

COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE

II



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 MMVII

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 · 2008

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-9528-7

Præfatio editorum

Geschichte ist in unserer Gegenwart zu einer Grösse der Tagespolitik geworden. So hat etwa die Verschiebung eines sowjetischen Denkmals zum Zweiten Weltkrieg in Estland eine schwere aussenpolitische Krise in den Beziehungen zu Russland ausgelöst. Die Geschichte untersucht Vergangenes, aber das Vergangene ist nicht etwa tot, sondern in den Köpfen der Menschen lebendig. Die Politik hat deshalb einen neuen und immer wichtiger werdenden Zweig eröffnet: Die Geschichtsarbeit. Damit sollen belastende, historische Fakten so nachbearbeitet werden, dass sie in der Gegenwart nicht zu unerträglichen Konflikten führen.

Die zunehmende Bedeutung von Geschichte zeigt sich ganz besonders im Rechtsleben. In den letzten Jahren ist es im In- und Ausland zu zahlreichen «historischen» Prozessen gekommen, bei denen geschichtliche Themen Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen waren. Noch harmlos und geradezu luxuriös nahm sich der Kulturgüterstreit zwischen den Kantonen Zürich und St. Gallen aus. Es ging um die Rückgabe von Schriften und Gegenständen, die Zürich im Zweiten Villmergerkrieg 1712 dem Kloster St. Gallen geraubt hatte. Auf Vermittlung des Bundesrates (Art. 44 Abs. 3 der Bundesverfassung) kam schliesslich eine Lösung zustande, die durch eine Feier und eine Festrede von Bundesrat Pascal Couchepin am 15. Januar 2007 besiegelt wurde. Die Vermittlung vermied, dass die Angelegenheit als ein «historischer» Prozess dem Bundesgericht vorgelegt wurde. Der Kulturgüterstreit, der einen grossen Aufwand verursachte, gab dem Festredner dennoch zu denken: «Wenn es solange gebraucht hat, einen Streit dieses Ausmasses zu schlichten, muss uns klar werden, wie schwierig die Beilegung der Konflikte im Mittleren und Nahen Osten, in Südostasien oder an anderen Kriegsherden weltweit ist».

Si vede che la storia vive nel presente; esaminare per ogni lato un conflitto storico non permette mai di giungere ad una conclusione categorica. Quindi si deve sempre chiedere l'avviso dei giuristi, solo capaci, grazie alle loro competenze, di trattare i fatti di storia: l'abbiamo costatato nell'imbroglio dei beni culturali, di cui abbiamo evocato lo scioglimento.

Les réactions positives à l'égard du premier numéro des *COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE* ont été très réjouissantes et la nécessité d'une telle revue a été reconnue amplement. Et c'est dans l'espoir de renouveler cette expérience positive que les éditeurs poursuivent leur expérience par la publication d'un deuxième fascicule dont les différentes contributions mettent en lumière des aspects importants et méconnus de notre passé.

Qu'il nous soit permis de réitérer nos remerciements à tous ceux qui ont œuvré à la réalisation de ce deuxième numéro, sans oublier les Editions Stämpfli, sans l'aide de qui cette revue n'existerait pas.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Præfatio editorum	V
Commentationes	
Victor Monnier	1
De inventione helvetiorum reipublicae – Étude sur les fondements institutionnels de la Confédération helvétique, des origines au XV ^e siècle	
Till Hanisch	54
Die richterliche Gewalt – <i>la puissance de juger</i> bei Montesquieu	
Olivier Beaud.....	82
La diète suisse de 1815 à 1848	
Miscellanea	
Alfred Dufour	106
Un droit sans histoire	
Recensio libri selecti	
Peter Brandt / Martin Kirsch / Arthur Schlegelmilch (Hrsg.)	115
<i>Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert</i>	

COMMENTATIONES

Victor Monnier

DE INVENTIONE HELVETIORUM REIPUBLICAE

Étude sur les fondements institutionnels de la Confédération helvétique, des origines au XV^e siècle

1. Introduction

Comment la Suisse s'est-elle faite? Sur quelles bases s'est-elle constituée? Telles sont les questions qui ont déterminé la présente étude. Pour y répondre, nous avons recherché les principes généraux sur lesquels s'est forgée l'union des Confédérés dès les origines, au XIII^e siècle et jusqu'au XIV^e siècle. Face à la multitude des traités conclus par les communautés confédérées, nos recherches se sont fondées principalement sur les alliances formatrices, qui officiellement scellent l'entrée des différents Cantons dans la Confédération, ainsi que sur les conventions de nature normative de portée générale adoptées par les Confédérés. Ainsi, cette étude est divisée en deux parties: la première, historique, résume l'évolution de la Confédération en mettant l'accent sur les liens qui s'établissent entre les Suisses. La seconde, juridique, tente de dégager le droit que les Confédérés élaborent afin d'assurer leur existence commune.

De la sorte, nous allons rappeler dans les grandes lignes les événements qui ont conduit les premiers Confédérés, aux XIII^e et XIV^e, à s'allier entre eux. Puis, nous nous pencherons sur les différents pactes officialisant leur entrée dans la Confédération helvétique, ainsi que sur les deux chartes qu'ils adoptent en commun. Par l'analyse juridique, nous tenterons de faire ressortir les fondements institutionnels que ces textes, d'essence constitutionnelle, visent à établir.

2. Les événements: genèse et essor de la Confédération

De 1291 à 1393, les huit communautés confédérées s'unissent par six traités et deux conventions générales. Nous nous contenterons de les situer dans le contexte historique, à l'aide des études sur les origines de la Confédération, sans prendre position sur les différentes théories qui ont cours à leur sujet. Notre but, en effet, n'est pas de trancher des questions qui sont de la compétence d'historiens médiévistes, mais de dégager de ces premières alliances les principes fondamentaux sur lesquels se construira, aux cours des siècles, l'union des Confédérés.

2.1. Le Pacte du début d'août 1291¹

Dans la conscience collective des Suisses, le Pacte de 1291 est l'acte fondateur. L'historiographie contemporaine a cependant démontré que ce document, s'il constitue indéniablement l'un des jalons qui marquent le début du long processus au terme duquel émergera la Confédération, ne révèle, en revanche, aucune intention – pas plus d'ailleurs que les autres alliances du XIV^e siècle – d'établir de près ou de loin une structure étatique². Sans remettre en question l'authenticité du texte et de la date de ce pacte, demandons-nous qui en sont les parties contractantes et quelles sont les raisons de leur union.

¹ Sur le texte original du Pacte du début du mois d'août 1291 conclu entre Uri, Schwyz et Unterwald, voir *Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Urkunden, Chroniken, Hofrechte, Rödel und Jahrbücher bis zum Beginn des XV. Jahrhunderts*. Abteilung 1: *Urkunden*. Aarau (Sauerländer) 1933, vol. 1, pp. 778–783. Nous avons utilisé la traduction française établie par LASSERRE, David, *Alliances confédérales (1291–1815)*. Erlenbach (Rentsch) 1941, pp. 21–23.

² SABLONIER, Roger, «Der Bundesbrief von 1291: eine Fälschung? Perspektiven einer ungewohnten Diskussion» in *Mitteilungen des historischen Vereins des Kantons Schwyz*, c. 85, 1993, p. 13.

LADNER, Pascal, «Urkundenkritische Bemerkungen zum Bundesbrief von 1291» in *Vom alten Land zum Bezirk Schwyz*. Festgabe des Alten Landes Schwyz an seine Bürgerinnen und Bürger aus Anlass der 700-Jahrfeier der Eidgenossenschaft. Schwyz, herausgegeben vom Historischen Verein des Kantons Schwyz, 1991, p. 93.

MEYER, Werner, FINK, Hans Dieter, *1291 – L'Histoire*. Les prémices de la Confédération suisse. Zurich (Editions Silva) 4^e éd., 1991, pp. 153–157.

OECHSLI, Wilhelm, *Die Anfänge der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Zur sechsten Säkularfeier des ersten ewigen Bundes vom 1. August 1291 verfasst im Auftrag des schweizerischen Bundesrates. Zurich (Druck von Ulrich & Co. im Berichthaus) 1891, p. 294.

