssteuern von ihnen selbst eingezogen wurden. Im Unterschied zu vielen anderen kantonalen religionsrechtlichen Ordnungen mussten zudem die juristischen Personen keine Kirchensteuern bezahlen.⁶¹

⁵⁸ Siehe dazu und zum Folgenden FUCHS (Fn. 17), S. 363 f.; HAFNER (Fn. 3), S. 196 f.; DERS. (Fn. 2), S. 116 ff.; KÖLZ (Fn. 42), S. 353, und WINZELER (Fn. 49), S. 93 ff.

⁵⁹ Siehe Ratschlag und Entwurf Nr. 6897 zu einem Grossratsbeschluss betreffend Vornahme einer partiellen Verfassungsänderung und zu einem Grossratsbeschluss betreffend Revision der Kantonsverfassung vom 2. Dezember 1889 (Änderung von § 19 und Aufhebung der Einführungsbestimmungen zu den §§ 19, 19a und 19b) sowie Bericht zum Anzug E. Keller und Konsorten betreffend Änderung von § 19 der Kantonsverfassung (dem Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt vorgelegt am 13. April 1972), insb. 8 f.; beachte ferner Ratschlag und Entwurf Nr. 7017 zu einem Gesetz betreffend die Staatsoberaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Kirchen und die Israelitische Gemeinde sowie über die Verwendung von Staats- und Gemeindemitteln zu Kirchenzwecken / Kirchengesetz (dem Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt vorgelegt am 20. September 1973), insb. S. 4.

⁶⁰ Ratschlag und Entwurf Nr. 6897 (Fn. 59), S. 8. Beachte dazu und zum Folgenden auch HAFNER (Fn. 3), S. 228 ff.

⁶¹ Diejenigen Kantone, in denen die juristischen Personen – wie in Basel-Stadt – keine Kirchensteuern bezahlen müssen, bilden die Minderheit (siehe FERDINAND ZUPPINGER, Zur Kirchensteuerpflicht juristischer Personen, in: LOUIS CARLEN [Hrsg.], Die Kirchensteuer juristischer Personen in der Schweiz, Freiburg /Schweiz 1988, S. 21).

b. Regelung des Verhältnisses zum Bistum Basel

Wie hiervor erwähnt bildete das Konkordat vom 26. März 1828 die Grundlage für das Verhältnis des Kantons zum Bistum Basel.⁶² Allerdings trat der Kanton dem Konkordat im Jahre 1829 nur für die katholische Bevölkerung des Birsecks bei. Der Beitritt galt somit nach der Kantonstrennung im Jahre 1833 nur noch für den Kanton Basel-Landschaft, zumal das Birseck einen Gebietsteil des Kantons Basel-Landschaft bildete. Für die bis ins 20. Jahrhundert zunehmende Zahl von Angehörigen der römisch-katholischen Konfession im Kanton Basel-Stadt galt das Konkordat nicht. Im Anschluss an die 1972 erfolgte öffentlich-rechtliche Anerkennung der Römisch-katholischen Gemeinde drängte es sich daher auf, dass auch der Kanton Basel-Stadt für den römisch-katholischen Bevölkerungsteil dem Konkordat beiträt. Der Beitritt erfolgte schliesslich im Jahre 1978.⁶³

Geregelt wurde damit zugleich auch die Zugehörigkeit des rechts des Rheins liegenden Kleinbasels zum Bistum Basel. Wegen der auf Kleinbasler Boden liegenden Clarakirche besass die Römisch-katholische Gemeinde ihren Mittelpunkt im Kleinbasel, das als rechtsrheinisches Gebiet ursprünglich dem Bistum Konstanz angehörte. Die baselstädtischen Katholiken wurden deshalb vom Kanton bis zum Konkordatsbeitritt im Jahre 1978 als dem Bistum Konstanz zugehörig betrachtet, obwohl sie kirchlicherseits dem Bistum Basel zugeordnet wurden und die Behörden mit der Zuständigkeit des Bischof von Basel für die Römisch-katholische Gemeinde stillschweigend einverstanden waren.⁶⁴

⁶² Siehe 4. a. bb. hiervor.

⁶³ Vor ihm waren die Kantone Thurgau, Aargau und Basel (vor der Kantonstrennung und nur für die katholische Bevölkerung des Birseckbezirks; ab 1833 gehörte nur der Kanton Basel-Landschaft für den Birseckbezirk, nicht aber der Kanton Basel-Stadt dem Konkordat an) beigetreten. Gleichzeitig mit dem Kanton Basel-Stadt haben sich 1978 auch die Kantone Basel-Landschaft im Sinne eines Vollbeitritts für die ganze römisch-katholische Bevölkerung und der Kanton Schaffhausen dem Konkordat angeschlossen. Drei Jahre später trat 1981 schliesslich auch der neu geschaffene Kanton Jura dem Konkordat bei. Insgesamt gehören heute somit dem Bistum Basel 10 Kantone an (siehe zu dieser Entwicklung EHRENZELLER [Fn. 20], S. 65 ff.). – Der Kanton Basel-Stadt ist dem ohne Mitwirkung des Heiligen Stuhls unter den Kantonen abgeschlossenen Langenthal-Luzern Gesamtvertrag (siehe Fn. 23 hiervor) zwar formell nicht beigetreten. In Fussnote 1) zum in SG 190.510 publizierten Vertragstext wird jedoch klargestellt, dass der Kanton Basel-Stadt «als vollberechtigter Diözesankanton im Rahmen des GRB vom 1.7.1976 auch die mit der interkantonalen Vereinbarung verbundenen Rechte und Pflichten übernommen, bzw. an die Römisch-katholische Kirche Basel-Stadt delegiert hat».

⁶⁴ LAMPERT (Fn. 21), S. 316.

Mit dem Konkordatsbeitritt wurde die Römisch-Katholische Kirche Basel-Stadt zugleich ermächtigt, die Zweierdelegation des Kantons Basel-Stadt in der Konferenz der zum Bistum gehörenden Kantone, der so genannten Diözesankonferenz,⁶⁵ zu bestimmen⁶⁶; dies als Gegenrecht für die Verpflichtung, dass der finanzielle Anteil von Basel-Stadt nicht vom Kanton selbst, sondern von der öffentlich-rechtlich anerkannten Römisch-Katholischen Kirche des Kantons Basel-Stadt übernommen wird.⁶⁷ Die Hauptaufgabe der Diözesankonferenz bestand und besteht auch heute noch darin, bei der Bischofswahl mitzuwirken. Gemäss Art. 5 des Konkordats wird nämlich der Bischof von Basel – entgegen dem im kanonischen Recht vorgesehenen Ernennungsrecht des Papstes⁶⁸ – von den zehn, den einzelnen Kantonen zugeteilten⁶⁹ Domherren des insgesamt siebzehn Domherren zählenden Domkapitels gewählt.⁷⁰ Dabei beansprucht die Diözesankonferenz jeweils ein Streichungsrecht von drei auf einer ihr vom Domkapitel unterbreiteten Liste von sechs Kandidaten.⁷¹

Die Mitwirkung der Kantonsvertretungen bei der Bischofswahl ist unter anderem vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Kantone aufgrund des Konkordats verpflichtet sind, finanzielle Beiträge an das Bistum zu entrichten. Diese Verpflichtung ist auf die Säkularisation der schweizerischen Quart des

⁶⁵ Siehe zur Diözesankonferenz: EHRENZELLER (Fn. 20, passim).

⁶⁶ Siehe Ziffer 1. des Grossratsbeschlusses betreffend Ermächtigung des Regierungsrates zum Vollzug des Beitritts des Kantons Basel-Stadt zur Übereinkunft für die Organisation des Bistums Basel vom 26. März 1828 (Bistumskonkordat) vom 1. Juli 1976 (SG 190.500) und FUCHS (Fn. 17), S. 364; beachte dazu und zum Folgenden auch HAFNER (Fn. 3), S. 228 ff.

⁶⁷ Siehe Ziffer 3. des Grossratsbeschlusses betreffend Ermächtigung des Regierungsrates zum Vollzug des Beitritts des Kantons Basel-Stadt zur Übereinkunft für die Organisation des Bistums Basel vom 26. März 1828 (Bistumskonkordat) vom 1. Juli 1976 (SG 190.500) und EHRENZELLER (Fn. 20), S. 215.

⁶⁸ Can. 377 § 1 des Codex Iuris Canonici von 1983.

⁶⁹ EHRENZELLER (Fn. 20), S. 43.

⁷⁰ Diese Art der Bischofswahl ist weltweit nur noch im Bistum St. Gallen so vorgesehen (WINZELER [Fn. 49], S. 128).

⁷¹ Das Listenverfahren mit Streichungsrecht beruht auf keiner expliziten schriftlichen Vereinbarung zwischen den Diözesankantonen und dem Domkapitel bzw. dem Heiligen Stuhl. Es ist aber zur Usanz geworden, zumal es eine geeignete Form darstellt, die dem Domkapitel obliegende Prüfung einer den Regierungen minder genehmen Kandidatur zu gewährleisten. Dieses ist nämlich gemäss dem «Exhortationsbreve ‚Quod ad rem sacram’» von Papst Leo XII. vom 15. September 1828 «an die Kapitularen des Domsenates der Diözese Basel betreffend die Bischofswahl und die Vorschläge zu Domherren» verpflichtet, «vor dem feierlichen Wahlakt» abzuklären, ob die zur Wahl zum Bischof vorgesehenen Personen «der Regierung nicht minder genehm seien» (zitiert nach EHRENZELLER [Fn. 20], S. 245); beachte auch HAFNER (Fn. 3), S. 229.

Bistums Konstanz zurückzuführen und daher als Entschädigungsleistung zugunsten des Bistums zu qualifizieren.⁷² Wie hiervor erwähnt, wurde im Falle des Kantons Basel-Stadt die Beitragsleistung so geregelt, dass sie nicht der Kanton selbst, sondern die öffentlich-rechtlich anerkannte Römisch-Katholische Kirche des Kantons Basel-Stadt zu übernehmen hat.⁷³ Im Gegenzug dazu wurde diese – wie ausgeführt – berechtigt, die baselstädtische Kantonsvertretung in der Diözesankonferenz zu bestimmen. 1993 beschloss der Kirchenrat der Römisch-Katholischen Kirche Basel-Stadt, dass eine Vertretung der Römisch-Katholischen Kirche in der Diözesankonferenz «durch ein Mitglied des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt für gegeben und notwendig zu betrachten ist».⁷⁴ Das Vertretungsrecht wurde seither so wahrgenommen, dass die Römisch-Katholische Kirche Basel-Stadt einerseits den Kirchenratspräsidenten bzw. die Kirchenratspräsidentin und andererseits das für die Kirchen zuständige Regierungsratsmitglied in die Diözesankonferenz delegierte.

⁷² Siehe die Ausführungen von EHRENZELLER zur Genese dieser Entschädigungsleistungen sowie zum Konnex zwischen dem Mitwirkungsrecht der Kantone bei der Bischofswahl und ihrer Finanzierungsverpflichtung (EHRENZELLER [Fn. 20], S. 29 ff. und S. 215 f.).

⁷³ Siehe Ziffer 3. des Grossratsbeschlusses betreffend Ermächtigung des Regierungsrates zum Vollzug des Beitritts des Kantons Basel-Stadt zur Übereinkunft für die Organisation des Bistums Basel vom 26. März 1828 (Bistumskonkordat) vom 1. Juli 1976 (SG 190.500) und EHRENZELLER (Fn. 20), S. 215.

⁷⁴ Siehe Ziffer 2. des Beschlusses des Kirchenrats der Römisch-Katholischen Kirche Basel-Stadt vom 13. Dezember 1993. Dadurch wurde der Kritik von EHRENZELLER Rechnung getragen, wonach es nicht angehe, dass sich die Kantone in der Diözesankonferenz ganz durch die öffentlich-rechtliche Kantonalkirche vertreten liesse, weil die Kantone in diesem Fall «an dieser Konferenz im eigentlichen Sinne gar nicht mehr repräsentiert» wären (EHRENZELLER [Fn. 20], S. 178).

7. Totalrevidierte Kantonsverfassung vom 23. März 2005

Anlässlich der Totalrevision der Kantonsverfassung⁷⁵ wurde auch das Staatskirchenrecht des Kantons Basel-Stadt einer erneuten Revision unterzogen.⁷⁶ Allerdings handelte es sich nicht um eine gleichermassen weit reichende Reform, wie sie im Jahr 1910 vorgenommen wurde. Vielmehr fand bloss eine Nachführung der bestehenden Ordnungen von 1910 und 1972 statt, freilich mit einer nicht unwesentlichen Ergänzung: Neben der öffentlich-rechtlichen Anerkennung der drei seit 1972 öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen und der Israelitischen Gemeinde wurde neu die Möglichkeit der kantonalen Anerkennung geschaffen. Danach sollen Religionsgemeinschaften die Gelegenheit erhalten, sich vom Parlament «kantonal» anerkennen zu lassen. Sie bleiben auch nach einer kantonalen Anerkennung privatrechtlich und partizipieren deswegen nicht wie die öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen und die Israelitische Gemeinde am kantonalen öffentlichen Recht. Sie können daher auch nicht von ihren Mitgliedern Steuern erheben. Bei der kantonalen Anerkennung handelt es vielmehr um eine Art staatlicher Respektsbezeugung⁷⁷ gegenüber Religionsgemeinschaften, die nicht öffentlich-rechtlich anerkannt werden können oder wollen, gegebenenfalls verbunden mit Vorteilen für die jeweils anerkannte Religionsgemeinschaft.

8. Schlussbemerkungen

Die Entwicklung des Verhältnisses des Staates zu Kirchen und Religionsgemeinschaften bestätigt die eingangs geäusserte Feststellung, wonach Eigen-

⁷⁵ Die totalrevidierte Verfassung wurde am 23. März 2005 vom Verfassungsrat verabschiedet und am 30. Oktober 2005 vom Stimmvolk angenommen. In Kraft gesetzt wurde sie am 13. Juli 2006 (es handelt sich dabei um den so genannten Heinrichstag. Dieser Tag bezieht sich auf den Todestag von Kaiser Heinrich II. am 13. Juli 1024. Heinrich II. gilt als Wohltäter Basels, weil er sich für den Münsterbau eingesetzt hatte. Die Aufnahme Basels in die Eidgenossenschaft wurde denn auch bewusst auf den Heinrichstag, d.h. auf den 13. Juli 1501, festgesetzt [siehe TEUTEBERG, Fn. 8, S. 90 ff.]).

⁷⁶ Siehe dazu und zum Folgenden: FELIX HAFNER; Die Regelung des Verhältnisses der Kirchen und Religionsgemeinschaften zum Staat in der neuen Verfassung des Kantons Basel-Stadt, in: SJKR/ASDE 11/2006, S. 131 ff. und DERS. (Fn. 3), S. 198 ff.

⁷⁷ Siehe dazu FELIX HAFNER, Mehr Freiheit durch Anerkennung? Anmerkungen zur öffentlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften, in: BREITENMOSER STEPHAN e.a. (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2007, S. 1012 f.

ständigkeit und Distanz des Staates gegenüber Kirchen und Religionsgemeinschaften keine lange Tradition aufweisen. Erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts gelang im Kanton Basel-Stadt eine Entflechtung beider Grössen und wurde das nunmehr über beinahe ein Jahrhundert geltende System der «hinkenden» Trennung von Kirche und Staat eingeführt. Damit wurde einerseits mit der staatlichen Neutralität im religiösen Bereich ernst gemacht. Andererseits wurde im staatlichen Religionsverfassungsrecht nachvollzogen, was sich bereits im 19. Jahrhundert abzuzeichnen begann, nämlich dass im städtischen Gemeinwesen nicht mehr nur eine Konfession präsent ist, sondern dass es sich durch die Einwanderung Andersgläubiger plurikonfessionell und seit der Wende vom 20. zum 21. Jahrhunderts auch multireligiös zusammensetzt.

*Stéphanie Lanza**

DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN PROCEDURE PENALE VAUDOISE DE L'ANCIEN REGIME A NOS JOURS¹

Introduction

En matière pénale, on recherche généralement la vérité matérielle, c'est-à-dire l'ensemble des faits le plus proche possible de la vérité. Selon le principe de la liberté des preuves, tout moyen de preuve peut être utilisé pour parvenir à déterminer le déroulement des faits. Parmi ces moyens, les dépositions ont toujours joué un rôle très important pour la justice pénale. Différentes personnes – tels que l'accusé, la partie plaignante, la victime, le témoin et l'expert – peuvent être amenées à déposer en justice. L'accusé, la victime et les témoins oculaires sont les sources les plus importantes d'informations concernant l'activité délictueuse, étant donné qu'ils ont souvent assisté aux faits².

* Greffière à l'Office d'instruction pénale de l'arrondissement de Lausanne et titulaire d'une maîtrise universitaire en Droit, en sciences criminelles, mention magistrature.

¹ Mémoire de Master en droit et en sciences criminelles, mention magistrature de la Faculté de droit et des sciences criminelles, Université de Lausanne présenté en septembre 2008. Sous la direction du Prof. Denis Tappy. Abréviations : BGC = Bulletin des séances du Grand Conseil du Canton de Vaud ; BO = Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale ; aCP = Code pénale suisse dans sa version du 31 décembre 2006 ; CP = Code pénal suisse du 21 décembre 1937 dans sa version du 1^{er} janvier 2007 (RS 311.0) ; Cst = Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101) ; ROLV = Recueil des Lois, Décrets et autres actes du Gouvernement du canton de Vaud, et des actes de la Diète helvétique qui concernent ce canton ; RS = Recueil systématique.

² «*La preuve testimoniale est un moyen de preuve naturel et indispensable*», M. STORME, *L'influence des codifications napoléoniennes hors de France, dans le domaine de la preuve*, chap. LXIV, in *La preuve, Quatrième partie, Période contemporaine*, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1963, XIX, p. 230. Il suffit de penser au temps où l'illettrisme était la règle plutôt que l'exception et au fait que les moyens de preuves techniques étaient limités. La preuve écrite ne pouvait dès lors constituer la preuve la plus importante vu que de telles pièces n'existaient souvent pas. Sauf en cas de flagrant délit, d'aveu du coupable ou de l'un de ses complices, le seul moyen de retrouver l'auteur d'une infraction était, par conséquent, le témoignage d'une personne ayant assisté à la scène.

La présente contribution se focalisera sur l'étude du témoignage sur une durée d'environ 200 ans. On analysera les quatre codes de procédure pénale vaudoise appliqués durant cette période, ainsi que le futur Code de procédure pénale suisse. A ces fins, le témoignage sera défini comme la déposition faite aux autorités de poursuite par une personne, non partie à la procédure, de ce qu'elle a vu ou entendu³. En outre, seules les dispositions concernant le témoignage au cours des débats seront étudiées, dans la mesure où celles-ci se recoupent en grande partie avec les dispositions appliquées au cours de l'instruction.

I. La preuve par témoin avant 1836

Avant la conquête du pays de Vaud par les bernois en 1536, la preuve par témoin n'était pas admise par la coutume locale en tant que preuve en matière criminelle. En revanche, l'aveu du coupable – par le biais de la torture – était perçu comme le seul moyen permettant de découvrir la vérité et de déterminer la culpabilité du prévenu⁴.

Dès qu'ils eurent conquis le Pays de Vaud, LL.EE de Berne apportèrent des réformes à la justice criminelle vaudoise, notamment l'audition de témoins en matière criminelle⁵. Cette dernière devait se faire en présence des

³ «Le témoignage est la déposition faite aux organes de police ou de justice, par une personne appelée témoin, de ce qu'elle a appris directement ou indirectement» (définition au sens large), G. PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^{ème} éd. refondue et augmentée, Genève, Zurich, Bâle, 2006, n. 746.

⁴ Cf. M. VON DER MÜHLL, *Maléfices et Cour impériale. Les réformes bernoises de la justice criminelle dans le pays de Vaud au XVI^e siècle*, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1959, p. 25 et 32, qui précise à la note de bas de page n. 11 que «l'usage admet la preuve testimoniale pour les délits frappés d'une sanction pécuniaire. De même, les tribunaux ecclésiastiques [...] recourent abondamment à la preuve par témoins».

⁵ L'Ordonnance du 5 mars 1541 promulguée par LL.EE introduit dans le Pays de Vaud l'enquête «au mode de Berne». Cf. R. MATZINGER-PFISTER, *Les sources du droit du canton de Vaud*, C. Epoque bernoise, I. Les mandats généraux bernois pour le Pays de Vaud, 1536-1798, in : *Les sources du droit Suisse*, Recueil édité au nom de la Société suisse des Juristes par sa Fondation des sources du droit, XIX partie, Basel, 2003, p. 73. «L'adoption de la procédure bernoise constituait un événement remarquable, puisqu'elle introduisait officiellement l'audition des témoins dans les causes criminelles, ce que la coutume du pays de Vaud avait jusqu'alors toujours prohibé», M. VON DER MÜHLL (n. 4), p. 69. Cf. aussi J. DESCOEUDRES, *La justice pénale vaudoise sous la République Helvétique. Gestion de la transition & vide juridique. 1798 – 1799*, Mémoire présenté à la Faculté des lettres de l'Université

parties, ce qui leur permettait de pouvoir réfuter le témoignage ou récuser le témoin⁶. Cependant, ces réformes ne furent appliquées que de manière incomplète, les autorités vaudoises continuant à utiliser les méthodes d'investigation médiévales⁶. L'interrogatoire du prévenu au moyen de la torture, afin d'obtenir son aveu, restait donc le moyen de preuve central du système⁷. LL.EE tolérèrent ces pratiques⁸ tout en exerçant un contrôle toujours plus invasif sur les décisions judiciaires prises par les autorités vaudoises⁹, limitant en outre le recours à la torture¹⁰. De plus, force est de constater que les témoins étaient, en réalité, souvent interrogés hors la présence de l'accusé ou même en secret¹¹. La vérification de la véracité des faits était difficile, la justice se fondant «souvent sur des oui-dire ou des renseignements de seconde main»¹². On constate donc que le témoignage ne fut jamais réellement utilisé en tant que preuve, nonobstant les tentatives de l'introduire du gouvernement bernois. Cependant, certains auteurs de la fin du XVIII^e siècle¹³ prévoient la possibilité de condamner un accusé en l'absence d'aveu si

de Lausanne, Section d'histoire, sous la direction du Professeur François Jequier, 2001, p. 10.

⁶ Cf. M. VON DER MÜHLL (n. 4), p. 70.

⁷ «L'enquête (au mode de Berne), l'audition des témoins oculaires, la recherche plus systématique et plus objective de la vérité, ne firent pas disparaître pour autant les anciennes méthodes d'investigation médiévales, et l'interrogatoire du prévenu au moyen de la torture demeura la partie centrale de l'instruction du procès», M. VON DER MÜHLL (n. 4), p. 76. «L'aveu demeurait encore, au XVII^e siècle, la base de toute condamnation», F. GILLARD, *Le procès pénal dans le pays de Vaud au XVII^e siècle*, in *Archiv des historischen Vereins des Kantons Bern*, 44 (1958), p. 282,

⁸ Cf. M. VON DER MÜHLL (n. 4), p. 83.

⁹ Cf. F. GILLARD (n. 7), p. 277 et J. DESCOEUDRES (n. 5), pp. 9 et 14.

¹⁰ Cf. R. MATZINGER-PFISTER (n. 5), p. 779. Les autorités bernoises sont influencées par les auteurs du siècle des Lumières qui, comme on le sait, critiquent l'utilisation de la torture afin d'obtenir l'aveu. Cf. J. DESCOEUDRES (n. 5), pp. 11ss. Cf. aussi C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 12^{ème} éd., Classici Universale Economica, Milan, 2007, pp. 60ss et B. CARRARD, *De la jurisprudence criminelle ou Essai sur la question proposée par l'illustre Société économique de Berne pour la confection d'un Code criminel*, Tome second, Genève, 1785, p. 219 et G. SEIGNEUX DE CORREVON, *Essai sur l'usage, l'abus et le inconveniens de la torture dans la procédure criminelle*, Lausanne, 1768.

¹¹ Cf. F. GILLARD (n. 7), p. 284 et M. VON DER MÜHLL (n. 4), p. 70.

¹² Cf. M. VON DER MÜHLL (n. 4), p. 72.

¹³ Selon ces auteurs, les fous et les enfants par exemple ne peuvent témoigner, tandis que les témoignages de personnes partiales ou ayant un intérêt dans la cause doivent être entendus avec suspicion. Cf. B. CARRARD (n. 10), pp. 125ss, 146ss et 214, selon lequel une femme est autant capable de témoigner qu'un homme et F. SEIGNEUX, *Système abrégé de jurisprudence criminelle, accommodé aux lois et à la Constitution du pays*, seconde édition, Lausanne, 1796, pp. 100ss. L'idée selon laquelle certaines personnes ne peuvent être admises à témoigner ressort déjà des

l'on est en présence de deux témoignages concordants de personnes irréprochables, ayant assisté directement aux faits en question. Cela correspond à une preuve complète pouvant emporter la conviction du juge. En outre, il est spécifié que l'aveu ne peut suffire à lui seul à la condamnation, mais qu'il est nécessaire de vérifier toutes les circonstances du délit.

Le 28 janvier 1798, naît la République Helvétique, suite à la Révolution française et à la conquête du territoire suisse par les Français. Les cantons sont réduits au rang d'entités administratives parmi lesquelles l'ancien pays de Vaud bernois qui est devenu un territoire séparé, nommé canton du Léman. A partir de ce moment, le pouvoir de légiférer est centralisé et la République Helvétique détient la compétence de créer une procédure criminelle unifiée pour le pays¹⁴. Les autorités helvétiques et lémaniques décident de maintenir les anciennes institutions, ainsi que les anciennes lois et usages pour garantir l'ordre et la sécurité dans le pays en apportant les adaptations nécessaires à la nouvelle organisation judiciaire prévue par la Constitution fédérale du 12 avril 1798¹⁵.

Cependant, la République Helvétique va profondément changer la procédure criminelle en abolissant la torture par la Loi du 12 mai 1798¹⁶. Cela

droits de l'Antiquité, cf. R. HAUSER, *Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses*, Zürich, 1974, pp. 1ss.

¹⁴ Une circulaire du Ministre de la justice du 31 août 1798 fournit une première esquisse de procédure criminelle, sans que cela ne réalise réellement l'unité de la procédure. En effet, les cantons vont l'appliquer de façon différente. De plus, ce texte n'est que provisoire et ne règle pas tous les problèmes liés à la procédure criminelle. Il en découle que les autorités cantonales poseront de nombreuses questions au Directoire. Cf. W. LUTHI, *Das Kriminalgerichtswesen der Helvetischen Republik im Jahre 1798*, Bern, 1931, pp. 42ss et *Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege*, Bern, 1938, p. 92.

¹⁵ Cf. J. DESCOEUDRES (n. 5), pp. 21ss. La Constitution ne règle pas le problème de la procédure pénale. «*Les autorités ont maintenu dans un premier temps, les anciennes juridictions, pour adopter par la suite une série de modifications structurelles guidées par la Constitution. [...] Le gouvernement ne pouvait se doter, du jour au lendemain, de nouveaux textes juridiques*», p. 44. «*La Révolution n'a pas entraîné de changements profonds de l'appareil judiciaire, les autorités, en cherchant à garantir la sûreté de l'Etat, ont maintenu presque inchangé l'appareil judiciaire de l'Ancien Régime, tout du moins jusqu'à l'adoption de la Constitution. Celle-ci n'apportera que des changements structureaux, visant bien plus à adapter l'appareil judiciaire à la nouvelle situation politique du pays, qu'à mettre en place une justice moderne fidèle aux préceptes des Lumières*», p. 46.

¹⁶ Cf. Bulletin des Lois et Décrets du Corps Législatif, de la République Helvétique, 1798, p. 70. La torture était en grande partie tombée en désuétude déjà à la fin du XVIII^e siècle. Cf. J. DESCOEUDRES (n. 5), pp. 52ss. Cependant elle n'avait pas été formellement abrogée, la torture étant notamment encore permise pour les crimes passibles de la peine de mort. Cf. R. MATZINGER-PFISTER (n. 5), p. 779

posera toutefois quelques problèmes d'application, les cantons étant privés du seul moyen, à leurs yeux, permettant d'obtenir l'aveu et la condamnation de l'accusé¹⁷. De plus, la République Helvétique ne leur a pas fourni un autre système de preuves, faute d'avoir fait aboutir avant sa disparition son projet d'adopter une procédure pénale moderne et unifiée¹⁸. Ce problème sera particulièrement important dans le canton du Léman, qui connaissait jusqu'alors un système basé sur l'aveu de l'accusé¹⁹. Les directives fournies par le Directoire pour pallier ces difficultés ont instauré un système de preuves basé sur l'intime conviction, même si elles n'ont pas fait le pas d'imposer partout la libre appréciation des preuves²⁰.

L'instabilité politique de la République Helvétique a détourné l'attention du domaine de la justice criminelle²¹ et a décidé Napoléon à imposer l'Acte de Médiation en 1803 qui a mené à la création de la Confédération Helvétique. Les cantons – ayant désormais retrouvé leur entière souveraineté – ont ainsi dû légiférer, entre autres, en matière criminelle. Avec la Restauration, le Canton de Vaud s'est posé la question de l'adoption des principes prônés par la Révolution française²² ou du retour à l'application des règles des preuves légales utilisées dans la procédure criminelle de l'Ancien Régime. Il a finalement été opté pour le principe de l'intime conviction consacré aux articles 15 et 16 de la Loi du 6 juin 1829 réglant quelques points de la procédure criminelle²³.

¹⁷ Les cantons vont souvent faire appel au Directoire pour obtenir des précisions quant aux actes devant être considérés comme étant de la torture, à la résolution de problèmes soulevés dans des cas pratiques, et au système de preuves à appliquer. Cf. W. LUTHI (n. 14), *Das Kriminalgerichtswesen*, pp. 51ss et *Die Gesetzgebung*, pp. 110ss.

¹⁸ En effet, aucune procédure criminelle n'a été établie durant la période de la République Helvétique. Cf. W. LUTHI (n. 14), *Die Gesetzgebung*, p. 153.

¹⁹ L'aveu était en effet la preuve par excellence et la torture le meilleur moyen pour l'obtenir. La Constitution ne fournissait pas de règles pour pallier ce problème et la Loi du 12 mai 1798 ne reconnaît pas le système des preuves morales en tant que fondement valable de la sentence en remplacement du système des preuves légales. Cf. J. DESCOEUDRES (n. 5), pp. 54ss et W. LUTHI (n. 14), *Das Kriminalgerichtswesen*, pp. 55ss.

²⁰ Cf. W. LUTHI (n. 14), *Das Kriminalgerichtswesen*, pp. 54ss.

²¹ Cf. J. DESCOEUDRES (n. 5), pp. 86ss

²² Principe de l'intime conviction et de la libre appréciation des preuves.

²³ Cf. ROLV, 26, 1829, pp. 224ss. Après son indépendance, il devient urgent pour le Canton de Vaud de régler la procédure criminelle, d'où l'adoption de cette loi qui marque un tournant dans le système de la justice pénale, ce qui a suscité quelques divergences au sein du Grand Conseil en particulier concernant l'adoption des principes d'oralité et de publicité des débats outre le principe d'intime conviction, principes qui ne furent pas adoptés. Cf. *Session de 1829 du Grand Conseil du canton*

II. Les différents codes de procédure pénale

Il a fallu plus d'une trentaine d'années pour aboutir à l'adoption d'un code de procédure pénale le 28 janvier 1836 (ci-après CPP 1836). Entre-temps, les juridictions pénales continuèrent à appliquer une procédure basée sur les règles remontant à l'époque bernoise, avec quelques modifications ponctuelles comme l'abrogation de la torture ou l'adoption du principe d'intime conviction dont nous avons traité ci-dessus. Ce code consacre les principes de l'intime conviction, de l'oralité et de la publicité des débats²⁴ et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1838²⁵. Le deuxième Code de procédure pénale vaudois a été adopté le 1^{er} février 1850 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet de la même année (ci-après CPP 1850). Révision du précédent²⁶, il a pour but d'harmoniser les règles de procédure avec les nouvelles règles d'organisation judiciaire²⁷. En 1939, le Grand Conseil constate que le CPP 1850, qui a été «*à de très nombreuses reprises modifié, adapté et modernisé au cours de ses 89 ans d'existence [et est] indiscutablement atteint par la limite d'âge, peut sans hésitation être admis à faire valoir sa retraite*»²⁸. De plus, il s'avérait nécessaire d'harmoniser le code existant avec le Code pénal suisse, dont l'entrée en vigueur était prévue pour le 1^{er} janvier 1942. C'est donc le 3 septembre 1940 que le Grand Conseil a adopté le Code de procédure pénale vaudois qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1942 (ci-après CPP 1940), en même temps que le Code pénal suisse. Jusqu'en 1967, un long travail a été effectué sur le CPP 1940 afin de déterminer les éventuelles réformes qui devaient être entreprises, au vu des expériences faites dans l'application du

de Vaud, extrait du Nouvelliste vaudois, complété et rédigé avec de nouveaux développements, par C. Monnard, Lausanne, 1829, pp. 453ss.

²⁴ Le principe de l'intime conviction fut déjà consacré auparavant, cf. chap. précédent et n. 24. Finalement, il est complété par les principes d'oralité et de publicité des débats, non sans quelques discussions : «*Le Grand Conseil se trouve dans l'alternative nécessaire d'avancer ou de rétrograder. Au jugement par conviction morale, il faut ajouter les débats publics, avec toutes leurs garanties ; ou bien il faut retourner complètement au système de la procédure secrète et de la preuve légale*», BGC, 1835, p. 972.

²⁵ Son entrée en vigueur était prévue pour le 1^{er} janvier 1837, mais elle fut renvoyée au 1^{er} janvier 1838 par le Décret du 23 décembre 1836. Cf. ROLV 33, 1836, pp. 229ss.

²⁶ «*Le code lui-même exigeait une révision, afin de pouvoir le corriger dans ce qu'il avait de défectueux, l'améliorer dans toutes les parties où l'expérience en aurait fait sentir le besoin*», BGC, 1850, p. 120.

²⁷ En effet, ces dernières ont introduit les changements suivants : «*institution du jury, suppression des juges d'instruction et du directeur des débats* et introduction du principe selon lequel «*ce sont les mêmes tribunaux, les mêmes fonctionnaires qui sont chargés de l'administration de la justice civile et de l'administration de la justice pénale*», BGC 1850, pp. 119ss.

²⁸ Cf. BGC 1939, p. 125.

nouveau droit pénal qui *«a fait apparaître un certain nombre de lacunes et d'imprécisions dans la procédure»*²⁹. On est arrivé à la conclusion qu'*«une révision partielle, encore concevable en 1952 ou en 1955, était désormais impensable : le nombre des corrections et innovations de détails, le souci de regrouper entièrement la distribution de la matière, nécessitaient de toute évidence le remplacement du code actuel par un code entièrement nouveau»*³⁰. Pour ces raisons, un nouveau code a été adopté le 12 septembre 1967 et est entré en vigueur le 1^{er} avril 1968 (ci-après CPP 1967). Ce code est encore appliqué de nos jours dans le canton de Vaud.

Le 12 mars 2000, le peuple et les cantons ont accepté, en votation populaire, de donner la compétence de légiférer en matière de procédure pénale à la Confédération³¹. Après les débats aux Chambres, le texte définitif du Code de procédure pénale suisse (ci-après CPPS) a été approuvé le 5 octobre 2007. Aucun référendum n'ayant été demandé dans le délai échéant le 24 janvier 2008, il entrera, selon toute vraisemblance, en vigueur le 1^{er} janvier 2011³².

On constate ainsi que, comme les autres domaines du droit, la procédure pénale évolue en fonction des expériences faites dans la pratique et des mœurs de la société.

III. De la preuve par témoins dans les Codes de procédure pénale

1. Le témoin et la personne appelée à donner des renseignements

Le CPPS apporte une nouveauté par rapport aux codes de procédure pénale vaudoise, à savoir, l'audition de personnes appelées à donner des renseignements.