Les communautés montagnardes d'Uri, de Schwytz et de l'Unterwald, que l'on appelle les *Waldstaetten*, c'est-à-dire les pays forestiers, vivent au cœur des Alpes et au centre du Saint Empire romain, auquel elles appartiennent. Habituees à la vie rude de la montagne, ces communautés mènent une existence isolée au fond de leurs vallées. Cette situation retirée n'engendre, dès lors, aucune convoitise³. Au XIII^e siècle, les Hohenstaufen⁴, par les privilèges qu'ils leur accordent, les associent aux destinées du Saint Empire. Cette politique, qui va favoriser leur autonomie, peut trouver une explication dans l'aménagement du trafic du Saint Gothard, aux alentours de 1220–1230, et les perspectives que celui-ci offrait à cette dynastie, soit un moyen rapide d'atteindre les territoires qu'elle possédait de part et d'autre des Alpes. Sans doute s'inscrit-elle aussi dans la lutte que poursuit l'empereur Frédéric II de Hohenstaufen (1194–1250) contre la Papauté⁵. Ainsi les Uranais obtiennent l'immédiateté impériale par la lettre de franchise⁶ du 26 mai 1231⁷, et les

³ [Ces vallées]...n'ont en revanche, et pendant très longtemps – jusqu'au XIII^e siècle –, retenu en rien l'attention des princes qui se disputaient le bas pays. Ils n'y ont pas vu le moindre intérêt. Ces vallées rudes, d'accès incommode, finissaient pratiquement en culs-de-sac. Elles ne menaient pas vers des cols aisément praticables pour descendre en Italie; d'autres itinéraires, infiniment plus pratiques et bien équipés, s'ouvraient de part et d'autre. De plus, ces vallées paraissaient vouées à la pauvreté. Le fisc royal, la soif de fiefs des hauts barons n'y pouvaient espérer des revenus substantiels. Nul filon de quelque métal, précieux ou non, n'y avait été repéré, pas plus que de sources salines. A quoi bon s'escrimer à faire valoir et respecter un pouvoir sur des pays de forêts, de rochers et de névés qui n'avaient presque rien à donner? BERGIER, Jean-François, *Guillaume Tell*. Paris (Fayard) 1988, pp. 155–156.

⁴ Dynastie de ducs de la Souabe ayant occupé le trône impérial de 1138 à 1254.

⁵ MARCHAL, Guy P., «Les racines de l'indépendance (401–1394)» in *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*. Lausanne (Payot) 1998, 3^e éd, pp. 150–151.

BAUM, Wilhelm, *Reichs- und Territorialgewalt (1273–1437)*. Königtum, Haus Österreich und Schweizer Eidgenossen im späten Mittelalter. Vienne (Turia & Kant) 1994, 429 p. pp. 54–55.

MEYER, Werner, FINK, Hans Dieter, *La Suisse dans l'histoire*. Zurich (Editions Silva) 1995, vol. 1, pp. 38–39.

MEYER, 1291–L'Histoire, *op.cit.*, p. 152.

⁶ **Franchise**, lettres de Frédéric II et son fils Henri, souverains de la maison de Hohenstaufen, établirent des lettres dites de franchise pour les Uranais (1231) et les Schwytzois (1240). Il s'agissait d'actes authentiques qui confirmaient l'immédiateté impériale des habitants des deux vallées. A la longue, ces documents n'auraient pas pu empêcher l'incorporation des vallées à la seigneurie territoriale des Habsbourgs si ceux-ci avaient manifesté un intérêt réel à les soumettre. D'autres déclarations d'immédiateté impériale, englobant également les habitants d'Unterwald, suivirent au XIV^e siècle. Dès lors, les Confédérés s'efforcèrent toujours d'obtenir, des souverains romains germaniques régnants, la confirmation de leur immédiateté impériale, en qualité de fondement juridique de leurs prétentions à l'autonomie. **Glossaire** in: MEYER, 1291–L'Histoire, *op.cit.*, p. 246.

Schwytzois par celle du 20 décembre 1240⁸. Ces deux communautés, par les deux chartes octroyées sous le règne de Frédéric II, relèvent directement du Saint Empire. Placées sous la protection directe de l'empereur, elles ne sont, dès lors, plus soumises à aucun autre pouvoir politique. L'historien bâlois Werner Meyer relève que ce statut conférait une large autonomie à ceux qui en bénéficiaient, mais impliquait, en contrepartie, qu'ils devaient assumer eux-mêmes leur défense car ils ne pouvaient pas tabler infailliblement sur celle de l'Empereur⁹. La période du Grand Interrègne (1254–1273)¹⁰, en raison du relâchement général de l'autorité publique, favorise le développement de l'autonomie des *Waldstaetten*. Cependant, durant cette époque d'anarchie, l'ordre public n'est plus assuré. Il s'agit de trouver un protecteur puissant capable de faire régner la paix. Diverses circonstances indiquent que la personnalité du comte Rodolphe III de Habsbourg (1218–1291) conviendrait à ce rôle. Ce personnage, qui tout au long de son existence poursuivra une politique d'expansion de son patrimoine familial, détenait en Suisse centrale de nombreux droits seigneuriaux¹¹, comtaux¹² et d'avouerie¹³. Devenu empereur

⁷ Texte de la lettre de franchise d'Uri in OECHSLI, Wilhelm, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte. Für Haus und Schule*. Zurich (Friedrich Schulthess) 1886, vol. 1, pp. 46–47. Traduction française in *Chartes, pactes et traités de la Suisse*. Réunis et traduits par Jean Biedermann, Lausanne (Art et Science) 1915, pp. 7–8.

⁸ OECHSLI, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte, op.*, p. 47. Traduction française in: CASTELL, Antoine, *Les Chartes fédérales de Schwyz*. Les principales chartes de l'ancienne Confédération exposées et traduites à l'usage du public. Traducteurs: Marcel Bitchy et Bruno Gemperle. Einsiedeln (Etablissements Benziger & Cie. S. A.) 1938, p. 24.

⁹ **Immédiateté impériale.** *Etat d'une personne ou d'un groupe qui relèvent directement de l'empereur dans le Saint Empire romain germanique et jouissent donc, sans intermédiaire, de sa protection. Les régions immédiates étaient placées sous l'autorité d'un bailli impérial. L'immédiateté impériale conférait, à celui qui en jouissait, une large autonomie, mais dépendait de sa capacité et de ses moyens d'assumer lui-même sa défense, car la protection effective de l'Empire était minime. L'autonomie politique des cantons confédérés reposa, à partir du XIV^e siècle, sur la garantie, donnée par écrit, de leur immédiateté impériale.* **Glossaire** in MEYER, *La Suisse dans l'histoire, op.cit.*, vol. 1, p. 240.

¹⁰ **Grand Interrègne**, qui dura de la mort de l'empereur Conrad IV à l'élection de Rodolphe I^{er} de Habsbourg (1254/1273): durant cette période, le trône fut disputé par de nombreux empereurs rivaux, notamment Guillaume de Hollande, Richard de Cornouailles, Alphonse X de Castille, faisant sombrer l'Allemagne dans l'anarchie. MOURRE, Michel, *Dictionnaire encyclopédique d'histoire*. Nouvelle édition. Paris (Bordas) 1986, vol. G-J, p. 2383.

¹¹ Droits provenant d'une seigneurie foncière: **Seigneurie foncière.** *Grande propriété agricole ayant comme centre administratif une curtis féodale (... centre d'une seigneurie foncière, habitée par le seigneur foncier ou son représentant... MEYER, 1291–L'Histoire, op.cit., p. 246) ou un château fort. Les terres étaient cultivées par des serfs qui devaient obéissance et redevances au seigneur foncier, propriétaire des domaines. Au second Moyen Age, une grande partie des terres exploitées de Suisse centrale se*

en 1273, sous le nom de Rodolphe I^{er}¹⁴, il aura pour préoccupation constante l'établissement et le maintien de la paix publique¹⁵ dans ses états. Au vu du contexte de l'époque, ses relations avec les communautés d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald seront bonnes¹⁶.

trouvait entre les mains de seigneurs fonciers laïques ou ecclésiastiques. Au cours des XIV^e et XV^e siècles, ces seigneuries furent supprimées en grande partie, à la suite d'affranchissements par rachat des serfs et de refus d'obéissance ainsi que de versement de redevances. Ibid., p. 252.