Ce code définit clairement cette notion et celle de témoin³³. Ce dernier est défini négativement par l'article 162 CPPS comme *«toute personne qui n'a pas participé à l'infraction, qui est susceptible de faire des déclarations utiles à l'élucidation des faits et qui n'est pas entendue en qualité de personne*

²⁹ Cf. BGC 1967, p. 1043.

³⁰ Cf. BGC 1967, p. 914.

³¹ Nouvelle teneur de l'art. 123 al. 1 Cst, accepté en votation populaire du 12 mars 2000 et en vigueur depuis le 1^{er} avril 2003.

³² Récemment, la conseillère fédérale Eveline Widmer Schlumpf a, en effet, annoncé aux médias vouloir différer d'une année l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse, initialement prévue pour le 1^{er} janvier 2010.

³³ Définition qui n'est pas énoncée par les codes de procédure pénale vaudoise.

appelée à donner des renseignements». La personne appelée à donner des renseignements est, quant à elle, définie à l'article 178 CPPS : «*Est entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements, quiconque :*

- a. s'est constitué partie plaignante ;*
- b. n'a pas encore 15 ans au moment de l'audition ;*
- c. n'est pas en mesure de comprendre pleinement la déposition d'un témoin en raison d'une capacité de discernement restreinte ;*
- d. sans être soi-même prévenu, pourrait s'avérer être soit l'auteur des faits à élucider ou d'une infraction connexe, soit un participant à ces actes ;*
- e. doit être interrogé comme co-prévenu sur un fait punissable qui ne lui est pas imputé ;*
- f. a le statut de prévenu dans une autre procédure, en raison d'une infraction qui a un rapport avec les infractions à élucider ;*
- g. a été ou pourrait être désigné représentant de l'entreprise dans une procédure dirigée contre celle-ci, ainsi que ses collaborateurs».*

En réalité, l'article 177 CPP 1967 prévoit la possibilité d'écouter une personne aux fins de renseignements dans la mesure où le juge d'instruction peut entreprendre toute mesure nécessaire à la découverte de la vérité³⁴. Il est également possible de faire un parallèle avec les articles 306 et 307 CPP 1836 et 353 et 354 CPP 1850 qui prévoient l'impossibilité d'écouter sous serment certaines catégories de personnes³⁵. On constate, en effet, que les lettres b, c, e et f de l'article 178 CPPS sont similaires aux chiffres 2, 3 et 4 des articles 306 et 354 susmentionnés. Les lettres d et g n'ont pu être introduites qu'après l'apparition du droit de ne pas s'auto-incriminer et de punissabilité de l'entreprise respectivement.

Selon l'article 180 CPPS, les dispositions concernant l'audition du prévenu (art. 157ss CPPS) s'appliquent, par analogie, aux personnes décrites par l'article 178 al. 1 lit. b à g CPPS. Quant à la partie plaignante on lui applique les dispositions concernant les témoins (art. 162ss), à l'exception de l'article 176 CPPS³⁶.

³⁴ Cf. B. BOVAY, M. DUPUIS, L. MOREILLON et C. PIGUET, *Procédure pénale vaudoise*, LAVI, *Concordat sur l'entraide judiciaire*, Code annoté, Lausanne, 2008, ad. art. 177, n. 2.

³⁵ Cf. à ce sujet § 2.4 ci-après. Certains membres du Grand Conseil trouvaient cette pratique incohérente, considérant qu'il faille entendre le témoin sous serment ou ne pas l'auditionner du tout. En effet, en permettant au témoin de déposer sans serment, on ne le soumettait pas au risque de parjure. Pour d'autres, par contre, cette pratique permettait au juge de connaître toutes les circonstances entourant la déposition et donc de juger au mieux selon son intime conviction. Cf. BGC, 1835, pp. 653ss.

³⁶ Concernant le refus injustifié de témoigner.

2. Les droits et les obligations³⁷

2.1. Les obligations

2.2. L'obligation de comparaître

Le témoin régulièrement assigné à l'audience est tenu d'y comparaître, même s'il peut faire valoir une dispense de témoigner³⁸. Si la personne devant être entendue est empêchée, elle doit le communiquer le plus rapidement possible au Tribunal³⁹. Dans le cas d'une absence injustifiée il peut être condamné à une amende⁴⁰ ou être amené de force à l'audience par mandat d'amener⁴¹. Selon les codes de 1836 et 1850, il peut également être astreint au paiement des frais devenus inutiles si la cause est renvoyée⁴². Les codes de 1940, 1967 et le CPPS, par contre, prévoient la possibilité de le contraindre au paiement des frais entraînés par son absence⁴³. Ces derniers peuvent également inclure ceux engendrés par le renvoi de l'audience⁴⁴.

2.3. L'obligation de déposer

Le témoin est tenu de répondre aux questions qui lui sont posées par le Tribunal, sauf s'il peut se prévaloir d'une dispense de déposer prévue par la loi⁴⁵. En cas de refus injustifié de déposer, tous les codes étudiés prévoient

³⁷ Décrits dans G. PIQUEREZ (n. 3), nn. 750ss. Le CPPS consacre et regroupe ces derniers aux articles 162ss, regroupement inexistant dans les codes vaudois.

³⁸ Cf. G. PIQUEREZ (n. 3), n. 752. Cette règle a été explicitement reprise par l'art. 205 al. 1 CPPS, tandis que les codes vaudois ne mentionnent que la punissabilité du témoin en cas d'absence injustifiée. Le témoin est également tenu de se présenter dans un état lui permettant de témoigner, faute de quoi il est considéré comme absent, cf. art. 297 CPP 1836, 345 CPP 1850, 315 CPP 1940 et 349 CPP 1967.

³⁹ Cf. art. 273 CPP 1836, 324 CPP 1850, 300 al. 1 CPP 1940, 322 al. 1 CPP 1967 et 205 al. 2 CPPS. Ce dernier précise que le témoin doit également «*lui* [autorité qui a décerné le mandat de comparution] *indiquer les motifs de son empêchement et lui présenter les pièces justificatives éventuelles*».

⁴⁰ Cf. art. 295 al. 1 CPP 1836, 342 al. 1 CPP 1850, 314 al. 1 CPP 1940, 348 al. 1 CPP 1967 et 205 al. 4 CPPS. Le CPPS prévoit une amende d'ordre mais n'en spécifie pas le montant. En cas de non-paiement fautif, l'amende pouvait être convertie en arrêts sous l'ancien droit (art. 43 ch. 3 aCP) et en peine privative de liberté de substitution ou en un travail d'intérêt général en droit actuel (art. 106 CP).

⁴¹ Cf. art. 295 al. 4 CPP 1836, 343 al. 3 CPP 1850, 314 al. 1 CPP 1940, 348 al. 1 CPP 1967 et 205 al. 4 CPPS.

⁴² Cf. art. 296 al. 2 CPP 1836 et 344 al. 2 CPP 1850.

⁴³ Cf. art. 314 al. 1 CPP 1940, 348 al. 1 CPP 1967 et 417 CPPS.

⁴⁴ Cf. art. 314 et 344 CPP 1940, 348 et 363 CPP 1967, 339 CPPS.

⁴⁵ Principe explicitement mentionné par l'art. 163 al. 2 CPPS. Les autres codes mentionnent la non-punissabilité du témoin qui refuse de déposer s'il peut faire valoir une

que le témoin peut être condamné à une amende⁴⁶. L'article 176 CPPS prévoit en outre que ce dernier peut être contraint «à supporter les frais et les indemnités occasionnés par son refus». De plus, si la personne persiste dans son refus, elle peut à nouveau être exhortée à répondre sous la menace cette fois d'une condamnation pour insoumission à une décision de l'autorité⁴⁷. Si la personne continue malgré tout à refuser de témoigner, une procédure pénale sera ouverte à son encontre. Les codes de 1940 et de 1967 précisent quant à eux que l'amende doit être communiquée au témoin verbalement séance tenante⁴⁸. De surcroît, l'article 193 al. 1 CPP 1967, auquel renvoi l'article 347 al. 1 CPP 1967, dispose que «l'amende ne peut être prononcée qu'une seule fois, même si le témoin persiste dans son refus»⁴⁹.

En ce qui concerne les personnes appelées à donner des renseignements, seule la partie plaignante est tenue de déposer «devant les tribunaux»⁵⁰.

2.4 L'obligation de prêter serment

Seuls les codes de 1836 et 1850 prévoient l'assermentation du témoin⁵¹. Le premier, exige en outre que la liste des témoins présentée par les parties indique non seulement leur identité mais également s'ils seront entendus sous serment ou non⁵².

Au cours des débats, il est possible que la personne entendue ne puisse pas prêter serment⁵³, soit parce que cela est interdit dans son cas, soit parce qu'une partie au procès s'y oppose. Les articles 306 CPP 1836 et 354 CPP

dispense, cf. art. 313 al. 2 CPP 1936, 358 al. 2 CPP 1850, 325 al. 2 CPP 1940 et 347 al. 1 CPP 1967

⁴⁶ Cf. art. 313 al. 1 CPP 1936, 358 al. 1 CPP 1850, 325 al. 2 CPP 1940 et 347 al. 1 CPP 1967. Pour ces codes l'amende prononcée est identique à celle prononcée en cas de non-comparution. L'art. 176 al. 1 CPPS prévoit simplement une amende d'ordre. Cf. n. 41.

⁴⁷ Cf. art. 292 CP.

⁴⁸ Cf. art. 325 al. 3 CPP 1940 et art. 347 al. 2 CPP 1967.

⁴⁹ Cette règle a été introduite pour être conforme aux exigences de la jurisprudence. Cf. BGC, 1989, p. 82.

⁵⁰ Cf. art. 180 al. 2 CPPS.

⁵¹ Selon la formule se trouvant aux art. 309 CPP 1836 et 356 CPP 1850. En considérant la punissabilité pour faux témoignage prévue par l'art. 307 CP, le fait de ne plus devoir prêter serment conduit à une sanction pénale moins lourde en cas de mensonge.

⁵² Cf. art. 263 al. 2 CPP 1836.

⁵³ Le témoin peut alors être exhorté à dire la vérité. Cf. art. 311 CPP 1836 et 357 CPP 1850.

1850 interdisent la déposition sous serment des personnes suivantes (l'ajout apporté par le code de 1850 est souligné) :

«1° *Le témoin qui se trouve avec l'accusé dans l'une des relations suivantes :*

- a) *Parent ou allié en ligne directe ;*
- b) *Frère ou sœur ;*
- c) *Mari ou femme, même après le divorce prononcé.*

2° *Celui qui n'a pas atteint l'âge de 16 ans accomplis.*

3° *Celui qui est dans un état de démence ou d'imbécillité, ou qui est hors d'état d'apprécier la gravité du serment.*

4° *Celui qui, par l'effet d'un jugement, est déchu du droit de témoigner sous serment, ou qui se trouve sous la prévention d'un délit entraînant une pareille déchéance».*

Les parties peuvent, en revanche, s'opposer à l'assermentation d'un témoin⁵⁴:

«1° *Si le témoin est parent ou allié de l'accusé, en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré inclusivement.*

2° *S'il se trouve avec le lésé ou avec la partie civile dans l'une des relations suivantes :*

- a) *Parent ou allié en ligne directe ;*
- b) *Parent ou allié en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré inclusivement ;*
- c) *Mari ou femme, même après le divorce prononcé ;*

3° *Si le témoin a un intérêt au résultat du procès.*

4° *S'il a reçu des dons ou des promesses à l'occasion du témoignage à rendre.*

5° *S'il est domestique de l'accusé, du lésé, ou de la partie civile.*

Ces règles avaient probablement deux buts. D'une part, elles permettaient au témoin ayant un lien particulier avec l'une des parties d'éviter de devoir choisir entre protéger cette dernière ou commettre un parjure. D'autre part, elles devaient aussi servir à diminuer la valeur du témoignage fait par des personnes qui n'avaient pas l'entier de leurs capacités mentales ou qui étaient susceptibles de mentir.

En 1835, le Grand Conseil a débattu longuement de l'utilité de donner aux parties la possibilité de s'opposer à l'assermentation du témoin (art. 307 CPP 1836). Deux idées principales s'affrontaient⁵⁵. D'une part, on ne voyait pas l'utilité de permettre aux parties de s'opposer à l'assermentation du témoin, si ce dernier était malgré tout entendu, et cela sans la menace de

⁵⁴ Cf. art. 307 CPP 1836 et 353 CPP 1850.

⁵⁵ Cf. BGC 1835, pp. 653ss.

briser un serment en cas de mensonge. D'autre part, on considérait que – dans la formation de son intime conviction – le juge devait tenir compte des motifs faisant douter de la validité du témoignage. A cet égard, il était encore plus souhaitable que le juge sache, d'entrée de cause, que la déposition avait été faite par le témoin sans qu'il soit «bridé par le frein du serment»⁵⁶.

Il est intéressant de relever qu'il n'est pas possible pour le témoin de refuser lui-même de témoigner sous serment. Cela s'explique par le fait qu'il serait incohérent d'admettre une personne à témoigner, alors même qu'elle refuse de promettre qu'elle dira la vérité. Si toutefois, le témoin se trouve dans une des situations exceptionnelles décrites ci-dessus, le Tribunal ou les parties peuvent s'opposer à son assermentation.

On note enfin que le témoin n'a pas besoin de prêter serment s'il exerce une profession pour laquelle il a déjà été assermenté⁵⁷. De plus, on remarque que le CPP 1836 distingue le serment du témoin de celui de l'expert⁵⁸, tandis que le CPP 1850 prévoit une seule formule pour les deux.

2.5 *L'obligation de dire la vérité*

Tous les codes prévoient l'obligation pour le témoin de dire la vérité sous peine d'une inculpation pour faux témoignage⁵⁹. Tout en étant à l'abri de cette infraction, les personnes appelées à fournir des renseignements tenues de déposer ou y consentant risquent, malgré tout, une poursuite pénale en cas de mensonge⁶⁰.

De plus, les codes de 1836 et 1850 obligent, en général, le témoin à jurer «de dire toute la vérité et rien que la vérité»⁶¹ avant de déposer en justice. En cas de non-assermentation du témoin le juge peut malgré tout l'exhorter à dire la vérité⁶².

On constate ici l'extrême importance de cette obligation et la gravité de faire des déclarations mensongères en justice⁶³.

⁵⁶ Cf. BGC 1835, p. 655.

⁵⁷ Cf. art. 308 CPP 1836 et 355 CPP 1850.

⁵⁸ Cf. art. 309 et 310 CPP 1836 et 356 CPP 1850.

⁵⁹ Cf. art. 328 CPP 1836, 369 CPP 1850, 334 CPP 1940 et 351 CPP 1967 concernant la procédure à suivre en cas de suspicion de faux témoignage. L'article 163 al. 2 CPPS énonce, en revanche, explicitement l'obligation du témoin de dire la vérité.

⁶⁰ Cf. art. 181 al. 2 CPPS.

⁶¹ Cf. art. 309 CPP 1836 et 356 CPP 1850 et § 2.4 ci-dessus.

⁶² Cf. art. 311 CPP 1836 et 357 CPP 1850.

⁶³ «Il s'agit d'une obligation essentielle, car la preuve testimoniale revêt une importance capitale en matière répressive et les faux ou les mauvais témoins sont souvent source

2.6 Les autres obligations

Il existe également l'obligation de garder le secret sur la déposition. Selon Piquerez, elle est nécessaire «*si la révélation de ce qu'il [témoin] a dit ou appris [lors de son audition] est susceptible de mettre en danger le déroulement de l'enquête, le droit à la présomption d'innocence ou de porter atteinte à la personnalité de l'accusé*»⁶⁴. Cette obligation n'est pas envisagée par les codes de procédure pénale vaudoise. Le CPPS reprend, en revanche, cette idée en permettant à l'autorité d'astreindre le témoin «*sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP*» (insoumission à une décision de l'autorité) à «*garder le silence sur les auditions envisagées ou effectuées et sur leur objet*»⁶⁵. Cette obligation doit toutefois être limitée dans le temps. Quant à l'injonction au silence, elle peut déjà être donnée au moment de la citation de la personne.

3. Les droits

3.1 Le droit de se prévaloir d'une dispense de déposer

Piquerez explique «*que l'on peut avoir des doutes sur la fiabilité, l'authenticité et l'impartialité du témoignage de certaines personnes*»⁶⁶. Il est donc nécessaire de prévoir des cas de dispense à l'obligation de témoigner assortis d'une garantie d'impunité en cas de refus de déposer. Il faut également assurer cette impunité pour les personnes détentrices d'un secret (professionnel, de fonction ou de la confession) dont elles ne seraient pas déliées.

Les codes de 1836 et 1850 prévoient que le témoin ne sera pas punissable en cas de refus de répondre s'il «*se trouve avec l'accusé dans l'une des relations suivantes* :

- a) *Parent ou allié en ligne directe ;*
- b) *Frère ou sœur ;*
- c) *Mari ou femme même après le divorce prononcé*»⁶⁷.

Le CPP 1940 reprend à son article 225 la disposition ci-dessus dans les mêmes termes. Il prévoit cependant une règle supplémentaire à l'article 226 concernant le droit pour un témoin de refuser de révéler un secret

d'erreurs judiciaires, ce qui explique que le Code pénal (art. 307) réprime sévèrement le faux témoignage», G. PIQUEREZ (n. 3), n. 754.

⁶⁴ Cf. G. PIQUEREZ (n. 3), n. 755.

⁶⁵ Cf. art. 165 CPPS.

⁶⁶ G. PIQUEREZ (n. 3), n. 758. En particulier, des personnes ayant un lien personnel avec l'accusé ou risquant elles-mêmes une poursuite pénale.

⁶⁷ Cf. art. 306 ch. 1 CPP 1836 et 354 ch. 1 CPP 1850.

professionnel ou de fonction «à moins qu'il n'en soit expressément délié ou que la loi ne l'oblige à dénoncer»⁶⁸. Cependant aucun de ces trois textes ne mentionne le droit de ne pas s'auto-incriminer⁶⁹.

Enfin, les articles 194 à 196a du code de 1967 distinguent différentes situations dans lesquelles on peut refuser de répondre, à savoir lorsque l'un des cas suivants est réalisé⁷⁰:

- Parenté ou alliance (art. 194). Il s'agit des mêmes catégories de personnes que pour les autres codes. On y a ajouté en 2006 les cas du «*partenaire enregistré, même si le partenariat a été dissous*» (lit. d) et de la «*vie de couple menée de fait avec cette personne*» (lit. e)⁷¹.
- Risque de poursuites pénales (art. 195). Cette règle consacre de manière explicite le droit du témoin à ne pas s'auto-incriminer ou à ne pas incriminer une personne avec laquelle il se trouve dans un des rapports décrits à l'art. 194.
- Secret professionnel ou de fonction (art. 196). La personne qui est soumise à l'un de ces secrets ne peut être tenue de le révéler que si la loi le prévoit ou si elle est déliée de ce secret par le maître du secret. Notons que celui qui révèle un secret sans droit peut se rendre coupable de l'une des infractions prévues aux articles 320 ou 321 CP⁷².
- Victime (art. 196a)⁷³. Selon cette disposition, la victime ne peut être tenue de déposer sur des faits concernant sa sphère privée.

A l'instar des codes procéduraux vaudois, la nouvelle procédure pénale fédérale considère les relations personnelles entretenues avec le prévenu comme un motif valable de refuser de témoigner. En effet, «*peuvent refuser de témoigner* :

- a. *L'époux du prévenu ou la personne qui mène de fait une vie de couple avec lui ;*

⁶⁸ «*Cet article consacre de manière expresse un principe introduit dans nos mœurs et que la jurisprudence a, elle aussi, consacré*», BGC 1939, p. 418.

⁶⁹ Ce droit ne sera consacré qu'à partir du XXe siècle dans les textes internationaux (cf. art. 14 ch. 3 lit. g Pacte ONU II et 6 § 1 CEDH selon l'Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 février 1993 en la cause Funke contre France) et fédéraux (cf. art. 32 ch.1 Cst (à l'époque art. 4 aCst.), ATF 121 II 257). Cf. aussi G. PIQUEREZ (n. 3), nn. 764ss.

⁷⁰ Cas consacrés également par la doctrine. Cf. G. PIQUEREZ (n. 3), nn. 761ss.

⁷¹ Introduit par la loi du 19 décembre 2006 d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat (RSV 211.23).

⁷² Il existe encore le secret des postes, le secret de la presse, le secret des banques et le secret pour les agents infiltrés qui sont régis par des lois spéciales. Notons que les personnes soumises au secret et non déliées ont non seulement le droit mais également l'obligation de refuser de témoigner sous peine de sanction pénale.

⁷³ Introduit par la loi du 16 décembre 1992 d'application de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RSV 312.41).

- b. la personne qui a des enfants communs avec le prévenu ;
- c. les parents ou alliés du prévenu en ligne directe ;
- d. les frères et sœurs ainsi que les demi-frères et sœurs du prévenu, de même que leur époux ;
- e. les frères et sœurs ainsi que les demi-frères et sœurs du conjoint du prévenu, de même que leur époux ;
- f. les parents nourriciers, les enfants confiés aux soins du prévenu et les personnes placées dans la même famille du prévenu ;
- g. le tuteur, le conseil légal et le curateur du prévenu»⁷⁴.

L'alinéa 2 précise que dans les cas prévus aux lettres a et f, ce droit «subsiste également après la dissolution du mariage ou la fin du placement». De plus, l'alinéa 3 dit que «le partenariat enregistré équivalait au mariage».

Le CPPS consacre également le droit de refuser de témoigner en raison d'une obligation de discrétion⁷⁵ et dans certains cas le droit de refuser de témoigner pour les victimes⁷⁶.

On constate que la parenté et l'alliance avec l'accusé sont les raisons les plus anciennes et les plus constantes permettant de se prévaloir d'une dispense de déposer. Cela peut être dû au fait que les législateurs ont, depuis toujours, ressenti le problème que le témoignage de ces personnes pouvait poser⁷⁷. Il est également intéressant de noter que ces motifs ne sont pas des interdictions à la déposition d'une personne, comme cela pouvait être le cas dans les droits de l'Antiquité⁷⁸, mais uniquement des motifs de dispense. Le témoin qui se trouve dans l'un de ces cas de dispense peut donc malgré tout accepter de déposer. Il est enfin intéressant de constater un élargissement des motifs permettant de refuser de témoigner au fil du temps, respectivement à travers les différents codes de procédure. Cela est dû à l'évolution de la société et des mœurs, dont le droit n'est que le reflet.

Le CPPS prévoit encore une autre nouveauté, à savoir, le droit de refuser de témoigner pour sa propre protection ou celle d'un proche⁷⁹, droit qui

⁷⁴ Cf. art. 168 al. 1 CPPS.

⁷⁵ Cf. art. 170 (secret de fonction), 171 (secret professionnel), 172 (protection des sources des professionnels des médias) et 173 (autres devoirs de discrétion) CPPS.

⁷⁶ Cf. art. 117 al. 1 lit. d et 169 al. 4 CPPS.

⁷⁷ «Le droit de refuser de témoigner n'a en effet pas pour fondement d'empêcher qu'un prévenu soit accusé par la déposition de ses proches, mais tend à éviter au témoin de s'exposer à un faux témoignage. [...] Le Tribunal fédéral y voit aussi le moyen d'éviter un conflit entre l'obligation de dire la vérité et la loyauté familiale», B. BOVAY & al. (n. 34), ad. art. 197, n.1 et références citées.

⁷⁸ Cf. R. HAUSER (n. 13), pp. 1ss.

⁷⁹ Cf. art. 169 CPPS et le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, p. 1180. Cet article vise à protéger le

n'existait pas dans les codes vaudois. On se contentera ici de faire référence à la disposition légale, faute de pouvoir traiter ce sujet plus en détails.

Concernant l'exercice du droit de se prévaloir d'une dispense de déposer, il est restreint par l'article 347 al. 3 CPP 1967 qui dispose que le témoin ayant fait des déclarations durant l'enquête, ne peut se prévaloir d'une dispense de déposer au moment des débats, à moins que le motif de dispense ne soit apparu subséquemment à la première audition. L'article 175 CPPS, en revanche, permet au témoin, d'une part, d'invoquer en tout temps *«le droit de refuser de témoigner même s'il y avait renoncé»* et, d'autre part, d'utiliser comme preuves les dépositions faites par le témoin, informé de ce droit, *«même s'il invoque ultérieurement ce droit, du moment qu'il y avait renoncé»*. Toutefois, aux termes de l'article 168 al. 4 CPPS, un témoin ne peut refuser de déposer si la procédure porte sur l'une ou l'autre d'une série d'infractions graves, exhaustivement énumérées à la lettre a, *«a été commise au préjudice d'un proche du témoin au sens des al. 1 à 3»*. L'intérêt à la découverte de la vérité et du coupable dans ce cas, qui constitue une restriction nouvelle par rapport au droit vaudois actuel, doit primer les droits du témoin.

3.2 *Le droit de connaître ses droits*

Le témoin *«a le droit d'être informé de ses prérogatives, tout particulièrement d'être rendu attentif au droit qu'il pourrait avoir de ne pas témoigner, ainsi qu'aux conséquences pénales d'un refus non justifié de déposer et d'une fausse déposition»*⁸⁰.

En ce qui concerne le droit de se prévaloir d'une dispense de déposer, seuls les articles 197 CPP 1967 et 177 al. 3 CPPS disposent explicitement que le témoin doit en être informé. Le CPPS va plus loin encore en prévoyant que si ce droit n'était pas connu au moment de la déposition et que le témoin le fait valoir par la suite, l'audition ne peut pas être exploitée (art. 177 al. 3 CPPS). Cette règle semble plus sévère que celles consacrées par le droit vaudois⁸¹. Les autres codes indiquent simplement que la personne ne sera pas punissable pour son refus de témoigner si elle peut faire valoir une exception

témoin du risque de s'incriminer ou d'incriminer un proche, ainsi que son intégrité physique ou celle d'un proche par ses déclarations.

⁸⁰ Cf. G. PIQUEREZ (n. 3), n. 757.

⁸¹ Cf. B. BOVAY & al. (n. 34), ad. art. 197, *«la violation de ce devoir n'entraîne pas la nullité de l'audition»*, n.1 et références citées, et *«l'observation des formalités en cause ne constitue par conséquent pas une condition de la répression [pour faux témoignage]»*, n. 3.

à l'obligation de déposer⁸². Cependant, le témoin étant en premier lieu interrogé sur son identité, ainsi que sur son rapport avec les parties⁸³, tout motif permettant de refuser de témoigner devrait être mis en évidence et être ainsi porté par la Cour à sa connaissance.

Les codes ne disent pas de manière explicite que le témoin doit être averti, à l'avance, de la sanction encourue en cas de refus injustifié de déposer. Il est en revanche souhaitable que, lors de son premier refus, le juge informe le témoin que cette peine pourrait lui être infligée et qu'elle soit effectivement prononcée seulement s'il persiste à refuser de témoigner⁸⁴.

Quant au droit d'être informé des conséquences d'un faux témoignage, il est explicitement énoncé par les différents codes⁸⁵. Les codes vaudois exigent cet avertissement au moment où il y a suspicion qu'un faux témoignage est commis, tandis que le CPPS veut qu'il soit fait au début de chaque audition. Ce n'est que si le témoin persiste dans ses dires qu'il sera poursuivi pénalement. Le CPPS dispose, en outre, que l'audition sera considérée comme non valable si cet avis n'est pas donné, contrairement à ce que prévoit le droit vaudois actuel⁸¹.

Relevons encore que l'article 177 al. 1 CPPS exige que le témoin soit informé de son obligation de témoigner et de son devoir de répondre conformément à la vérité, faute de quoi l'audition ne sera pas valable.

Il est intéressant de constater que l'article 141 al. 2 CPPS, interdisant l'exploitation de preuves, et par conséquent d'auditions, «*administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité*», permet toutefois d'utiliser celles-ci en cas d'infraction grave⁸⁶.

Le cas des personnes appelées à donner des renseignements est régi par l'article 181 CPPS. Aux termes du premier alinéa, ces personnes doivent être rendues attentives – au début de leur audition – à «*leur obligation de déposer ou [à] leur droit de refuser de déposer ou de témoigner*». Le second alinéa, quant à lui, dispose que, si elles sont dans «*l'obligation de déposer ou s'y*

⁸² Cf. art. 313 al. 2 CPP 1836, 358 al. 2 CPP 1850 et 325 al. 2 CPP 1940. Règle également exprimé par les art. 347 al. 1 CPP 1967 et 163 al. 2 CPPS. Cf. § 2.3 ci-dessus.

⁸³ Cf. art. 304 al. 1 CPP 1836, 351 al. 1 CPP 1850 et 324 CPP 1940, 345 CPP 1967 et 177 al. 2 CPPS.

⁸⁴ Cf. § 2.3 ci-dessus.

⁸⁵ Cf. art. 328 al. 3 CPP 1836, 369 al. 3 CPP 1850, 334 al. 1 et 2 CPP 1940, 351 al. 1 et 2 CPP 1967, 177 CPPS. Cf. aussi § 2.3 ci-après.

⁸⁶ Cette règle est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral cependant critiquées. Cf. M. HOTTELIER, *Les droits de l'homme et la procédure pénale en Suisse*, RSDIE, 2007 (3), pp. 497ss et PIQUERETZ (n. 3), nn. 716ss.

déclarent prêtes», elles doivent alors être informées des «conséquences pénales possibles d'une accusation calomnieuse, de déclarations visant à induire la justice en erreur ou d'une entrave à l'action pénale»⁸⁷.

3.3 Les autres droits

Selon PIQUEREZ⁸⁸, il existe encore un droit d'obtenir l'avance des frais de voyage et d'être indemnisé ainsi qu'un droit à la protection. Ces droits ne sont toutefois pas énoncés par les différents codes de procédure vaudois⁸⁹. Le Code de procédure pénale suisse en revanche prévoit des mesures de protections pour certaines personnes participant à la procédure telles que les témoins et les personnes appelées à donner des renseignements. Ces mesures, sont décrites aux articles 149 à 155 et s'appliquent sur demande ou d'office, dans les cas où des personnes pourraient, «en raison de leur participation à la procédure, être exposé[e]s à un danger sérieux menaçant leur vie ou leur intégrité corporelle ou à un autre inconvénient grave»⁹⁰. En particulier, le CPPS codifie le droit à la garantie de l'anonymat à l'article 150⁹¹. En ce qui concerne le droit d'obtenir l'avance des frais de voyage et d'être indemnisé, l'article 167 CPPS dit que «le témoin a droit à une indemnité équitable pour couvrir son manque à gagner et ses frais». On ne peut que se réjouir que cela soit finalement réglé au niveau fédéral.

IV. La problématique de l'interprète

Si le témoin ne parle pas français, le Tribunal aura recours à un interprète⁹². Selon les codes de 1836 et 1850 l'interprète doit «prêter serment de remplir fidèlement cet office»⁹³. Les cinq codes étudiés permettent aux parties de

⁸⁷ Infractions pénales prévues aux art. 303, 304 et 305 CP respectivement.

⁸⁸ Cf. G. PIQUEREZ (n. 3), n. 759 et 760.

⁸⁹ Les indemnités pour les témoins peuvent être réglées par des lois spéciales. Cf. art. 33 du Tarif des frais judiciaires pénaux du 7 octobre 2003 (RSV 312.03.1).

⁹⁰ Cf. art. 149 al. 1 CPPS.

⁹¹ Ce droit est déjà prévu par la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. PIQUEREZ (n. 3), nn. 488 et 788ss.

⁹² Cf. art. 322 al. 1 CPP 1836, 364 al. 1 CPP 1850, 330 al. 1 CPP 1940, 343 al. 1 CPP 1967 et 68 al. 1 CPPS. Ce dernier spécifie encore qu'il sera fait appel à un traducteur également si la personne «n'est pas en mesure de s'exprimer suffisamment bien» dans la langue de la procédure.

⁹³ Cf. art. 322 al. 1 CPP 1836 et 364 al. 1 CPP 1850.

récuser l'interprète choisi par la Cour pour différentes raisons⁹⁴ que nous ne développerons pas.

Il est également possible qu'une personne se trouvant à l'audience assume le rôle d'interprète. Au fil du temps, le cercle de ces personnes s'est élargi dans les différents codes vaudois. Le code de 1836 ne permettait ni aux juges, ni aux témoins, ni aux conseils des parties, ni au Directeur des débats, ni au Ministère public de servir d'interprète. Bien que le texte ne dise rien au sujet des parties, il va de soi qu'elles ne peuvent jouer ce rôle du moment qu'elles ont un intérêt dans la cause. Contrairement au code de 1836, celui de 1850 autorise un témoin à servir d'interprète s'il n'y a pas d'opposition. Le code de 1940 reprend cette idée, tout en précisant qu'une partie ne saurait occuper cette fonction. Le Code de procédure pénale vaudoise actuel, prévoit que, ni les parties, ni leurs conseils, ne peuvent fonctionner en qualité d'interprète. En revanche, les membres du Tribunal et les témoins le peuvent, s'il n'y a pas d'opposition. Le CPPS prévoit qu'il est possible de renoncer à recourir à un interprète pour *«les affaires simples ou urgentes, [...], pour autant que la personne concernée y consente et que la direction de la procédure et le préposé au procès-verbal maîtrisent suffisamment bien la langue de cette personne»*. Comme on peut le voir ici, le champ des personnes qui peuvent fonctionner en qualité d'interprète est plus restreint qu'elle ne l'est selon le code de 1967. En effet, les témoins ne peuvent plus servir d'interprète. En revanche, cette règle est tout à fait dans la lignée de l'évolution de l'esprit des codes de procédure vaudois autorisant les membres du Tribunal à exercer le rôle d'interprète.

Contrairement aux codes vaudois, le CPPS prévoit, à son article 68 al. 1, une réglementation précise concernant l'interprète, les dispositions relatives à l'expert lui étant applicables par analogie⁹⁵. Le CPPS prévoit encore que si l'interprète commet une faute dans l'exercice de sa fonction, il peut être puni d'une amende d'ordre ou voir son mandat révoqué sans qu'une indemnité lui soit versée pour le travail accompli⁹⁶. Notons enfin que selon le Code pénal

⁹⁴ Cf. art. 306 et 307 CPP 1836, 353 et 354 CPP 1850, 155 CPP 1940, 29 al. 1 à 3 CPP 1967 et 56 CPPS.

⁹⁵ Plus précisément les art. 73, 105 et 182 à 191 CPPS. Selon l'article 73, les interprètes sont soumis à l'obligation de garder le secret *«sur les faits qui parviennent à leur connaissance dans l'exercice de leur activité officielle»*. Ensuite, l'article 105 al. 1 lit. e prévoit que l'interprète est un participant à la procédure. L'art. 182 CPPS expose encore que l'on peut avoir recours à un interprète uniquement si le Tribunal ne dispose pas *«des connaissances et des capacités nécessaires»*. Aux termes de l'article 183, l'interprète doit être *«une personne physique qui, dans le domaine concerné, possède les connaissances et les compétences nécessaires»*.

⁹⁶ Cf. art. 191 CPPS.

suisse, l'interprète faisant intentionnellement une fausse traduction en justice peut être sanctionné pénalement⁹⁷.

V. La procédure d'audition

1. L'appel des témoins

Les codes de 1836 et de 1850 prévoient qu'après la constatation de l'identité de l'accusé, il soit procédé à l'appel des témoins⁹⁸. En d'autres termes, il s'agit de «présenter» les témoins qui seront entendus lors des débats. L'article 294 du code de 1836 autorise les parties à s'opposer à l'audition d'un témoin si celui-ci ne figure pas sur la liste – des personnes devant être entendues – dressée au terme des opérations préliminaires aux débats, à moins qu'il n'ait été cité par le Directeur des débats. Tant le code de 1836 que celui de 1850 disposent que les témoins sont ensuite conduits dans une salle en attente d'être entendus⁹⁹.