- ¹² Droits attachés à la personne du comte: **Comte**. Le terme de comte, dérivé du latin *comes* désignait, au haut Moyen Age, le fonctionnaire royal placé à la tête d'un district administratif ou d'une région (Gau en allemand), où il était doté de compétences administratives, militaires et judiciaires. A partir du IX^e siècle, la fonction de comte, donnée en fief, devint héréditaire. A partir des XI / XII^e siècles, le titre de comte fut lié à l'exercice de droits seigneuriaux par des membres de la haute noblesse. Dans les seigneuries ecclésiastiques, des droits comtaux pouvaient également être assumés par des évêques ou abbés. A partir du bas Moyen Age, le titre de comte fut alloué, à l'instar d'autres titres nobiliaires, en signe de faveur par des souverains. MEYER, *La Suisse dans l'histoire, op.cit.*, p. 236.
- ¹³ **Avoué, avouerie**. L'avoué était, au Moyen Age, le seigneur laïc protecteur d'un monastère. Sa tâche principale consistait à empêcher la mainmise d'autrui sur les biens du couvent. Des conflits surgissaient parfois entre le monastère et son avoué lorsque ce dernier outrepassait ses droits et s'enrichissait aux dépens du couvent. Le droit d'avouerie appartenait aussi au propriétaire ou au fondateur d'un monastère ou d'une église. Au bas Moyen Age, ce droit détenu par des familles nobles passa, pour de nombreux couvents, aux cantons confédérés... MEYER, *La Suisse dans l'histoire, op.cit.*, p. 235.
- ¹⁴ *En sa qualité de comte et de roi, Rodolphe avait étendu le cercle de ses partisans dans les Waldstaetten. Il y avait joué, à plusieurs reprises, personnellement et par le truchement de fonctionnaires, le rôle de protecteur, de gardien de la paix et de la justice, sans toutefois avoir édifié un appareil d'administration territoriale qui lui aurait survécu, continuant ainsi à attribuer à la maison de Habsbourg le rôle de puissance assurant le maintien de l'ordre.* MEYER, 1291– *L'Histoire, op.cit.*, p. 173.
- ¹⁵ **Paix publique, intérieure, nationale**. *Landfriede* en allemand. Au bas Moyen Age, interdiction de faire des guerres privées, convenue par traité ou prononcée par ordonnance du souverain ou des autorités. Les conditions de souveraineté multiples qui régnaient dans le pays au Moyen Age exigeaient la signature de conventions suprarégionales pour le maintien de la paix publique, conventions à négocier entre les princes, les villes et les pays. Les anciens pactes d'alliances des confédérés étaient, pour une large part de leur teneur, des traités de paix publique. MEYER, *La Suisse dans l'histoire, op.cit.*, pp. 242–243.
- ¹⁶ BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt, op.cit.*, pp. 56–58.
MEYER, Werner, 1291 *Der ewige Bund*. Die Entstehung der Eidgenossenschaft. Berlin (Brandenburgisches Verlagshaus) 1994, p. 22.
ERKENS, Franz-Reiner, «Zwischen staufischer Tradition und dynastischer Orientierung: Das Königtum Rudolfs von Habsburg» in *Rudolf von Habsburg 1273–1291*. Eine Königsherrschaft zwischen Tradition und Wandel. Cologne / Weimar / Vienne (Böhlau Verlag) 1993, pp. 39–42.
BERGIER, *Guillaume Tell, op.cit.*, pp. 262–279.

La mort de Rodolphe I^{er}, le 15 juillet 1291, déclenche des mouvements de sédition contre l'autorité des Habsbourg. La révolte, qui remet en cause l'autorité de cette dynastie, se développe en Basse Autriche, en Styrie et sur le Plateau suisse, du lac de Constance au bassin de l'Aar. Dans tout l'Empire, un sentiment d'insécurité se propage. Les *Waldstaetten* sont inquiets des conséquences fâcheuses qu'entraîne la disparition de celui qui leur assurait sécurité et protection. C'est la raison pour laquelle, au début du mois d'août 1291, les communautés d'Uri, de Schwytz et de Nidwald¹⁷ concluent une alliance illimitée tendant principalement à assurer la paix publique à l'intérieur de leurs territoires. Cette alliance semble avoir fait ses preuves puisque, de manière très générale, la situation demeure calme dans les trois vallées, à la différence de ce qui se passe dans les Préalpes septentrionales où la paix n'est rétablie qu'en été 1293, à la suite de la victoire des Habsbourg et de leurs alliés sur les insurgés¹⁸.

MARCHAL, Guy P., «Die Schweiz von den Anfängen bis 1499» in *Handbuch der europäischen Geschichte*. Herausgegeben von Theodor Schieder. vol. 2, *Europa im Hoch- und Spätmittelalter*, herausgegeben von Ferdinand Seibt. Stuttgart (Klett-Cotta) 1987, p. 535.

¹⁷ La communauté d'Obwald, qui avec celle de Nidwald constitue l'Unterwald, semble s'être ralliée plus tard au Pacte de 1291. MEYER, *1291 Der ewige Bund*, *op.cit.*, p. 18. PEYER, Hans Conrad, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» in *Handbuch der Schweizer Geschichte*. Zurich (Buchverlag Berichthaus) 1980, 2^e éd., 1^{er} vol. p. 180.

¹⁸ MEYER, *La Suisse dans l'histoire*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 56–59.

BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, pp. 58–59.

BLICKLE, Peter, «Friede und Verfassung. Voraussetzungen und Folgen der Eidgenossenschaft von 1291» in *Innerschweiz und frühe Eidgenossenschaft*. Jubiläumsschrift 700 Jahre Eidgenossenschaft. vol. 1 *Verfassung-Kirche-Kunst*. Herausgeber Historischer Verein der Fünf Orte. Redaktion Hansjakob Achermann, Josef Brülisauer, Peter Hoppe. Olten (Walter Verlag) 1990, pp. 27–36.

MARCHAL, «Die Schweiz von den Anfängen bis 1499» *op.cit.*, p. 535.

MORAW, Peter, *Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung*. Das Reich im späten Mittelalter 1250 bis 1490 in *Propyläen Geschichte Deutschlands*, vol. 3. Herausgegeben von Dieter Groh. Berlin (Propyläen Verlag) 1985, p. 219.

Sur l'évolution de l'historiographie à propos du Pacte de 1291 voir: MARCHAL, Guy P. «Neue Aspekte der frühen Schweizergeschichte» in *L'histoire en Suisse*. Bilan et perspectives – 1991. Rédaction de la Revue suisse d'histoire, Boris Schneider, Francis Python. Bâle (Schwabe) 1992, pp. 326–327. MARCHAL, Guy P. «Die schweizerische Geschichtsforschung und die österreichische Herrschaft: Ergebnisse und Fragen» in *Die Eidgenossen und ihre Nachbarn im Deutschen Reich des Mittelalters*. Herausgegeben von Peter Rück unter Mitwirkung von Heinrich Koller. Marburg an der Lahn (Basiliken-Presse) 1991, pp. 20–22.

2.2. Le Pacte de Brunnen du 9 décembre 1315¹⁹

Devenu empereur du Saint Empire en 1292, Adolphe de Nassau (1248–1298) confirmera, le 30 novembre 1297, l’immédiateté impériale d’Uri et de Schwytz. Son successeur Albert I^{er} de Habsbourg (~1255–1308), fils de Rodolphe I^{er}, élu au trône impérial en 1298, ne semble pas avoir fait preuve d’un intérêt particulier pour les pays forestiers. Son assassinat par son neveu Jean de Habsbourg (~1290–1313), en 1308, déclenche à nouveau une période d’insécurité. Est-ce la nécessité de protection qui pousse alors les *Waldstaetten* à faire confirmer leurs franchises? Toujours est-il que, le 3 juin 1309, Henri VII de Luxembourg (1269–1313), à la tête de l’Empire depuis novembre 1308, réaffirme le statut d’immédiateté impériale des Uranais et des Schwytzois et l’octroie également aux gens d’Unterwald. Désormais, ces communautés échapperont à tout tribunal étranger à l’exception de celui de l’empereur. Ces trois vallées réunies par la volonté de ce monarque constituent désormais une avouerie impériale indépendante; Henri VII nomme un bailli impérial²⁰ ayant pour tâche de le représenter auprès des *Waldstaetten*. Cette conjoncture va accroître le sentiment d’autonomie de ces communautés²¹.

À la mort de l’empereur Henri VII, survenue le 24 octobre 1313, s’ouvre une période d’interrègne dans le Saint Empire. En octobre 1314, on assiste à une double élection à la tête de l’Empire: celle d’un Habsbourg, Frédéric le Beau (1286–1330), fils d’Albert I^{er}, et celle d’un Wittelsbach, Louis de Bavière (~1286/87–1347). Les Schwytzois, qui depuis longtemps mènent une politique d’appropriation des terres appartenant à l’abbaye d’Einsiedeln, pro-

¹⁹ Sur le texte original du pacte de Brunnen du 9 décembre 1315 conclu entre Uri, Schwytz et Unterwald, voir *Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, I *Urkunden*, *op.cit.*, vol. 2, pp. 411–415. Nous avons utilisé l’adaptation en allemand moderne figurant in OECHSLI, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte*, vol. 1, pp. 56–58 et celles françaises figurant in CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, *op.cit.*, pp. 44–47 et in LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*. *op.cit.*, pp. 24–26.

²⁰ **Bailli impérial.** (Reichsvogt en allemand) *Fonctionnaire impérial qui exerçait les droits d’un comte dans les territoires immédiats de l’Empire et assumait ainsi la représentation juridique de l’empereur. Sur le territoire de l’actuelle Suisse, on comptait, par exemple, les bailliages impériaux suivants, en plus des villes jouissant de l’immédiateté impériale: Uri, la vallée du Hasli et la seigneurie de Grasburg, et plus tard, les territoires de la plupart des cantons confédérés.* MEYER, *La Suisse dans l’histoire*, *op.cit.*, vol. 1, p. 235.

²¹ MARCHAL, «Les racines de l’indépendance (401–1394)» *op.cit.* p. 160.
BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, pp. 61–62; 76–81.
MEYER, *1291– L’Histoire*, *op.cit.*, pp. 174–180.
PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, pp. 184–188.

fitent de la vacance du pouvoir dans l'Empire pour y faire une incursion violente au cours de la nuit du 6 au 7 janvier 1314. Les Habsbourg, seigneurs laïques de Schwytz mais également avoués²² de l'abbaye d'Einsiedeln, avaient pour tâche, et de défendre les intérêts des Schwytzois, et de protéger l'abbaye. Les deux premiers monarques habsbourgeois, Rodolphe et Albert, avaient su faire preuve de fermeté, de sorte que, sous leurs règnes, aucun incident notable n'était survenu. La situation change à la mort d'Albert en 1308: les Schwytzois renouvellent alors leurs agressions et mettent ainsi à mal la paix publique dans la région. Les Habsbourg, accaparés par le problème que leur pose la double élection au trône impérial, reportent à plus tard la solution de cette querelle. Ce n'est qu'en novembre 1315 qu'ils décident de réagir militairement aux provocations des Schwytzois. Entre-temps la situation a évolué et le conflit local entre les Schwytzois et l'abbaye va s'insérer dans la lutte au sein de l'Empire entre Louis de Bavière et Frédéric le Beau. Le duc Léopold d'Autriche (1287–1326), frère de Frédéric le Beau, décide d'une opération punitive, vraisemblablement pour expulser les colons schwytzois des terres de l'abbaye, mais celle-ci se solde par un échec. Les Schwytzois ont raison de son armée, qu'ils détruisent au Morgarten, le 15 novembre 1315. Cette situation conflictuelle a pour conséquence de rapprocher les *Waldstaetten* de Louis de Bavière, qui se félicite de pouvoir les compter parmi ses alliés dans le combat qu'il mène contre son rival. Moins de quatre semaines plus tard, les représentants des trois communautés, à l'instigation sans doute de Schwytz, se retrouvent à Brunnen pour réaffirmer et consolider leur alliance éternelle. L'adoption par les trois communautés alpestres du Pacte de Brunnen, le 9 décembre 1315, est déterminée par la nécessité de la sécurité commune. En effet, l'inquiétude provient non seulement de la guerre déclenchée par les Schwytzois, mais aussi de la situation de l'Empire à la suite de la double élection. Cette situation pousse les *Waldstaetten* à renforcer leur union. Signalons que ce Pacte de 1315 reprend en allemand nombre de dispositions rédigées en latin dans le Pacte de 1291²³.

²² *La tâche la plus importante de l'avoué consistait à protéger les biens conventuels des convoitises étrangères. (...) Dans la querelle des zones limitrophes entre Schwytz et Einsiedeln, les avoués jouèrent un rôle important, car ils eurent à défendre les terres de l'abbaye contre la poussée de colonisation des Schwytzois. Les détenteurs de l'avouerie d'Einsiedeln furent, à partir du XI^e siècle, les Rapperswil, puis, après l'extinction de ceux-ci, les Habsbourg.* MEYER, 1291–L'Histoire, *op.cit.*, p. 243.

²³ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.* p. 160.
BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, pp. 83–89.
MEYER, 1291–L'Histoire, *op.cit.*, pp. 180–195.
BLICKLE, «Friede und Verfassung» *op.cit.*, pp. 45–49.
MARCHAL, «Die Schweiz von den Anfängen bis 1499» *op.cit.*, pp. 535–536.
PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, pp. 188–190

Nul doute que la victoire de Morgarten sur un Habsbourg appartenant à une dynastie rivale dut être bien accueillie par l'Empereur Louis de Bavière. Se fondant sur le droit de l'Empire, ce dernier, le 26 mars 1316, déclare les ducs d'Autriche²⁴ déchus de tous les domaines, biens et droits qu'ils détiennent dans les pays forestiers, au profit de l'Empire. Le 29 mars 1316, répondant aux vœux des Confédérés, Louis de Bavière confirme leurs anciennes franchises et leur en accorde une nouvelle, identique pour les trois pays. Toutes différences entre eux sont désormais effacées dans le statut d'immédiateté impériale qui les lie à l'Empire. Il itère cette sentence le 5 mai 1324 en proclamant libres les sujets et serfs des Habsbourg, qu'il place sous la dépendance directe de l'Empire²⁵. Après Morgarten, bien qu'occupés par la lutte contre Louis de Bavière, les ducs d'Autriche ne renoncent pas pour autant à leurs droits en Suisse centrale. Une guerre d'usure se développe alors dans la région, avec son lot d'actes de brigandage et de pillage, qui touche tous les *Waldstaetten*. Toutefois, le 19 juillet 1318, un armistice est conclu. Les difficultés des Habsbourg dans l'Empire et dans la région, ainsi que le blocus commercial qu'ils ont mis en place contre les trois communautés, ne sont certes pas étrangers à la décision de cesser les hostilités. Aux termes de cet accord, les Habsbourg reconnaissent les *Waldstaetten* en tant que partie à la négociation, mais cette reconnaissance n'implique pas pour autant qu'ils renoncent à leurs droits et à leurs biens dans ces pays. Les trois communautés les confirment d'ailleurs expressément et obtiennent des ducs d'Autriche la réouverture de leurs marchés. Cette trêve sera reconduite à maintes reprises²⁶.

²⁴ Sous Rodolphe I^{er}, les Habsbourg prennent le titre de ducs d'Autriche. MEYER, *1291–L'Histoire*, *op.cit.*, p. 239.

²⁵ PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, pp. 190–191.
DURRER, Robert, «Premiers combats de la Suisse primitive pour la liberté» in *Histoire militaire de la Suisse*. Berne (Commissariat central des guerres) 1915, 1^{er} c., p. 93.
DIERAUER, Johannès, *Histoire de la Confédération suisse*. Ouvrage traduit de l'allemand par Aug. Reymond. Lausanne (Payot) 1911, vol. 1, pp. 157–158.
OECHSLI, *Die Anfänge der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, n°557–560, pp. 220*–222*; n°648, pp. 248*–249*.
BLUMER, Johann Jakob, *Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell*. Saint-Gall (Scheitlin und Zollikofer) 1850, vol. 1, pp. 205–206.

²⁶ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.* p. 160–161.

MEYER, *La Suisse dans l'histoire*, *op.cit.*, p. 60.

MEYER, *1291–L'Histoire*, *op.cit.*, p. 190.

PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, p. 191.

WERNLI, Fritz, *Die Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft*. Verfassungsgeschichte und politische Geschichte in Wechselwirkung in *Studien zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte*, c. VI, 1972, pp. 301–310.

Les Habsbourg obtinrent des Waldstaetten: (...) *simplement la reconnaissance* des métairies qu'ils avaient dans leur territoire et dont ils jouissaient du temps de

Quant à la dépendance vis-à-vis du Saint Empire dans laquelle se trouvent directement les trois communautés, elle tend à se relâcher toujours davantage. En effet, s'ils ne contestent pas la souveraineté que l'empereur exerce sur leurs vallées, les *Waldstaetten* commencent cependant à la restreindre, notamment par les réserves qu'ils émettent, le 7 octobre 1323, dans l'hommage qu'ils rendent au bailli représentant l'empereur, le comte Jean d'Aarberg (1270–1331)²⁷.

Comme l'écrit Werner Meyer, par la victoire du Morgarten et par celle de Louis de Bavière sur Frédéric le Beau, ainsi que par le statut d'immédiateté impériale que l'Empire leur confère, les *Waldstaetten* obtiennent la légitimation de leur autonomie gagnée sur la souveraineté des Habsbourg. Cette dynastie reste néanmoins la seule puissance tutélaire capable de maintenir l'ordre public et, quels que soient les événements, elle bénéficie toujours auprès des pays forestiers d'un certain crédit²⁸.

l'empereur Henri, c'est-à-dire évidemment la reconnaissance de leurs seuls droits privés, tels qu'ils subsistaient encore après l'octroi de la liberté impériale, au bénéfice de laquelle Unterwald se trouve enfin comme les autres. Les vallées se réservaient en outre, pendant la durée de la trêve, libre commerce avec Lucerne, Zoug, Aegeri, Glaris, Wesen, et jusqu'à Interlaken. Les ducs s'engageaient à ne les citer, pendant le même temps, devant aucun tribunal séculier ou ecclésiastique, (...) HILTY, Charles, *Les Constitutions fédérales de la Confédération suisse. Exposé historique écrit sur la demande du Conseil fédéral à l'occasion du sixième centenaire de la première alliance perpétuelle du 1^{er} août 1291*. Traduit de l'original allemand par F.-H. Mentha. Neuchâtel (Attinger) 1891, p. 43.

²⁷ PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, p. 191.