Les codes de 1940, de 1967 et le CPPS, quant à eux, consacrent une procédure qui supprime l'appel des témoins¹⁰⁰.

2. L'ordre de l'audition des témoins

Après avoir interrogé l'accusé, il est passé à l'audition des témoins¹⁰¹. L'article 303 CPP 1836 fixe un ordre de passage précis des témoins. Les premières personnes à être entendues sont celles dont l'audition a été requise par le Ministère public. Viennent ensuite celles de la partie civile et enfin celles de l'accusé. De plus, elles sont interrogées dans l'ordre indiqué par celui qui les a fait citer. Cependant, le Directeur des débats peut changer l'ordre dans lequel les accusés et les témoins sont entendus¹⁰². Le code de 1850, quant à lui, ne dit rien de l'ordre précis dans lequel il faut interroger les

⁹⁷ Cf. art. 307 CP. Règle qui est rappelée par les art. 334 al. 1 CPP 1940, 351 al. 1 CPP 1967 et 184 al. 2 lit. f CPPS.

⁹⁸ Cf. art. 293 CPP 1836 et 341 CPP 1850.

⁹⁹ Cf. art. 298 CPP 1836 et 346 CPP 1850.

¹⁰⁰ Cela a permis de convoquer les témoins à des horaires différenciés et à l'heure prévue pour leur comparution afin d'éviter qu'ils attendent inutilement le moment de leur audition.

¹⁰¹ Cf. art. 302 CPP 1836, 350 CPP 1850, 322 à 323 CPP 1850 et 341 al. 3 CPPS. Quant à l'art. 342 al. 1 CPP 1967, il permet au président d'interroger *«les parties, le dénonciateur, les témoins et les experts dans l'ordre qui lui paraît le plus opportun»*.

¹⁰² Cf. art. 327 al. 2 CPP 1836.

témoins. Cependant, le Président du Tribunal est censé pourvoir «*d'office à tout ce qu'il croit utile à la découverte de la vérité*»¹⁰³. L'article 325 al. 1 CPP 1940, en revanche, précise que c'est le Président qui détermine l'ordre dans lequel les témoins sont interrogés¹⁰⁴. Enfin, aux termes de l'article 342 CPP 1967 le président «*interroge les parties, le dénonciateur, les témoins et les experts dans l'ordre qui lui paraît le plus opportun*». On constate donc un assouplissement de la norme ayant finalement permis au Président de déterminer seul l'ordre de passage des témoins. Le CPPS, quant à lui, ne contient pas de règles explicites concernant l'ordre des interrogatoires. Cependant, le législateur l'a déduite de l'article 62 CPPS confiant par conséquence à la Direction de la procédure la compétence de déterminer l'ordre des auditions¹⁰⁵.

3. Les questions préliminaires

Le témoin est avant tout interrogé sur son identité et sur ses relations avec le lésé ou l'accusé¹⁰⁶. Cet interrogatoire «préliminaire» n'a que peu varié dans le temps.

Le CPPS prévoit par contre des règles supplémentaires. Selon l'article 143 CPPS, le comparant est «*informé de l'objet de la procédure [,] de la qualité en laquelle il est entendu*» et de ses droits et obligations¹⁰⁷. L'alinéa 3 précise, en outre, qu'il peut être fait «*d'autres recherches sur l'identité du comparant*». En ce qui concerne les témoins¹⁰⁸, cela est prévu de manière plus large par l'article 164 CPPS qui stipule que «*les antécédents et la situation personnelle d'un témoin ne font l'objet de recherches que si ces informations sont nécessaires pour apprécier sa crédibilité*» et qu'une expertise ambulatoire du témoin peut également être ordonnée à certaines conditions.

¹⁰³ Cf. art. 336 CPP 1850.

¹⁰⁴ «*Il y a fréquemment de bonnes raisons pour modifier l'ordre dans lequel on interroge les personnes citées ; mais il n'est pas possible de prévoir ces éventualités ni l'ordre convenable des interrogatoires. Le plus judicieux est de s'en remettre à la clairvoyance du président*», BGC 1939, p. 110.

¹⁰⁵ Cf. A. KHUN et R. ENESCU, *L'ordre de présentation des témoins lors du procès influence-t-il le choix du verdict?*, Forum poénale, 4/2008, p. 236. Sur l'influence de l'ordre d'apparition des témoins sur la décision du Tribunal cf. A. KUHN et R. ENESCU, *Sentencing : effets d'ordre et paradoxe de la condamnation*, Rapport scientifique et final présenté au FNS, Faculté de droit et des sciences criminelles, Octobre 2007.

¹⁰⁶ Cf. art. 304 CPP 1836, 351 CPP 1850, 324 CPP 1940, 345 CPP 1967 et 143 CPPS.

¹⁰⁷ Voir à ce sujet § 3.2 ci-dessus et les art. 177 et 181 CPPS.

¹⁰⁸ et donc la partie plaignante entendue aux fins de renseignements par analogie en application de l'art. 180 al. 2.

Enfin, s'il s'agit de la première audition du témoin¹⁰⁹ – et non de la personne appelée à donner des renseignements – l'autorité doit également l'interroger «sur ses relations avec les parties et sur d'autres circonstances propres à déterminer sa crédibilité»¹¹⁰.

4. Le serment

Une fois l'identité clarifiée, les codes de 1836 et 1850 prévoient que le Directeur des débats assermente le témoin, à moins que l'une des parties s'y oppose ou fasse valoir un cas d'empêchement¹¹¹.

5. Les questions sur les faits

Une fois cette première phase formelle terminée, le témoin ou la personne appelée à donner des renseignements est interrogée sur les faits de la cause. L'article 317 al. 1 CPP 1836 prévoit expressément que le Directeur des débats peut lui demander «tous les éclaircissements qu'il croit nécessaires à la manifestation de la vérité». L'article 336 CPP 1850 stipule que le Président «pourvoit d'office à tout ce qu'il croit nécessaire à la découverte de la vérité». Les codes de 1940 et 1967 n'expriment pas ce principe de manière explicite, mais il est évident que le but de l'instruction menée aux débats est la recherche de la vérité. Cette norme est en revanche reprise à l'art. 139 al. 1 CPPS.

Ce dernier code est beaucoup plus précis que les codes vaudois, quant aux questions qui doivent être posées aux comparants. Celles-ci doivent, en effet, être «claires» et être posées afin «d'obtenir des déclarations complètes et de clarifier les contradictions»¹¹². De plus, le CPPS exige que les déclarations soient faites de mémoire, sauf si la direction de la procédure donne son accord pour que le témoin se base sur des documents écrits qui sont ensuite versés au dossier¹¹³.

Les parties et les juges peuvent également poser des questions au témoin par l'entremise de la direction de la procédure¹¹⁴, ou en lui demandant la

¹⁰⁹ Ce qui pourrait arriver en cas d'administration de nouvelles preuves lors des débats prévue par l'art. 343 al. 1 CPPS.

¹¹⁰ Cf. art. 177 al. 2 CPPS.

¹¹¹ Cf. art. 305 CPP 1836 et 352 CPP 1850 et § 2 ci-dessus.

¹¹² Cf. art. 143 al. 5 CPPS.

¹¹³ Cf. art. 143 al. 6 CPPS.

¹¹⁴ Cf. art. 319 CPP 1836 (concernant l'accusé et la partie civile), 328 al. 1 CPP 1940 (concernant les juges, les jurés et les parties) et 350 al. 1 CPP 1967 (concernant les

parole¹¹⁵ en respect du droit des parties d'assister à l'administration des preuves. L'article 149 al. 2 CPPS permet, en revanche, de limiter les droits de procédure des parties afin de protéger un de ses participants, notamment un témoin. Tous les codes, à l'exception du CPPS, disposent également que la Direction de la procédure peut refuser de poser «*toute question qui ne lui paraît pas convenable*»¹¹⁶ et que tout recours contre ce refus est jugé en la forme incidente¹¹⁷. En cas de désaccord sur l'admissibilité d'une question dans le cadre du CPPS, celui-ci doit être tranché par le Tribunal conformément à l'article 339 al. 4 CPPS.

Les codes de 1836 et 1850 ont ceci de particulier qu'après la déposition du témoin, l'accusé a le droit de «*critiquer*» sa déposition, sans toutefois diriger contre lui une «*imputation personnelle [qui n'aurait] pas été alléguée d'entrée comme motif d'opposition à son assermentation, ou, lorsqu'ayant été alléguée, l'opposition n'a pas été admise*»¹¹⁸.

6. Le procès-verbal

Il est important de noter que la nouvelle procédure prévoit qu'un procès-verbal doit être tenu séance tenante de chaque audition¹¹⁹. Celui-ci doit être «*rédigé dans la langue de la procédure [, cependant,] dans la mesure du possible, les dépositions essentielles [doivent être] consignées dans la langue utilisée par la personne entendue*»¹²⁰. Il doit également porter sur «*les*

juges et les parties) et 341 al. 2 CPPS (concernant les autres membres du Tribunal et les parties).

¹¹⁵ Cf. art. 318 CPP 1836 (qui concerne les Juges et le Ministère public), 362 CPP 1850 (qui concerne les Juges, les jurés, le Ministère public, le défenseur et la partie civile), 328 al. 2 CPP 1940 (qui concerne les juges, les jurés et les parties), 350 al. 1 CPP 1967 (qui concerne les juges et les parties), 147 al. 1 et 341 al. 2 CPPS (concernant les autres membres du Tribunal et les parties).

¹¹⁶ Cf. art. 350 al. 2 CPP 1967 et exprimé de manière similaire aux art. 320 CPP 1836, 363 CPP 1850 et 329 CPP 1940. Le CPPS prévoit, comme tous les autres codes, que la direction de la procédure est compétente en matière de police de l'audience (art. 63) ce qui permet de penser qu'elle peut empêcher que certaines questions soient posées au comparant.

¹¹⁷ Cf. art. 320 CPP 1836, 363 CPP 1850, 329 CPP 1940 et 350 al. 2 CPP 1967.

¹¹⁸ Cf. art. 315 CPP 1836 et 359 CPP 1850.

¹¹⁹ Cf. art. 78 CPPS.

¹²⁰ Cf. art. 78 CPPS. Le Conseil des Etats a longuement débattu à propos de cette règle. Il y avait en effet l'inquiétude qu'il faille respecter cette règle quelle que soit la langue parlé par le témoin. Cependant, il résulte de ces débats et du Message du Conseil Fédéral que les langues concernées sont les 4 langues nationales outre les plus courantes, c'est-à-dire l'anglais et l'espagnol. Cf. BO 2006 E 1006.

questions et les réponses déterminantes»¹²¹ de manière textuelle. Il est, en outre, prévu que la personne entendue puisse elle-même dicter sa déposition, à condition que la direction de la procédure y consente¹²². A la fin de l'audition, la personne doit lire le procès-verbal et le signer sur chaque page. Les motifs de refus doivent également y être consignés. On constate ainsi que le cas qui constituait l'exception dans les procédures vaudoises devient ici la règle. L'art. 325 CPP 1967 consacre en effet l'oralité des débats, les parties pouvant requérir que les déclarations importantes soient transcrites au procès-verbal¹²³.

7. L'absence du témoin

Le témoin peut être absent aux débats pour divers motifs : décès, impossibilité de se présenter pour une raison valable ou encore absence injustifiée¹²⁴. Dans tous ces cas, il est fait lecture à l'audience de la déposition faite lors de l'enquête¹²⁵ si elle existe. Le Code de procédure pénale vaudoise actuel et le CPPS ne contiennent pas cette règle. Cependant, l'article 341 al. 2 CPP 1967 prévoit qu'exceptionnellement il peut être fait lecture des auditions si *«les besoins de l'instruction [...] l'exigent»*.

Les codes de 1836 et 1850 précisent également que les parties peuvent, avant cette lecture, *«exposer les motifs qu'ils auraient eu pour s'opposer à l'assermentation de ce témoin»* et que cette déposition *«peut d'ailleurs être critiquée, comme si le témoin était présent»*¹²⁶. Ces codes prévoient donc que la manière de procéder est la même que si la personne était là.

La lecture des auditions au cours de l'audience est donc une dérogation à la règle, présente dans les codes vaudois, stipulant qu'il n'est pas donné connaissance de celles-ci aux débats¹²⁷.

¹²¹ Cf. art. 78 al. 3 CPPS.

¹²² Cf. art. 78 al. 4 CPPS.

¹²³ Sur la problématique de la verbalisation et le droit d'être entendu en droit vaudois actuel, cf. L. Moreillon, Détenus TAPPY, *Verbalisation des déclarations de parties, de témoins ou d'experts en procédure pénale et en procédure civile*, JT 2000 III 18 et B. ABRECHT, *Oralité, immédiateté et verbalisation des témoignages en procédure pénale et civile*, JT 2002 III 95 et de manière générale cf. A. KLEMM, *Die Befragung von Zeugen im Strafprozess*, in PJA 11/2000, pp. 1377ss.

¹²⁴ Dans ce dernier cas, le témoin est punissable. Cf. § 2.2 ci-dessus.

¹²⁵ Cf. art. 325 CPP 1836, 366 CPP 1850 et 332 CPP 1940.

¹²⁶ Cf. art. 325 al. 1 et 2 CPP 1836 et 366 al. 1 CPP 1850.

¹²⁷ Cf. art. 299 al. 4 CPP 1836, 347 al. 2 CPP 1850, 321 al. 2 CPP 1940 et 341 al. 2 CPP 1967.

En respect du principe du droit d'être entendu des parties, le CPPS permet à ces dernières de lire les procès-verbaux des auditions des témoins effectuées en phase d'instruction¹²⁸. De plus, étant donné que le CPPS renonce au principe d'immédiateté¹²⁹ des preuves lors des débats, le juge tiendra en principe compte des preuves recueillies lors de l'instruction¹³⁰. Le CPPS prévoit enfin que si la personne entendue est «*dans l'impossibilité de comparaître personnellement ou ne peut comparaître qu'au prix de démarches disproportionnées*», il est possible de procéder à une audition par vidéoconférence, prévue par l'article 144 CPPS.

8. Les conséquences pénales d'un mensonge en justice

Contrairement à l'accusé, qui jouit du droit de ne pas s'auto-incriminer, le témoin qui ne dit pas la vérité peut être renvoyé en jugement pour faux témoignage¹³¹. Les codes vaudois prévoient que la personne entendue devra être avertie des conséquences de ses mensonges lorsqu'il y a suspicion de faux témoignage, afin qu'elle puisse y réfléchir et éventuellement se rétracter¹³². Si le témoin ne se rétracte pas, les différents codes étudiés prévoient les procédures suivantes.

Selon les codes de procédure pénale de 1836 et de 1850¹³³, le Directeur des débats peut, d'office ou sur réquisition du Ministère Public, procéder à une arrestation immédiate du témoin. Un procès-verbal doit être dressé sur les faits et les circonstances relatives à cet événement, qui sera remis au juge compétent pour qu'il procède à l'enquête. En outre, l'article 328 al. 4 CPP

¹²⁸ Cf. art. 107 al. 1 lit. a CPPS.

¹²⁹ Le CPPS consacre, en effet, le principe de la non immédiateté ou immédiateté limitée des preuves lors des débats. Cf. BO 2006 E 984 et BO 2006 E 1046ss. Toutefois l'article 343 CPPS consacre une exception, prévoyant que «*le tribunal procède à l'administration de nouvelles preuves ou complète les preuves administrées de manière insuffisante*», que «*le tribunal réitère l'administration des preuves qui, lors de la procédure préliminaire n'ont pas été administrées en bonne et due forme*» et que «*il réitère l'administration des preuves qui, lors de la procédure préliminaire, ont été administrées en bonne et due forme lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement*».

¹³⁰ Le problème par contre subsistera si cette audition ne s'est pas faite en bonne et due forme ou si ce moyen de preuve a été administré de manière insuffisante ; problème de l'application de l'art. 343 CPPS.

¹³¹ Cf. art. 328 CPP 1836, 369 CPP 1850, 334 CPP 1940, 351 CPP 1967 et 177 al. 1 CPPS.

¹³² Cf. art. 328 al. 3 CPP 1836, 369 al. 3 CPP 1850, 334 al. 1 CPP 1940 et 351 al. 1 CPP 1967. Selon ces deux derniers codes, le Tribunal doit procéder à cet avertissement d'office ou sur réquisition.

¹³³ Cf. art. 328 al. 1 CPP 1836 et 369 al. 1 CPP 1850.

1836 précise que, «*si le Directeur des débats refuse de faire arrêter le témoin suspect, le Ministère public peut prendre à cet effet des conclusions*». Le témoin sera dans ce cas provisoirement mis en état d'arrestation pendant que le Tribunal délibère en l'absence du Directeur des débats.

Les codes de procédure pénale de 1940 et de 1967, quant à eux, prévoient que, si le Président considère les indices suffisamment graves, la déposition est alors protocolée au procès-verbal «*avec mention des circonstances qui la rendent suspecte*»¹³⁴. Selon qu'il s'agisse du code de 1940 ou de 1967, une copie est envoyée respectivement au Ministère public ou au Juge d'instruction qui requièrent l'ouverture d'une enquête. Ces codes disposent, en outre, que cette procédure est également applicable au cas où l'une des parties porterait plainte contre le témoin séance tenante. Le Tribunal peut aussi «*ordonner, d'office ou sur réquisition, le renvoi de la cause*» et il peut en outre «*incontinent mettre la personne soupçonnée en état d'arrestation*»¹³⁵.

Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1937 le faux témoignage est devenu un crime fédéral réprimé par l'article 307 CP. Le code de 1967 y renvoie à son article 351 concernant le faux témoignage.

Les articles 177 al. 1 et 181 al. 2 CPPS – concernant les avertissements à donner à la personne entendue au début de chaque audition – mentionnent simplement les dispositions du Code pénal applicables à la personne qui mentirait¹³⁶. Les déclarations sont, dans tous les cas, consignées au procès-verbal en application de l'article 78 CPPS. Cependant, le code n'indique en aucune manière la procédure applicable dans ces situations, comme c'est le cas pour les codes vaudois¹³⁷. Il est toutefois évident qu'une procédure distincte devra être ouverte contre la personne suspecte, comme cela arrive pour toute autre infraction, avant qu'elle puisse être condamnée. Il en va différemment à cet égard de l'amende d'ordre, à caractère disciplinaire, qui peut être infligée séance tenante – selon les articles 176 al. 1 et 205 al. 4 CPPS ou actuellement aux articles 192 et 193 CPP 1967 – à un témoin pour refus injustifié de témoigner et défaut de comparution.

¹³⁴ Cf. art. 334 al. 2 CPP 1940 et 351 al. 2 CPP 1967.

¹³⁵ Cf. art. 334 al. 3 et 4 CPP 1940 et 351 al. 4 et 5 CPP 1967.

¹³⁶ Selon l'art. 177 al. 1 CPPS, le témoin peut être punissable pour faux témoignage (art. 307 CP), tandis que selon l'art. 181 al. 2 CPPS, la personne appelée à fournir des renseignements ne peut être sanctionnée que pour dénonciation calomnieuse (art. 303 CP), pour induction de la justice en erreur (art. 304 CP) ou pour entrave à l'action pénale (art. 305 CP).

¹³⁷ Le CPPS a voulu éviter une réglementation trop détaillée lorsque cela n'était pas nécessaire. Cf. BO 2006 E 984.

9. L'intime conviction

On remarquera enfin, que tous les codes étudiés consacrent le principe de l'intime conviction¹³⁸. Les témoignages et les renseignements donnés doivent être – comme tout autre moyen de preuve – appréciés librement par le juge en fonction des informations dont celui-ci dispose au sujet des personnes entendues, de leurs relations avec les parties et d'autres éléments utiles¹³⁹. Ils n'ont donc aucune valeur préétablie, ce qui relativise beaucoup la portée de la différence faite par les codes du XIXe siècle entre témoins assermentés et témoins non assermentés et par le CCPS entre témoins et personnes appelées à fournir des renseignements.

Conclusion

Le témoignage est l'une des preuves les plus importantes en droit pénal. Il existe depuis qu'il s'est avéré nécessaire pour l'homme de découvrir l'auteur d'une infraction. La preuve par témoin n'est cependant qu'une preuve imparfaite et subjective, le témoin pouvant décrire les faits s'étant déroulés de manière incorrecte, que ce soit de bonne ou de mauvaise foi. De plus, le témoin, en tant qu'être humain, éprouve la passion et la haine qui peuvent influencer ses déclarations. Dans l'Antiquité déjà, on doutait du témoignage de certaines personnes pouvant être liées à l'une des parties, ayant un avantage à une certaine issue de l'affaire ou n'ayant pas l'entier des capacités mentales permettant d'apprécier entièrement et de décrire les faits. Pour pallier ce problème, on a, d'une part, interdit à certaines personnes de témoigner ou de le faire de la manière ordinaire (déposition sans serment ou personnes appelées à fournir des renseignements) et, d'autre part, mis en place des systèmes afin d'assurer la plus grande crédibilité des déclarations (déposition sous serment ou non et condamnation pour faux témoignage en cas de mensonge). Enfin, le CPPS, tout en renforçant les droits des témoins, systématisé la verbalisation des auditions assurant ainsi le droit d'être entendu des parties. Néanmoins, malgré toutes ces précautions à l'encontre de la preuve testimoniale, le fait qu'elle implique nécessairement des être humains n'a jamais permis et ne permettra jamais de trouver une solution totalement satisfaisante pour une justice axée sur la recherche de la vérité.

¹³⁸ Cf. art. 347 CPP 1836, 389 CPP 1850, 308 CPP 1940, 365 al. 2 CPP 1967, 10 al. 2 CPPS.

¹³⁹ Cf. G. PIQUEREZ (n. 3), n. 744.

*Michel Hottelier**

UNE CURIOSITE HISTORIQUE : LE MODE D'ELECTION DU CONSEIL D'ETAT GENEVOIS¹

Introduction

De nos jours, dans l'ensemble des cantons suisses, le gouvernement est désigné par la voie de l'élection populaire directe². Les cantons sont cependant libres de choisir le système applicable à la nomination de leur gouvernement, leur autonomie en la matière étant considérable au regard du cadre extrêmement large que la Constitution fédérale leur réserve³.

L'élection du gouvernement par le peuple demeure l'une des caractéristiques inhérentes au régime politique des cantons, qui traduit de manière éloquente la structure démocratique représentative propre aux collectivités locales⁴. À l'époque de la création de la Suisse moderne, en 1848, elle n'était

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

¹ La présente contribution a été rédigée sur la base d'un exposé présenté le 23 novembre 2007 devant la Commission législative du Grand Conseil de la République et canton de Genève, dans le cadre de l'examen d'un projet de loi relatif au mode d'élection du Conseil d'Etat tendant à modifier l'article 50 de la Constitution genevoise du 24 mai 1847 (Cst. GE). L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à Monsieur Frédéric Bernard, assistant au département de droit constitutionnel de la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour sa participation à la mise au point du texte.

² Yvo Hangartner/Andreas Kley, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, p. 541 et 615; Vincent Martenet, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle 1999, p. 379; Pierre Garrone, *L'élection populaire en Suisse. Étude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons*, Bâle 1991, p. 15. Voir également les développements de Christian Dominicé, *Autour des élections gouvernementales en Suisse*, in *Mélanges Marcel Bridel*, Lausanne 1968, p. 104.

³ Cf. art. 51 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd.). Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'Etat*, 2^{ème} éd., Berne 2006, p. 294; Martenet (note 2), p. 380.

⁴ Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 400 souligne que dans les cantons, l'élection du Grand Conseil par le peuple en plusieurs circonscriptions et celle du Conseil d'Etat en une seule procède d'un régime politique dans lequel aucun de ces deux pouvoirs ne peut menacer l'autre: « C'est donc un peu, toutes proportions gardées, le système américain, sauf qu'ici le Gouvernement est collégial, et non pas individuel ».

pourtant connue que dans les cantons habitués à la *Landsgemeinde* et, déjà en cette première moitié du XIX^{ème} siècle, dans le canton de Genève⁵. Dans les autres cantons, le gouvernement était encore choisi par le parlement⁶.

L'exécutif genevois présente de ce fait une singularité historique, qui justifie un bref survol de l'institution gouvernementale telle qu'elle se présente à Genève et, plus largement, dans les autres cantons.

I. Le gouvernement dans les cantons

À l'image du Conseil fédéral, les gouvernements cantonaux sont des organes collégiaux qui sont conçus et fonctionnent sur une base départementale⁷. Ils sont traditionnellement composés, en fonction des cantons, de cinq ou de sept membres⁸.

L'élection populaire confère à l'organe exécutif une légitimité propre face aux autres corps constitués, en particulier face au parlement, contribuant ainsi à renforcer, à la manière d'un contrepoids, la position qu'occupe le gouvernement. La durée du mandat, qui est en règle générale de quatre ans, correspond souvent à celle de l'organe législatif⁹.

Considérée d'un point de vue historique, ce n'est qu'à partir des années 1860 que l'élection populaire des exécutifs cantonaux a fait son chemin en Suisse. Sous l'influence du mouvement démocratique, le phénomène a commencé en Suisse alémanique, à Bâle-Campagne d'abord (1863), avant de s'étendre à Zurich et Thurgovie (1869), puis à Zoug (1873) et à Schaffhouse

⁵ Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Berne 2006, p. 576.

⁶ Dominicé (note 2), p. 104s. et les références citées; voir également James Fazy, *Cours de législation constitutionnelle*, Genève 1873, p. 110, 185ss. et 371, qui relevait que la nomination du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif créait, sur le plan fédéral comme sur le plan cantonal, une forme « d'omnipotence parlementaire », qu'il caractérisait comme « le côté faible de nos institutions ».

⁷ Voir déjà Zaccaria Giacometti, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zurich 1979, p. 364 (et 384): « Auch die Kantone sind, wie der Bund, Kollegialrepubliken. Die kantonale Executive bildet ein Kollegialorgan, das sowohl Staatsoberhaupt als Ministerium ist. »

⁸ Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, *Gemeinsamkeiten und Unterschiede der total-revidierten Kantonsverfassungen*, ZBl. 2009, p. 22; Hangartner/Kley (note 2), p. 617s.

⁹ Hangartner/Kley (note 2), p. 619.

(1876) et, à leur exemple, aux autres cantons¹⁰, Fribourg étant le dernier canton à l'introduire, en 1921¹¹.

L'élection se déroule en général selon le système majoritaire pluri-nominal à deux tours au sein d'une seule circonscription formée par le territoire du canton¹², seuls les cantons de Zoug et du Tessin ayant opté pour un système de représentation proportionnelle¹³. La majorité absolue est traditionnellement exigée au premier tour, un second tour à la majorité relative étant nécessaire si l'ensemble des sièges n'est pas pourvu d'emblée. Le second tour permet en outre généralement la présentation de nouveaux candidats, Genève faisant partie des quelques cantons qui n'offrent pas cette possibilité.

À Genève, pour le second tour, seuls peuvent en effet déposer une liste les formations politiques, les autres associations ou les groupements qui ont participé au premier tour¹⁴. Genève se singularise également d'un autre point de vue, qui permet d'apporter un éclairage historique original sur la conception du Conseil d'Etat qui prévaut dans cette région du pays: conformément à l'article 50 alinéa 1 Cst. GE, sont élus au premier tour les candidats qui ont obtenu la majorité relative des suffrages, pourvu que cette majorité ne soit pas inférieure au tiers des bulletins valables.

II. Le Conseil d'Etat genevois

Dans le canton de Genève, le Conseil d'Etat a été instauré sous sa forme actuelle par la Constitution du 24 mai 1847, encore en vigueur de nos jours¹⁵.

¹⁰ Hangartner/Kley (note 2), p. 534 et les références citées.

¹¹ Garrone (note 2), p. 15 et les autres références citées.

¹² Selon Dominicé (note 2), p. 106, l'unicité de circonscription indique que, tout représentant d'une région qu'il peut être, chaque membre du collège exécutif doit agir au nom du canton tout entier, sa légitimité étant fondée sur l'ensemble du corps électoral.

¹³ Auer/Malinverni/Hottelier (note 3), p. 73; voir déjà Giacometti (note 7), p. 366. Voir pour les cantons romands art. 114 al. 2 Cst. VD, 66 al. 2 Cst. NE, 52 al. 4 Cst. VS, 106 al. 2 Cst. FR et 53 de la loi jurassienne sur les droits politiques. Pour quelques constitutions de cantons alémaniques, voir également art. 19 al. 4 Cst. LU, 46 al. 3 Cst. BS, 62 al. 2 Cst. ZH et 85 Cst. BE.

¹⁴ Cf. art. 100 al. 2 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP); Hangartner/Kley (note 2), p. 622; Alfred Kölz, *Probleme des kantonalen Wahlrechts*, ZBl. 1987, p. 52.

¹⁵ Élaborée par une commission de onze membres nommés par le Grand Conseil constituant, la Constitution genevoise a été adoptée le 24 mai 1847 par 5'547 oui contre 3'187 non, sur un total de 11'952 électeurs inscrits. Voir Kölz (note 5), p. 595;

Une constitution dont l'adoption s'est imposée à la suite de la position affichée à l'époque par les autorités genevoises au sujet de l'affaire du *Sonderbund* – alliance séparatiste scellée le 11 décembre 1845 par les cantons catholiques¹⁶, dont la Diète fédérale souhaitait la dissolution¹⁷. L'accueil défavorable réservé par les autorités genevoises à cette dissolution allait précipiter leur chute dans le courant de l'automne 1846¹⁸.

L'article 101 Cst. GE dispose que le pouvoir exécutif et l'administration générale du canton sont confiés à un Conseil d'Etat dont le nombre des membres a été, en 1847, réduit de treize à sept¹⁹. En dépit des multiples modifications qu'a subies la Constitution genevoise en quelque cent soixante ans, la teneur de cette disposition n'a pas varié au cours des âges²⁰.

L'instauration du Conseil d'Etat a entraîné la suppression du titre et de la charge de syndic tels qu'ils prévalaient encore sous l'empire de la Constitution du 7 juin 1842²¹. Depuis lors, les membres du collège exécutif cantonal ne sont plus l'émanation du Grand Conseil; ils sont élus par l'ensemble des électeurs²² réunis en Conseil général²³, « véritable légitimité genevoise » conformément aux termes de James Fazy²⁴, selon le système majoritaire²⁵.

William E. Rappard, *La Constitution genevoise de 1847, in 1847-1947. Centenaire de la Constitution de la République et canton de Genève*, Genève 1947, p. 74; Maurice Battelli, *Genève et la neutralité suisse*, RDS 1959 I, p. 7.

¹⁶ Lucerne, Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald, Zoug, Fribourg et Valais.

¹⁷ Kölz (note 5), p. 568; Aubert (note 4), p. 29s.

¹⁸ Rappard (note 15), p. 71; Battelli (note 15), p. 7; Fazy (note 6), p. 367. Voir la Publication du Gouvernement Provisoire et la Proclamation du Gouvernement Provisoire au peuple du canton de Genève du 9 octobre 1846, publiées par Lucien Fulpius, *L'organisation des pouvoirs politiques dans les Constitutions de la République et canton de Genève*, Genève 1942, p. 213s.

¹⁹ Rappard (note 15), p. 90.

²⁰ Voir l'article 65 Cst. GE dans sa teneur au 24 mai 1847; Pierre Beausire, *La constitution genevoise et ses modifications annotées*, Genève 1979, p. 276.

²¹ Sur ce point, voir le rapport de la Commission chargée d'élaborer le projet de révision de la Constitution genevoise, *Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève (MGC) 1846-47 I* (vol. 10), p. 358. Voir également Alfred Dufour, *Histoire de Genève*, Paris 1997, p. 104; Fulpius (note 18), p. 179.

²² Après plusieurs tentatives dont la première remonte à 1917, le suffrage féminin a été introduit à Genève par la loi du 4 juillet 1959. Voir Beausire (note 20), p. 103; *Encyclopédie de Genève*, vol. 4, *Les institutions politiques, judiciaires et militaires*, Genève 1985, p. 74.

²³ Employée depuis la fin du XIII^{ème} siècle, l'institution du Conseil général regroupe les membres du corps électoral cantonal; il acquiert sa souveraineté à partir de la chute de l'épiscopat, en 1536, qui fit de Genève une république indépendante. Voir Fulpius (note 18), p. 18.

²⁴ Voir Henri Fazy, *Les Constitutions de la République de Genève. Étude historique*, Genève 1890, p. 279 et 283; Kölz (note 5), p. 576 et MGC 1846-47 I (vol. 10), p. 368, où l'établissement du Conseil général est présenté comme « rouage tout à la fois neuf

Depuis 1957, la mandature du Conseil d'Etat est de quatre ans, conformément à l'article 102 alinéa 2 Cst. GE. Elle a, antérieurement, varié entre deux et trois ans²⁶.

Le placement du Conseil d'Etat à la suite du Grand Conseil dans la systématique de la Constitution genevoise trahirait, selon un auteur, la prééminence du pouvoir législatif considéré comme une image réduite du peuple souverain. Cette prééminence découlerait notamment des attributions financières dont bénéficie le Grand Conseil et de l'obligation à la charge du Conseil d'Etat de promulguer les lois votées par celui-là²⁷.

L'explication vaut peut-être sous l'angle historique. Elle doit toutefois subir une relativisation. D'un point de vue systématique, le respect du principe de la séparation des pouvoirs appelle nécessairement, au regard de l'agencement des autorités au sein de la loi fondamentale cantonale, que des chapitres distincts traitent de manière respective des divers organes de l'Etat. La légitimité du Conseil d'Etat trouvant, tout comme celle du Grand Conseil, sa source directement dans l'expression de la volonté populaire, aucun de ces deux organes ne saurait, de ce point de vue tout au moins, être considéré comme l'emportant sur l'autre²⁸.

Tout au plus, l'élection populaire du Grand Conseil étant historiquement antérieure à celle du Conseil d'Etat, le placement du parlement avant le gouvernement peut-il se justifier ainsi²⁹, étant par ailleurs précisé que l'élection populaire du parlement cantonal fait partie des exigences démo-

et ancien, qui lorsqu'il fonctionna librement jadis, a toujours sauvé la République, qui vient de la sauver encore, et sans lequel le suffrage universel n'est qu'un vain leurre». Voir également les indications de Rappard (note 15), p. 94.

²⁵ Prévu à l'origine à l'article 25 Cst. GE, le Conseil général disposait, outre la compétence d'élire le Conseil d'Etat, du droit de voter les changements au Pacte fédéral du 7 août 1815. Relever cette particularité est une manière de souligner que la Constitution genevoise fut adoptée antérieurement à la Constitution fédérale du 12 septembre 1848. Sa garantie a d'ailleurs été accordée par la Diète fédérale le 27 juillet 1847; voir Louis-Rodolphe De Salis, *Le droit fédéral suisse*, vol. I, 2^{ème} éd., Berne 1904, p. 383.

²⁶ Encyclopédie de Genève (note 22), p. 205 ; Beausire (note 20), p. 278ss.

²⁷ Fulpius (note 18), p. 179 et 200.

²⁸ Relevons cependant qu'au sein des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, le droit du citoyen de prendre part à la direction des affaires publiques concerne prioritairement le choix des représentants du corps législatif, la désignation du pouvoir exécutif ou judiciaire échappant à l'empire de cette garantie; voir art. 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁹ Fulpius (note 18), p. 179 relève par ailleurs avec pertinence que « ce serait une erreur de sous-estimer les prérogatives du pouvoir exécutif et son influence sur la marche de l'Etat ».

cratiques élémentaires dont l'article 51 alinéa 1 Cst. féd. impose le respect aux cantons³⁰.

L'élection du Conseil d'Etat directement par le peuple a pour effet de conférer au gouvernement une légitimité comparable à celle du Grand Conseil³¹. C'est donc un instrument démocratique mis au service de la séparation des pouvoirs³². Celle-ci est allée de pair historiquement avec une extension des compétences de l'organe exécutif³³ au même titre que le développement d'instruments de démocratie directe comme l'initiative populaire en matière législative et le référendum financier a, sur un plan plus général, contribué à réduire la marge de manœuvre des parlements cantonaux³⁴.