WERNLI, *Die Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, *op.cit.*, pp. 322–324.
 HILTY, *Les Constitutions fédérales de la Confédération suisse*, *op.cit.*, pp. 45–46.
 Les *Waldstaetten* rendirent hommage (...) à la condition que personne n'aurait le droit de les traduire devant les chambres comtales ou devant d'autres tribunaux extérieurs, qu'aucun étranger ne pourrait leur être imposé comme juge, et que le roi [l'empereur] ne les aliénerait jamais de l'empire. Que pouvait être encore, dans ces conditions, un bailli impérial? En fait, les trois pays se comportaient en républiques indépendantes qui, non seulement revendiquaient, chacune pour elle, un droit autonome en qualité de corps politiques parfaitement constitués, mais qui décidaient avec une souveraineté absolue dans toutes les affaires communes, tant intérieures qu'extérieures, à titre de Confédération librement formée. DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 160–161.

²⁸ MEYER, 1291–*L'Histoire*, *op.cit.*, p. 190 et 195.

2.3. Le Pacte de Lucerne du 7 novembre 1332²⁹

Après la mort de l'empereur Frédéric le Beau, le 13 janvier 1330, l'empereur Louis de Bavière et les Habsbourg mettent fin à leurs luttes en signant une paix définitive le 6 août 1330. Ce rapprochement n'est pas sans inquiéter les trois *Waldstaetten*. Il remet en question leurs franchises, que garantissait l'antagonisme entre les deux familles. En outre, les Habsbourg poursuivent avec succès une expansion territoriale, qui leur assure une position dominante du Sud du Rhin à la Suisse centrale et jusqu'aux Grisons. Dans ces circonstances, il est indispensable pour les trois communautés, à l'écart dans leurs vallées, de disposer de débouchés économiques sûrs, permettant un approvisionnement en biens de première nécessité et l'écoulement de leurs produits. Ce rôle de centre économique est principalement assumé par Lucerne, ville qui a tout intérêt à maintenir de bonnes relations avec les *Waldstaetten*, surtout en raison du développement du Gothard. Lucerne représente donc l'étape nécessaire, d'où part et où arrive le trafic des marchandises provenant du col. Depuis 1291, la cité dépend directement des Habsbourg. Après la bataille de Morgarten, ces derniers font fermer les marchés de la ville aux *Waldstaetten*, mesure impopulaire, car contraire aux liens personnels et économiques que les Lucernois entretenaient avec leurs voisins. En outre, la politique suivie par les Habsbourg vis-à-vis de Lucerne depuis 1320 tendait à restreindre les compétences reconnues à cette cité. Ces raisons, ainsi que les relations qui depuis longtemps lient Lucerne à ses voisins, conduisent à la conclusion d'une alliance durable, signée le 7 novembre 1332, sans pour autant que celle-ci ne remette en question la souveraineté territoriale des Habsbourg sur la ville³⁰.

²⁹ Sur le texte original du Pacte de Lucerne du 7 novembre 1332 conclu entre Lucerne, Uri, Schwytz et Unterwald, voir *Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, I *Urkunden*, *op.cit.*, vol. 2, pp. 802–811. Nous avons utilisé l'adaptation en allemand moderne figurant in OECHSLI, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 71–73 ainsi que les traductions françaises in CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, *op.cit.*, pp. 53–56 et in LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*, *op.cit.*, pp. 27–29.

³⁰ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.* p. 163–164.

MEYER, *1291–L'Histoire*, *op.cit.*, pp. 203–206.

PEYER, Hans Conrad, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*. Zurich (Schulthess) 1978, p. 26.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, *op.cit.*, vol. 1, p. 185.

HEUSLER, Andréas, *Histoire des Constitutions suisses*. Traduction française de G. Abravanel et J.-G. Favey. Préface de Ch. Gilliard. Lausanne / Genève (Spes; Georg) 1924, pp. 105–110.

2.4. Le Pacte de Zurich du 1^{er} mai 1351³¹

C'est sur un fond de crise que se conclut l'alliance avec Zurich. Cette ville libre, qui bénéficiait du statut d'immédiateté impériale, avait connu, au cours du XIII^e siècle, l'essor de ses libertés, de son commerce, de son industrie et des échanges économiques. Elle était ainsi un centre important du Plateau suisse³².

A la suite du mécontentement des artisans exclus de l'administration urbaine, Rodolphe Brun (av.1330–1360), à la tête de l'opposition, renverse en 1336 le conseil de la ville et établit une nouvelle constitution qui donne aux corps de métiers l'accès au pouvoir. Les membres de l'ancien conseil sont bannis et, réfugiés à Rapperswil, bénéficient de la protection des seigneurs féodaux de la campagne zurichoise et des Habsbourg. Une longue période conflictuelle s'ouvre alors. En 1350, la situation devient particulièrement dangereuse pour R. Brun. Isolé, il doit faire face à une coalition à la tête de laquelle se trouve le duc d'Autriche Albert de Habsbourg (1298–1358). Le bourgmestre de Zurich se tourne vers les Confédérés, soucieux d'assurer la protection militaire de sa ville. Les quatre Cantons répondent positivement. Ils se connaissent déjà: Schwytz et Uri ne s'étaient-ils pas alliés à Zurich, le 16 octobre 1291, pour pouvoir maintenir, au cours de cette période troublée, le trafic de marchandises passant par cette ville et surtout assurer leur ravitaillement en sel? Tout comme Lucerne, Zurich est donc pour les *Waldstaetten* un marché d'approvisionnement indispensable et de plus un centre important du trafic transalpin. Les deux parties ont ainsi tout intérêt à garantir des relations économiques paisibles. Tels sont les motifs qui les poussent à s'allier le 1^{er} mai 1351³³.

³¹ Sur le texte original du Pacte de Zurich du 1^{er} mai 1351 conclu entre Zurich Lucerne, Uri, Schwytz et Unterwald, voir LARGIADÈR, Anton, *Zürichs Bund mit den vier Waldstätten vom 1. Mai 1351*. Zurich (Lehrmittelverlag des Kantons Zürich) 1953, pp. 18–24. Nous avons utilisé les traductions françaises in CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, *op.cit.*, pp. 61–68 et in LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*, *op.cit.*, pp. 24–26

³² PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, pp. 207–208.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, vol. 1, pp. 209–212.

³³ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.* pp. 165–166.

BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, pp. 111–114.

MEYER, *1291–L'Histoire*, *op.cit.*, p. 172; pp. 203–206.

PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, pp. 209–212.

HELBLING, Hanno, *Histoire suisse*. Traduite de l'allemand par André Hurst. Genève (Librairie Droz) 1964, p. 32. LASSERRE, *Alliances confédérales*, *op.cit.*, pp. 29–31.

HEUSLER, *Histoire des Constitutions suisses*, *op.cit.*, pp. 114–115.

Le conflit qui oppose le duc Albert à Zurich va se développer dès la fin de l'automne 1351, avec l'entrée en lice des Confédérés. Il s'ensuit plusieurs expéditions militaires menées par Zurich et ses alliés contre des territoires sous sujétion habsbourgeoise. Au cours de ces expéditions militaires, les Confédérés soumettent par les armes Glaris et Zoug et les contraignent à se joindre à eux³⁴.

2.5. Le Pacte de Glaris du 4 juin 1352³⁵

Ainsi, lorsqu'éclate la guerre, Zurich et les Confédérés prennent l'offensive et occupent Glaris en novembre 1351. Or cette vallée est aux mains des Habsbourg depuis 1264. Les Glaronnais, bien disposés à l'égard des Confédérés, n'opposent aucune résistance. Ils leur jurent fidélité et envoient 200 hommes défendre la ville de Zurich. Au début de l'année 1352, les gens de Glaris battent un contingent habsbourgeois venu reconquérir la vallée récalcitrante. Une fois la rupture avec les Habsbourg consommée, Glaris est admis dans l'alliance confédérale, ce qui a lieu le 4 juin 1352³⁶. Son intérêt primordial est d'être protégé contre les prétentions de ses seigneurs et maîtres les ducs d'Autriche. En revanche, pour les Confédérés, l'utilité d'une telle association n'est pas manifeste. Certes, on ne refuse point une aide militaire supplémentaire, mais l'intérêt de cette vallée qui ne mène nulle part et dont les habitants,

³⁴ STETTLER, Bernhard, «Habsburg und die Eidgenossenschaft um die Mitte des 14. Jahrhunderts» in *Revue suisse d'histoire*, c. 4, 1973, pp. 752–753.

MEYER, Bruno, «Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert. Von Zugerbund zum Pfaffenbrief» in supplément de la *Revue suisse d'histoire*, c. n°15, 1972, pp. 21–23.

³⁵ Sur le texte original du Pacte de Glaris du 4 juin 1352 conclu entre Zurich, Uri, Schwytz Unterwald et Glaris, voir *Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, I *Urkunden*, *op.cit.*, vol. 3/1, pp. 660–677. Nous avons utilisé les traductions françaises in CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, *op.cit.*, pp. 70–73 et in LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*. *op.cit.*, pp. 36–39.