III. Le mode d'élection du Conseil d'Etat genevois

A. Généralités

L'article 102 alinéa 1 Cst. GE prévoit que le Conseil d'Etat est élu par le Conseil général en un seul collège, selon le système majoritaire.

En réalité, la Constitution genevoise ne traite pas du système électoral spécifiquement applicable à l'exécutif du canton. Le mode de désignation de cet organe prend place dans le cadre, sensiblement plus large, des attributions du Conseil général au sens de l'article 50 Cst. GE. Le premier alinéa de cette disposition mentionne à cet égard que, dans toutes les élections à système majoritaire, sont élus les candidats qui ont obtenu la majorité relative des suffrages, pourvu que cette majorité ne soit pas inférieure au tiers des bulletins valables.

L'inclusion du système majoritaire dans les prérogatives électorales du Conseil général a pour conséquence que, outre le Conseil d'Etat, d'autres organes de rang aussi bien cantonal que communal sont soumis à l'exigence

³⁰ Pierre Tschannen, *Schutz der politischen Rechte*, in Detlef Merten/Hans Jürgen Papier (éd.), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg 2007, p. 498; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 436; Hangartner/Kley (note 2), p. 547 et 564.

³¹ Giacometti (note 7), p. 370. Le parlement des cantons est généralement élu selon le système proportionnel, les Grisons et Appenzell Rhodes-Extérieures pratiquant la majoritaire; voir Ehrenzeller/Nobs (note 8), p. 20.

³² MGC 1846-47 I (vol. 10), p. 368; voir également Rappard (note 15), p. 79.

³³ Fulpius (note 18), p. 149 et 179.

³⁴ Hangartner/Kley (note 2), p. 541s. et 616.

de la règle du tiers des bulletins valables au sens de l'article 50 alinéa 1 Cst. GE. Il en va ainsi des deux sièges genevois au Conseil des Etats, des conseils municipaux des communes de 800 habitants ou moins, des conseillers administratifs, maires et adjoints, des magistrats du pouvoir judiciaire (à l'exception des juges Prud'hommes) et, plus récemment, de la Cour des comptes.

B. Aperçu historique

Genève a été, comme indiqué précédemment, le premier canton à imposer, sur la base des expériences menées aux Etats-Unis, l'élection du gouvernement par le peuple au suffrage direct et secret³⁵.

Au-delà des arguments ressortissant à la phraséologie constitutionnelle, le but poursuivi à travers l'ouverture au suffrage populaire du Conseil d'Etat reposait sur des préoccupations très concrètes et intéressées, puisqu'il résidait dans le souci de « ruiner le système par lequel le patriciat protestant contrôlait le pouvoir »³⁶, en contrebalançant la toute-puissance d'un parlement jugé alors réactionnaire par l'un des pères de la Constitution de 1847 – dont il fut en particulier le rapporteur devant le Grand Conseil constituant –, James Fazy³⁷.

C'en est ainsi fini, sur le plan institutionnel, de la citadelle du conservatisme protestant au moment même où s'amorçait pour la Confédération helvétique la mutation qui conduira, en 1848, à l'abandon de la structure confédérale et à l'avènement de l'Etat fédéral³⁸. Le but poursuivi était donc à la fois de mieux séparer le pouvoir exécutif du pouvoir législatif, en interdisant désormais au second d'élire lui-même le premier et de permettre, sur le terrain politique, l'accès des tenants du radicalisme au gouvernement³⁹.

L'élection du Conseil d'Etat par le peuple s'intègre dans un processus historique plus vaste qui, dans le sillage du mouvement démocratique entamé en 1847, a vu le canton de Genève développer progressivement les instruments de démocratie directe à partir du dernier quart du XIX^{ème} siècle: introduction du référendum législatif facultatif en 1879, initiative populaire

³⁵ Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Berne 2004, p. 223; Fulpius (note 18), p. 183.

³⁶ Kölz (note 5), p. 577.

³⁷ Kölz (note 5), p. 568ss, en particulier 573, où l'auteur présente très justement le rapport de James Fazy sur le projet de constitution genevoise comme « un chef-d'œuvre du droit constitutionnel ». Voir également Rappard (note 15), p. 74.

³⁸ Dufour (note 21), p. 105.

³⁹ Voir en particulier Kölz (note 5), p. 578, qui souligne que c'est avec beaucoup d'emphase que « les radicaux plaidèrent pour l'élection directe du Conseil d'Etat, allant jusqu'à l'ériger en mythe ».

en matière législative en 1891, mise en place de l'élection proportionnelle pour le Grand Conseil en 1892⁴⁰, élection par le peuple des conseillers aux Etats en 1892, puis celle des magistrats du pouvoir judiciaire en 1904⁴¹. L'élection des juges par le peuple a également été conçue historiquement comme un instrument permettant d'assurer la souveraineté populaire et le principe de la séparation des pouvoirs respectivement énoncés aux articles 1 alinéa 2 et 130 Cst. GE⁴².

C. Le quorum

Les articles 50 alinéa 1 Cst. et 96 LEDP et certains auteurs mentionnent que le système électoral applicable au scrutin majoritaire et donc à l'élection du Conseil d'Etat s'effectue à la majorité relative⁴³ ou à la majorité relative qualifiée⁴⁴. Cette affirmation n'est pas tout à fait exacte.

Le système électoral qui prévaut à la désignation du Conseil d'Etat genevois est certes la majoritaire, en l'occurrence la majoritaire plurinomiale à deux tours⁴⁵. Celle-ci est toutefois assortie pour la circonstance d'un *quorum de résultat*, c'est-à-dire d'une exigence formelle objective, consistant en

⁴⁰ Sur le développement du système proportionnel et son implantation à Genève, voir Hangartner/Kley (note 2), p. 535 ; Garrone (note 2), p. 80ss., 92 et les nombreuses références citées; Encyclopédie de Genève (note 22), p. 150; Beausire (note 20), p. 195.

⁴¹ Dufour (note 21), p. 106. L'élection populaire des magistrats du pouvoir judiciaire a été introduite en 1904 dans la Constitution genevoise au titre de contreprojet à une initiative populaire ; voir Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et canton de Genève 1904, p. 301, 617 et 734 et l'étude de Paul Pictet, L'élection des juges par le peuple, Genève 1904. Antérieurement, cette compétence était du ressort du Grand Conseil, cf. Beausire (note 20), p. 350; en 1873, Fazy (note 6), p. 188 et 375 revendiquait déjà l'élection des juges par le peuple au nom du principe de la séparation des pouvoirs.

⁴² Voir MGC 1904 (Annexes), p. 521; Blaise Knapp/Pierre-Louis Manfrini, Exécutif et judiciaire à Genève, Genève 1978, p. 105. Sur les difficultés occasionnées par l'élection populaire des juges à Genève, voir ATF 97 I 24 Dumartheray et « Vigilance » (élection des juges du Tribunal administratif); SJ 1971, p. 572 Dumartheray et Vigilance (élection des juges assesseurs du Tribunal des baux); ATF 130 I 106 et 226 Dobler (élection des juges assesseurs du Tribunal cantonal des assurances sociales). Voir également Pierre-Christian Weber, L'élection des juges. Du noyau aux confins de la démocratie, in L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione, in particolare nel cantone Ticino, Bâle 2004, p. 15ss.

⁴³ Fulpius (note 18), p. 182.

⁴⁴ Encyclopédie de Genève (note 22), p. 150.

⁴⁵ Sur le système majoritaire plurinominal à deux tours, voir Auer/Malinverni/Hottelier (note 3), p. 222.

l'obtention du tiers des bulletins valables, un second tour n'étant organisé que si l'ensemble des candidats n'atteint pas ce score⁴⁶.

Lors de l'éventuel second tour, qui est organisé cinq semaines après le premier, les candidats sont élus à la majorité relative⁴⁷. Ainsi, plus les candidats sont nombreux, moins il s'avère probable que tous franchissent le seuil imposé au premier tour⁴⁸. Cette singularité est propre au canton de Genève, l'ensemble des autres cantons qui pratiquent la majoritaire pour l'élection de leur organe exécutif exigeant la majorité absolue lors du premier tour⁴⁹.

D. L'origine du quorum

L'élection des candidats en lice pour le Conseil d'Etat dès le premier tour de scrutin sans nécessairement avoir atteint la majorité absolue est présente dans la Constitution genevoise depuis 1847. Il s'agit en réalité de la reprise du système qui prévalait encore lors de l'adoption de la Constitution de 1847 pour l'élection du Grand Conseil. Prévus à la majoritaire, cette dernière stipulait qu'étaient élus les candidats qui avaient obtenu la majorité relative des suffrages, pour autant que cette majorité ne fût pas inférieure au tiers des votants.

La Constitution genevoise du 24 mai 1847 ne prévoyait pas de procédure particulière pour l'élection du Conseil d'Etat. Figurant dans le chapitre consacré au Conseil général, l'article 26 Cst. GE disposait seulement que ce dernier nommait directement le Conseil d'Etat. L'article 27 Cst. GE prévoyait que les électeurs étaient convoqués dans la ville de Genève, où ils procédaient à cette élection au scrutin secret et de liste, d'après les formes suivies dans les autres assemblées électorales telles qu'elles étaient indiquées à l'article 37 Cst. GE⁵⁰.

Placé dans le chapitre traitant du Grand Conseil, l'article 37 alinéa 1 Cst. GE énonçait qu'étaient élus « ceux qui ont obtenu au scrutin de liste la majorité relative des suffrages, pourvu que cette majorité ne soit pas

⁴⁶ Auer/Malinverni/Hottelier (note 3), p. 218. La règle de l'élection majoritaire au moyen d'un tiers des suffrages seulement a récemment été déclarée conforme à la Constitution fédérale par le Tribunal fédéral dans le cas de l'élection complémentaire d'un membre du Conseil administratif d'une commune genevoise (arrêt 1C_343/2008 du 9 septembre 2008, Ruth Kälin et Union Démocratique du Centre Genève).

⁴⁷ Encyclopédie de Genève (note 22), p. 150.

⁴⁸ Auer/Malinverni/Hottelier (note 3), p. 236s.

⁴⁹ Hangartner/Kley (note 2), p. 622; Dominicé (note 2), p. 105.

⁵⁰ Voir Beausire (note 20), p. 116.

inférieure au tiers des votants »⁵¹. Le mode d'élection de l'exécutif cantonal a ainsi été délibérément calqué sur le système qui prévalait lors de l'adoption de la Constitution de 1847 pour l'élection du Grand Conseil⁵². L'exigence du tiers des bulletins valables paraît quant à elle avoir été historiquement conçue en faveur de la représentation des minorités⁵³.

Lors de l'introduction du scrutin proportionnel pour l'élection du Grand Conseil intervenue en 1892, l'article 37 Cst. GE a été abrogé, abolissant du même coup l'indication du nombre de voix nécessaires pour l'élection du Conseil d'Etat. Il en est alors résulté une lacune, aucun texte de rang constitutionnel n'indiquant la majorité requise pour pouvoir occuper cette fonction. Aussi le Conseil d'Etat proposa-t-il, au mois de mai 1905, l'adoption d'une loi constitutionnelle rétablissant, sans autre, la clause qui avait disparu en raison de l'abrogation de l'article 37 Cst. GE⁵⁴. La commission du Grand Conseil chargée de préavisier ce projet de loi constitutionnelle proposa d'adopter la solution préconisée par le Conseil d'Etat⁵⁵. Une discussion animée eut toutefois lieu, au cours de laquelle le principe de l'obtention de la majorité absolue lors du premier tour de l'élection fut proposé.

L'amendement fut rejeté, par la commission d'abord puis, à son exemple, par le plenum du Grand Conseil dans le cadre de la modification de l'article 66 Cst. GE qui eut lieu le 17 juin 1905. Alors même qu'en 1847, il y avait à Genève deux grandes formations politiques – dont la présence ne rendait pas nécessaire l'obtention de la majorité absolue –, la division des partis présente depuis la fin du XIX^{ème} siècle n'a pas été considérée comme une menace pour la représentativité du corps électoral au sein du Conseil d'Etat. De même, la référence au système électoral présidant à la désignation des Chambres fédérales et dans les autres cantons, où la majorité absolue était la règle, n'a pas conduit le Grand Conseil à changer d'avis⁵⁶. Au contraire, la possibilité d'avoir « plusieurs journées de vote pour l'élection du Conseil d'Etat » a été ressentie comme un risque de lasser le corps électoral⁵⁷, au même titre que les frais à la charge des contribuables que leur organisation entraînerait.

Les modifications des droits démocratiques qui ont successivement eu lieu à Genève n'ont jamais remis en cause l'exigence du tiers des bulletins

⁵¹ MGC 1847 3 (vol. 12), p. 2864 et 2866.

⁵² Kölz (note 5), p. 575; Fulpius (note 18), p. 167.

⁵³ Kölz (note 5), p. 223.

⁵⁴ MGC 1905 (Annexes), p. 234.

⁵⁵ MGC 1905 (Annexes), p. 272.

⁵⁶ MGC 1905 2, p. 973 et 996.

⁵⁷ MGC 1905 2, p. 998: « Nous fatiguerions considérablement les électeurs en adoptant ce système (...) »

valables telle qu'elle figure actuellement à l'article 50 alinéa 1 Cst. GE pour l'élection du Conseil d'Etat comme pour les autres élections qui s'effectuent au scrutin majoritaire au sens de cette disposition⁵⁸. Excepté une courte brèche historique survenue à la fin du XIX^{ème} siècle en raison de l'introduction du système proportionnel pour l'élection du Grand Conseil, le mode d'élection du Conseil d'Etat est sur ce point demeuré inchangé depuis 1847, les tentatives visant à appliquer le système proportionnel à l'élection du Conseil d'Etat ayant également été rejetées⁵⁹.

IV. La dimension historique et les enjeux actuels

Même si la lutte électorale est traditionnellement de mise à Genève, il est fort rare que l'ensemble des sièges de conseiller d'Etat ne soit pas pourvu dès le premier tour⁶⁰. En d'autres termes, la pratique de la majoritaire conduit presque toujours à la désignation de l'équipe gouvernementale en un seul tour de scrutin. L'organisation d'un second tour s'est toutefois produite en 1965, un siège n'ayant pas été attribué au premier tour. L'élection du septième membre du gouvernement fut cependant tacite, le second tour devenant ainsi inutile⁶¹.

Pour avoir prouvé son efficacité au cours des âges, le système n'en essuie pas moins certaines critiques actuellement. Celles-ci ne sont, au fond, guère différentes des reproches formulés lors du printemps 1905. Comme à l'époque, certains députés au Grand Conseil font reproche au système électoral actuel de conduire à la désignation d'un collège gouvernemental disposant d'une légitimité réduite: un tiers seulement des voix au premier tour, ou alors une majorité simple lors du second, sans possibilité de surcroît de présenter de nouveaux candidats.

Un projet de loi tendant à la révision partielle de la Constitution a été déposé en ce sens. Il vise à remplacer le quorum de résultat du premier tour par la majorité absolue, aussi bien pour le Conseil d'Etat que pour les autres élections majoritaires, le second tour éventuel restant pour sa part soumis à la majorité relative. De fait, il serait plus difficile pour les candidats d'être élus au premier tour⁶².

⁵⁸ Beausire (note 20), p. 128, 278, 280 et 302.

⁵⁹ L'idée d'élire le Conseil d'Etat à la proportionnelle a été évoquée devant le Grand Conseil en 1923 avant d'être retirée. Reprise ultérieurement, elle fut repoussée en votation populaire le 22 novembre 1931; voir Beausire (note 20), p. 201 et 672.

⁶⁰ Dominicé (note 2), p. 105.

⁶¹ Garrone (note 2), p. 207; voir également Dominicé (note 2), p. 121s.

⁶² Projet de loi 10010, du 6 mars 2007.

Ces critiques sont intéressantes et ne manquent certes pas de pertinence, ne serait-ce que parce qu'elles poussent à s'interroger sur la pérennité d'un système électoral qui a traversé les âges sans jamais être vraiment remis en cause. On doit toutefois leur objecter que, conçu à une époque où le multipartisme n'existait pas encore à Genève⁶³, la mise en œuvre de ce système électoral n'a pas conduit à la domination systématique d'une formation politique au détriment des autres.

L'étude de la composition des équipes gouvernementales qui se sont succédé au Conseil d'Etat ces dernières décennies révèle au contraire la présence systématique des courants politiques les plus représentatifs de la vie politique, économique et sociale genevoise, de même que l'intégration de forces nouvelles, à l'image du parti écologique. Le système électoral entourant la désignation du Conseil d'Etat a ainsi, à sa manière, contribué à façonner cette fameuse « démocratie de concordance » qui est plus généralement cultivée au sein de l'ordre constitutionnel suisse⁶⁴.

Au fond, la forme de majoritaire très ouverte pratiquée pour le Conseil d'Etat genevois n'est pas loin de conduire à une représentation proportionnelle associant quatre ou cinq partis sur un total de sept sièges au même titre que l'introduction du système proportionnel pour l'élection du Grand Conseil, en 1892, a conduit au développement du multipartisme sur le plan cantonal⁶⁵. Le quorum de l'article 50 alinéa 1 Cst. GE y a sans doute contribué. Il n'est pas certain que la pratique plus systématique d'un second tour en raison de l'exigence de la majorité absolue se révèle, au final, très opportune ni qu'elle conduise à des résultats fondamentalement différents en termes aussi bien de légitimité que de représentativité des forces politiques en présence. Nul doute que l'assemblée constituante mise en place par la loi constitutionnelle du 24 février 2008 et qui a été élue le 19 octobre suivant sera amenée à porter un regard attentif sur le sujet.

⁶³ *Supra*, note 56.

⁶⁴ Tschannen (note 30), p. 494.

⁶⁵ Voir Encyclopédie de Genève (note 22), p. 100.

Conclusion

L'élection du Conseil d'Etat genevois se singularise à un double égard par rapport au mode traditionnel de désignation des gouvernements cantonaux.

La première particularité concerne l'apparition de l'élection populaire directe de l'organe gouvernemental. Exception faite des cantons héritiers de la *Landsgemeinde*, Genève a en effet été le premier canton de la Suisse moderne à introduire, avant même la fin de la première moitié du XIX^{ème} siècle, l'élection populaire directe des membres du pouvoir exécutif cantonal.

La seconde particularité concerne l'exercice du droit d'élire tel qu'il est pratiqué aujourd'hui encore à Genève. Dans le contexte propre à l'élection du Conseil d'Etat genevois, la Constitution dispose que l'obtention du tiers des bulletins valables suffit au premier tour. L'exigence, initialement développée à propos de l'élection du Grand Conseil, a traversé les âges.

Cette règle a probablement contribué à façonner, à sa manière, le régime politique qui a cours à Genève, l'organisation d'un second tour pour la désignation de l'exécutif cantonal ne s'avérant qu'exceptionnelle, sans que ce système fasse pour autant obstacle à la présence régulière dans l'enceinte gouvernementale des courants les plus représentatifs de la vie politique genevoise.

L'avenir, lié aux travaux de l'assemblée constituante entrée en fonction durant l'automne 2008, dira si ce début de siècle sonnera le glas de ce système original ou si les résultats et l'indéniable stabilité institutionnelle auxquels il a conduit durant plus de cent soixante ans seront conservés.

Riccardo Jagmetti*

ERLEBTE DEMOKRATIE IM WANDEL¹

L'acquis démocratique

Vieles war längst erreicht, als meine Altersklasse in den späten 1940er Jahren ihr Studium aufnahm. Der grosse Umbruch von 1798 hatte allen Schweizern die *Freiheit* gebracht. Die grundlegenden Staatsideen waren aber in unserm Land weder entwickelt noch früh umgesetzt worden; vielmehr war die Schweiz erst nach der Entwicklung in England², in Amerika³ und in Frankreich⁴ zu einer freiheitlichen Ordnung gelangt. Die Regeneration von 1830/31 brachte den *liberalen Rechtsstaat* auf Kantonsebene mit Beginn im Kanton Tessin am 4. Juli 1830, also noch vor der Pariser Julirevolution (vom 29./30. Juli 1830)⁵. Das freiheitlich-rechtsstaatliche Konzept lag auch der Bundesverfassung von 1848 zugrunde mit dem amerikanischen Einfluss auf unsere *föderalistische Staatsorganisation*⁶. Das alles geschah im Zuge der ersten industriellen Revolution, die mit der Entwicklung der Dampfmaschine eingesetzt⁷, zu einer grundlegenden Änderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse geführt und die Urbanisation eingeleitet hatte.

* Em. Prof. ETH Zürich (1962-1995) für Rechtswissenschaft, Dr. iur., Ständerat des Kantons Zürich (1983-1995, Präsident des Ständerates 1994).

¹ Referat vor dem Arbeitskreis für Verfassungsgeschichte an der Universität Zürich, 20. Januar 2009, aktualisiert Ende September 2009.

² Bill of Rights, October 23rd 1689; JOHN LOCKE, Two Treatises of Civil Government, Erstausgabe anonym 1690.

³ Virginia Bill of Rights, June 12th 1776; Declaration of Independence, July 4th 1776 (verfasst von THOMAS JEFFERSON); Constitution of the United States of America, September 17th 1787; ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON, JOHN JAY, The Federalist, 1787/1788; First Amendment, September 1789, ratified 1791 («Bill of Rights»).

⁴ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789; Constitution française du 3 septembre 1791.

⁵ Zu den Regenerationskantonen gehörte u.a. Zürich, wo nach der Volksversammlung in Uster vom 22. November 1830 eine neue Kantonsverfassung ausgearbeitet und am 20. März 1831 von den Stimmberechtigten angenommen wurde.

⁶ JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, 3 Bände, Zürich 1867-1876.

⁷ Englisches Patent an Thomas Savary 1698 für eine dampfbetriebene Grubenpumpe («for raising water by fire»); amerikanisches Patent an James Watt 1767 für den Kondensator an der Dampfmaschine.

Gleichlaufend mit der zweiten industriellen Revolution, gekennzeichnet durch die Entwicklung des Verbrennungsmotors, der Elektrotechnik und der industriellen Chemie, erfolgte der Übergang zur *direkten Demokratie*, im Kanton Zürich mit dem Wechsel von der Bürgergemeinde zur Einwohnergemeinde 1865/1866 und der Einführung von Referendum und Initiative für die Gesetzesstufe 1869⁸, auf Bundesebene mit dem fakultativen Gesetzesreferendum 1874 und der Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung 1891.

Eine starke *Veränderung der gesellschaftlichen Strukturen* und der politischen Landschaft ergab sich vor und nach dem Ersten Weltkrieg. Die Proporzwahl des Nationalrates wurde nach den Ablehnungen von 1900 und 1910 in der Volksabstimmung vom 13. Oktober 1918 beschlossen. Die Vermögensabgabe von bis zu 60% zur grundlegenden Umgestaltung der Gesellschaftsstruktur wurde am 3. Dezember 1922 verworfen⁹. Die sozialstaatliche Entwicklung, die Mitte des 19. Jahrhunderts in den Kantonen eingeleitet worden war, vollzog sich vielmehr schrittweise ohne Beseitigung der liberalen Gesellschaftsordnung mit dem Kranken- und Unfallversicherungsgesetz von 1911 und dem späteren Ausbau der Sozialversicherungen sowie des Arbeitnehmerschutzes.

Das alles war für uns nicht erlebte Vergangenheit, sondern das, was sich in Anlehnung an die EU-Terminologie als «l'acquis démocratique» bezeichnen liesse.

Die autoritäre Epoche und ihre Ablösung

Vergangenheit waren in den eigenen Studienjahren im Wesentlichen auch die Dringlichkeitspraxis der Krisenzeit nach 1930 und das Vollmachtenregime der Kriegsjahre. Unsere Lehrer aber hatten sich damit auseinandergesetzt und sich dabei stark und mit viel Beachtung engagiert, so dass die Erinnerung noch wach war. Und wir selbst erlebten bewusst und zum Teil als Stimmberichtigte die Abkehr von diesen Beschränkungen der Demokratie.

Der «schwarze Freitag»¹⁰ war 1929 der Auslöser der globalen Krise der dreissiger Jahre. In den Wintermonaten erreichte die Arbeitslosenzahl in der

⁸ Verfassung des Kantons Zürich vom 18. April 1869.

⁹ BB über das Volksbegehren betreffend die Erhebung einer einmaligen Vermögensabgabe vom 13. Oktober 1922 mit dem Initiativtext und der Empfehlung auf Ablehnung (BB1 1922 III 411). Die Initiative wurde abgelehnt mit einem Ja-Stimmen-Anteil von nur 13.0 % und von allen Kantonen.

¹⁰ 25. Oktober 1929 mit dem Crash an der New Yorker Börse.

Schweiz rund 100'000, dies bei einer Bevölkerung von etwas mehr als der Hälfte der heutigen¹¹. Dieser Herausforderung begegnete der Bund mit einer Vielzahl von Bundesbeschlüssen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe, die *dringlich* erklärt wurden und damit nach damaliger Ordnung dem Referendum endgültig entzogen waren. Das geschah für die Finanzordnung mit der Erhebung neuer Steuern, für soziale Massnahmen, für einschneidende wirtschaftliche Vorkehren und für die Gewährleistung der Sicherheit¹². Bei vielen der dem obligatorischen oder fakultativen Referendum entzogenen Beschlüsse bestand anerkanntermassen keine Dringlichkeit¹³. Das Vorgehen war vielmehr Ausdruck einer Skepsis gegenüber der Fähigkeit der Bürger zu sachgerechten Entscheiden – die Bürgerinnen hatten damals ohnehin keinen Anteil an den politischen Rechten. Der Ausschluss der Bürger von der Mitwirkung wurde in einem Teil der Literatur und von den Behörden begründet mit der mangelnden Einsicht in Bedeutung und Tragweite der Vorlage, mit dem fehlenden Gemeinwillen und mit der Gefahr eines Abstimmungskampfes, der im Übermass geführt würde¹⁴. Engagiert dagegen aufgetreten ist namentlich mein späterer Lehrer Zaccaria Giacometti, der eine Analyse 1937 mit dem Titel überschrieb: «Das autoritäre Bundesstaatsrecht»¹⁵. Auch in der Bevölkerung regte sich Widerstand, der in drei Volksinitiativen von 1936 und 1938 zum Ausdruck kam¹⁶. Vergessen wir den historischen Zusammenhang nicht: das autoritäre Staatsverständnis hatte sich in Europa und namentlich in unseren Nachbarstaaten durchgesetzt, in Italien 1922, in Deutschland und in Österreich 1933, ebenso in verschiedenen andern Staaten und 1940 selbst in Frankreich. Wir waren zwar davon verschont, aber ganz unbeeinflusst von solchen Ideen blieb auch die Schweiz nicht.

Am 30. August 1939 beschlossen beide Kammern in kurzen Sitzungen, dem Bundesrat *Vollmachten* zu erteilen, die sich auf die Verfassungsänderung und die gesamte Gesetzgebung bezogen¹⁷. Zwischen dem 1. September 1939 und dem 31. Mai 1945 trat die Bundesversammlung durchaus zu Sessionen

¹¹ BBl 1934 III 379, 1936 III 13.

¹² Dazu: DAVID REICH, *Direkte Demokratie in der Krise*, Basel 2007.

¹³ Nach GIACOMETTI S. 54 (Anm. 15) bei den meisten.

¹⁴ So JACOB WACKERNAGEL jr., *Zur Lehre vom Staatsnotstand*, ZSR 1937 S. 169-201, insbes. S. 201 mit Verweis auf die Haltung von Bundesrat und Bundesversammlung im Zusammenhang mit der Finanzordnung.

¹⁵ ZACCARIA GIACOMETTI, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis (Das autoritäre Bundesstaatsrecht)*, in: Festgabe Fritz Fleiner, Zürich 1937, S. 45-84.

¹⁶ Anm. 23.

¹⁷ BB über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. August 1939 (AS Bd. 55 S. 769). Der Bundesrat wollte sich auch hier auf die Dringlichkeit berufen (BBl 1939 II 213 ff., insbes. 215/216), doch die Räte strichen die entsprechende Bestimmung und anerkannten damit, dass sie sich auf extrakonstitutionelles Notrecht beriefen.

zusammen, beschritt aber nur in 18 Fällen den Weg der ordentlichen Gesetzgebung¹⁸, erliess oder verlängerte noch einige dringliche Bundesbeschlüsse und überliess im Übrigen die Rechtsetzung dem Bundesrat, der wesentliche Bereiche selbständig ordnete¹⁹. So wurden die direkte Bundessteuer (als «Wehrsteuer»), die Warenumsatzsteuer und weitere Steuern ohne Mitwirkung des Parlaments durch Bundesratsbeschlüsse eingeführt²⁰. Gewiss: die Schweiz war bedroht und musste handlungsfähig bleiben. Im Rückblick scheint es aber doch, dass die Bundesversammlung die Verantwortung in stärkerem Masse an die Regierung abgetreten hat, als dies unerlässlich gewesen wäre.

Für die direkte Demokratie waren die Jahre 1931-1945 eine magere Zeit. Die Bürger hatten sich nur zu 28 Vorlagen zu äussern; in 12 dieser Fälle war die Initiative nicht von den Behörden, sondern von den Stimmberechtigten ausgegangen²¹. In den letzten 15 Jahren, also 1994-2008 betrug die Zahl der eidgenössischen Abstimmungsvorlagen demgegenüber 135²².

Die Dringlichkeitspraxis hatte ein Unbehagen in weiten Kreisen ausgelöst. Von den drei in den 1930er-Jahren dagegen lancierten Initiativen führte nur eine zu einem Teilerfolg mit einem Gegenvorschlag der Bundesversammlung, der anfangs 1939 angenommen wurde²³. Danach war für die Dringlichkeitsklärung ein qualifiziertes Mehr in jedem der Räte erforderlich, und solche Bundesbeschlüsse waren zu befristen. Erst in der Nachkriegszeit, nämlich am

¹⁸ So beim Erlass des BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 (UWG) und des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG).

¹⁹ Als besonders umfangreiches Beispiel: BRB über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge vom 9. April 1941 (BS 7, 502) als erstmalige Regelung dieser Materie.

²⁰ BRB über die Warenumsatzsteuer vom 29. Juli 1941 (BS 6, 173); BRB über die Luxussteuer vom 13. Oktober 1942 (BS 6, 209); BRB über die Verrechnungssteuer vom 1. September 1943 (BS 6, 326); BRB über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940 (BS 6, 350); BRB über die Erhebung eines neuen Wehropfers vom 20. November 1942 (BS 6, 418); BRB über die Erhebung einer eidgenössischen Kriegsgewinnsteuer vom 12. Januar 1940 (BS 6, 437).

Der BRB über die eidgenössische Getränkesteuer vom 4. August 1934 beruhte auf dem (dringlichen) BB über ausserordentliche und vorübergehende Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts im Bundeshaushalt vom 13. Oktober 1933.

²¹ Volksabstimmungen	1931-1935	1936-1940	1941-1945
über Initiativen und/oder Gegenentwürfe	3	5	4
über BB zur Revision der BV	2	3	0
über BG	6	3	2

²² Details in Anm. 68.

²³ Volksabstimmung vom 22. Januar 1939 mit Annahme des Gegenentwurfs zur zurückgezogenen Initiative der «Richtlinienbewegung». Die Initiative der Kommunistischen Partei von 1936 war 1938 abgelehnt worden, jene des Landesrings der Unabhängigen von 1938 wurde 1940 zurückgezogen.

11. September 1949, wurde das nachträgliche Referendum gegen dringliche Erlasse der Bundesversammlung eingeführt, wie wir es heute kennen. Das geschah aber nicht aus Einsicht der Behörden, sondern gegen den Willen von Bundesversammlung und Bundesrat durch die knappe Annahme einer entsprechenden Volksinitiative²⁴.

Ebenso zögerlich verhielten sich Parlament und Regierung bei der Aufhebung der Kriegsvollmachten. Einen Abbau beschloss die Bundesversammlung am 6. Dezember 1945²⁵, und die eigentliche Aufhebung – auch diese mit Übergangsregeln – folgte am 18. Dezember 1950²⁶, mithin fünfeneinhalb Jahre nach Kriegsende. Eine Referendums Klausel enthielten beide Bundesbeschlüsse nicht; was ohne Volk beschlossen worden war, wurde auch ohne Volk aufgehoben.

Kaum hatte ich das Stimmrecht, erhielt ich Gelegenheit zu praktischer Erfahrung mit den demokratischen Institutionen, indem ich – ohne eigenes Zutun – zum Stimmzähler in Zürich 2 gewählt wurde. Damit erhielt ich auch Einblick in die Demokratie «hinter den Kulissen» und sah, dass sie durchaus funktionierte. Missbräuche wie die Nennung von Stalin auf dem Wahlzettel ausgerechnet für die Friedensrichterwahl oder Meinungsäusserungen, die den Wahlzettel ungültig machten, waren recht selten.

Institutionelle Entwicklung

Mit der Rückkehr zur direkten Demokratie war die institutionelle Entwicklung nicht abgeschlossen. Bedeutendster Beschluss war jener vom 7. Februar 1971 mit der Einführung des *Frauenstimmrechts* auf eidgenössischer Ebene, das vier Monate später in der Abstimmung über den Umweltschutzartikel der Bundesverfassung erstmals zum Tragen kam. Im Rückblick ist es schwer nachvollziehbar, dass die Bürgerinnen so lange von den politischen Rechten ausgeschlossen waren. Und auch 1971 ging es nicht ohne Widerstand. Ein Drittel der Stimmberechtigten und die Mehrheit in den Nordostschweizer und den Innerschweizer Kantonen widersetzte sich der längst fälligen Verfassungsrevision²⁷. Die meisten Kantone waren vorangegangen; als letzter folgte

²⁴ Volksabstimmung vom 11. September 1949 mit Annahme der Initiative (mit 50.7% Ja-Stimmen und Annahme in 12½ von damals 22 Kantonen).

²⁵ BB über den Abbau der ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrates vom 6. Dezember 1945 (BS 1, 88).

²⁶ BB über die Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrates vom 18. Dezember 1950 (AS 1950, 1493).

²⁷ Nein-Stimmenanteil gesamtschweizerisch: 34.3%; ablehnend waren die Kantone UR, SZ, OW, GL, AR, AI, SG und TG.

Appenzell-Innerrhoden 1992 nach einem Bundesgerichtsurteil von 1990²⁸. Die Zahl der Stimmberechtigten hatte sich damit mehr als verdoppelt²⁹, was Anlass gab, 1977 die Unterschriftenzahl für Initiative und Referendum zu erhöhen³⁰. Eine zusätzliche Erweiterung des Kreises der «Aktivbürger» brachte 1991 die Herabsetzung des Stimmrechtsalters auf 18 Jahre³¹. Mit dieser Regelung erhielt eine erweiterte Gruppe jener das Mitspracherecht, welche die zu fassenden Beschlüsse längerfristig betreffen und die an der Schwelle der Verantwortung stehen.

Beim Entscheid über die Zulassung des *doppelten Ja* bei Abstimmungen über Initiativen und Gegenentwürfe gehörte ich zu den Befürwortern. Weil es sich um das Verfahren der Verfassungsrevision handelte, stellte ich den Antrag, die Frage auf Verfassungs- und nicht auf Gesetzesstufe zu regeln, was dann auch geschah³². Das trug mir doppelte Kritik ein: Meine befürwortende Haltung veranlasste einen Politiker, mich als «Superdemokraten» zu tadeln, was ich aber als Lob verstand. In einem Fernsehgespräch bezeichnete eine Nationalrätin meinen Antrag, die Frage auf Verfassungsstufe zu regeln, als Husarenritt, weil einige Befürworter befürchteten, das Hindernis für die Einführung werde zu gross. Dazu bestand aber kein Anlass, wie die Annahme der Vorlage 1987 durch 63% der Stimmberechtigten und 21 Kantone bewies³³.