³⁶ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.* pp. 167–170.
WINTELER, Jakob, *Geschichte des Landes Glarus*. Zur 600 Jahr Feier des Glarnerbundes 1352–1952 herausgegeben von der Regierung des Kantons Glarus. Glaris (Kommissionsverlag F. Baeschlin, Buchhandlung) 1952, vol. 1, pp. 94–96.
LARGLADER, Anton, «Zürichs ewiger Bund mit den Waldstätten vom 1. Mai 1351» in *Neujahrsblatt der Feuerwerker-Gesellschaft (Artillerie-Kollegium)*. Zurich, n°CXXXXII, 1951, pp. 45–46.
HEUSLER, *Histoire des Constitutions suisses*, p. 121.
BLUMER, Johann Jakob, *Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell*. Saint-Gall (Scheitlin und Zollikofer) 1850–1858, vol. 1, pp. 220–221.

rétifs à toute dépendance, viennent de rompre avec leur souverain, suscite quelques doutes. D'ailleurs Lucerne, dont la souveraineté territoriale relève des Habsbourg, se tient prudemment à l'écart. Voilà les raisons pour lesquelles, à défaut de s'assujettir Glaris – on n'y avait pas encore songé – le texte du Pacte de 1352 place ce pays dans une situation d'infériorité par rapport à ses alliés et en fait un Confédéré de second rang³⁷.

2.6. Le Pacte de Zoug du 27 juin 1352³⁸

Le pays de Zoug, qui vit depuis la fin du XIII^e siècle sous la dépendance des Habsbourg, constitue une position stratégique essentielle pour les Confédérés. C'est en effet un lieu de transbordement des marchandises qui transitent par le Gothard et convergent vers Zurich. Situé entre les *Waldstaetten* et la cité des bords de la Limmat, Zoug en contrôle l'accès et, à tout moment, est en mesure d'interrompre le trafic. C'est la raison pour laquelle il est de prime importance de s'en emparer. Après une tentative infructueuse au cours de l'automne précédent, les Confédérés se rendent maîtres de la ville, le 8 juin 1352, soit quatre jours après la conclusion de l'alliance avec Glaris. A la suite d'un siège d'une quinzaine de jours, Zoug a capitulé. Cependant cette soumission ne devait entrer en vigueur que trois jours plus tard, à condition que le duc d'Autriche Albert de Habsbourg (1298–1358), titulaire des droits de souveraineté sur Zoug, ne soit venu entre-temps lui prêter main forte. Toutefois le duc, qui se trouve à ce moment en Argovie, laisse passer le délai, négligeant ainsi son devoir de protection: Zoug décide d'ouvrir ses portes aux Confédérés, le 25 juin. Le 27 juin 1351 intervient un accord avec les Confédérés et une alliance perpétuelle est scellée; alliance à laquelle, relevons-le, Glaris ne participe pas. En raison de son importance, Zoug, bourg fortifié sur la route du Gothard, bénéficie d'une position d'égalité au sein des commu-

³⁷ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.* p. 170.

WINTELER, *Geschichte des Landes Glarus, op.cit.*, vol. 1, pp. 96–97.

LASSERRE, *Alliances confédérales, op.cit.*, p. 36.

QUIDDE, Ludwig, «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age» in *Académie de droit international*, Recueil des cours, t. 28, 1929 (III), pp. 559–560.

BLUMER, *Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien...*, vol. 1, p. 221.

³⁸ Sur le texte original du Pacte de Zoug du 27 juin 1352 conclu entre Zurich, Lucerne, Zoug, Uri, Schwytz et Unterwald, voir *Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, I *Urkunden, op.cit.*, vol. 3/1, pp. 684–700. Nous renvoyons à la lecture du Pacte de Zurich de 1351, mentionné plus haut dont le Pacte de Zoug est presque la copie littérale.

nautés confédérales: ce Pacte est d'ailleurs une reproduction presque littérale de celui de Zurich du 1^{er} mai 1351. Tout comme Lucerne, Zoug, dans l'alliance conclue avec les Confédérés, tient à réserver les droits des Habsbourg sur son territoire³⁹.

La paix de Brandebourg, conclue quelques semaines plus tard, en septembre 1352⁴⁰, après une démonstration de force du duc Albert d'Autriche, allait montrer clairement où se situait l'avantage des cinq premiers Cantons. Au terme des engagements réciproques, les Confédérés abandonnaient Glaris et Zoug, qui rentraient dans le giron des Habsbourg. Lucerne reconnaissait la suzeraineté des ducs autrichiens, et Schwytz et Unterwald, leurs droits domaniaux. De leur côté, les Habsbourg prenaient acte du Pacte de Lucerne de 1332 et renonçaient aux droits comtaux qu'ils prétendaient encore détenir à Schwytz et dans l'Unterwald⁴¹.

Signalons encore à propos de Glaris que c'est grâce à la bataille de Naefels, remportée par les Glaronnais sur les Habsbourg en 1388, que ce pays sera réintégré dans les alliances confédérales. Néanmoins, il faudra attendre vraisemblablement 1473 pour que les trois *Waldstaetten* et Zurich, auxquels viendront se joindre Berne, Lucerne et Zoug, reconnaissent cet Etat comme un membre à part entière, égal en droits à tous les autres Confédérés. Ce nouveau Pacte, antidaté par les Confédérés en 1352, était presque semblable à celui de Zurich de 1351⁴².

Quant à Zoug, les Schwytzsois la reprendront aux Habsbourg en automne 1365, mais ce n'est qu'en 1404 que ce pays sera affranchi de la tutelle des Confédérés et mis sur un pied d'égalité⁴³.

³⁹ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, pp. 170–171.

MEYER, *1291–L'Histoire*, *op.cit.*, pp. 208–210.

MEYER, «Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert» *op.cit.*, pp. 23–28.

GRUBER, Eugen, *Geschichte des Kantons Zug*. Berne (Francke Verlag) 1968, pp. 29–31.

CASTELMUR, Anton von, *Der alte Schweizerbund. Ursprung und Aufbau*. Mit einem Beitrag über das Neue Bundesbriefarchiv zu Schwyz von Dr. Paul Hilber. Erlenbach (Eugen Rentsch) 1937, pp. 65–66.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 253–255.

⁴⁰ Voir «Die Urkunden des Brandenburgischen Frieden» in *Amtliche Sammlung der älteren eidgenössischen Abschiede* (cité *Abschiede*). Lucerne (Meyer'sche Buchdruckerei) 1874, vol. 1, pp. 279–284.

⁴¹ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 171.

PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, p. 215.

MEYER, «Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert» *op.cit.*, pp. 131–140.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, vol. 1, pp. 258–261.

⁴² STUCKI, Fritz, «Die Glarner Bundesbriefe» in *Jahrbuch des historischen Vereins des Kantons Glarus*, c. 55, 1952, pp. 30–35.

⁴³ GRUBER, *Geschichte des Kantons Zug*, *op.cit.*, pp. 33–39.

2.7. Le Pacte de Berne du 6 mars 1353

Fondée en 1191 par les Zähringen sur une terre d'Empire, la ville de Berne, dotée de privilèges, bénéficie dès le début du XIII^e siècle de l'immédiateté impériale. La cité, puissance militaire, étend au XIV^e siècle sa domination d'abord aux régions voisines, puis à l'Oberland et au Hasli. Pour parer aux menaces que font planer sur elle les maisons de Savoie et d'Autriche, Berne a élaboré un vaste réseau d'alliances, sans cesse réajusté, dont font partie les trois *Waldstaetten* depuis 1323. Grâce à l'aide apportée par les trois premiers Confédérés à Laupen, le 21 juin 1339, Berne sort victorieuse d'une grande coalition féodale rassemblant en son sein notamment l'empereur Louis de Bavière, les Habsbourg, la ville de Fribourg⁴⁵. Un traité avec Albert de Habsbourg, datant de 1341 et renouvelé en 1348, lie étroitement les deux contractants et n'est pas sans répercussion sur la politique étrangère bernoise. En effet, une clause précise que les parties s'engagent à ne pas conclure de nouvelles alliances sans le consentement des signataires⁴⁶.

Le 6 mars 1353, les Bernois et les trois *Waldstaetten* concluent une alliance perpétuelle. Pour les premiers, l'intérêt d'un tel rapprochement est de mettre un terme à l'appui apporté par les communautés alpestres, notamment celle de l'Unterwald aux gens du Hasli, qui sans cesse tentent de rejeter le joug de la République des bords de l'Aar. C'est aussi de pouvoir compter sur des alliés sûrs, auxquels on puisse faire appel en cas de danger. Ce Pacte permet donc aux Bernois d'être protégés et de savoir leur flanc Est en sécurité; il leur donne ainsi la possibilité de poursuivre avec énergie la politique

LASSERRE, *Alliances confédérales*, *op.cit.*, p. 41.