Von den *institutionellen Reformen in den Kantonen* seien die Abschaffung der Landsgemeinden in Obwalden, Nidwalden und Appenzell-Ausserrhoden in den Jahren 1996-1998 und der Übergang vom obligatorischen zum fakultativen Gesetzesreferendum in gewissen Kantonen (in Zürich 1998) erwähnt. Nicht zu befeunden vermag ich mich mit dem «konstruktiven Referendum», bei dem eine gewisse Zahl von Stimmberechtigten einen Gegenvorschlag zum Beschluss des Parlaments den Bürgerinnen und Bürgern zum Entscheid vorlegt, wie das die neue Zürcher Kantonsverfassung vorsieht und

²⁸ BGE 116 Ia 359 ff. vom 27. November 1990; Landsgemeindebeschluss vom 26. April 1992.

²⁹ Auf 215.5 % des vorherigen Standes.

³⁰ Volksabstimmung vom 25. September 1977 mit je einer Vorlage für Referendum und Initiative.

³¹ Volksabstimmung vom 3. März 1991 (72.7 % Ja-Stimmen mit Zustimmung aller Kantone bei einer Stimmbeteiligung von nur 31.3%). Die Zahl der Stimmberechtigten stieg damit auf 103.4% des vorherigen Standes.

³² Beschlüsse des Ständerates vom 11. März und 30. September 1986 (AB S 1986, 71-83 und 520-528) und des Nationalrates vom 11. Dezember 1986 (AB N 1986, 1850/1851).

³³ Volksabstimmung vom 5. April 1987 (Stimmbeteiligung: 42.3% mit der Asylrechtsrevision als eine der weiteren Vorlagen).

wie es schon gehandhabt worden ist³⁴. Auch wenn das Parlament dazu noch Stellung nehmen kann, wird auf diesem Weg die Aufteilung der rechtsetzenden Gewalt auf Regierung, Parlament und Volk stärker durchbrochen als bei der Volksinitiative, bei der die gewählten Behörden in Kenntnis des eingereichten Entwurfs entscheiden können, ob sie diesem zustimmen, ihn ablehnen oder einen Gegenentwurf beschliessen wollen. Plebiszitäre Volksentscheide an den gewählten Behörden vorbei entsprechen nicht unserem ausgebauten System mit checks and balances.

Nach der klassischen Vorstellung bezieht sich im gewaltenteilenden Staat die Demokratie auf die *Rechtsetzung*. Nicht alle Normen können jedoch im direkt-demokratischen Verfahren erlassen werden; rein quantitativ dominieren die Verordnungsbestimmungen, indem die Mehrheit der Rechtssätze in dieser Form ergeht, wobei es sich nicht um die grundlegenden handeln sollte. Umgekehrt werden aber auch Entscheide, die inhaltlich *Verwaltungsakte* sind, den Stimmberechtigten vorgelegt. Das begann im 19. Jahrhundert mit dem Finanzreferendum³⁵ und fand seine Fortsetzung in dem, was als Objektreferendum bezeichnet sei und sich auf Beschlüsse bezieht, mit denen keine Ausgaben des Gemeinwesens verbunden sind. Als Beispiele seien die Rahmenbewilligungen für Kernanlagen³⁶ und Konzessionen, insbesondere solche zur Nutzung der Wasserkraft, erwähnt³⁷. Das mag der Theorie über die Zuweisung der Funktionen an die Staatsorgane nicht entsprechen, doch gilt es zu bedenken, dass gewisse Grossanlagen die Bevölkerung stärker und auch längerfristig betreffen können als Gesetze in speziellen Bereichen, die einen relativ kleinen Kreis von Adressaten haben.

Neue Entscheidungsstrukturen erforderte die *Raumplanung*. Max Imboden hatte schon in seiner Zürcher Vorlesung über kantonales Verwaltungsrecht im Sommer 1952 auf die Problemstellung bei dem, was er als linear-geometrische Vorschriften bezeichnete, hingewiesen. Die Entwicklung in den 1960er und 1970er Jahren zeigte, dass die durch Nutzungspläne geschaffene

³⁴ Art. 35 KV vom 27. Februar 2005 (SR 131.211). Anwendungsfall: Gesetz über die ärztlichen Zusatzhonorare vom 17. Juni 2007 mit Annahme des Gesetzes und Ablehnung des Gegenvorschlags. – Auf nationaler Ebene wurde eine entsprechende Initiative in der Volksabstimmung vom 24. September 2000 abgelehnt mit 34.1% Ja-Stimmen und Ablehnung durch alle Kantone. Der Vorschlag sah vor, dass der Gegenentwurf von 10 Mitgliedern des Nationalrates oder 3 des Ständerates hätte unterstützt werden müssen. Die Räte hätten dazu aber nicht Stellung nehmen können.

³⁵ Der Kanton Zürich führte dieses gleichzeitig mit dem obligatorischen Gesetzesreferendum und der Gesetzesinitiative durch die Verfassung vom 18. April 1869 ein.

³⁶ Art. 48 Abs. 4 Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 (SR 732.1).

³⁷ In unterschiedlicher Form unterliegen alle Wasserkraftkonzessionen oder ein Teil von ihnen dem Referendum in den Kantonen BE, UR, SZ, SO, AI, GR, TI, VD, VS, GE, die zusammen rund 80 % der Hydroelektrizität produzieren; dazu RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, Basel 2005, Ziff. 4412.

verbindliche Ordnung einerseits der demokratischen Legitimation und andererseits des Rechtsschutzes wie bei Verwaltungsakten bedurfte. Das kantonale Recht und die Bundesgesetzgebung entwickelten sich in dieser Richtung³⁸, und die Beschränkung des Weiterzugs ans Bundesgericht wurde 2007 gestrichen³⁹. Zudem galt es, neue Wege bei der Planung auf der regionalen Stufe zu finden. Das waren Fragen, mit denen sich die Hochschulen in Lehre und Forschung, Expertenkommissionen sowie Parlamente und Exekutiven auf den verschiedenen Ebenen unserer Staatsorganisation zu befassen hatten⁴⁰.

Neu ist auch der erweiterte Einbezug der Bürgerinnen und Bürger in die *Entscheidungs Vorbereitung*. Dazu gehören der Ausbau des Vernehmlassungsverfahrens sowie Konsultativabstimmungen (beispielsweise über die Stellungnahme des Kantons zu kernenergierechtlichen Entscheiden des Bundes⁴¹ oder über Vernehmlassungen des Kantons zu grundlegenden Fragen im Allgemeinen⁴²). Hinzu kommen neue Formen der Mitwirkung vor allem auf lokaler Stufe mit der «offenen Planung» und andern Verfahren. Auch diese Entwicklung entspricht einem Bedürfnis nach Einbezug der Bürgerinnen und Bürger in den Entscheidungsprozess, wobei sie in diesen Fällen vor der Be-

³⁸ Die volle Überprüfung auch eines demokratisch beschlossenen Nutzungsplanes durch mindestens eine Beschwerdebehörde wird vorgeschrieben durch Art. 33 BG über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700). Wo der kantonale Gesetzgeber selbst, also im demokratischen Verfahren entscheidet, kann das kantonale Rechtsmittelverfahren vor dem Entscheid durchgeführt werden (BGE 108 Ib 482-484 E. 3 [f]).

³⁹ Art. 34 RPG (Anm. 38) schloss in seiner ursprünglichen Fassung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen Nutzungspläne aus. Die Bundesgerichtspraxis ging aber dahin, dass bei Verletzung eines andern BG (insbes. des Umweltschutzgesetzes) die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig sei (BGE 129 I 339 E. 1.1 [i] mit Hinweis auf Präjudizien). Mit dem Inkrafttreten BG über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32) am 1. Januar 2007, durch das Art. 34 RPG geändert wurde, entfiel diese Beschränkung des Rechtsmittelweges.

⁴⁰ Zu den eigenen Arbeiten in diesen Bereichen gehörten Publikationen (u.a. Neue Tendenzen im zürcherischen Bau- und Planungsrecht, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 66, 1965, S. 2-20 und 33-46; Die Region, Festschrift Hug 1968; Demokratie im Umbruch, Festschrift Kägi 1979; Kommentar zu Art. 22quater aBV, in: Kommentar Bundesverfassung 1988), die Leitung von Expertenkommissionen (Reform des zürcherischen Bodenrechts [Bericht 1972], Organisatorischer Neubau des Kantons Zürich [Bericht 1977], Revision des Raumplanungsgesetzes [Bericht 1989]) sowie die Mitwirkung im Zürcher Kantonsrat (u.a. bei der Beratung des Planungs- und Baugesetzes von 1975) und im Ständerat.

⁴¹ Das gilt für die Kantone NW (Art. 52 Ziff. 5 KV), GL (Art. 57 Abs. 1 lit. d KV), SH (Art. 32 lit. f KV), VD (art. 83 al. 1 lettre d Cst.), JU (Loi sur la consultation du peuple en matière nucléaire du 30 juin 1983) (KV : SR 131).

⁴² Beispiele: ZH Art. 33 Abs. 1 lit. f KV (SR 131.211); BE Art. 62 Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 79 Abs. 1 lit. c KV (SR 131.212).

schlussfassung erfolgt und nicht mit den Rechtsmitteln gegen den Entscheid vermengt werden darf⁴³.

Neues Gedankengut

Auf institutionelle Reformen beschränkte sich die Entwicklung selbstverständlich nicht. Intensiv mit Fragen der Demokratie auseinandergesetzt hat sich auch die *Lehre*, die sich in ihrer Vielfalt und Tiefe in diesem Rahmen nicht im Einzelnen darstellen lässt. Nur auf Tendenzen kann hingewiesen werden.

Der wirtschaftliche Boom der Nachkriegszeit, also der 1950er und 1960er Jahre, hatte eine intensive Beanspruchung von Raum und Ressourcen zur Folge und löste Verfassungsrevisionen mit materiellen Regeln über den Gewässerschutz (1953), den Natur- und Heimatschutz (1962/1987), die Raumplanung (1969), den Umweltschutz (1971), die Wasserwirtschaft (1975), die Energie (1990) und die Infrastrukturen aus. Hinzu kam die Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Problemen und mit anderen wichtigen Fragen. Begleitet war die Entwicklung von einer Sinnkrise, indem erkannt wurde, dass die beliebige Vermehrung von Gütern bei stets steigender Inanspruchnahme der natürlichen Ressourcen nicht das abschliessende Ziel einer Gesellschaft sein konnte.

Die 68er-Bewegung kann in diesem Kontext gesehen werden. Die akademische Jugend vor allem suchte nach neuen Zielen, freilich mit Inhalten und erst recht in Formen, mit denen sich viele von uns an den Hochschulen und als Bürger nicht anfreunden konnten. Die studentische Bewegung suchte die *Basisdemokratie* zu verwirklichen mit «Vollversammlungen», an denen alles beschlossen werden konnte, und mit vielfältigen Mitwirkungsmodellen. Das wurde in den Jahren um 1970 praktiziert mit Sitzungen, die bis spät in die Nacht dauerten und die kaum weiterführten. Es zeigte sich, dass sich solches im komplexen Hochschulbetrieb und natürlich erst recht in Gesellschaft und Wirtschaft nicht verwirklichen lässt, eine strukturierte Organisation vielmehr unerlässlich ist.

In engem Bezug dazu stand der Anspruch auf *Demokratisierung grundsätzlich aller Lebensbereiche*, vor allem des Bildungswesens und der Wirt-

⁴³ Einsprache (vor oder nach dem Entscheid) als Rechtsmittel und Einwendung als Rechtsbehelf, der keine Legitimation voraussetzt, aber auch keine Parteistellung im Verfahren verschafft, werden oft vermengt. Das Kernenergiegesetz (Anm. 36) trifft diese Unterscheidung in Art. 46 und 47 für das Rahmenbewilligungsverfahren und sieht in Art. 55 für das Baubewilligungsverfahren nur die Einsprache vor.

schaft. Dieser Standpunkt wurde unter den schweizerischen Staatsrechtslehrern namentlich durch Richard Bäumlin⁴⁴ vertreten und kam in der ausländischen Literatur zum Teil noch stärker zum Ausdruck⁴⁵. Der liberal-demokratischen Sicht entsprach das nicht, und es blieb auch bei den Postulaten, wobei aber anzuerkennen ist, dass an den Schulen aller Stufen, in der Gesellschaft und in der Wirtschaft, die Stimme der Beteiligten ernster genommen wird als früher.

Die Demokratie war einer der beiden Beratungsgegenstände am *Schweizerischen Juristentag 1984* mit den Referaten von Andreas Auer und René Rhinow⁴⁶. Auer hob unter anderem hervor, dass die politische Demokratie die soziale Demokratie weder bedinge noch ausschliesse, die politische Demokratie aber Voraussetzung des Erfolgs der sozialen sei⁴⁷. Um auf zwei Beinen zu stehen, müsse die Demokratie wieder lernen, ihren spezifischen Gegenstand als Institution und als Idee, als rechtliche Norm und als Ideologie zu verstehen⁴⁸. Rhinow behandelte unter anderem die Frage von Sonderrechten der Betroffenen (namentlich am Beispiel der Kernanlagen) und legte einen Lösungsansatz vor beruhend auf Minderheitenschutz, Föderalismus, Anpassung der Volksrechte und Partizipation im Verfahren⁴⁹. Auch setzte er sich auseinander mit der Legitimität von Mehrheitsentscheiden⁵⁰. In der Diskussion gab Bäumlin seiner Enttäuschung darüber Ausdruck, dass beide Referenten die ökonomische Problematik völlig ausgeklammert hätten. Mein eigener Hinweis ging dahin, dass die Initiative als das gestaltende Mittel der direkten Demokratie in zunehmendem Masse die Funktion des Referendums übernehme und zum Abwehrmittel werde, indem auf diesem Weg vielfach versucht werde, Entwicklungen zu verhindern, und die Kreativität dabei zu kurz komme. Diese wenigen Angaben können den fundierten Referaten und der eingehenden Diskussion nicht gerecht werden und dienen nur als Hinweise.

Dem Wunsch nach verstärkter *deliberativer Demokratie* gab vom schweizerischen Standpunkt aus Daniel Thürer Ausdruck⁵¹. Er stellte sie der Abstimmungsdemokratie gegenüber und nannte als Prinzipien, welche die Form der Deliberation bestimmen, die Öffentlichkeit, die Verantwortlichkeit

⁴⁴ RICHARD BÄUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie?*, Basel 1978.

⁴⁵ So GEORGES BURDEAU, *La démocratie*, Paris 1956.

⁴⁶ ANDREAS AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, ZSR 1984 II S. 1 ff.; RENE A. RHINOW, *Grundprobleme der schweizerischen Demokratie*, ZSR 1984 II S. 111 ff.

⁴⁷ ZSR 1984 II S. 104/105.

⁴⁸ ZSR 1984 II S. 109.

⁴⁹ ZSR 1984 II S. 175 ff. und 264/265.

⁵⁰ ZSR 1984 II S. 252-255 und 260 ff.

⁵¹ DANIEL THÜRER, *Deliberative Demokratie und Abstimmungsdemokratie*, in: *Kosmopolitisches Staatsrecht*, Zürich 2005, S. 41 ff., insbes. S. 49 und 51.

und die Reziprozität. Die deliberative Demokratie verwirkliche sich im unmittelbaren Vorfeld der Entscheidung und im weiten Feld der Bewusstseinsbildung einer gegebenen Gesellschaft. Aus dem Blickwinkel der parlamentarischen Demokratie stellte ein französischer Autor die *démocratie délibérante* der *démocratie gouvernante* gegenüber⁵². Eine Norm sei nur legitim, wenn sie aus dem intellektuellen Austausch über die Art der Argumentation hervorgegangen sei. Um dies zu erreichen, empfahl er als Gegengewichte zur *démocratie gouvernante* die Kollegialität in der Regierung und die Einsetzung unabhängiger Behörden zur Ordnung jener Fragen, die kein unmittelbares Handeln des Staates erfordern.

Die deliberative Demokratie wird in der Schweiz besonders gepflegt. Eine persönliche Erfahrung möge das illustrieren. Nach der Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Dezember 1992 nahm eine schweizerische Delegation an der Sitzung des Parlamentarierausschusses der EFTA-Staaten im April 1994 in Helsinki teil. Die Anwesenden konnten Persönlichkeiten aus der EU-Verwaltung Fragen zum EWR stellen. Wir Schweizer sassen zuhinterst als Beobachter und waren erstaunt, wie wenig die Parlamentarier anderer Staaten über die Angelegenheit wussten. Aber sie hatten nicht in vielen stark besuchten Veranstaltungen Red und Antwort stehen müssen; die direkte Demokratie hatte die Schweizer in diesem Fall wie in anderen gezwungen, sich viel intensiver mit dem Vertragswerk zu befassen und die umfangreiche Dokumentation so zu verarbeiten, dass sie anderen kommuniziert und dass auf kritische Fragen und Einwände geantwortet werden konnte.

Eine andere Entwicklungslinie der Demokratiediskussion liegt in der *Negation des Staatlichen* mit dem Verlust der Bedeutung der Demokratie als Entscheidungsstruktur im Gemeinwesen. Sie hat zwei Wurzeln, die angesichts der Entwicklung in engem Bezug stehen. Die Vertreter des Neoliberalismus gehen davon aus, dass nicht der Staat, sondern der Markt die Vorgänge zu bestimmen habe. Was in dieser Weise für das wirtschaftliche Geschehen gelten kann, vermag die gesellschaftlichen Probleme im Allgemeinen nicht allein zu lösen. Gesetze und staatliches Wirken bleiben für das Zusammenleben in der Gemeinschaft und für die Erfüllung von Aufgaben für die Allgemeinheit unerlässlich, doch soll aus liberaler Sicht der individuellen Entscheidung und Gestaltung ein möglichst weiter Raum gelassen werden. Ziel ist mit andern Worten die Freiheit im Staat, nicht die Freiheit vom Staat. Der zweite Ansatz für die Negation des Staatlichen liegt in der Globalisierungsdiskussion. Die Internationalisierung der Gesellschaft ist in der Tat eine der grössten Herausforderungen für unsere demokratische Staatsstruktur.

⁵² OLIVIER DUHAMEL, *Les démocraties – régimes, histoire, excellence*, Paris 1993, S. 329 ff., insbes. S. 331/332 und 343-345.

Herausforderungen

Unbestreitbar sind die *Vernetzung der Welt* und die Lockerung des territorialen Bezugs zu einem Ort und einem Land. Die Individuen sind mobil, jeder mann erhält ohne Zeitverzug Kenntnis vom Geschehen auf der ganzen Welt und kann über alle Grenzen hinweg direkt kommunizieren. Die Globalisierung der Wirtschaft ist allseits bekannt, trägt wesentlich bei zum Wohlstand in unserem Land, macht uns aber auch anfällig auf weltweite negative Entwicklungen, wie wir sie jetzt erleben. Die zu lösenden Probleme haben ihrerseits kontinentale, ja globale Dimensionen; Stichworte dazu sind Umwelt, Hunger und Migration. Diese Zusammenhänge haben Autoren veranlasst, vom Ende der Demokratie zu sprechen, weil sie in territorialen Einheiten gelebt wird und diese ihre Funktion verloren hätten⁵³. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch in einer vernetzten Welt die Staaten einerseits Aufgaben für ihr eigenes Gebiet wahrzunehmen und andererseits zusammen gemeinsame Lösungen zu entwickeln haben; wer macht es sonst? Dass sich die Wertordnung als Grundlage der anzustrebenden Ordnung ebenfalls internationalisiert, zeigen die Anstrengungen im Bereich der Menschenrechte. Um dem verstärkten Einbezug der Schweiz in die internationale Ordnung Rechnung zu tragen, ist das Staatsvertragsreferendum 1977⁵⁴, 1999⁵⁵ und 2003⁵⁶ neu gestaltet worden, war es doch beispielsweise wenig befriedigend, dass der Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention 1974 nicht einmal dem fakultativen Referendum unterstand⁵⁷, die Konvention vom Bundesgericht aber knapp vier Monate nach ihrem Inkrafttreten für die Schweiz als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht bezeichnet wurde⁵⁸.

⁵³ So JEAN-MARIE GUÉHENNO, *La fin de la démocratie*, Paris 1993.

⁵⁴ Volksabstimmung vom 13. März 1977 mit Annahme des Gegenentwurfs (zu Art. 89 Abs. 3-5 aBV) und Ablehnung der Initiative der Nationalen Aktion gegen die Überfremdung von Volk und Heimat, nach der alle Staatsverträge dem fakultativen Referendum unterstellt worden wären; dazu mit der Darstellung der Entwicklung und der verschiedenen Vorschläge: Botschaft zu dieser Vorlage vom 23. Oktober 1974 (BBl 1974 II 1133 ff.). Die Erhöhung der Unterschriftenzahl für das fakultative Referendum allgemein erfolgte am 25. September 1977.

⁵⁵ Neufassung im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung (Art. 140 Abs. 1 lit. b und 141 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BV), angenommen in der Volksabstimmung vom 18. April 1999; zum Staatsvertragsreferendum: BBl 1997 I 364 und 366 (Botschaft).

⁵⁶ Volksabstimmung vom 23. März 2003 (Ersatz von Art. 141 Abs. 2 BV durch Neufassung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV und neuer Art. 141a BV).

⁵⁷ BB vom 3. Oktober 1974 (AS 1974, 2148; EMRK SR 0.101); zur Begründung der Nichtunterstellung unter das Referendum: BBl 1974 I 1061-1064 (Botschaft); Inkrafttreten für die Schweiz: 28. November 1974.

⁵⁸ BGE 101 Ia 67 ff. vom 19. März 1975 als Verfahrensentscheid, BGE 102 Ia 379 ff. vom 3. November 1976 betr. Persönliche Freiheit.

Den Sinn für die internationalen Zusammenhänge zu wecken, ist keine leichte Aufgabe, wie das Politiker beispielsweise in der Abstimmungskampagne für den UNO-Beitritt 1986 erlebten, gegen den damals massive Kritik – auch von Parlamentariern – erhoben wurde. Gerade bei Entscheiden mit internationalem Bezug war die Stimmbeteiligung vielfach gross⁵⁹. In anderen Fällen war sie eher mager, was einen norwegischen Gewerkschafter an einer internationalen Tagung zur Aussage veranlasste, die schweizerische Demokratie sei lächerlich; mit Zustimmung von 20% der Stimmberechtigten sei unser Land den Institutionen von Bretton-Woods (Weltbank usw.) beigetreten⁶⁰. Die Entgegnung, dass dies eher die Ausnahme sei und dass die Möglichkeit der Äusserung entscheidend bleibe, überzeugte ihn nicht. Schwerer als solche Beanstandungen wiegt, dass die Schweiz faktisch zum Nachvollzug von Beschlüssen anderer – besonders von solchen der Europäischen Union – gezwungen ist und dass ein Teil des internationalen Rechts nicht durch Verträge entwickelt wird und damit dem Entscheid der Bürgerinnen und Bürger entzogen bleibt. Dass es sich besonders bei den allgemeinen Grundsätzen und meist auch beim Gewohnheitsrecht um wertvolles Recht handelt, zu dessen Entwicklung internationale Gerichte beitragen, ändert nichts am Problem des Ausschlusses demokratischer Entscheidung.

Als zweite Herausforderung sei die Problematik der *Fehlentscheide* erwähnt. Dabei gibt es korrigierbare Fehler. So wurde 1974 im Kanton Zürich ein durch Initiative vorgeschlagenes Gesetz seines irreführenden Titels wegen angenommen, weniger als sechs Monate später auf Antrag des Parlaments von den Stimmberechtigten aber wieder aufgehoben⁶¹. Neuestes Beispiel⁶² ist die Aufhebung der 2003 bei geringem Interesse in die Bundesverfassung

⁵⁹ In den letzten fünf Volksabstimmungen über internationale Beziehungen erreichte die Beteiligung in vier Fällen mehr als 50%:

02.02.2002	UNO-Beitritt	58.4 %
05.06.2005	Beitritt zu Schengen/Dublin	56.6 %
25.09.2005	Personenfreizügigkeit in der erweiterten EU	54.5 %
26.11.2006	Zusammenarbeit mit den Staaten Osteuropas	45.0 %
08.02.2009	Personenfreizügigkeit mit Bulgarien und Rumänien	51.4 %

⁶⁰ Volksabstimmung vom 17. Mai 1992. Bei einer Stimmbeteiligung von 38.8% wurde dem Beitritt zugestimmt mit 55.8% der gültigen Stimmen. Das entsprach in der Tat der Annahme durch 20.45% der Stimmberechtigten.

⁶¹ Das durch Volksinitiative vorgeschlagene «Gesetz zur Bekämpfung der Jugendkriminalität» wurde als eine von neun kantonalen Vorlagen am 30. Juni 1974 angenommen, in der Volksabstimmung vom 8. Dezember 1974 aber wieder aufgehoben. Der Titel hatte über den Inhalt getäuscht, denn das Gesetz wollte die Jugendlichen, die strafbare Handlungen begangen hatten, möglichst schonen.

⁶² Volksabstimmung vom 27. September 2009 mit Annahme des Aufhebungsbeschlusses (BBl 2009, 13) bei knapp 68% Ja-Stimmen und durch alle Kantone.

aufgenommenen Bestimmungen über die allgemeine Volksinitiative⁶³, die sich als unpraktikabel erwiesen hat. Dort, wo eine angenommene Verfassungsinitiative dem Gesetzgeber Spielraum lässt, kann dieser versuchen, wenigstens gewisse Mängel zu mildern; zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die Initiativen über die lebenslängliche Verwahrung⁶⁴ und die Unverjährbarkeit pornographischer Straftaten an Kindern⁶⁵, beide eingereicht von nicht-politischen Gruppierungen. Ob die Überprüfungscompetenz der Bundesversammlung reicht⁶⁶, muss in der politischen Debatte nochmals geprüft werden, namentlich hinsichtlich der Frage, ob nur die Verletzung jenes Völkerrechts die Ungültigerklärung rechtfertigt, das zwingend ist und zu dem die Europäische Menschenrechts-Konvention nicht vorbehaltlos gehört⁶⁷.

Die dritte Herausforderung auf die hinzuweisen ist, bildet die vielfach behauptete *Überforderung der Bürgerinnen und Bürger*. Den quantitativen Aspekt kennen wir. Das zeigt die Zahl der Abstimmungsvorlagen der letzten 15 Jahre, die fast fünfmal so gross ist wie jene von 1931 bis 1945⁶⁸. Einer der Gründe ist die wirtschaftliche, die wissenschaftliche und die technische Entwicklung, die den Gesetzgeber zwingt, zu neuen Fragen Stellung zu nehmen. Über Biotechnologie und über Fortpflanzungsmedizin war vor 70 Jahren noch nicht zu entscheiden. Hinzu kommt das kurzfristige Denken; man ändert gewisse Gesetze schon vor ihrem Inkrafttreten, weil man die längerfristige Problematik nicht erkannt hat. Hier krankt die Politik am gleichen Fehler wie die Wirtschaft, in der das Quartal als zeitlicher Bezugsrahmen grosse Bedeutung erlangt hat. In der politischen Tätigkeit erlebt man immer wieder, wie längerfristige Perspektiven weder bei Regierung und Parlament noch in den Medien ein Echo finden. Und schliesslich ist in diesem Zusammenhang der überbordende Individualismus zu erwähnen. Je geringer das gesellschaftliche Einverständnis über bestimmte Verhaltensweisen ist, je mehr muss der Gesetzgeber regeln. Wer nur seine Wertordnung gelten lässt, nur seine Erkennt-

⁶³ BB über die Änderung der Volksrechte, angenommen in der Volksabstimmung vom 9. Februar 2003 mit 70.4% Ja-Stimmen und durch alle Kantone bei einer Stimmbeteiligung von nur 28.7%.

⁶⁴ Art. 123a BV, angenommen in der Volksabstimmung vom 8. Februar 2004 mit 56.2% Ja-Stimmen und der Zustimmung durch 21½ Kantone.

⁶⁵ Art. 123b BV, angenommen in der Volksabstimmung vom 30. November 2008 mit 51.9 % Ja-Stimmen und der Zustimmung durch 18 Kantone.

⁶⁶ Art. 75 BG über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1).

⁶⁷ Zum Begriff des *ius cogens* und der begrenzten Zuordnung der EMRK (0.101): BGE 133 II 461/462 E. 7.3.

⁶⁸ Volksabstimmungen	1994-1998	1999-2003	2004-2008
über Volksinitiativen und/oder Gegenentwürfe	13	32	13
über BB zur Revision der BV	17	7	7
über BG	14	16	16

Zu den Vorlagen 1931-1945: Anm. 21.

nisse und Empfindungen für massgebend hält, nur seine Anliegen als wichtig einstuft, darf sich nicht wundern, wenn der Gesetzgeber die Lücke füllt, die sich aus dem fehlenden Gemeinsinn ergibt.

Die qualitative Überforderung der Stimmberechtigten oder auch der Parlamentarier wird immer wieder ins Feld geführt. Aus persönlicher Erfahrung sei allerdings festgehalten, dass keine ausgeprägte Abhängigkeit vom allseits anerkannten Fachwissen der Verwaltung festzustellen war. So beklagte sich der Direktor eines Bundesamtes einmal – durchaus freundschaftlich – über eine Beratung, indem er sagte, er hätte seine Anwaltsprüfung für sein letztes Examen gehalten, aber die Sitzung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates sei ja noch strenger gewesen. Das Milizprinzip erlaubt, das breite Bildungs- und Erfahrungspotential der Gewählten zu nutzen. Die Qualität unserer Parlamente kann sich gerade aus diesem Grund auch im internationalen Vergleich durchaus sehen lassen.

Und mit den Bürgerinnen und Bürgern ist es nicht anders. So lässt sich am Beispiel – neben anderen – von Abstimmungen über Fortpflanzungs- und Gentechnologie zeigen, wie abwägend die Stimmberechtigten entscheiden, scheiterten doch alle Extrem Lösungen, während differenzierte Rahmenordnungen Zustimmung fanden. Jene, die an einer Abstimmung teilnehmen, wissen sehr wohl zu unterscheiden⁶⁹.

Gleiches erlebt jede Politikerin und jeder Politiker in öffentlichen Gesprächen, vor allem im Zusammenhang mit Gesetzgebungsarbeiten. Zugegeben: wer zu solchen Veranstaltungen kommt, ist interessiert, es ist also eine Auswahl von Personen. Beeindruckend aber ist stets die Qualität der Voten und der Fragen. Reine Zustimmung findet man keineswegs immer, aber das Urteilsvermögen ist beachtlich. Zur Illustration sei ein persönliches Erlebnis geschildert. Vor vielen Jahren wurde ich eingeladen, in einer Zürcher Gemeinde einen Vortrag über Rechtsstaat und Demokratie, ein doch recht abstraktes Thema, zu halten, nicht im Rahmen einer andern Veranstaltung, sondern als einziger Gegenstand des Abends. Es kamen nicht viele Leute, weil gleichzeitig eine Feuerwehübung stattfand. Die Anwesenden hörten dem dreiviertelstündigen Vortrag mit Interesse zu, und in der anschliessenden Diskussion kamen alle grundlegenden Fragen unserer Zeit zur Sprache. Um

⁶⁹	Volksabstimmungen über Biotechnologie und Medizin			Anteil Ja
11.05.1992	Fortpflanzungs- und Gentechnologie	Rahmen		73.8 %
07.06.1998	Genveränderungen	Verbot		33.3 %
07.02.1999	Transplantationsmedizin	Rahmen		87.8 %
12.03.2000	In vitro-Fertilisation und Samenspende	Verbot		28.2 %
02.06.2002	Schwangerschaftsabbruch	begrenzte Zulassung		72.1 %
02.06.2002	Schwangerschaftsabbruch	Verbot		18.2 %
28.11.2004	Stammzellenforschung	strenge Ordnung		66.4 %
27.11.2005	Gentechfreie Landwirtschaft	Moratorium		55.7 %

zehn Uhr musste das angeregte Gespräch abgebrochen werden. Als letzter erhielt ein Gewerbetreibender das Wort, der darlegte, wie er Gesetzesvorlagen studiere und dann erstaunt sei, was nachher alles in den Verordnungen stehe. Von mir wolle er jetzt einmal wissen, was ins Gesetz und was in die Verordnung gehöre. Ich war beeindruckt und sagte ihm, das sei mein Dissertationsthema gewesen⁷⁰, ich werde ihm aber etwas kürzer Auskunft geben. Das Beispiel steht für viele, und so sei zum Abschluss ein Satz zitiert, den mir ein Mitbürger an einer solchen Veranstaltung gesagt hat und den man nicht genug unterstreichen kann: Unterschätzen wir die Bürgerin und den Bürger nicht!

⁷⁰ Vollziehungsverordnungen und gesetzvertretende Verordnungen, Zürich 1956.

Stefan G. Schmid*

DER STAATSRECHTLER ALS GESCHICHTSFORSCHER

Gedanken zum verfassungshistorischen Werk von Alfred Kölz¹

Alfred Kölz pflegte seine Lektüre gründlich zu bearbeiten und mit Kommentaren zu versehen. Die handschriftlichen Notizen und Anstreichungen in seinen Büchern sind für seine weltanschaulichen Überzeugungen im Allgemeinen und für sein Staats- und Geschichtsverständnis im Besonderen überaus aufschlussreich. So möchte ich nur ein Beispiel herausgreifen: In dem in den «Beobachtungen» erneut abgedruckten Artikel über den Politiker und Publizisten Theodor Curti (1848–1914)² erwähnt Kölz die schöne Biographie von Josef Ammann über den «universalen Rapperswiler».³ Auf dem Titelblatt dieses Werks hat Kölz die Notiz: «Leidenschaft für den Staat» angebracht, mit Verweis auf eine Stelle auf Seite 40 des Buches, wo es heisst, Curti habe das Wort von der «Leidenschaft für den Staat» geprägt, und sie habe ihn beseelt.⁴ Es erstaunt nicht, dass diese Stelle Kölz besonders wichtig war. Auch er fühlte sich dem republikanischen und demokratischen Staat eng verbunden

* Assistenzprofessor für Verfassungsgeschichte am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

¹ Überarbeitete und mit Anmerkungen versehene Fassung einer Ansprache anlässlich der Gedenkfeier und Buchvernissage für Alfred Kölz (1944–2003), «Beobachtungen», Universität Zürich Zentrum, Restaurant UniTurm, 29. Mai 2008.

² Alfred Kölz, Über den damaligen Kräften. Theodor Curti (1848–1914) – der universale Rapperswiler, in: Alfred Kölz (1944–2003), Beobachtungen, hrsg. von Monika Kölz, Zürich/St. Gallen 2008, S. 57 ff. (erstmalig veröffentlicht in der «Zürichsee-Zeitung» vom 1. Januar 1998, Sonderbeilage, S. 4).

³ [Josef] Ammann, Theodor Curti, der Politiker und Publizist, 1848–1914. Ein Beitrag zur neueren Schweizergeschichte, Rapperswil o.J. [1930].

⁴ «Die Politik Curti's beherrschte die *Idee*. Er hat das Wort von der «Leidenschaft für den Staat» geprägt. Diese beseelte ihn. Darum hat er die Politik immer von einer hohen Warte aus gesehen, er steckte sich weite Ziele, die unablässig zu verfolgen er nicht abliess, auch wenn ihm der kühl abwägende Verstand sagte, dass eine Verwirklichung in absehbarer Zeit nicht möglich sei.» Curti's «Leidenschaft für den Staat» hatte also eine idealistische Grundlage: «Diesen Idealismus hat Curti seiner Politik zugrunde gelegt, diesem Idealismus entspringt seine «Leidenschaft für den Staat». [...] Aber der Staat war für ihn [...] Mittel zum Zweck» (Ammann [Anm. 3], S. 40, 42). Vgl. auch das Vorwort, S. VI.

und hatte ein ausgeprägtes Staatsbewusstsein, das er – der gebürtige Solothurner – sogar für eine typisch solothurnische Eigenschaft hielt.⁵ Für ihn waren die politischen Wirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten als Staats- und Verwaltungsrechtler denn auch stets verlockend.⁶ Die «vita activa» übte auf den sonst mehr der «vita contemplativa» verpflichteten Beobachter eine besondere Anziehungskraft aus. Wenn er dennoch kein politisches Amt ausüben wollte, hatte dies wohl nicht nur damit zu tun, dass er sich kaum einer Parteidisziplin hätte unterordnen wollen; es hatte vielmehr auch psychologische Gründe. Kölz selbst stellte einmal in einem Aufsatz psychologische Betrachtungen über den Charakter des handelnden Politikers und denjenigen des Staats- und Verfassungstheoretikers an. Er diagnostizierte hier eine Art psychologischer «Unvereinbarkeit»: Den Politiker schilderte er als mit wenig Skrupeln belastete, durchaus auch eigene wirtschaftliche Ziele verfolgende, robuste, gesellige und pragmatische «Kämpfernatur», den Staats- und Verfassungstheoretiker dagegen als skrupulöse, dem Abstrakten und Komplizierten zugeneigte, ausgeprägt individualistische «Leidensnatur» ohne eigene wirtschaftliche Interessen. Der Staats- und Verfassungstheoretiker leide unter bestimmten politischen Zuständen und entwickle aus diesem Leidensdruck heraus Reformideen, ohne aber in der Lage zu sein, diese wirkungsvoll durchzusetzen.⁷ Dass sich Kölz den «Leidensnaturen» verwandt fühlte, erhellt schon daraus, dass die von ihm gegebenen Schilderungen solcher Persönlichkeiten auffallend oft eigentlichen Selbstporträts gleichen. Seine «Leidenschaft für den Staat» ist also vor dem Hintergrund der idealistischen «Leidensnatur», des um die beste Verfassung, die beste politische Ordnung, den besten Staat ringenden Intellektuellen zu sehen; sie ist mithin das Gegenteil der von Kölz auch in seinen «Beobachtungen» entschieden abgelehnten Staatsvergötterung im Hegel'schen Sinn.⁸

Nur eine so verstandene «Leidenschaft für den Staat» hat den Staatsrechtler Alfred Kölz überhaupt dazu motiviert, sein – zusammen mit den beiden Quellenbüchern – rund 2700-seitiges Werk zur neueren Schweizer Verfassungsgeschichte⁹ zu erarbeiten.¹⁰ Die Beantwortung der alten Frage nach dem

⁵ Vgl. Alfred Kölz, Reform der Volksrechte im Kanton Solothurn, in: Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Solothurn 1981, S. 13 ff., 14.

⁶ Vgl. etwa Alfred Kölz, Beobachtungen, in: Alfred Kölz (1944–2003), Beobachtungen, hrsg. von Monika Kölz, Zürich/St. Gallen 2008, S. 3 ff., 20 ff.

⁷ Vgl. Alfred Kölz, Der Verfassungsentwurf von Ludwig Snell als Quelle der Regenerationsverfassungen, in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat. 1789–1798–1848–1998. Historische Abhandlungen, Chur/Zürich 1998, S. 171 ff., 172 f. (erstmalig veröffentlicht in der Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 299 ff.).

⁸ Vgl. Kölz, Beobachtungen (Anm. 6), S. 11.

⁹ Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. I: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992; Bd. II: Ihre Grundlinien

besten Staat bedingt nämlich eine umfassende Kenntnis der geschichtlichen Grundlagen, des historischen Erfahrungsschatzes eines Gemeinwesens.¹¹ Der Fundus unseres Landes ist besonders reich – man denke nur an die unermessliche Vielfalt der direktdemokratischen Einrichtungen in den Kantonen – und umso wertvoller, als die Schweiz eine grosse verfassungsrechtliche Kontinuität aufweist. Das Geschichtsbewusstsein von Kölz war vielleicht auch deshalb so ausgeprägt, weil er die Gegenwart der Vergangenheit schon früh kennengelernt hatte: «Im Solothurn meiner Jugend», heisst es in den «Beobachtungen», «waren die Ergebnisse von Entwicklungen im 19. Jahrhundert allgegenwärtig.»¹² Die Erforschung der Ursprünge, Ideen und Motive, aus denen das geltende Verfassungsrecht hervorgegangen ist, war für ihn Auslegungsmethode, Orientierungshilfe und Inspirationsquelle zugleich: Sie befähigte ihn nicht nur, das geltende Verfassungsrecht zu verstehen, sondern auch Kritik daran zu üben und Änderungsvorschläge zu entwickeln.¹³ So gewann er aus der Untersuchung der Verfassungskämpfe des 19. Jahrhunderts, die er gesprächsweise schildern konnte, als hätte er sie selbst durchfochten, wichtige Erkenntnisse für seine Reformideen. Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Staates bildeten für Kölz eine fast unauflösliche Einheit, oder, wie er es selbst in seinen «Beobachtungen» formuliert hat: Für ihn waren «die Geschichte, die Gegenwart als deren Ergebnis und die Zukunft drei mannigfach miteinander verwobene Welten».¹⁴ Treffend hat Andreas Kley die Kölz'sche Verfassungsgeschichte deshalb als «Arbeitsmittel zur Bewältigung der Gegenwart»¹⁵ beschrieben. Dies erklärt einerseits, weshalb im Lauf der Jahre der Verfas-

in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004; Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Bd. I: Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992; Bd. II: Von 1848 bis in die Gegenwart, Bern 1996. Der erste Textband liegt auch in italienischer und französischer Übersetzung vor: *Le origini della Costituzione svizzera. Dibattiti ideologici e scontri politici fino al 1848*, Locarno 1999; *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Bern 2006.

¹⁰ Vgl. etwa Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bd. I (Anm. 9), S. 615.

¹¹ Vgl. Andreas Kley, *Besprechung von: Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern 2004, *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 55 (2005), Nr. 1, S. 115 f., 116.

¹² Kölz, *Beobachtungen* (Anm. 6), S. 5.

¹³ Vgl. etwa Alfred Kölz, *Vom Veto zum fakultativen Gesetzesreferendum*, in: ders., *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat* (Anm. 7), S. 47 ff., 48, wo er sich gegen die Ansicht verwahrt, «wonach verfassungshistorische Arbeit bloss längst Vergangenes nostalgisch verkläre und dabei einer Zementierung des bestehenden Zustandes Vorschub leiste».

¹⁴ Kölz, *Beobachtungen* (Anm. 6), S. 3.

¹⁵ Kley (Anm. 11), S. 116.

sungsjurist immer mehr auch zum Verfassungshistoriker wurde, andererseits, weshalb man bei Kölz nie den Eindruck hatte, dass er bewusst von der einen in die andere Wissenschaftsdisziplin gewechselt hätte, obwohl er mit seiner Hinwendung zur Verfassungsgeschichte ein Grenzgänger geworden war. Das fächer- beziehungsweise zeitübergreifende Denken war für ihn eine Selbstverständlichkeit.

Die Beantwortung der Frage nach dem besten Staat bedingt allerdings auch ein gewisses Vorverständnis bei der Befragung der geschichtlichen Quellen, auch und gerade ein Vorverständnis in Bezug auf die Werte, die für den besten Staat notwendig sind. Wir dürfen wohl etwas vereinfachend sagen: Diese Werte waren für den frankophilen, von einem «*feu sacré*» beseelten Republikaner und Demokraten Alfred Kölz im Wesentlichen die freiheitlich-demokratischen Forderungen und Errungenschaften von Aufklärung und Französischer Revolution. Die «*rigorose aufklärerische Überzeugungstreue*»,¹⁶ die er Zaccaria Giacometti bescheinigt hat, konnte Kölz jedenfalls auch für sich selbst beanspruchen. Wenn er auf dieser Grundlage zwischen wertvollen und wertlosen oder schädlichen Ideen und Einrichtungen unterschied, so ist dies als eine Voraussetzung des geschichtlichen Verstehensprozesses zu begreifen. Die klare, dem Fortschritt geneigte Werthierarchie hat Kölz ein sicheres historisches Urteil erlaubt, das sein verfassungsgeschichtliches Werk ungemein anregend macht. Sie hat sich auch äusserlich bemerkbar gemacht, indem er fortschrittliche Phasen eingehend schilderte und zuweilen geradezu Begeisterung für revolutionäres Treiben spürbar ist, während reaktionäre Strömungen bedeutend knapper behandelt werden.

Das durch die praktische Kenntnis der staatspolitischen Probleme der Gegenwart sensibilisierte, stark normen- und institutionenbezogene Erkenntnisinteresse unterschied Alfred Kölz und unterscheidet wohl die meisten Staatsrechtler, die Verfassungsgeschichte betreiben, von den – allerdings nicht sehr zahlreichen – Historikern, die sich der gleichen Wissenschaftsdisziplin widmen. Staatsrechtler treten meist mit anderen Fragestellungen an die verfassungsgeschichtlichen Quellen heran, was leider allzu häufig das gegenseitige Verständnis und den wissenschaftlichen Austausch erschwert. Dass die Geschichte eines so zentralen politischen Gegenstands wie der rechtlichen Grundordnung des Staates zusammen mit der gesamten politischen Geschichte von den Historikern in den vergangenen Jahrzehnten abgewertet und vernachlässigt wurde, missbilligte und betrübte Kölz, spornte ihn gleichzeitig

¹⁶ Alfred Kölz, Freiheit und Demokratie. Zum hundertsten Geburtstag von Zaccaria Giacometti, in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat (Anm. 7), S. 211 ff., 223 (erstmalig veröffentlicht in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht 112 [1993], I. Halbbd., S. 143 ff.).

aber auch an, als Staatsrechtler gewissermassen in die Lücke zu springen. Er hat sich dieser Aufgabe mit ansteckender Begeisterung gestellt.

Dass sich Alfred Kölz dabei nicht auf eine isolierte Geschichte formeller Verfassungsnormen beschränkte, versteht sich nach dem Gesagten von selbst. Im Sinn eines materiellen Verfassungsbegriffs beschäftigte er sich vielmehr mit *allen* grundlegenden Rechtsnormen über den Staat und sein Verhältnis zu den Bürgerinnen und Bürgern. Ausgehend von diesem weiten Verfassungsbegriff, hat er die Verfassungsgeschichte stark mit der politischen Ereignis- und Ideengeschichte verknüpft. Kölz führte zum Stellenwert der politischen Ereignisgeschichte aus, es gelte, die politischen und nationalen «Ereignisse» in enger Verbindung mit den jeweils neu geschaffenen Staats-, Verfassungs-, Gesellschafts- und Wirtschaftsstrukturen zu betrachten. Trotz der grossen Bedeutung solcher «Strukturen» dürfe indessen die Wirkung politischer «Ereignisse» nicht unterschätzt werden. Die Französische Revolution habe als politisches Ereignis unermessliche Auswirkungen auf ganz Europa gehabt und den Aufbau neuer, langlebiger Strukturen erst ermöglicht.¹⁷

Es mag auch eigener Erfahrung entsprungen sein, dass Alfred Kölz den Staats- und Verfassungstheoretikern und deren Reformideen eine entscheidende Bedeutung für solche politischen «Ereignisse» beimass. Die theoretischen Analysen und Lösungsvorschläge prägten, so Kölz, zusammen mit den sich in der zeitlichen Abfolge zumeist verschärfenden Problemen den «Zeitgeist», der die geschichtliche Bewegung vorbereite. Diese Bewegung werde durch «Agitatoren» ausgelöst und führe dann zum Erfolg, wenn anschliessend fähige Politiker die Macht übernähmen. Solche «Staatsmänner» seien die Schöpfer von dauerhaften Verfassungen, vor allem, wenn sie sich dabei auf eine gute Theorie stützen könnten.¹⁸ Theorien und Ereignisse haben also ihre Akteure, und Kölz war von deren Bedeutung in der Geschichte überzeugt. Dabei reizte es ihn besonders, diejenigen Persönlichkeiten ins öffentliche Bewusstsein zu rufen und damit wieder lebendig werden zu lassen, welche seines Erachtens gemessen an ihrer Bedeutung zu Unrecht zu den «Verlierern» der Geschichtsschreibung gehören. Zu den von Kölz in diesem Sinn «geförderten» Männern gehörten etwa der bereits erwähnte Theodor Curti, der liberal-radikale Staatstheoretiker und Publizist Ludwig Snell (1785–1854),¹⁹ der radikale Politiker und Staatsrechtler Simon Kaiser (1828–1898),²⁰

¹⁷ Vgl. Alfred Kölz, Einleitung, in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat (Anm. 7), S. 5 ff., 5.

¹⁸ Vgl. Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. I (Anm. 9), S. 156.

¹⁹ Vgl. Anm. 7; ferner Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. I (Anm. 9), passim, insbesondere S. 246 ff.

²⁰ Vgl. Alfred Kölz, Der Staatsrechtler Simon Kaiser (1828–1898), in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat (Anm. 7), S. 199 ff. (erstmalig veröffentlicht in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 204 vom 4. September 1981 und Nr. 207 vom

ein Solothurner «Landsmann» von Kölz, sowie der Bündner Florian Gengel (1834–1905),²¹ der während der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts der wohl bedeutendste Theoretiker der Referendumsdemokratie war. Es war aber auch Kölz, der aufgezeigt hat, welche Bedeutung dem in unserem westlichen Nachbarland zwar berühmten, bei uns aber viel zu wenig bekannten Marie Jean Antoine Nicolas Caritat, Marquis de Condorcet (1743–1794),²² dem «Philosophen des Fortschritts», gerade für die Schweiz zukommt. Für die «Winner»-Typen, wie er sie nannte, konnte sich Kölz dagegen weniger begeistern, weil da keine Pionierarbeit mehr zu leisten war.²³

Pionierhafte Forschungsarbeit leistete Alfred Kölz während vieler Jahre namentlich in dem «gigantischen Steinbruch»²⁴, als den er die Französische Revolution in seinen «Beobachtungen» bezeichnet hat.²⁵ Er konnte dort überraschend viele Bausteine für die Schweiz des 19. Jahrhunderts, auch für die (direkte) Demokratie, entdecken. Kölz hatte den Mut, im Rahmen individueller Forschung, die nach seiner in den «Beobachtungen» formulierten Überzeugung die besten Erkenntnisse hervorbringt,²⁶ die Bausteine der modernen Schweiz in einer synthetisierenden Gesamtdarstellung zu einem monumenta-

8. September 1981); ders., Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. II (Anm. 9), passim.

²¹ Vgl. Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. II (Anm. 9), passim, insbesondere S. 9 ff.

²² Vgl. Alfred Kölz, Fortschritt, unideologisch. Von der Aktualität Condorcets (1743–1794), in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat (Anm. 7), S. 161 ff. (erstmalig veröffentlicht in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 72 vom 26./27. März 1994, S. 67 f.); ders., Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. I (Anm. 9), passim.

²³ Vgl. Kölz, Über den damaligen Kräften (Anm. 2), S. 57.

²⁴ Kölz, Beobachtungen (Anm. 6), S. 7.

²⁵ Die Ergebnisse dieser Forschungsarbeit flossen vor allem in den ersten Band der «Neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte» von 1992 (vgl. Anm. 9) ein, daneben aber auch in verschiedene Einzeluntersuchungen: Alfred Kölz, Die Bedeutung der Französischen Revolution für das schweizerische öffentliche Recht und politische System, in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat (Anm. 7), S. 15 ff. (erstmalig veröffentlicht in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht 108 [1989], I. Halbbd., S. 497 ff.); Alfred Kölz, Die Wurzeln der schweizerischen direkten Demokratie in der französischen und der amerikanischen Revolution, in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat (Anm. 7), S. 37 ff. (erstmalig veröffentlicht unter dem Titel «Die Bedeutung der Französischen Revolution», in: Andreas Auer [Hrsg.], Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 105 ff.). Vgl. auch Alfred Kölz, Wie schweizerisch ist die Schweiz?, in: Alfred Kölz (1944–2003), Beobachtungen, hrsg. von Monika Kölz, Zürich/St. Gallen 2008, S. 65 ff. (erstmalig veröffentlicht in der für das Jubiläumsjahr 1998 geschaffenen Publikation «Die Zeitung», Ausgabe 4/1998, S. 16 f.).

²⁶ Vgl. Kölz, Beobachtungen (Anm. 6), S. 6.

len Gebäude aufzuschichten. Auf seinem – ohne jeden modischen wissenschaftlichen Jargon verfassten – Opus magnum werden hoffentlich noch zahlreiche weiterführende Untersuchungen zu Einzelfragen aufbauen. Diese mögen das eine einmal korrigieren, das andere vielleicht sogar umstossen, denn die Erforschung der Verfassungsgeschichte der modernen Schweiz bleibt eine andauernde Aufgabe der Forschungsgemeinschaft. Das Wesentlichste aber wird ohnehin bleiben: Kölz hat hierzulande der Verfassungsgeschichte als Wissenschaft ihre Stellung zugewiesen. Er hat uns eindrucksvoll gezeigt, dass deren Kenntnis unabdingbar ist für das volle Verständnis der heutigen Staats- und Verfassungsordnung, weil sie zu einem wesentlichen Teil in der rechtlichen und politischen Gegenwart der Schweiz fortwirkt, und dass sie einen unverzichtbaren Erfahrungsschatz darstellt, ohne den anstehende staatspolitische Probleme nicht zu lösen sind.

MISCELLANEA

*Benoît Pélopidas**

CIRCONSCRIRE CE QUI SE DEPLOIE

Un essai de définition distinctive du concept d'empire

Dans le débat politique et intellectuel récent, le concept d'empire a été utilisé a tort et à travers tantôt par des analystes, des polémistes ou des acteurs politiques de sorte qu'on peine à le distinguer des concepts connexes d'*hegemon*, de grande puissance, de *cosmopolis* ou d'une politique extérieure spécifique qu'on appelle impérialisme. C'est pourquoi ces pages s'emploient à circonscrire l'empire, que l'on peut approcher en première analyse comme la traduction historico-politique de l'idée de déploiement.

Précisons la nature du projet qui sous-tend cette entreprise de définition. Elle entend d'une part proposer un concept distinct de ceux d'*hegemon*, de grande puissance, d'impérialisme, et sera amenée à se positionner par rapport à celui de *cosmopolis*. C'est ainsi que la finitude de l'empire, qui apparaît à première vue comme son destin propre, ne pourra être retenue. Que dit-elle au fond si ce n'est que toute forme politique est aussi historique ? Elle naît, se déploie, décline et meurt. Les spécificités résident dans les modalités et le rythme du déploiement comme du déclin. D'autre part, nous éprouverons sa validité en tant qu'idéal-type à partir d'un cas paradigmatique que nous identifierons ici à l'empire romain. En parlant d'idéal-type, nous mesurons les limites d'une approche trop stricte des catégories qui incite à les abandonner hâtivement sitôt que l'une des composantes est absente du cas étudié. On risquerait alors de manquer ce que Wittgenstein désignait comme les « airs de familles », au sein desquelles aucun caractère n'est partagé par la totalité des membres, bien que la majorité d'entre eux correspondent à une majorité des caractères associés à la catégorie.¹ Consciente de ce risque, notre approche

* Assistant de philosophie du droit à l'Université de Genève et auteur, avec Didier Chaudet et Florent Parmentier dans *L'empire au miroir. Stratégies de puissance aux Etats-Unis et en Russie*, Genève, Droz, 2007.

¹ Ludwig Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, §67, traduit par Françoise Dastur *et alii.*, Paris, Gallimard, 2004, p. 64. Voir plus largement les paragraphes 65 à 75. Pour une exploration de ces problèmes et des pistes de solutions, cf. David Collier et James E. Mahon Jr, «Conceptual Stretching Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis», *American Political Science Review*, 87 (4), 1993, p. 845-855.

distingue et explicite six noyaux de sens qui permettent d'échapper aux écueils classiques des entreprises de définition de l'empire.

En effet, quiconque tente de saisir l'empire s'expose à deux périls symétriques. D'un côté, l'objet paraît insaisissable, ce qui conduit la plupart du temps à faire confiance à l'auto-désignation. Est empire ce que son souverain et ou ses ennemis nomment comme tel. Cela conduit à accorder au Royaume de Bokassa le statut d'Empire mais à le refuser à l'Union soviétique et à Rome dont le seul titre, officieux, du temps d'Auguste était le Principat². D'un autre côté, la réduction est tentante, à une seule de ces dimensions. Ce peut être celle qui paraît la plus immédiate, à savoir l'étendue du territoire, ou la domination du centre sur la périphérie réifiée sous le vocable d'impérialisme qui hérite du marxisme-léninisme prolongé par les théoriciens de la dépendance et les études post-coloniales.³

C'est pourquoi nous nous proposons de procéder à une anatomie de l'empire, persuadés que ce qui distingue l'empire doit se comprendre simultanément à trois échelles : des caractéristiques politiques durables, une évolution dans le temps et l'espace mais aussi la conviction originaire partagée par ses sujets d'une vocation impériale de transformation du monde.

1a. Commençons par le primat de l'Empire. On peut l'aborder sous trois angles. Il suppose un *ordre du monde connu*, que l'on peut qualifier d'*unipolaire*. Au sein de cet ordre, l'empire sera donc la *première des puissances*, consciente de son rang.⁴ Ce primat se traduira en termes spatiaux par une *domination quasi-globale* du monde connu.⁵ Précisons aussitôt que

² Claude Nicolet, *L'inventaire du monde : géographie et politique aux origines de l'empire romain*, Paris, Fayard, 1988, p. 27.

³ Pour une étude plus approfondie des agglutinations à l'œuvre entre empire et les concepts connexes dans les discours contemporains et des stratégies de définition qui y président, cf. Benoît Pélopidas, « Tout empire. Ou comment ce concept a perdu sa spécificité et pourquoi il est urgent de la restaurer », à paraître.

⁴ Charles Maier note à juste titre que « l'empire requiert la suprématie militaire », *Among Empires. American Ascendancy and its Predecessors*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 70 (Notre traduction).

⁵ « D'abord l'étendue, condition première pour l'emploi du mot. C'est l'espace qui constitue la marque distinctive de l'Empire » écrit par exemple Jean Tulard dans le premier volume de *Histoire générale des systèmes politiques* qu'il dirige : *Les Empires occidentaux de Rome à Berlin*, Paris, PUF, 1997, p. 11. Cette idée ce retrouve fréquemment, notamment chez Salomé Zourabichvili, qui parle de « cet empire qu'était l'Union soviétique, rien de moins qu'un sixième des terres émergées », *Les cicatrices des nations*, Paris, Bourrin, 2008, p. 11-12 et Henry Laurens, *L'empire et ses ennemis. La question impériale dans l'histoire*, Paris, Seuil, 2009, p.15.

l'absence d'un empire universel ne réfute pas la catégorie, mais nous force à la délimiter plus précisément : la forme politique susceptible d'englober la totalité des êtres vivants en ce monde serait en effet une *cosmopolis* plutôt qu'un empire. Si l'on admet que des empires ont existé un jour, ils ont eu des rivaux au moins potentiels. Ainsi, il semble que l'empire géographiquement le plus étendu ait été l'empire britannique au début du XX^{ème} siècle, régnant sur près de 70% de la surface du globe, du fait de sa marine très développée.⁶ Dans le cas romain, il convient d'abord de reconnaître que Rome au sommet de sa gloire était clairement une puissance dominant le monde à l'échelle de ce que les communications permettaient alors. L'appréciation postérieure des rapports de puissance établit ainsi que les Han, qui coexistent avec Rome, de l'autre côté du monde, ne la surpassent ni sur le plan économique ni sur le plan militaire.⁷ Les contacts minimales entre les deux suggèrent que les empires rivaux, lorsque leur existence était connue, étaient considérés comme des humains non accomplis. Dans le cas romain, l'*humanitas* distingue les deux grands types d'êtres humains : ceux qui vivent à l'état sauvage comme des Barbares et ceux qui ont été améliorés par la culture.⁸ Ainsi, Rome considérait son voisin Parthe comme « un despotisme oriental, une ethnie barbare, vantarde et bariolée. »⁹ L'empire romain pensait le *dominium mundi* de manière paradoxale. Dominic Lieven l'écrit en ces termes : « Aux yeux des Romains, l'Empire romain était une monarchie universelle. Il couvrait le globe entier, ou au moins toutes les parties qui valaient la peine que l'on s'en soucie. »¹⁰ D'un autre côté, ils maintenaient que Rome régnait sur la totalité du monde et croyaient leur conquête évidemment légitime, au moins jusqu'à Saint Au-

⁶ Amy Chua, *Day of Empire, How Hyperpowers Rise to Global Dominance and Why they Fall*, New York, Doubleday, 2007, p. 205.

⁷ *Ibid.*, p. xxii.

⁸ A l'époque cicéronienne, le terme *humanitas* n'a pas d'équivalent en Grec et signifie à la fois l'appartenance à l'espèce humaine, la bienveillance envers le semblable et la Civilisation, entendue comme tout ce qui dans l'histoire romaine, a fait grandir l'humanité en tant que telle. Cf. Antoinette Novara, « La pensée romaine de l'histoire », *L'art du comprendre*, 17, 2008, p. 93.

⁹ Paul Veyne, « L'empire romain » dans Maurice Duverger (dir.), *Le concept d'empire*, Paris, PUF, p. 123. Pour une approche des préjugés romains sur les autres peuples, cf. J.P.V.D. Balsou, *Romans and Aliens*, Londres, Gerald Duckworth & co., 1979 et Adrian Sherwin-White, *Racial Prejudice in Imperial Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

¹⁰ Dominic Lieven, *Empire: the Russian Empire and its Rivals*, New Haven, Yale University Press, 2000, p. 9. Notre traduction. Cette même idée se retrouve chez Bertrand Badie qui écrit que « Rome, en se présentant comme *dominium mundi*, récusait déjà la légitimité du principe de fragmentation territoriale. La cartographie impériale présentait l'Empire, sinon comme un tout, du moins comme la partie essentielle du monde. », *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1995, p. 27.

gustin.¹¹ Ainsi, les *Res Gestae* d'Auguste affirment dès leur première phrase la maîtrise de la terre habitée (*orbis terrarum*) et la prouvent ensuite par une énumération géographique.¹² D'un autre côté, les Romains savaient parfaitement que d'autres peuples éduqués existaient et que la frontière orientale de l'empire laissait de côté plus de la moitié de ce qu'ils considèrent comme les terres émergées. Les marchands romains admiraient même les mœurs douces des Chinois et leur Grande Muraille. Strabon illustre ce paradoxe lorsqu'il affirme à la fois que tous les peuples extérieurs à l'empire sont des Barbares et que les Indiens sont civilisés. Prendre la juste mesure de ce paradoxe revient à reconnaître qu'il n'y a là qu'une hyperbole dont on ne trouve trace qu'une fois dans le *Digeste*.¹³ En ce sens, l'empire se veut le pôle d'attraction et le point de référence. Ainsi, au cours du premier siècle après Jésus-Christ, les notions d'*orbis terrarum* et *imperium* étaient considérées comme identiques.¹⁴ D'ailleurs, Rome s'étend sur une partie de l'Europe, une partie de l'Asie et le Sahara, ce qui interdit de limiter l'Empire à une aire culturelle.¹⁵

Par ailleurs, l'étendue distingue l'empire, de l'*hegemon* mais aussi de la *cosmopolis* : il se présente comme une catégorie intermédiaire entre le premier, qui demeure régional, et la seconde qui a déjà assis sa domination sur la totalité du monde. Polybe, lorsqu'il rendait compte de l'histoire romaine au II^{ème} siècle avant notre ère, soulignait déjà cette exception d'avoir réussi à dominer non pas des portions, mais la quasi-totalité du monde connu. Terminus, le Dieu des frontières, n'aurait pas assisté à la naissance de Rome.¹⁶ Dante cristallise cette dimension globale, au moins comme horizon, dans la conception qu'il propose d'un empire universel.

1b. Les espaces conquis doivent être reliés au cœur impérial et aménagés par le nouvel occupant. L'empire apparaît alors comme *une forme politique administrée dont le centre exerce une domination sur la périphérie*. C'est le premier aspect du concept d'impérialisme, par lequel on caractérise le plus communément l'empire¹⁷. A des fins de clarification, nous parlerons de *domi-*

¹¹ Paul Veyne, « *Humanitas* : les Romains et les autres » dans Andrea Giardino (dir.), *L'homme romain*, Paris, Seuil, 1992, p. 440-442.

¹² Claude Nicolet, *L'inventaire du monde*, *op. cit.*, p. 39.

¹³ Richard Tuck, *The Rights of War and Peace*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 58.

¹⁴ Cf. Robert Folz, *The Concept of Empire in Western Europe from the Fifth to the Fourteenth Century*, Westport, Greenwood Press, 1969, p. 4.

¹⁵ Jean Baechler, *Esquisse d'une histoire universelle*, Paris, Fayard, 2002, p. 117.

¹⁶ Amy Chua, *Day of Empire*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷ Cf. la définition de Michael Doyle : « L'Empire [...] est une relation, formelle ou informelle, dans laquelle un Etat contrôle la souveraineté effective d'une autre société politique. », *Empires*, Ithaca, Cornell University Press, 1986, p. 45. Même les définitions de l'Empire qui insistent le plus sur l'aspect informel conservent ce

nation impériale. Elle se fonde bien souvent sur une relation centre-périphérie, le premier dominant la seconde. Dans les années 1970, les travaux de Johan Galtung¹⁸ disjoignent cette relation du développement du capitalisme et distinguent non seulement des nations du centre et celles de la périphérie mais aussi un centre et une périphérie au sein même de ces deux types de nations. Ce travail permet de distinguer l'empire d'un Etat multinational : les périphéries n'ont pas de relations politiques entre elles – ces relations peuvent être économiques ou culturelles – mais seulement avec le centre, et ce sont des relations de subordination. De même, elles n'ont pas de relations directes avec l'extérieur de la zone impérialisée. Ainsi, les traités de paix imposés par Rome avaient pour but de rendre les périphéries économiquement dépendantes du cœur impérial et, pour ce faire, leur interdisaient de commercer entre elles.¹⁹ Sur le plan sociologique, cela implique des élites distinctes, l'une étant associée au cœur impérial, d'autres aux différentes périphéries.

1c. Cette domination présente une contrepartie, que l'extension territoriale de l'empire peut élever au rang de *fonction stratégique impérative*, celle de *garantir la paix à ses sujets*. Les Romains ont pris conscience de cette obligation (*paci imponere morem*) lorsque les provinces conquises ont décidé de se soumettre²⁰. Et il faut reconnaître que la *pax romana* et la diffusion du droit romain ont permis la paix et la stabilité à une échelle sans précédent.²¹ On peut encore une fois faire remonter à Dante l'ambition d'une paix universelle par l'empire universel. Il justifie la méthode de son traité *de Monarchia* en ces termes, qui valent aussi comme définition de l'empire : la paix universelle est nécessaire « comme un signe marqué à l'avance à partir duquel tout ce qui doit être démontré est résolu comme en sa vérité la plus manifeste. »²² Cette vocation de l'empire est évidemment ternie par l'absence effective d'un empire universel. Remise dans une perspective diachronique, elle s'apparente plutôt à un déplacement permanent des zones de conflits, qui

schéma : « les Empires informels sont des structures d'autorité politique transnationale qui combinent un principe égalitaire de souveraineté *de jure* avec un principe hiérarchique de contrôle *de facto* » peut-on lire de la plume d'Alexander Wendt et Daniel Friedheim («Hierarchy under Anarchy: Informal Empire in the Eastern German State », *International Organization* 49 (4), 1995, p. 695.) Les traductions sont les nôtres.

¹⁸ Johan Galtung, «A Structural Theory of Imperialism», *Journal of Peace Research*, 8 (2), 1971, p. 81-117.

¹⁹ Amy Chua, *Day of Empire*, *op. cit.*, p. 35.

²⁰ Paul Veyne, « *Humanitas* : les Romains et les autres », *op. cit.*, p. 444.

²¹ Amy Chua, *Day of Empire*, *op. cit.*, p. 34.

²² Dante Alighieri, *Monarchia* a cura di Bruno Nardi in Dante Alighieri, *Opere minori*, tome II, Riccardo Ricciardi, Milano-Napoli, 1979, I, IV, 6. La traduction est de Bruno Pinchard.

suivent les frontières (le *limes* romain) de l'empire en extension, comme nous allons le voir, et à la cessation temporaire du conflit à l'intérieur desdites frontières.

Cette dimension achève de caractériser l'empire comme un système politique au sein d'un ordre mondial, exerçant une autorité sur un territoire et une population délimitée à qui il garantit la paix en contrepartie de sa sujétion. Il apparaît alors comme une entité politique qui unifie plusieurs entités précédemment disjointes. Mais il nous faut alors prendre en compte la fécondité historique de la figure impériale, qui requalifie considérablement la paix que nous évoquons ici. Le territoire de l'empire allant croissant, la zone de non-guerre connaît la même dynamique. Mais pour l'empire aussi, les envahisseurs sont toujours aux portes.

2a. L'extension spatiale de l'empire suppose en effet *une dynamique historique de conquête* : l'impérialisme, dans sa deuxième acception. C'est le revers de la médaille. Comme l'écrit Jean Baechler, « la phase précédant la naissance de l'empire a toutes les chances de correspondre à un paroxysme militaire et guerrier. »²³ Cette dimension apparaît dans presque tous les travaux consacrés à l'empire comme sa pathologie propre²⁴, mais on a trop tôt fait de réduire l'un à l'autre ou de définir l'un par l'autre ou l'autre par l'un de manière circulaire. On oublie alors les alliances, plus ou moins provisoires, que peut contracter l'empire, et la possibilité d'acquérir des territoires par l'achat ou le mariage inter-dynastique.²⁵ D'ailleurs, l'idée de Jean Baechler vaut pour chaque zone conquise prise isolément mais semble difficile à transposer à l'empire dans son entier. Elle néglige le mouvement perpétuel de l'empire et opère une dichotomie trop tranchée entre l'avant et l'après, la guerre et la paix. Nous envisageons plutôt cette dimension dans les termes de Charles Maier : « L'empire est assez grand pour que les zones de violence et les zones de pacification puissent habituellement être maintenues séparées. »²⁶

Nous préférons le terme d'*expansionnisme*, moins immédiatement polémique, pour qualifier cette dimension. En effet, la nature guerrière de cette conquête est à nuancer en fonction du type de domination qu'il s'agit d'établir. On comprend en tous cas deux choses. D'une part, comme nous l'apercevions plus haut, l'empire ne peut pas s'identifier à la *cosmopolis* parce qu'il se vit comme une puissance en déploiement alors qu'elle est une

²³ Jean Baechler, *Esquisse d'une histoire universelle*, *op. cit.*, p. 109.

²⁴ Charles S. Maier se fait l'écho de cette pathologie lorsqu'il écrit que « l'élément vital des empires est le sang », *Among Empires*, *op. cit.*, p. 20, notre traduction.

²⁵ Alexander J. Motyl, *Imperial Ends, The Decay, Collapse and Revival of Empires*, New York, Columbia University Press, 2001, *op. cit.*, p. 33-35.

²⁶ *Ibid.*, p. 23. (Notre traduction).

forme politique achevée. S'il aspire à dominer le tout du monde, il ne faut pas y voir un terme définitif, l'appel d'une fixité. C'est sur ce plan aussi que l'on peut distinguer l'empire de l'*hegemon* : le premier ne définit pas *a priori* un terme à son extension, contrairement au second.²⁷

2b. La dynamique stratégique de l'empire ne nous est apparue jusqu'alors que sur le mode impératif, en termes de pacification ou d'expansionnisme.