Dictionnaire historique & biographique de la Suisse. Neuchâtel (Attinger) vol. 7, 1933, pp. 462–464.

⁴⁴ Sur le texte original du Pacte de Berne du 6 mars 1353 conclu entre Berne, Uri, Schwytz et Unterwald, voir *Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, I *Urkunden*, vol. 3/1, pp. 744–763. Nous avons utilisé la traduction française in BESSIRE, Paul-Otto, *Berne et la Suisse. Histoire de leurs relations depuis les origines jusqu'à nos jours*. Berne (Librairie de l'Etat de Berne) 1953, pp. 36–42.

⁴⁵ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 154.

PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, pp. 216–223.

HELBLING, *Histoire suisse*, *op.cit.*, p. 33.

BESSIRE, *Berne et la Suisse*, *op.cit.*, pp. 25–33.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, *op.cit.*, vol. 1, p. 272.

⁴⁶ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 171.

FELLER, Richard, *Geschichte Berns*. Berne / Francfort s. M. (Verlag Herbert Lang) 1974, vol. I, p. 143 et pp. 161–162.

MEYER, *Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert*, *op.cit.*, pp. 142 et 144–145.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 298–299.

d'expansion qu'ils mènent vers l'Ouest. Les trois premiers Cantons, quant à eux, par le serment de cette alliance, bénéficient de la protection d'une ville puissante. Ils savent que désormais ils n'auront pas à défier Berne pour défendre l'Unterwald. Ils trouvent aussi leur compte dans le fait que leur côté Ouest est en sécurité, alors que la période de conflits avec les Habsbourg est loin d'être terminée. Enfin, grâce à l'association avec Berne, les *Waldstaetten* élargissent leur sphère d'intérêt⁴⁷. Présument que la maison d'Autriche refuserait son consentement à une alliance avec Zurich, Lucerne et les trois *Waldstaetten*, Berne présente le Pacte du 6 mars 1353 comme le renouvellement des anciennes alliances qui la liaient aux trois premiers Cantons⁴⁸. Une disposition du Pacte du 6 mars 1353⁴⁹, ainsi que trois Chartes signées le lendemain⁵⁰, vont associer indirectement les Zurichois et les Lucernois à cette alliance⁵¹.

⁴⁷ MEYER, *1291–L'Histoire*, *op.cit.*, p. 210.

PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, pp. 223–224.

MEYER, «Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert» *op.cit.*, pp. 141–147.

BESSIRE, *Berne et la Suisse*, *op.cit.*, pp. 44–46.

LASSERRE, *Alliances confédérales*, pp. 41–42.

HEUSLER, *Histoire des Constitutions suisses*, pp. 133–137.

⁴⁸ PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, p. 224.

MEYER, «Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert» *op.cit.*, pp. 144–145.

BESSIRE, *Berne et la Suisse*, *op.cit.*, pp. 42–43.

⁴⁹ Voir art. 13–14 du Pacte de 1353 in BESSIRE, *Berne et la Suisse*, *op.cit.*, p. 39.

⁵⁰ Ces traités accessoires sont constitués par:

1. Une charte par laquelle les trois pays forestiers confirmèrent leur engagement de transmettre à Berne les appels au secours dont ils pourraient être saisis par Zurich et Lucerne. De plus, ils convinrent d'admettre ces deux Confédérés dans leur alliance avec Berne dès que leur nouvel allié le souhaiterait.

2. Une charte par laquelle Zurich et Lucerne s'engageaient, à leurs propres frais, à venir au secours de «leurs très bons amis» de Berne s'ils devaient en être requis par «leurs bons amis et chers Confédérés», les pays forestiers, «confédérés des uns et des autres».

3. Une seconde charte des trois pays forestiers, par laquelle ils s'engageaient à appeler Zurich et Lucerne au secours de Berne s'ils devaient en être requis. RAPPARD, William E., *Cinq siècles de sécurité collective (1291–1798)*. Paris / Genève (Sirey; Georg) 1945, p. 30.

⁵¹ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 171.

FELLER, *Geschichte Berns*, *op.cit.*, p. 162.

BESSIRE, *Berne et la Suisse*, *op.cit.*, p. 42.

2.8. La Charte des prêtres du 7 octobre 1370⁵²

La lutte contre les Habsbourg provoquée par l'alliance avec Zurich, interrompue à maintes reprises par des suspensions d'armes, se poursuit au fil des décennies. En 1357, le pouvoir et l'autorité du duc d'Autriche Rodolphe IV de Habsbourg (1339–1365), gendre de l'empereur Charles IV de Luxembourg (1316–1378), deviennent une menace pour les Confédérés. Cependant les projets ambitieux du duc le brouillent avec l'empereur. En quête d'alliés, Charles IV se rapproche alors des Confédérés. Le 31 mars 1361, il confirme toutes les franchises que ses prédécesseurs avaient octroyées aux trois pays forestiers et le 27 février 1362, en assurant Zurich de sa protection, il reconnaît les alliances qui lient cette ville aux Cantons de Berne, Lucerne, Uri, Schwytz, et Unterwald. Profitant de la mort du duc Rodolphe IV à Milan, le 27 juillet 1365, et de l'affaiblissement des Habsbourg résultant de cet événement, les Schwytzois reprennent la ville et le territoire de Zoug en automne 1365. Cette conjoncture donne aux Zurichois l'occasion de manifester ouvertement leurs sentiments anti-habsbourgeois. Un état de guerre larvée entre la maison d'Autriche et les Confédérés perdure alors jusqu'à la signature d'une trêve, le 7 mars 1368: la paix de Torberg⁵³.

Pour tenter de parer aux dangers que leur font courir les Habsbourg et aussi pour défendre leurs intérêts communs, les Confédérés décident de renforcer leur union. Le 7 octobre 1370, Zurich, Lucerne, Zoug, Uri, Schwytz et Unterwald adoptent la Charte des prêtres, que l'on nommera ainsi au XVI^e siècle en raison de l'obligation qui est faite aux ecclésiastiques de se soumettre aux juridictions des Confédérés. Ce texte, adopté par les Confédérés, est la première des conventions de nature normative de portée générale. Son application s'étend à l'ensemble de ceux-ci, à l'exception de Berne, en raison des liens qui rattachent encore cette cité à la dynastie habsbourgeoise, et de Glaris

⁵² Sur le texte original de la Charte des prêtres du 7 octobre 1370 conclu entre Zurich, Lucerne, Zoug, Uri, Schwytz et Unterwald, voir *Abschiede*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 301–303. Nous avons utilisé l'adaptation en allemand moderne figurant in OECHSLI, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte*, *op.cit.*, vol 1, pp. 99–102, ainsi que les traductions françaises établies in *Chartes, pactes et traités de la Suisse*, *op.cit.*, pp. (27)-(32) et in LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*, *op.cit.*, pp. 49–51.

⁵³ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, pp. 185–186.

BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, pp. 123–167.

MEYER, «Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert» *op.cit.*, pp. 172–187.

STETTLER, «Habsburg und die Eidgenossenschaft um die Mitte des 14. Jahrhunderts» *op.cit.*, p. 758.

GAGLIARDI, Ernst, *Histoire de la Suisse*. Edition française par Auguste Reymond. Lausanne (Payot) 1925, p. 130. DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 332–338.

qui vit sous sujétion des ducs d'Autriche⁵⁴. Ce traité désigne également pour la première fois l'ensemble des territoires des Cantons confédérés comme «notre Confédération»⁵⁵. L'historien bâlois Guy P. Marchal relève, à propos de la Charte des prêtres, qu'elle contient en germe un droit novateur, en raison de son assise commune et parce qu'elle tend à combler les lacunes contenues dans les différentes alliances confédérales⁵⁶.

2.9. Le Covenant de Sempach du 10 juillet 1393⁵⁷

A partir de la décennie 1370, le duc Léopold III de Habsbourg (1351–1386) mène une politique d'expansion qui conduit à l'affrontement avec les Confédérés. Berne, par la guerre de Berthoud (1382–1384), réussit à empêcher que le duc d'Autriche renforce ses positions dans la région du bassin de l'Aar et de l'Emme. Néanmoins, ce seigneur, en s'employant à affermir son autorité sur les pays qui sont sous sa sujétion, suscite l'inquiétude des Confédérés qui, comme Lucerne, songent à étendre leur territoire aux dépens des Habsbourg⁵⁸.

⁵⁴ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, pp. 186–187.
MORAW, *Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung*, *op.cit.*, p. 221.

RAPPARD, *Cinq siècles de sécurité collective (1291–1798)*, *op.cit.* p. 39.