Mais si impératif il y a, l'empire ne se maintient que parce qu'il est animé d'une *volonté en acte*, d'un projet politique délibéré et résolu. Il ne doit pas être réduit par des théories téléologiques à un mouvement mécanique et inévitable qui le conduirait nécessairement de la naissance à la mort. Car seules les deux extrémités de la trajectoire sont communes à toutes les formes impériales. Quelle est donc la nature de ce projet? Tout d'abord, il épouse le mouvement historique d'extension et de conquête. L'empereur ne subit pas cet impératif d'extension que nous venons de décrire, sauf au cours de la période de déclin où elle devient une fuite en avant pour protéger le cœur impérial. Notre argumentaire s'appuie sur le travail de Dante parce que sa conception de l'Empire redonne sa place au projet politique partagé.²⁸ L'Empereur est le « *cavalcatore de la umana voluntade* » [le chevaucheur de la volonté humaine].²⁹ D'ailleurs, si l'historiographie romaine oppose une histoire providentielle et une autre tout humaine, dans les deux cas, l'intelligence active des

²⁷ « Tout comme l'empire d'Alexandre, l'Empire romain, puis les empires de Chine ne connaissent en fait que des barrières physiques », écrit Bertrand Badie, *La fin des territoires*, *op. cit.*, p.28. On peut y voir la marque de l'illimitation *a priori*.

²⁸ Nous sommes parfaitement conscients du fait que Dante considérait aussi la domination romaine sur le monde comme une manifestation de la Providence Divine qui était supposée durer toujours. Cette dimension de son œuvre que nous choisissons de laisser de côté ne doit pas occulter l'autre contribution majeure du poète philosophe. En effet, Dante a conceptualisé la dimension civique et politique de l'empire, opposée à l'aspect religieux et transcendant, dans sa *Monarchie* (1310) qui prend l'Empire romain comme exemple. Pour une discussion plus en profondeur de ces aspects, cf. Thierry Ménissier, « *Monarchia* de Dante. De l'idée médiévale d'empire à la citoyenneté universelle » dans Thierry Ménissier (dir.), *L'idée d'empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 87 et 95. Pour une approche synthétique des vues de Dante sur l'Empire, qui postule une cohérence entre le *Convivio*, la *Commedia* et la *Monarchia*, et qui critique sa vision exclusivement apologétique de l'Empire romain, cf. Charles Till Davis, « Dante and the Empire » dans Rachel Jacoff (dir.), *The Cambridge Companion to Dante*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 67-79.

²⁹ Dante Alighieri, *Convivio*, IV, IX, 10, in Dante Alighieri, *Opere minori*, tome II, *op. cit.*

hommes, leurs expériences et leurs inventions sont célébrés comme facteurs de progrès historiques.³⁰

L'empire nous apparaît maintenant comme une modalité spécifique d'exercice de la puissance sur la scène du monde, qui se déploie dans la durée historique. Reste à donner un sens partageable à cette odyssee.

3. L'empire implique enfin *l'inscription des caractéristiques énumérées ci-dessus dans un récit partagé qui illustre la vocation impériale à transformer le monde*. C'est pourquoi il ne saurait se limiter à une violence pure. Il désigne la mise en récit de cette violence et la création d'un lien politique autour d'une vocation commune articulée à une fondation. Ce récit illustre la volonté fédérative³¹ de l'empire qui peut également le distinguer de l'*hegemon*. L'étude de son avatar romain suggère que l'appel d'empire peut être séduisant et entendu.³² Et la vocation impériale s'inscrit dans une compréhension de l'histoire propre à Rome, qui repose sur sa transmission de génération en génération.³³ Précisons qu'en dépit d'un contresens courant, le lien impérial n'est pas nécessairement une vérité transcendante de sorte que le prosélytisme religieux ne saurait être associé à l'empire de manière nécessaire.

Etablir la volonté intégrative, c'est d'abord dépasser la logique de l'entre-soi. Nous avons vu que Rome s'étendait bien au-delà d'une aire culturelle unique. L'exemple romain est particulièrement pertinent sur ce plan car « de toutes les hyperpuissances de l'histoire, [il] s'est approché au plus près de la solution du problème de la création d'une identité partagée susceptible de générer la loyauté de ses sujets les plus lointains. »³⁴ Suffit-il de dire que l'empereur Trajan n'est pas né à Rome mais sur les terres qui deviendront

³⁰ Cf. Antoinette Novara, « La pensée romaine de l'histoire », *op. cit.*, p. 94-107.

³¹ Ce critère appellerait à distinguer l'empire de la fédération. Cela fera l'objet d'un travail ultérieur. Pour des propositions dans ce sens, cf. Olivier Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, qui envisage la fédération comme une forme politique alternative à l'empire, Anthony Pagden, *Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France 1500-1800*, New Haven, Yale University Press, 1995, chap. VII et Catherine Larrère, « L'empire entre fédération et république », *Revue Montesquieu*, 8, 2006, p. 111-136.

³² Cet appel a séduit davantage lorsqu'il provenait de Rome que de toute autre puissance antique de sorte que les élites de la périphérie envoyaient leurs enfants à l'école à Rome et ambitionnaient d'en faire des citoyens romains. Amy Chua, *Day of Empire*, *op. cit.*, p. 43.

³³ Cf. Antoinette Novara, « La pensée romaine de l'histoire », *op. cit.*

³⁴ Amy Chua, *Day of Empire*, *op. cit.*, p. 330 (Notre traduction). Sur la tolérance et les modalités d'intégration dans la période du haut Empire, voir particulièrement p. 29-58.

l'Espagne ? De même, elle a recruté ses généraux parmi les Germains à la fin de l'Antiquité.³⁵ Si les Romains ne croyaient en aucun cas à l'égalité des peuples et des hommes et si leur projet prenait la forme de l'assimilation au nom de l'*humanitas*, cette assimilation était ouverte aux apports des autres cultures de sorte que la structure sociale romaine ne cantonnait pas les individus au rang attribué par leur naissance. Même les barbares, les esclaves et les prisonniers de guerre pouvaient être intégrés s'ils choisissaient de devenir sujets de Rome, indépendamment de leur origine ethnique. On connaît l'histoire fameuse, déjà racontée par Montesquieu, de ce fils de propriétaire terrien berbère de Tiddis : Quintus Lollius Urbicus. Il a gravi peu à peu l'échelle sociale romaine, traversant l'Afrique du Nord, l'Asie, la Judée, jusqu'à devenir gouverneur de Bretagne. De là, il a conduit les troupes impériales en Ecosse, étendant les frontières de l'empire. A la fin de sa vie, il est devenu préfet de Rome.³⁶ Ce récit édifiant illustre que les différences ethniques n'étaient pas rédhibitoires pour les Romains. Il en a été de même pour les croyances religieuses, alors que différentes formes de paganisme ont coexisté avec des minorités juives, chrétiennes et musulmanes jusqu'à la grande persécution des Chrétiens décidée par Dioclétien en 303 que suivront les persécutions des autres religions avec la christianisation de l'empire et l'exclusive du monothéisme. (D'autres grands empires, notamment l'empire hachémite, ont pratiqué une tolérance religieuse analogue.³⁷) Le projet assimilateur de Rome s'illustre aussi au niveau collectif : un village barbare qui décide de devenir romain acquiert un statut identique à celui d'une ville romaine.³⁸ Cette dimension intégrative existe avant même l'édit de Caracalla (*Constitutio Antoniniana*) de 212 qui octroie la citoyenneté romaine à tous les citoyens libres de l'empire. Pierre Cordier parle ainsi de la cité romaine comme d'une « communauté juridique agglutinante »³⁹, qui n'exclut pas

³⁵ Paul Veyne, « *Humanitas* : les Romains et les autres », *op. cit.*, p. 448. Il serait toutefois faux de les assimiler à des relativistes sur le plan religieux comme pour le reste. La valorisation de l'*humanitas* impliquait que certaines pratiques soient considérées comme intolérables. C'est ainsi que le Sénat romain a interdit le sacrifice humain pratiqué par certains druides. Des raisons plus politiques ont également contribué à borner la tolérance religieuse des Romains. Amy Chua, *op. cit.*, p. 49.

³⁶ Amy Chua, *Days of Empire*, *op. cit.*, p. 40-41.

³⁷ *Ibid.*, p. 8-15. Cette appréciation vaut de 559 à 486 avant Jésus-Christ, pour les règnes de Cyrus le Grand, Cambyse et Darius.

³⁸ *Ibid.*, p. 452.

³⁹ Pierre Cordier, « L'empire romain : le pluriel et le singulier » dans Thierry Ménissier (dir.), *L'idée d'empire dans la pensée politique, historique, juridique et philosophique*, *op. cit.* Charles Maier corrobore ces éléments lorsqu'il écrit que « l'empire offre de nouvelles possibilités d'ascension. Il insiste sur l'égalité plus grande accordée à ceux à l'intérieur des frontières : des droits de citoyenneté plus étendus et, au moins initialement, un accès facilité aux rangs supérieurs. », *Among Empires*, *op. cit.*, p. 20 (Notre traduction).

systématiquement les femmes.⁴⁰ Quelque contrainte qu'elle fût, l'intégration autorise les prisonniers de guerre, voire les esclaves, à acquérir la citoyenneté romaine complète si le maître le décide. Les Grecs reconnaissent d'ailleurs l'assimilation du vaincu comme une spécificité romaine.⁴¹ Plutarque fait remonter ce type d'extension de la citoyenneté à Romulus. Sous l'empire, la citoyenneté romaine exige une citoyenneté locale mais ne s'y substitue pas, ce qui révèle une autre facette de la dimension intégrative du modèle romain.⁴² – Un succès analogue dans l'octroi d'une citoyenneté partagée pour unifier l'empire se retrouve un millénaire plus tard sous l'empire britannique au moins jusqu'en 1890⁴³. – Enfin, une fois établi que l'empire romain s'étendait au-delà d'une sphère culturelle unique et qu'il offrait des possibili-

⁴⁰ « L'empire offrait aux femmes [...] un sens de l'accomplissement spécifique à leur genre. », *Ibid.*, p. 46. (Notre traduction.) Il faut toutefois reconnaître qu'elles n'avaient pas le droit de vote ou de porter la toge. Amy Chua, *Day of Empire*, *op. cit.*, p. 34.

⁴¹ L'armée était l'illustration la plus évidente de cette intégration. Sa diversité de coutumes et de langues était parfois critiquée (Cf. Tacite, *Histoires*, 2, 37) mais la loyauté de ces « Romains incomplets » s'est révélée décisive pendant la longue crise du III^{ème} siècle après Jésus-Christ. (Cf. Jean-Michel Carré, « Le soldat » dans Andrea Giardina (dir.), *L'homme romain*, *op. cit.*, surtout p. 140-141.) Reconnaissons toutefois que l'assimilation n'était que l'une des deux stratégies de Rome face au vaincu, la seconde consistant en une destruction pure et simple. Paul Veyne, « *Humanitas* : les Romains et les autres », *op. cit.*, p.435. On se souvient ainsi de la destruction emblématique de Carthage après la troisième guerre punique.

⁴² Pierre Cordier, « L'empire romain : le pluriel et le singulier », *op. cit.*, p.72. Il mentionne le cas du médecin personnel de Pline l'Ancien, l'Égyptien Harpocras, à qui l'empereur Trajan accorde la citoyenneté alexandrine pour lui permettre de recevoir la citoyenneté romaine. Le principe de la double citoyenneté est introduit sous César et Auguste, soit aux débuts de l'empire comme forme institutionnelle reconnue. Séleucos de Rhosos est le premier cas connu en détail qui reçoit en 41 av. J. C. le plein droit de cité romaine sans perdre celui de sa cité d'origine, mais on peut également citer Antipater et son fils le roi Hérode, qui ont naturellement conservé leurs fonctions et leur citoyenneté en Judée. Avant cela, sous la République, la citoyenneté romaine était apparemment incompatible avec une autre citoyenneté. En effet, un citoyen romain admis dans une autre cité se privait de la citoyenneté romaine (*Inter alia*, Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} édition 2002, p.184 ; J. A. Crook, *Law and Life in Rome 90 B.C. to A. D. 212*, Ithaca, Cornell University Press, 1984 [1967], p.39.) Inversement, un pérégrin, qu'il ait été grec, gaulois ou ibère, recevant à titre individuel la citoyenneté romaine comme récompense pour services rendus à Rome, perdait sa citoyenneté d'origine et devenait un étranger dans sa propre ville s'il décidait d'y rester au lieu de s'établir en territoire romain.

L'auteur tient à remercier le professeur Pierre Sánchez de l'Université de Genève pour ses éclaircissements précieux sur ces aspects.

⁴³ Niall Ferguson, *Empire: How Britain made the Modern World*, Londres, Allen Lane, 2003.

tés d'intégration aux peuples conquis, à l'échelle individuelle et collective, indépendamment de leurs croyances religieuses ou de la condition sociale des hommes concernés, il convient d'observer que l'identité romaine elle-même n'est pas close et agrège des éléments étrangers. Sa relation à la culture grecque est significative. Elle conduit Paul Veyne à parler d'un « Empire gréco-romain », soulignant que le Grec et le Latin étaient pensés comme un couple (*utraque lingua*) à Rome.⁴⁴ En effet, depuis Cicéron, au premier siècle après Jésus-Christ, les Grecs ont été un modèle de raffinement⁴⁵ pour les Romains au niveau des mœurs alors que ces derniers concevaient toujours la rusticité et la rudesse comme deux qualités requises à la survie sur le champ de bataille.⁴⁶

Nous employions le terme de récit parce qu'il renvoie à la fondation et à la vocation de l'empire. Et c'est un élément distinctif, car comme l'écrit Philippe Forget, « toutes les figures du soi collectif n'ont pas portée historique; quand leur totalisation est trop achevée, leur économie herméneutique trop circulaire, elles se voient privées d'une indétermination pourtant nécessaire à la productivité historique. »⁴⁷

La compréhension qu'a l'empire de son devenir historique est toute spécifique et se révèle incompatible avec certaines formes de prosélytisme religieux. Cette dynamique a en commun avec le récit chrétien des quatre royaumes évoqué plus haut l'idée d'un porteur de l'universel, à cela près que ce sens universel n'est pas déjà écrit aux yeux des Romains. Il est à construire dans l'agir historique.⁴⁸ « L'empire n'est pas mû par la soif de la parousie ni

⁴⁴ Paul Veyne. *L'empire gréco-romain*, Paris, Seuil, 2005, p. 11.

⁴⁵ La notion romaine d'*humanitas* vient de la vertu grecque *philanthropia*, apparue au IV^{ème} siècle avant Jésus-Christ. Même si Paul Veyne pense qu'elle n'a pas d'impact réel sur la façon dont les Romains guerroyaient, elle influence en profondeur la façon dont ils présentent leurs actions, en particulier au cours des quatre siècles qui précèdent l'Empire. Paul Veyne, « *Humanitas* : les Romains et les autres », *op. cit.*, p.430 sqq.

⁴⁶ Le Latin est resté la langue militaire officielle même dans l'Orient hellénophone. Le rôle spécifique de la sueur (*sudor*), est également révélateur. Elle est une preuve de l'engagement du soldat au service de l'empire, de même que son renoncement au confort civil, qui n'est pourtant pas du tout apprécié par les civils. Sans perdre leur spécificité militaire synonyme d'un rapport particulier à l'empereur, les soldats ont tenté de remodeler leur image, en vain. Malgré l'évolution de leur représentation posthume qui les présente comme des hommes de culture plutôt que des guerriers frustes et violents, la perception de la population n'a guère évolué et la rusticité est restée attachée à l'image des militaires. Cf. Jean-Michel Carré, « Le soldat », *op. cit.*, p.159-170.

⁴⁷ Philippe Forget, « Herméneutique et grande politique », *L'art du comprendre*, 10, 2001, p. 29.

⁴⁸ « L'Empire n'est pas, d'ailleurs, nécessairement à comprendre comme un régime impérial, organisé autour d'un monarque universel et divinisé; il faut d'abord le comprendre comme l'idéal d'un âge nouveau, d'une réunion plurielle et universelle

par la foi eschatologique, il est forgé par le rêve olympien de tous les bâtisseurs. Plus que la soumission de l'hypothétique intériorité des hommes, l'empire les agrège par les formes puissantes du Rêve et du Droit. Il n'appelle aucune révélation de l'être. »⁴⁹ S'il poursuit un âge d'or, le déploiement propre à la dynamique impériale s'origine et s'opère dans l'immanence du monde et ne saurait s'accommoder d'une vérité transcendante, précédente et figée. En ce sens, le monothéisme est incompatible avec l'idée d'empire et Rome cesse d'en être un lorsque le Christianisme devient la religion impériale. Le souffle de l'empire s'oppose à la fixité onto-théologique du monothéisme, sa providence immanente à l'eschatologie transcendante.⁵⁰

La vie de l'empire se joue dans cette actualisation constante d'une dialectique de la fondation et de la vocation.

Ainsi, les auspices avalisent les projets de Rome plus qu'ils ne les commandent : elle travaille à l'avènement du grand ordre des siècles (*Magnus Ordo Saecularum*) et les dieux la confirment dans sa tâche⁵¹, mais jamais il ne s'agira de révéler un ordre précédent déjà figé dont on attendrait simplement la réalisation. L'empire se perd sitôt qu'il oublie l'un de ses deux pôles – la fondation et la vocation – et se crispe exclusivement sur le souvenir de sa grandeur passée ou actuelle. Il ne peut pas être figé. Il porte en lui une force de transformation du monde.

Nous en arrivons donc à la définition suivante :

L'empire se caractérise comme l'actualisation permanente par une communauté politique du récit de sa vocation historique; ladite communauté épouse la contrainte d'une expansion indéfinie de sa domination sur un territoire toujours plus vaste assimilé au tout du monde, auquel elle impose la paix et propose de s'associer au projet de transformation du monde qu'elle apporte.

des peuples sous une même autorité, de justes lois, et dans un même ordre de paix et prospérité, de félicité sur le plan mytho-palingénésique. » *Ibid.* p. 34. Voir aussi du même auteur les développements sur l'empire dans « Théorie et puissance. Etude d'anthropologie stratégique » dans Christian Harbulot and Didier Lucas (dir.), *Les chemins de la puissance*, Paris, Tatamis, 2007, surtout p. 73-83.

⁴⁹ Philippe Forget, « L'expérience de la mantique, la voix des sibylles. Epreuve de l'événement et vocation impériale », *L'art du comprendre*, 13, 2004, p. 132.

⁵⁰ Philippe Forget, « Puissance fabulatrice et configurations du monde et de l'homme », *L'art du comprendre*, 17, 2008, p. 296-298.

⁵¹ Pour en savoir davantage sur le sens et les modalités de la divination, mais aussi le rôle du prophétisme en matière de dynamique impériale, cf. Philippe Forget, « L'expérience de la mantique... », *op. cit.*

Conclusion

La définition de l'empire que nous proposons permet de le distinguer des concepts de grande puissance, d'*hegemon*, de *cosmopolis* et évite la réduction courante à l'impérialisme. Elle ne s'applique certes pas à la totalité des formes politiques qui se sont donné le nom d'empire au fil de l'histoire, mais c'était précisément son objectif que d'échapper à l'image que les « empereurs » ou leurs ennemis ont voulu donner de la communauté politique dont ils ont pris la tête ou qu'ils ont combattue. Il ne s'agit pas de dépassionner la rhétorique politique, ni de prétendre que ce soit possible, encore moins d'entrer en matière pour savoir si ce serait souhaitable. Nous avons plutôt tenté de construire une catégorie analytique dont le caractère distinctif permet de qualifier avec davantage de précision les phénomènes historiques, en nous appuyant principalement sur l'exemple de l'empire romain. Elle présente trois intérêts principaux pour l'analyse des formes politiques et juridiques

D'abord, elle se veut une contribution à l'analyse comparative des systèmes historiques à deux niveaux : d'une part, elle rappelle les risques d'amalgame issus des définitions unidimensionnelles de l'empire ; d'autre part, en identifiant six noyaux de sens propres au concept, elle propose des fondements clairs à une approche typologique renouvelée, qui pourra se prolonger par une contribution au débat sur la fin de l'âge des empires.

Ensuite, ces noyaux de sens sont autant de nouveaux instruments d'analyse pour mieux comprendre certains processus ou certaines formes juridico-politiques contemporaines tels que l'Union européenne. En effet, la politique européenne de voisinage, les différentes vagues d'élargissement et les promesses d'adhésion renvoient à l'expansionnisme impérial (2a). L'Union serait alors un empire qui aurait perdu sa dimension conquérante⁵². C'est là une spécificité de l'UE que de conserver une forme de *limes* alors que le monde westphalien a produit une dynamique de fixation des frontières et de demande de fixation qui se poursuit encore aujourd'hui.⁵³ Les grandes crises contemporaines concernent ainsi la position d'une frontière voire sa création mais ne mettent pas en cause le fait que la frontière une fois établie doive être fixe, sauf précisément dans le cas de l'Union européenne. Elle n'aspire plus à dominer le tout du monde (1), mais la dimension purement formelle des critères d'adhésion renvoie à la possible illimitation de l'expansion impériale. (1 ; 2a) Ce faisant, l'UE semble résoudre le problème de la raréfaction progressive des territoires susceptibles de conquête. En effet,

⁵² Pierre Manent, « Frontières culturelles, frontières politiques », *Commentaire*, 112, 2005-2006 repris dans le recueil *Enquête sur la démocratie*, Paris, Gallimard, 2007, p.207-209.

⁵³ Michel Foucher, *L'obsession des frontières*, Paris, Perrin, 2007.

après l'avènement de la territorialité westphalienne, la soif d'espace avait su trouver de nouveaux débouchés sur les mers ; plus tard, ils se sont déployés dans les airs et dans l'espace. Or, ces espaces sont désormais régis par le droit international et ne peuvent plus faire l'objet d'une appropriation souveraine.⁵⁴ La prise de possession de nouveaux territoires sous les mers ou dans les airs semble donc juridiquement impossible depuis l'apparition de la notion de « patrimoine commun de l'humanité ». En ce sens, c'est parce qu'elle a perdu sa dimension conquérante que l'Union européenne peut encore prétendre à l'expansion impériale, par ailleurs très difficile et rarement souhaitée par les puissances contemporaines.⁵⁵ Certes, comme toute forme politique, elle entend apporter la paix et se dit pacificatrice d'un continent déchiré par plusieurs siècles d'affrontement et deux Guerres Mondiales en une génération (1c). De même, l'UE octroie aux ressortissants de ses Etats-membres une citoyenneté qui se superpose mais ne remplace pas une citoyenneté plus locale – nationale en l'occurrence – à l'instar de Rome⁵⁶, et à la différence des Etats-Unis ou de toute autre puissance contemporaine que l'on voudrait observer à l'aune des critères de l'empire.⁵⁷ Toutefois, ce qui fonde l'illimitation

⁵⁴ Cette difficulté croissante de la conquête est désignée par Steven van Evera sous le terme « declining cumulativity » dans son *The Causes of War*, Ithaca, Cornell University Press, 1999, p. 105-116. En droit de la mer, le texte décisif est probablement la convention de Montego Bay de 1982 qui limite la souveraineté maritime des Etats à 12 miles des côtes, puis 12 miles supplémentaires de souveraineté partielle avec la zone contiguë auxquels s'ajoute la zone économique exclusive. Quant à l'espace extra-atmosphérique, il est régi par 5 traités qui trouvent leur source dans la Résolution 1962 (XVIII) de l'Assemblée Générale des Nations Unies adoptée le 13 décembre 1963. Elle stipule que les activités dans cet espace ne peuvent faire l'objet d'appropriation souveraine et doivent poursuivre le bien commun de l'humanité. La responsabilité des Etats y est engagée pour toute activité menée sous leur juridiction, par des agents de l'Etat ou des particuliers. Ces principes sont repris dans un premier traité conclu le 27 janvier 1967 et entré en vigueur le 10 octobre de la même année.

⁵⁵ Amy Chua observe à juste titre que « Même le plus belliciste des partisans du militarisme américain n'en appelle pas à l'annexion de territoires étrangers » (*Day of Empire*, *op. cit.*, p. 326. Notre traduction). De même, les appels de Mohéli et d'Anjouan, qui réclament leur rattachement à la France en 1997 après avoir proclamé unilatéralement leur indépendance vis-à-vis de la République Fédérale Islamique des Comores, ne sont pas entendus par l'ex-métropole. Enfin, pour mettre un terme à un long différend frontalier avec la Chine, la Russie, à qui l'on prête parfois des velléités conquérantes vis-à-vis de l'Abkhazie et l'Ossétie, lui a restitué en 2008, conformément à un accord de 2004, la petite île de Tabarov et la moitié de l'île Bolchoï Oussouriskii.

⁵⁶ Cf. note 2.

⁵⁷ La majorité des cas les plus récents de citoyenneté à deux échelles apparaissent en effet comme des traces de systèmes impériaux. Ainsi, les ressortissants des Etats du Commonwealth ont pu faire valoir pendant plusieurs années après les indépendances

possible de l'extension de l'Union européenne repose sur le caractère purement formel et institutionnel du projet proposé. Ce qui est proposé n'est pas une *humanitas*, une forme de vie, et il semble difficile de dessiner un grand récit européen partageable sur autre chose que la paix ou la procédure démocratique. Le récit impérial semble bien peu faire corps (3) et la volonté politique supposée mouvoir le déploiement de l'empire (2b) n'est guère identifiable en Europe. Privée de dimension conquérante, elle ne permet pas aisément de définir son centre. En dépit de nations plus avancées sur le plan économique que d'autres, et de la concentration des institutions communautaires dans sa partie occidentale, il semble difficile d'attribuer à l'UE un centre ou une périphérie sur laquelle s'exercerait sa domination. (1b)

Enfin, ces observations contribuent au débat sur la possibilité de création et de maintien d'une autorité impériale. L'exemple romain est porteur de deux enseignements essentiels. D'une part, l'empire n'exige pas un fondement transcendant pour que sa marche soit durable. Bien au contraire, le fondement immanent de Rome lui a permis un déploiement fécond alors que le prosélytisme religieux consécutif à la christianisation de l'empire a profondément altéré son caractère impérial.⁵⁸ D'autre part, si l'on ne peut pas formuler de diagnostic définitif sur la thèse d'Amy Chua selon laquelle une

un statut de sujet du Commonwealth codifié par le British Nationality Act de 1948 et sa « clause commune ». En effet, si tous lesdits Etats n'ont pas pleinement suivi cette démarche, aucun ne considérait les ressortissants des autres comme pleinement étrangers. Si les relations entre les nouveaux Etats ont fait que le concept de citoyen du Commonwealth avait moins de sens que l'ancien concept impérial de sujet britannique, la double appartenance a perduré, notamment pour protéger les « sujets britanniques sans citoyenneté », c'est-à-dire les ressortissants d'une province nouvellement indépendante désireux de demeurer sujets du Commonwealth mais non encore citoyens de ladite province. (cf. Robert R. Wilson et Robert E. Clute, « Commonwealth Citizenship and Common Status », *American Journal of International Law*, vol.57 n°3, juillet 1963, pp.566-587). Les Etats fédéraux n'octroient en effet que rarement de citoyenneté à l'échelle des entités fédérées. Il convient bien sûr de noter l'exception suisse sur ce point, qui n'a rien d'un empire mais dont les citoyens le sont tous à une triple échelle : à la fois communale, cantonale et fédérale. (Ainsi, l'article 43 de la constitution fédérale stipule expressément que « Tout citoyen d'un canton est citoyen suisse ». L'articulation entre la citoyenneté communale et la citoyenneté cantonale est décidée par le droit cantonal. Cf. Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, éditions idées et calendes, 1967, vol.1, p. 355.)

⁵⁸ La thèse d'Edward Gibbon sur la responsabilité du christianisme dans la chute de l'Empire romain d'occident, qu'il développe dans son maître-livre *Histoire du déclin et de la chute de l'empire romain* (1776-1788), est bien connue et a été très débattue. Mais nous ne posons pas ici le problème en termes de causes du déclin mais plutôt en termes de modification de la forme politique à l'œuvre. A supposer que le christianisme ait pu redonner une unité à l'empire, cette unité se fait autour d'une vérité transcendante et révélée, incompatible avec l'actualisation immanente du souffle impérial dans l'histoire.

tolérance stratégique comparativement supérieure à celle des puissances rivales serait la pierre angulaire du maintien de la primauté⁵⁹, on peut d'ores et déjà affirmer que, pour ne pas se réduire à une forme d'impérialisme, le projet impérial exige une démarche d'intégration de l'altérité et d'association à un projet commun. L'ouverture nécessaire à l'accomplissement de ce projet lui interdit de poursuivre un objectif de sécurisation absolue de soi, ou d'extension strictement défensive pour repousser l'altérité.⁶⁰

⁵⁹ C'est la thèse qu'elle défend dans *Day of empire*, *op. cit.*

⁶⁰ Nous avons illustré ces problèmes dans le cas du projet néoconservateur de présence globale, fondé à la fois sur une logique défensive de sécurisation et un rapport à l'altérité qui s'appuie sur le ressentiment plutôt que sur un projet partagé, ainsi que dans le cas néo-eurasiste. Cf. la conclusion de *l'empire au miroir*, *op. cit.*, intitulée « l'impossible empire du ressentiment ».

Der akademische Werdegang von Diemut Majer geht über eine gewöhnliche Wissenschaftsbiographie hinaus, denn eine besondere Ausgangslage sorgte für intensive Beziehungen zur Universität Bern. Majer war ab 1985 Privatdozentin und 1994–2004 Titularprofessorin an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Ihr Weg nach Bern ist durch die Situation der deutschen Staatsrechtslehre nach dem 2. Weltkrieg bedingt, hatte sie doch in ihrer Habilitationsschrift «Fremdvölkische» im Dritten Reich» sich mit den eingegliederten Ostgebieten und dem Generalgouvernement Polen beschäftigt. Bernd Rüthers, der im gleichen Themenkreis in den 1960er Jahren gearbeitet hatte, berichtete: «Wer Untersuchungen über Rechtsprechung und Literatur im 3. Reich betrieb, hatte an nicht wenigen Juristenfakultäten keine Berufschancen. Mit einer Arbeit zur Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus konnte man an einer ‚normalen‘ Fakultät nach 1945 weder habilitiert noch berufen werden»¹. Die berufliche Biographie von Diemut Majer belegt diesen Sachverhalt klar wie auch die Tatsache, dass mehrere Teilnehmer an der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer des Jahres 2000 zum Thema «Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus» dem Vorstand zum «Mut» gratulierten². Michael Stolleis sagte damals in der Diskussion: «Es ist verdienstvoll, dass über den Gegenstand überhaupt einmal gesprochen wird»³. Wie viel mehr Mut brauchte in den Jahrzehnten zuvor der Entscheid, über dieses Thema eine Habilitationsschrift zu verfassen? (Anmerkung der Redaktion).

Diemut Majer

NEUNZEHN JAHRE AN DER UNIVERSITÄT BERN

Ein Erfahrungsbericht

Wie kommt eine Schwäbin an die Universität Bern? Die wissenschaftlichen Lebensläufe gehen manchmal seltsame Wege. Im Jahr 1984 wurde ich an der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern mit einer Arbeit zum Recht im NS-Staat⁴ in den Fächern Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Deutschland, Verfassungsgeschichte (der Neu-

¹ Bernd Rüthers, Vorwort zur 4. Aufl. seiner Habilitationsschrift «Die unbegrenzte Auslegung» (1. Aufl. 1968), 5. Aufl. Heidelberg 1997, S. XVII.

² Vgl. Bernd Rüthers, Verräter, Zufallshelden oder Gewissen der Nation, Tübingen 2008, S. 33.

³ Vgl. Votum Michael Stolleis in: VVDStRL 60/2000, S. 108.

⁴ «Fremdvölkische» im Dritten Reich. Ein Beitrag zur nationalsozialistischen Rechtssetzung und Rechtspraxis in Verwaltung und Justiz unter besonderer Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements (Polen), Baldt-Verlag, Boppard a. Rh. 1981, Neuausgabe Oldenbourg Verlag, München 1993.

zeit) und Rechtsvergleichung habilitiert. Mein Habilitationsvortrag hatte zum Thema: Die Bürgerklage im Umweltrecht⁵. Das Thema der Habilitationsschrift war etwas völlig Neues, ihre Vorgeschichte ungewöhnlich. Wie kamen sie nach Bern?

Die Studie, die auf zahlreichen Archivstudien in der Bundesrepublik und in Polen beruhte und die später 1981 vom Bundesarchiv Koblenz veröffentlicht wurde (Schriftenreihe Band 28)⁶, war ursprünglich 1974 dem Fachbereich Rechtswissenschaft (jur. Fakultät) der FU Berlin als Habilitationsschrift zuzüglich einer Studie zum aktuellen Staatsrecht⁷ vorgelegt worden. Im Dezember 1981 wurde die Studie von dieser Fakultät als Habilitationsleistung abgelehnt mit der (absurden) Begründung, dass ein Thema aus den «zwölf Jahren» NS-Staat «nicht ausreiche», um die begehrte *venia legendi* im öffentlichen Recht zu begründen⁸. Das war natürlich vorgeschoben. In Wirklichkeit wollte man ein Thema aus der Zeit des NS-Staates (an dem Juristen an maßgeblicher Stelle mitgewirkt hatten) nicht akzeptieren⁹. Die Zusatzschrift zum aktuellen Staatsrecht fand keine positive Berücksichtigung. Schon vor der Ablehnung hatte der Erstgutachter seine Habilitandin verlassen und sich von seinem ursprünglich positiven Votum distanziert – ein *Novum* in der Geschichte der Habilitationen¹⁰.

In dem anschließenden Verwaltungsgerichtsverfahren musste der Fachbereich Rechtswissenschaft die Ablehnung, die damals in der Presse viel Aufsehen erregt¹¹ und auch die Spitze der FU Berlin beschäftigt hatte (die die Ablehnung verhindern wollte), aufheben, weil – so das Gericht – die Klage auf Aufhebung und Neubescheidung wegen zahlreicher «erheblicher Verfahrensverstöße» gegen geltendes Hochschulrecht bei Fortsetzung des Verfahrens

⁵ ZSR 1987, 1. Halbband, S. 57 ff.

⁶ Sie gilt seither als Standardwerk für Juristen und Historiker.

⁷ Bundesverfassungsgericht und Bund-Länder Konflikte. Ein Beitrag zu den Empfehlungen der Enquête-Kommission, Verfassungsreform zur Erweiterung der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. Mit einer Dokumentation der Schlussberichte der Enquête-Kommission, Verfassungsreform sowie der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung der Schweiz, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1981 (Schriften zum öffentlichen Recht, Band 398)

⁸ Ein absurder Einwand, der, wenn er zutreffend wäre, keine Habilitation z.B. in Neuerer Geschichte über die Französische Revolution zulassen würde, da diese nur fünf Jahre (1789–1794) dauerte.

⁹ Zeugen der damaligen Vorgänge sprachen von einer «politischen Entscheidung», eine Bestätigung dafür, dass man das Thema (NS-Zeit) nicht wollte.

¹⁰ Das Schreiben liegt der Redaktion vor (Anm. d. Verf.).

¹¹ Und auch einen Protest der polnischen Vertretung im (damaligen) Westberlin zur Folge hatte (was d. V. damals, zur Zeit des Kalten Krieges), wohl eher geschadet denn genutzt hat.

begründet gewesen wäre¹². Eine Neuauflage des Verfahrens in Berlin bzw. an anderen Universitäten erschien unter den damaligen Verhältnissen aussichtslos zu sein.

In den folgenden Jahren hatte die rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern das Verfahren aufgenommen und 1984 (nicht ohne Schwierigkeiten) erfolgreich¹³ durchgeführt. Es war, wie Peter Saladin einmal formulierte, gegenüber den Ablehnern eine «Lektion in Gerechtigkeit». 1985 tagte in Fribourg die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, der auch österreichische und schweizerische Staatsrechtslehrer angehören. Die Mehrheit hatte auf Antrag der Öffentlichrechtler in Bern für meine Aufnahme votiert, allerdings gegen «prominenten» Widerstand und nur auf Druck der schweizerischen Kollegen¹⁴, die fest zu der Sache, die jetzt die ihre geworden war, standen¹⁵.

Seit Sommersemester 1985 führte ich als Privatdozentin (seit 1993 als Titularprofessorin) an der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen (seit 2005: rechtswissenschaftlichen) Fakultät der Universität Bern Lehrveranstaltungen durch. Ich betreute vor allem den Bereich Umweltrecht, in dem ich mit Peter Saladin (1935–1997)¹⁶ zusammenarbeiten durfte. Es waren die Anfangsjahre des Umweltrechts, das Umweltschutzgesetz (USG) war 1985 in Kraft getreten; das Forum für Allgemeine Ökologie (später Interfakultative Koordinationsstelle für Allgemeine Ökologie [IKAÖ] unter Ruth Kaufmann-Hayoz) entstand in jenen Jahren. Damals wurde auch die Vereinigung für Umweltrecht (VUR) unter Rechtsanwalt Dr. Hans Ulrich Liniger (Zürich) gegründet, der entscheidende Impulse im Forum für Allgemeine Ökologie erhalten hatte; seitdem leistet die Vereinigung durch Veranstaltungen und die Reihe «Umweltrecht in der Praxis» (Sammlung von Entscheiden von Behörden und Ge-

¹² Das Gericht listet mindestens neun solcher erheblicher Verfahrensverstöße (Nichteinhaltung von Fristen, fehlerhafte Besetzung der Habilitationskommission, Nichtanhörung von Gutachtern, etc.) auf. Wegen der eingeschränkten Nachprüfung in Prüfungsangelegenheiten hat das Gericht nur zum Verfahren, nicht zum Inhalt Stellung genommen (Beschluss des VG Berlin vom 14.12.1982, Aktenzeichen 12A3822.8, liegt der Redaktion vor; Anm. d. Verf.).

¹³ Großen Dank schulde ich Peter Saladin, Richard Bäumlín und Jörg Paul Müller, ohne die das Habilitationsverfahren nicht gelungen wäre.

¹⁴ Und auch auf Druck der öffentlich-rechtlichen Kollegen der Universität Innsbruck.

¹⁵ Der «Altmeister» des Verwaltungsrechts, Otto Bachof (†) (Tübingen) hatte damals (sinngemäß) die langwierige Diskussion nicht gerade als Ruhmesblatt für die Vereinigung bezeichnet und beantragt, nun endlich zur Abstimmung über diesen schweizerischen Antrag auf schweizerischem Boden zu kommen.

¹⁶ Walter Kälin, Recht und Menschlichkeit: zum Tod von P.S., in: NZZ 31.5.1997 Nr. 123 S. 14; zum Gedenken an P.S., mit einer Biographie und einer Bibliographie, in: ZSR 1997 1. Halbband, S. 181–191.

richten im Umweltrecht) Entscheidendes zur Verbreitung des Umweltgedankens.

Viel Freude und neue Erkenntnisse brachten mir auch meine Vorlesungen bzw. Seminare zu verfassungsgeschichtlichen Themen, z.B. zur Geschichte der Verfassungen in Europa, zur Rechtsstellung der Frauen und zum Thema Freiheits- und Gleichheitsrechte in Europa¹⁷. Die Beschäftigung mit dem schweizerischen Recht (das dem deutschen ähnlich, aber wiederum sehr verschieden ist) sowie mit den internationalen Themen eröffnete außerdem viele neue Perspektiven: Die Vorliebe für das französische Recht, die enge Anlehnung des schweizerischen Rechts an das Völkerrecht, die Betonung des Rechtsvergleichs mit den USA schaffen einen anderen Blickwinkel, als wenn man sich nur mit dem eigenen nationalen Recht beschäftigen würde. Umweltrecht war für die Studierenden damals frei wählbar (freie Fächerwahl), später gehörte es zu den Wahlpflichtfächern für die Lizentiats-Prüfung. Umweltschutz war zudem ein Thema, für das man sich engagieren, ja, begeistern konnte. Von Anfang an konnte ich Lizentiats-Arbeiten mit höchst interessanten Themen betreuen – vom Immissionsschutzrecht in Japan über NEAT-Probleme bis zum Schutz der schweizerischen Auen und Moore. Der Besuch schwankte je nach dem «Zeitgeist» – Anfang/Mitte der Neunzigerjahre, als der Umweltschutzgedanke sich in Politik und Gesellschaft durchzusetzen begann, saßen zum Teil mehr als 50 Studenten in der Vorlesung, danach ging ihre Zahl zurück. Die Studierenden waren lernbegierig (neugierig auf das damals neue Fach) und kooperativ – lauter Freiwillige für «ihr» Wahlfach – und schufen eine Atmosphäre von Nähe und freundlicher Distanz (anders als die manchmal etwas stressige Atmosphäre bei Studierenden in Deutschland). Eine Exkursion im Bremgartenwald zum Waldsterben in den ersten Semestern mit dem kantonalen Forstamt, ebenso wie vielleicht einige süddeutsche Anklänge in der Sprache, im Sprachduktus dem «Schwyzerdütsch» verwandt, oder die Verwendung einiger «schwyzerdütscher» Worte (aber nicht zu viele!) mögen hierzu beigetragen haben. Wenn Studierende mich auf «bern-dütsch» ansprachen, und, wenn ich nur die Hälfte verstand, geduldig ihre Frage auf «Schwyzerdütsch» wiederholten, kam (jedenfalls bei mir) sogar

¹⁷ Ein Ergebnis sind die folgenden Veröffentlichungen: Der lange Weg zu Freiheit und Gleichheit. 14 Vorlesungen zur Rechtsstellung der Frau in der Geschichte, Wien 1995; ferner: Freiheits- und Gleichheitsrechte. Verfassungsstrukturen in Europa seit 1789. Reader mit Verfassungstexten, 370 S., Bern 2002 (demnächst Universitätsverlag Karlsruhe 2009) und: Frauen-Revolution-Recht. Die großen Europäischen Revolutionen 1789–1918 und die Rechtsstellung der Frauen unter Einbeziehung von England, der Schweiz, der USA und Russland, Dike Verlag, Zürich/Nomos Verlag, Baden-Baden, 440 S. Die letztere Studie ist der Juristischen Fakultät der Universität Bern gewidmet.

eine gewisse «Nähe» auf. Mit einigen Teilnehmern aus den Veranstaltungen verbindet mich eine bis heute dauernde Freundschaft.

Das Niveau war erfreulich hoch. Lag das daran, dass, anders als in Deutschland, die Studenten alle die Matura/Abitur haben müssen? Mit den Jahren traten mehr und mehr auch «Nebenfächler» aus anderen Fakultäten und Teilnehmer aus kantonalen oder kommunalen Behörden hinzu, die das neue Fach kennenlernen oder ihre Fortbildung im Umweltschutz absolvieren wollten. Im Vergleich zu deutschen Studierenden fiel mir der unhierarchische und gleichzeitig respektvolle Umgang mit den Dozenten (damals gab es bei den Juristen noch keine weibliche Dozentin) auf. Neu für mich war das allgemeine seit den Neunzigerjahren üblich gewordene «Du» zwischen den Studierenden und vielfach auch zwischen den Dozierenden (und ihren Mitarbeitern/-innen). Obwohl eher am Rand des Lehrbetriebs stehend, erschienen mir die Arbeitsgänge und die Verfahren irgendwie gelassener und weniger stressbeladen als in Deutschland. Letztlich ist es wohl der allgemeine Umgangston innerhalb und außerhalb der Hochschule gewesen, der einem angenehm auffällt – im Gegensatz zu dem ruppigen oder gar Nicht-Benehmen (Außerachtlassung der einfachsten Höflichkeitsregeln), das unter Kollegen an vielen Hochschulen Einzug gehalten hat und seit Jahren von denen, die die alte Universität noch kennen, beklagt wird. Die «BWL-isierung» der Hochschulen sieht die Dozierenden, jedenfalls in den Geisteswissenschaften, offenbar nur noch als Teil eines von zentralen Instanzen zu reglementierenden «Menschen-Parks» im Kampf um Geld und Stellen, der zwischen Exzellenzen, Nicht-Exzellenzen, verwirrenden Drittmittelantragsverfahren, Terminstreß, Prüfungsstreß, Evaluationsstreß, Marktdenken- und Quotenstreß laviert. Eine Veranstaltung zu einem Spezialthema mit hoher Qualität und fünf Teilnehmern ist nichts mehr wert. Ständig neue bürokratische Einschränkungen, die als «Angebote» oder «Information» oder als Registrierung, Rückmeldung etc. etc. getarnt sind, macht die Dozierenden zu bloßen Objekten des Verfahrens. Hinzu kommt noch die neueste «Mode», Veranstaltungen als Theater oder Späßerlebnis zu inszenieren.

Selbstverständlich hatte es auch Probleme in der Universität Bern gegeben. Die Schweiz ist keine Insel der Seligen. Die Probleme wurden aber so gelöst, dass sich niemand «überfahren» fühlen musste – eine Nachwirkung der Proporzdemokratie, die stets auch die Minderheiten zu berücksichtigen hat? So z.B. die seit den Neunzigerjahren eingeführte Übung, bei universitären Verlautbarungen der Gleichheit der Geschlechter im Sinne der political correctness dadurch Genüge zu tun, bei jedem Wort, das im Sinne beider Geschlechter verstanden werden kann, ein großes schräg gestelltes «I» zu verwenden wie z.B. «StudentInnen» (heute ersetzt durch Studierende). Die Schweiz also ein Land des Konsenses, der Konsenssuche? Oder auch ein Land der Gegensätze? Andererseits fiel mir nämlich auf, mit welcher Ge-

schwindigkeit Dinge, die man anscheinend als unausweichlich erachtete, umgesetzt wurden, so z.B. die Rechtschreibreform in den Neunzigerjahren oder die Bologna-Reform seit Anfang der 2000er Jahre (gegen die sich kurz zuvor alle universitären Spitzen einmütig ausgesprochen hatten) und die Semesterumstellung, die gegen den Widerstand der Dozierenden umgesetzt wurde.

Die Jahre dieser Lehrtätigkeit und der damit zusammenhängenden Betreuung von Studierenden waren glückliche Jahre. Den Aufstieg der Umweltbewegung und des Umweltrechts mitzuerleben und etwas vom Ethos weitergeben zu können, sich für den Schutz der Natur, der Umwelt allgemein einzusetzen – das ist etwas, was über die Befriedigung, andere Lehrinhalte weiterzugeben, weit hinaus ging. Die stillschweigende, aber fühlbare Unterstützung durch Peter Saladin, der als einer der Ersten für das Recht der Natur eintrat und weitreichende Visionen für eine Welt, in der Mensch und die Natur nebeneinander leben können, entwickelte, war von unschätzbbarer Bedeutung. Denn der Bereich Umweltschutz war damals auch in der Schweiz nicht unumstritten, das Engagement für dieses neue Gebiet nicht ohne Hindernisse.

Das Auf- und Ab prominenter Fälle, zum Beispiel der Rechtsstreit um ein neues Wasserkraftwerk im Val Curciosa, wo in den Augustwochen die Höhenfeuer auf den Bergen loderten als Protest gegen das inzwischen aufgegebene Staudammvorhaben oder das Projekt Grimsel (das einen 100m hohen Staudamm am Grimsel-Pass vorgesehen hatte), das ebenfalls viele Jahre die Gemüter beschäftigte, begleiteten meine Veranstaltungen über lange Jahre, ebenso wie die Entwicklung des EG-Umweltrechts und seine Verschiedenheiten gegenüber dem schweizerischen Recht. Wie entscheidend Umweltschutz ist, kann man in der kleinräumigen Schweiz besonders gut erkennen, deren Gesetzgebung vielen Ländern weit voran ist – ohne die Schwierigkeiten der Umsetzung in der Praxis, die es natürlich auch dort gibt, zu verkennen. Es schien mir, dass in der Rechtsprechung der «gesunde Menschenverstand» mehr als harte Dogmatik (z.B. in der Frage nachbarschützender Normen) obwaltete, geleitet durch eine vorsichtige, gleichwohl progressive Rechtsprechung des Bundesgerichts in Lausanne. Es war faszinierend, wie auch das Militär den Umweltschutzgedanken aufgriff und selbst die Doktrin der schweizerischen Neutralität eine lebenswerte Umwelt – weit vor anderen Staaten – zur Grundlage jeder Verteidigungspolitik erklärte¹⁸.

Zu den «Wohlfühlelementen» in Bern gehörte insbesondere das Institut für öffentliches Recht, in dem Peter Saladin und Jörg Paul Müller wirkten, das bis in die Achtzigerjahre noch in der Neuengasse 30, später im vierten und fünften Stock des Hauptgebäudes «unter dem Dach» untergebracht war,

¹⁸ Vgl. dazu D. Majer, Neutralität und Neutralitätspolitik am Beispiel Österreich und der Schweiz, Verlag v. Decker&Müller, Heidelberg 1987.

wo man in Ruhe arbeiten konnte und wohin die Diskussionen der nachmittäglichen Kaffeerunde der Mitarbeiter nur als gedämpfte Hintergrundmusik heraufdrangen. Ebenso gehörte das Dekanat im zweiten Stock des Hauptgebäudes sowie das Sekretariat des Instituts für öffentliches Recht zu den Sphären freundlichen Empfangs. Meine technischen Unzulänglichkeiten erfuhren milde Nachsicht (es waren die Jahre der Einführung der EDV, handschriftliche Entwürfe, wie von mir bevorzugt, müssen ein echter Graus gewesen sein!). Zu den «Wohlfühlelementen» gehörte aber auch das Ambiente der Stadt Bern, angefangen von den Laubengängen der Altstadt bis hin zu den Maroniständen im Winter am Hauptbahnhof. Die Hauptrolle hierbei spielte aber das Hauptgebäude der Universität selbst: Die Zusammenhänge zwischen Bauästhetik und menschlicher Befindlichkeit sind längst erwiesen. Auf der Großen Schanze über dem Hauptbahnhof thronend, mit einem wunderbaren Blick auf Stadt und Berge, ein «richtiges» Hauptgebäude im Jugendstil mit säulengeschmückten Treppenaufgängen, 1903 erbaut, mit der Überschrift «Universitas Literarum Bernensis», mit klassischen «alten» Hörsälen, Tafeln und Kreide und höchstens einem Projektor; man war in einer klassischen Universität und nicht dem Umherirren in gesichtslosen Campusuniversitäten ausgeliefert. Alles war überschaubar, maßvoll, ausgewogen, «findbar», in sich ruhend – in welchem Gebäude gibt es das heute noch? Gleich am ersten Vorlesungstag im Jahre 1985¹⁹, als ich zum Hauptgebäude hinauf stieg, dachte ich: «Das ist jetzt deine Alma Mater.» Von diesem Moment an war sie es und ist es bis heute geblieben. Ich bin dankbar für jene Jahre an der juristischen Fakultät der Universität Bern, die mir eine wissenschaftliche Heimat gegeben hat.

¹⁹ Im Gepäck ein T-Shirt mit dem Berner Bären vom Kiosk am Bärengraben.

RECENSIONES LIBRI SELECTI

René Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*, Dike Verlag. Zürich / St. Gallen, 2007, XIV / 288 S.

Von den Helvetiern bis zum Frauenstimmrecht

Mit seinem Grundriss der Schweizerischen Rechtsgeschichte legt René Pahud de Mortanges, Professor für Rechtsgeschichte und Kirchenrecht an der Universität Freiburg i. Ue., ein kompaktes Überblickswerk zur Geschichte des Rechts auf dem Gebiet der heutigen Schweiz vor. Der Autor will mit seiner Darstellung eine Lücke schliessen, da in der deutschsprachigen Literatur – abgesehen von der bereits vierzig Jahre zurückliegenden Rechtsgeschichte der Schweiz von Louis Carlen – kein Lehrbuch zur Schweizerischen Rechtsgeschichte existiert. Ziel des Buches ist es denn auch, den Leser mit der Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der heutigen Schweiz vertraut zu machen, ein wichtiges Anliegen, steht doch gerade in der aktuellen Juristenausbildung das geltende Recht stark im Vordergrund, was die Gefahr der Verengung des Blicks und des fehlenden Bewusstseins für die historische Entwicklung und die damit verbundene Relativität der heutigen Rechtsordnung in sich birgt. Inhaltlich legt der Autor deshalb das Schwergewicht auf die Verfassungsentwicklung, die Rechtsquellen, die Gesetzgebung, die Gerichtsorganisation und die Rechtswissenschaft, setzt diese jedoch in Bezug zum politischen, wirtschaftlichen und sozialen Hintergrund.

Das Werk gliedert sich in drei Teile: Der erste Teil behandelt die römische und fränkische Zeit und beschäftigt sich mit Fragen wie der Geltung des römischen Rechts auf dem Gebiet der heutigen Schweiz, ersten Spuren des Christentums oder dem Lehenswesen der fränkischen Könige. In einem zweiten Teil befasst sich der Autor mit der Alten Eidgenossenschaft. Dabei wird die Entstehung und Konsolidierung der Eidgenossenschaft sowie die innere Struktur der alten Orte geschildert. Daneben bleibt aber auch Platz für spezifisch juristische Themen wie die Rechtsfortbildung, die Rechtspflege sowie die Anfänge der Rechtswissenschaft und deren Bedeutung für die Rezeption des römischen Rechts. Der dritte Teil schliesslich widmet sich der Moderne. Darin enthalten sind die Verfassungsentwicklung von der Helvetik bis zur Totalrevision der Bundesverfassung von 1999, ergänzt durch die Gesetzgebung der Helvetik und der Kantone im 19. Jahrhundert. Komplettiert wird der dritte Teil durch die Darstellung der nationalen Rechtsvereinheitlichung und neuerer Themen der Rechtspolitik und der Gesetzgebung.

In seiner Darstellung greift Pahud de Mortanges auch bisher eher stiefmütterlich behandelte Themen auf. Hervorzuheben gilt es in diesem Zusammenhang insbesondere seine Ausführungen zu neuen Themen der Rechtspolitik und der Gesetzgebung, welche die heutige Rechtsordnung stark beeinflussten, auf die jedoch in den bisherigen Darstellungen durch die starke Fokussierung auf die Privatrechtskodifikationen der Blick zu Unrecht verstellt wurde. So ist beispielsweise der Einfluss der rasanten technologischen Entwicklung seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf die schweizerische Rechtsordnung nur in Ansätzen untersucht worden. Der rasche Ausbau des Eisenbahnnetzes nach der Bundesstaatsgründung 1848 führte in der Praxis zu neuen Problemstellungen, welche den noch jungen Bundesgesetzgeber auf den Plan riefen. Erwähnt seien in diesem Zusammenhang Fragen des Enteignungs- und Konzessionsrechts, sowie im Haftpflichtrecht – durch das Gefahrenpotential der Eisenbahn bedingt – die Einführung der Gefährdungshaftung an Stelle der bis dahin vorherrschenden römischrechtlich geprägten Verschuldenshaftung. Diese Entwicklung setzte sich durch neue technische Errungenschaften und den damit verbundenen Gefahren fort, auf die jeweils durch den Erlass von Spezialgesetzen (Luftfahrtsgesetz 1948, Kernenergiehaftpflichtgesetz 1983) reagiert wurde. Pahud de Mortanges erklärt die marginale Erforschung dieser Themen in der Rechtsgeschichte sowie die bis heute anhaltende geringe Bedeutung des Technikrechts in der juristischen Ausbildung auch durch die Absenz der Rechtswissenschaft bei der rechtlichen Erfassung neuer Technologien. So wurde das Eisenbahnrecht durch das Zusammenspiel zwischen Politikern, Ökonomen und Technikern geschaffen, die Rechtswissenschaft blieb weitgehend unbeteiligt. Die technisch-wissenschaftlichen Experten regelten die neuen Fragestellungen, nicht die Juristen. Mit dieser Entwicklung ist allerdings auch eine zunehmende Zersplitterung des Rechts verbunden, das – auch bedingt durch den stetig wachsenden Wohlfahrtsstaat – in gewissen Bereichen nur noch von eingeweihten Experten verstanden wird, ein Zustand, den die Unifikationsprojekte des 19. Jahrhunderts zu überwinden versuchten.

Neben der Frage der Spezialgesetzgebung ist im Zusammenspiel von technologischer und rechtlicher Entwicklung auch die Bedeutung der Normierung durch internationale Standardisierung auf Expertenkongressen und die Selbstregulierung seitens nichtstaatlicher Akteure wie in den Bereichen des Ingenieur- und Architekturwesens (SIA-Normen) oder des Bank- und Versicherungswesens nur wenig erforscht.

Weitere dargestellte neue Themen der Rechtspolitik sind die Gleichstellung von Mann und Frau, die Entstehung und Entwicklung der Sozialgesetzgebung, der Schutz des geistigen Eigentums und die Umweltschutzgesetzgebung.

Durch den klar strukturierten Aufbau eignet sich das Buch sowohl zur vertieften Lektüre als auch als Nachschlagewerk. Ein Sach- und Personenregister sowie die am Seitenrand angebrachten Marginalien erleichtern den Einstieg. Neben den im Literaturverzeichnis aufgeführten Überblickswerken erlaubt die jeweils zu Beginn eines Kapitels aufgelistete Spezialliteratur weiterführende Lektüre und Recherche.

Der Autor pflegt einen anschaulichen und verständlichen Schreibstil, so dass die Darstellung auch für juristische Laien gut nachvollziehbar ist. Zudem ergänzen zahlreiche Abbildungen und Tabellen das Geschriebene. Es ist daher zu wünschen, dass der vorliegende Grundriss der Schweizerischen Rechtsgeschichte einen breiten, über das juristische Fachpublikum hinausgehenden Leserkreis findet.

Dr. iur. David Reich, BA

Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la Montagne*, préface d'Alfred Dufour. Lausanne, Éditions de l'Age d'Homme, 2007, 334 p. (Collection « Poche Suisse »)

Les *Lettres écrites de la Montagne* publiées dans la collection « Poche Suisse » sont précédées d'une riche et longue préface (p. 7-52) qui s'insère dans la liste des travaux incontournables sur Rousseau (Jean-Jacques Chevalier, Robert Derathé, Bernard Gagnebin, Bertrand de Jouvenel). Son auteur, le Professeur Dufour, savant connaisseur de l'histoire de Genève¹ et des idées politiques, fournit un nombre impressionnant de clés qui guident le lecteur. Conformément à l'usage de la collection, les notes de Rousseau (p. 275-294) suivent le corps du texte (p. 53-273). Le livre est complété par des annexes très utiles pour une bonne lecture : des *points de repère sur la vie et l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau* (p. 297-302) et des documents : le *Règlement de l'Illustre Médiation pour la pacification des troubles de la République de Genève* du 7 avril 1738 (p. 303-318), les *conclusions du Procureur Général Jean Robert Tronchin sur le Contrat Social et l'Émile de Rousseau* du 19 juin 1762 (p. 319-323), la *sentence de condamnation. Extraits des registres du Petit Conseil*, du 19 juin 1762 (p. 323-324), les *notes [de Rousseau] prises en vue d'un projet de réplique à la réponse du Petit Conseil* (sur le droit de représentation et le droit négatif), du 31 août 1763 (p. 325-327), la *Déclaration du Petit Conseil* (réaction à la publication des *Lettres*), du 12 février 1765 (328-331).

¹ Dufour (Alfred), *Histoire de Genève*, Paris, PUF, 3^e éd. 2001 (Que sais-je ? n°3210).

Il est judicieux de publier les *Lettres écrites de la Montagne* dans une collection de haute tenue et à la portée de toutes les bourses. La raison est au moins double :

1) Rousseau se fait à la fois théologien protestant, juriste, historien et homme politique pour présenter simplement ses principales idées et dire comment les mettre en œuvre pour remédier aux crises genevoises. En particulier, il explique *Le Contrat social* en établissant un pont entre, d'une part, les péripéties de l'histoire de Genève et ses démêlés avec les autorités, d'autre part, les grands courants de la pensée occidentale et les problèmes de pouvoir en Europe à la fin de l'Ancien Régime. Les *Lettres* montrent bien pourquoi le *Contrat Social* fut une lecture obligée des penseurs (Goethe, Kant, etc.) et des acteurs politiques de la Révolution à nos jours (Robespierre, Napoléon, etc.). En luttant pour sa défense, Rousseau affronte des problèmes de tous les temps. A ce titre, l'ouvrage est un moyen privilégié de s'initier à sa pensée ou de l'approfondir et d'en apprécier la portée. On comprend ainsi comment il a été possible d'extrapoler et d'adapter ses idées à d'autres contextes.

2) Les circonstances dans lesquelles furent écrites les *Lettres* les rendent indispensables pour qui s'intéresse au « laboratoire à révolutions » que fut la Genève du XVIII^e siècle. Elles sont l'œuvre d'un Rousseau simultanément au faite de la célébrité et au pire de son existence de proscrit. Le Parlement de Paris condamna l'*Émile* le 9 juin 1762, notamment *la profession de foi du vicaire savoyard* (livre quatrième de l'*Émile*), et décréta Rousseau de prise de corps. Le 19 juin, le Petit Conseil de Genève condamna à son tour l'*Émile*, ainsi que *Le Contrat Social* « comme téméraires, scandaleux et impies, tendant à détruire la religion chrétienne et tous gouvernements ». De plus, il décréta aussi Rousseau de prise de corps. Celui-ci avait déjà fui à Yverdon en territoire bernois, mais les autorités l'avaient expulsé, et il s'était réfugié à Môtiers dans le Val de Travers, au cœur de la Principauté de Neuchâtel. En août 1762, la Sorbonne et Christophe de Beaumont, archevêque de Paris, condamnèrent l'*Émile*, puis Rome mit le livre à l'Index. Rousseau répliqua vivement par une *Lettre à Christophe de Beaumont, archevêque de Paris*, publiée en mars 1763. A Genève, la condamnation de Rousseau avait déclenché des réactions qui se muèrent en troubles opposant les Bourgeois et ses partisans aux patriciens du Petit Conseil. Cette situation obligea le Procureur Général de Genève, Jean-Robert Tronchin, sur les réquisitions duquel Rousseau et ses œuvres avaient été condamnés, à justifier sa position dans des *Lettres écrites de la Campagne* publiées en septembre 1763. Rousseau riposta par *Les Lettres écrites de la Montagne*, rédigées entre l'automne 1763 et le printemps 1764, ainsi que par divers écrits pour soutenir sa cause et celle des tenants d'un élargissement de la base du pouvoir à Genève. Entre-temps, il avait été naturalisé neuchâtelois et avait abdiqué son droit de bourgeoisie et de cité genevois. Dans la première *Lettre* (p. 57-81), Rousseau dénonce les

irrégularités de la procédure suivie à son encontre et conteste sa condamnation. Il se plaint de ne pas avoir été entendu. Il proteste de sa foi en reprenant les positions du vicaire savoyard. Dans les deuxième et troisième *Lettres*, il traite de la Religion réformée à Genève : ce qu'elle était initialement, ce qu'elle est devenue et ce qu'elle devrait être. Dans les quatrième et cinquième *Lettres*, il critique la procédure appliquée aux griefs religieux qui lui furent reprochés : il a été condamné par le Petit Conseil sans que le Consistoire ait été consulté. Sa défense le conduit à analyser les compétences respectives des deux organes en matière religieuse. Dans la sixième *Lettre*, il justifie *Le Contrat Social*. Il expose sa ligne de conduite : « l'infortuné Sidney pensait comme moi, mais il agissait (Rousseau aussi, malgré le « mais »). Althusius en Allemagne, Locke, Montesquieu, l'Abbé de Saint-Pierre ont traité les mêmes matières, et souvent avec la même liberté tout au moins. Locke en particulier les a traitées exactement dans les mêmes principes que moi » (p. 186). Rousseau a en commun avec ces auteurs la lutte contre l'absolutisme et ses travers, mais sa pensée se distingue des leurs. Rousseau explique que le *Contrat Social*, en dépit de son nom, n'est pas un contrat. Le *Contrat Social*, « cette essence de la souveraineté » (p. 183) est une loi imposée par le peuple souverain aux gouvernants, c'est-à-dire un acte unilatéral. Il a pour but de préserver, voire de valoriser (Locke), les droits naturels de chacun en Société. Il est la racine du pouvoir politique. Rousseau critique les théories qui le fondent autrement (autorité paternelle, institution divine). On observe que Locke, qui a travaillé au *Board of Trade*, ne parle pas de contrat social. Il dit que les hommes sont sortis de l'état de nature en concluant un *fiduciary trust* pour créer un *commonwealth*, c'est-à-dire une entreprise fructueuse. Locke transpose la pratique des affaires aux droits de l'homme. Dans le monde des affaires, une entreprise est faite en commun parce que dépassant les moyens d'une personne seule et rapportant beaucoup plus de profit que n'en obtiendrait une foule d'hommes opérant isolément. De même, les droits de l'homme sont bien mieux protégés et ont beaucoup plus d'ampleur en Société qu'à l'état de nature. Loin de construire une utopie, Rousseau a pris pour modèle la constitution genevoise. Il oppose *Le Contrat Social* à *La République* de Platon, à *L'Utopie* de More et aux *Sévarambes* de Vairas (p. 183). Rousseau est ici très polémique, car la constitution qu'il admire n'est pas celle de la Genève du XVIII^e siècle, mais celle de l'époque révolue (et idéalisée ?) où le Conseil Général, assemblée regroupant l'ensemble des Bourgeois et Citoyens, exerçait effectivement la souveraineté. Dans ces conditions, la souveraineté est nécessairement inaliénable, indivisible et absolue, tant par nature que par structure. Le Conseil Général vote des lois qui expriment la « volonté générale ». En 1789, l'art. 6 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* contribuera à la démolition de l'Ancien Régime en reprenant la notion de volonté générale. On comprend que la volonté générale soit une notion sui generis : le vote d'une assemblée peut exprimer un con-

sensus, c'est-à-dire une position qui ne correspond pas à celle de chacun des membres, mais qui ne suscite pas d'opposition empêchant son adoption. Le souverain est le détenteur de tout le pouvoir, mais il doit nécessairement en déléguer une partie à un gouvernement, notamment l'exécution des lois, c'est-à-dire leur transformation en actes particuliers. Réserver cette tâche à l'assemblée souveraine serait une mauvaise solution, car le législatif serait alors joint à l'exécutif, ce qui inciterait à la corruption lorsqu'il s'agirait de passer du général au particulier. De plus, qui dans le peuple pourrait se permettre de siéger en permanence ? Un problème surgit : quelle forme de gouvernement exécutera le mieux la volonté générale et n'usurpera pas le pouvoir ? « Les diverses formes dont le gouvernement est susceptible se réduisent à trois principales. Après les avoir comparées par leurs avantages et leurs inconvénients, je donne la préférence à celle qui est intermédiaire entre les deux extrêmes et qui porte le nom d'aristocratie. On doit se souvenir ici que la constitution de l'État et celle du Gouvernement sont deux choses très distinctes et que je ne les ai pas confondues. Le meilleur des Gouvernements est l'aristocratique ; la pire des souverainetés est l'aristocratique » (p. 182), phrase incompréhensible si on ne connaît pas les institutions genevoises. Rousseau s'inscrit dans la théorie des cycles et la tradition de la recherche du meilleur gouvernement héritées de l'Antiquité (Hérodote, Aristote, Polybe), tout en reconnaissant les défaillances du pouvoir à Sparte, Athènes ou Rome (voir, par exemple la mention des abus du tribunal de la plèbe, p. 256) et les limites des transpositions d'un passé lointain à la réalité politique du XVIII^e siècle : « Les anciens peuples ne sont plus un modèle pour les modernes ; ils leur sont trop étrangers à tous égards » (p. 256-257). En réalité, les comparaisons erronées de Rousseau avec les institutions antiques sont une critique mal déguisée de l'absolutisme de l'Ancien Régime et des abus qui permettent à une minorité rusée et avide de brimer la majorité de la population. Beaucoup de lois sont les fruits d'intérêts particuliers.

Dans les trois dernières *Lettres*, Rousseau retrace en historien et en juriste l'évolution des institutions genevoises et la dérive de la vie politique à Genève. Il constate avec dépit que les désordres politiques et sociaux qui agitent la République viennent de ce que le Petit Conseil est devenu une monarchie collective qui a dévitalisé la souveraineté du Conseil Général. Se faisant juriste, Rousseau explique ce que doivent être le « droit de représentation » du Conseil Général et le « droit négatif » du Petit Conseil. Le droit de représentation, c'est-à-dire le droit de présenter des réclamations au Petit Conseil, est un droit souverain des Bourgeois et Citoyens. Rousseau le définit comme un « droit d'inspection sur l'administration » qui garantit « le maintien des magistrats dans la dépendance des lois sans altérer son autorité sur le peuple ». Il a deux objets : soit changer la loi, soit réparer les transgressions de la loi. Comment ne pas penser ici à l'art. 15 de la *Déclaration des droits de*

l'Homme et du Citoyen : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » ? De son côté, le Petit Conseil ne peut opposer son « droit négatif », c'est-à-dire son droit de rejeter les représentations, que pour abus de pouvoir ou violation de la législation (les édits) par le Conseil Général. Au lieu de cela, le Petit Conseil a transformé le droit négatif en un droit positif lui donnant un pouvoir direct et absolu sur l'État au profit du patriciat : il rejette les représentations sans se motiver, au point de les interdire : « le prétendu droit négatif du conseil est réellement un droit positif, et le plus positif même que l'on puisse imaginer puisqu'il rend le Petit Conseil seul maître direct et absolu de l'État et de toutes les lois » (p. 250). Plus loin, il ajoute : « ...je vois dans une petite Ville, dont les affaires sont au fond très peu de chose, un corps de magistrats indépendant et perpétuel, presque oisif par état, faire sa principale occupation d'un intérêt très grand et très naturel pour ceux qui commandent, c'est d'accroître incessamment son empire » (p. 264). Comment ne pas rapprocher ce passage, par exemple, d'une lettre de Jefferson (1820) expliquant pourquoi il ne faut pas accorder le contrôle de la constitutionnalité des actes des départements législatif et exécutif à la Cour Suprême des États-Unis : « nos juges sont aussi honnêtes que les autres hommes, mais pas davantage. Ils ont en commun avec les autres les mêmes passions partisans, le même désir de puissance et le souci de privilégier leur corps² ». En dépassant son sort pour traiter de « la religion, de la liberté et de la justice », Rousseau est une source d'inspiration pour tous ceux qui réfléchissent sur le pouvoir.

A Genève, le blocage politique génère des insurrections. Les « Représentants » affrontent périodiquement les « Négatifs » et les « Ultra-Négatifs » jusque dans la rue. Selon Rousseau, la solution pour rétablir la paix civile à Genève consisterait à restaurer la constitution et à créer une solidarité : « surtout réunissez-vous tous. Vous êtes perdus sans ressource si vous restez divisés » (p. 272). Il faut éviter l'appel à la « garantie », c'est-à-dire l'intervention des grandes puissances qui avaient imposé l'*Illustre Médiation* en 1738. Rousseau passe ainsi des considérations philosophiques à leur réalisation pratique (voir l'observation de Mably relevée par le Professeur Dufour dans sa préface, p. 50) : il forge les armes de la Révolution. Au passage, Rousseau oppose son sort à celui de l'Anglais John Wilkes : ce dernier avait été condamné pour écrit séditieux à la demande du roi George III, mais une émeute l'avait délivré et en avait fait un héros (3 décembre 1763). Toutefois, le contraste relevé par Rousseau a vite tourné à un parallèle qu'il ne rapporte pas : Wilkes ne dut son salut qu'à sa fuite en France. L'affaire ne se termina à

² Jefferson (Thomas), *La liberté et l'État*, textes réunis et présentés par Dumbauld (Edward), Paris, Seghers, 1970, p.242 (Vent d'Ouest 31). Édition originale: *The Political Writings of Thomas Jefferson: Representative Selections*. New York, *The Liberal Arts Press*, 1955. Traduction : Nicolas (Pierre).

son avantage qu'en 1769, ce que Rousseau ne pouvait deviner. A Genève, la parution des *Lettres* aggrava les troubles (voir la préface du professeur Dufour, p. 44 et suiv.). Les Représentants commencèrent par perdre la partie, avant d'obtenir un compromis acceptable en 1768. Finalement, leur victoire et la réhabilitation de Rousseau vinrent, mais beaucoup plus tard avec la Révolution, la Constitution démocratique genevoise de 1841 et la Constitution radicale de 1847.

Prof. Yves Le Roy et Dr. Marie-Bernadette Schœnenberger.