⁵⁵ 3. *Was Pfaffen in unserer Eidgenossenschaft...* OECHSLI, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte*, *op.cit.*, vol 1, p. 100

⁵⁶ *Mais aussi, et c'est là chose neuve et le point essentiel, cette charte (la Charte des prêtres) contient en germe un droit d'un type nouveau, parce que collectif et appelé à parer aux lacunes des différents pactes: la fixation du droit n'est plus du ressort exclusif de chaque contractant, elle est attribuée sur certains points à l'ensemble des pays confédérés. Le fait qu'un dispositif commun fût devenu possible est hautement révélateur, même si le champ d'application en était étroit. Il tranche avec l'image que l'on pouvait dégager de l'époque des alliances. Il indique que la Confédération – maintenant cette notion peut être employée sans réserve – est devenue une communauté.*
MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 187

⁵⁷ Sur le texte original du Covenant de Sempach du 10 juillet 1393 conclu entre Zurich, Lucerne, Berne, Soleure, Zoug, Uri, Schwytz, Unterwald et Glaris, voir *Abschiede*, vol. 1, pp 328–329. Nous avons utilisé l'adaptation en allemand moderne figurant in OECHSLI, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte*, vol. 1, pp. 110–112, ainsi que les traductions françaises établies in *Chartes, pactes et traités de la Suisse*, *op.cit.*, pp. (33)-(38) et in LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*. *op.cit.*, pp. 51–53.

⁵⁸ *La politique territoriale de ces villes [Zurich, Berne, et Lucerne] consistait, la plupart du temps, à acquérir, par achat ou en qualité de gages, des droits seigneuriaux, dont les possesseurs, de nobles féodaux de Habsbourg-Autriche, se trouvaient en difficultés financières. Le moyen le plus efficace de saigner la seigneurie territoriale des Habsbourg jusqu'à sa chute consistait à conclure des contrats de droit de châtellenie avec la noblesse rurale dépendant de l'Autriche et à intégrer des vassaux autrichiens sous la protection de la Confédération. Lorsque le duc Léopold tenta de s'opposer contre ce*

En 1385, à la suite d'une brouille, Léopold III ne bénéficie plus du soutien de l'empereur Venceslas de Luxembourg (1361–1419). De plus, celui-ci déclare la guerre au parti schismatique de l'antipape Clément VII (1342–1394) dont fait partie le duc d'Autriche. Profitant de la situation précaire des Habsbourg, Lucerne, Zurich et Zoug partent à l'offensive. Durant l'hiver 1385–1386, elles s'en prennent à leurs possessions sises sur le Plateau, qu'elles conquièrent ou avec lesquelles elles s'allient. Le duc Léopold conduit la riposte. A la tête d'une armée de chevaliers, il se heurte aux Confédérés à Sempach, le 9 juillet 1386. La lutte, indécise au début, tourne à l'avantage de ces derniers, qui remportent une éclatante victoire. Le duc et une bonne partie de la noblesse habsbourgeoise qui formaient la chevalerie tombent au champ d'honneur⁵⁹. Le 9 avril 1388, les gens de Glaris, par la victoire de Naefels, s'affranchissent définitivement de la tutelle des Habsbourg d'Autriche et réintègrent la Confédération. Ces défaites seront lourdes de conséquences: elles marquent la rupture irrévocable entre les Confédérés et la dynastie des Habsbourg; ces derniers n'auront plus d'influence sur la Confédération; de plus elles libèrent certains Confédérés comme Berne et Lucerne de la menace que l'Autriche faisait planer sur eux, ce qui leur permettra de poursuivre leur politique d'expansion sans trop de risques⁶⁰. Cependant, les Habsbourg sont encore suffisamment forts pour contrecarrer les Confédérés⁶¹. Dès lors, on as-

genre d'agissements émanant de Lucerne, il subit une notable défaite en 1386 à Sempach. Les Habsbourg du Rhin au Danube. Aarau / Colmar (Erziehungsdepartement des Kantons Aargau, Abteilung Kulturpflege; Association départementale du Tourisme, Colmar) 1996, p. 174.

⁵⁹ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 192.

BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, p. 195.

STEINER, Alois, «Die Schlacht bei Sempach. Ursachen und Folgen» in *Arnold von Winkelried. Mythos und Wirklichkeit*. Nidwaldner Beiträge zum Winkelriedjahr 1986. Stans (Verlag Historischer Verein Nidwalden) 1986, pp. 18–28.

SCHAUFELBERGER, Walter, «Spätmittelalter» in *Handbuch der Schweizer Geschichte*. Zurich (Buchverlag Berichthaus) 1980, 2^e éd., 1^{er} vol. pp. 261–262.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, *op.cit.*, vol. 1, pp. 406–416.

⁶⁰ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, pp. 191–192.

STEINER, «Die Schlacht bei Sempach. Ursachen und Folgen» *op.cit.*, pp. 28–30.

⁶¹ *A l'époque [vers 1385–1389], Habsbourg dispose de moyens suffisants pour résister sur le plan de l'économie et supporter des revers militaires même cuisants. Cette capacité, jointe à celle de faire valoir la légitimité de ses droits seigneuriaux, lui assure un avantage certain dans les pourparlers et, lors de négociations pour un armistice ou une paix, oblige les Confédérés à adopter une attitude défensive qui remet en question la valeur politique de leur succès sur le champ de bataille. Il ne faut cependant pas considérer exclusivement les relations entre les Confédérés et les Habsbourg sous l'angle de leurs démêlées guerriers [sic], souvent chargés de haine. Au XIV^e siècle, les deux sont néanmoins liés par des tâches et des intérêts communs, maintien de la paix publique sur l'ensemble du territoire, sauvegarde du commerce et des voies de communications, notamment l'approvisionnement de la Suisse en biens venus de pays do-*

siste, après Naefels, à une guerre faite de coups de mains, de mises à sac, qui engendrent de part et d'autres des représailles. Las et épuisés par les pillages successifs et réciproques, qui ne résolvent rien du point de vue militaire, les belligérants se décident à signer une trêve, en avril 1389. La maison d'Autriche, à cette époque, établit avec succès, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la Confédération, un vaste réseau d'alliances, destiné à asseoir et à consolider sa puissance par l'instauration d'une paix publique. Le 4 juillet 1393, Zurich s'engage du côté autrichien en raison des avantages que peut lui apporter un tel rapprochement⁶². Si, dans ce traité, Zurich émet une réserve au sujet des alliances conclues avec la Confédération, il n'en reste pas moins qu'en cas de conflits entre celle-ci et les Habsbourg, elle resterait neutre et donc ne soutiendrait pas ses alliés confédérés. Toutefois, à la suite des pressions exercées par les Cantons de Suisse centrale et des troubles internes que cette alliance provoquent à l'intérieur de la ville, les responsables de la politique pro-habsbourgeoise sont écartés du pouvoir et les relations nouées avec l'Autriche, rompues. Cet épisode montre combien la réalité confédérale est aléatoire et combien la puissance des Habsbourg est encore palpable dans la région, puisqu'elle a pu, pour un temps, mettre à mal le front des Confédérés⁶³.

C'est donc dans un contexte de crises qu'il faut situer la conclusion du Convenant de Sempach du 10 juillet 1393. Il est la conséquence du changement politique qui vient de s'opérer à Zurich et constitue la réplique des

minés par les Habsbourg-Autriche, ce dont les deux parties profitent. Dans l'espace économique de la région germanophone du sud-ouest, le problème de la monnaie devient crucial au XIV^e siècle. En 1387, en pleine guerre de Sempach, les villes confédérées de Zurich, Berne, Lucerne, Berthoud, Thoune, Aarberg et Laupen adhèrent à une convention monétaire conclue sous la direction du duc Albert d'Autriche, convention que l'on pourrait considérer comme la première union monétaire européenne. Apparemment, les divergences en matière de politique territoriale et les alliances dans le domaine économique ne s'excluaient pas l'une l'autre au Moyen Âge. MEYER, *La Suisse dans l'histoire*, op.cit., pp. 76–77.

⁶² *Für die Zürcher handelte es sich im Sommer 1393 also nicht allein um Treue oder Verrat an den Partnern des Zürcherbunds, sondern auch um die Wahl zwischen einer grossräumigen österreichisch orientierten und einer kleinräumigen eidgenössisch orientierten Landfriedenssicherung.* STETTLER, Bernhard, «Der Sempacher Brief von 1393 – Ein verkanntes Dokument aus des älteren Schweizergeschichte» in *Revue d'histoire suisse*, vol. 35, 1985, n°1, p. 16.

⁶³ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» op.cit., pp. 192–193.

BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, op.cit., p. 203

STETTLER, «Der Sempacher Brief von 1393...» op.cit., pp. 4–18.

LARGLADER, Anton, *Geschichte von Stadt und Landschaft Zürich*. Erlenbach-Zurich (Eugen Rentsch Verlag) 1945, vol. 1, pp. 164–167.

CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 83.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, vol. 1, pp. 424–428.

Confédérés aux tentatives de la maison d'Autriche de tisser à nouveau des liens avec les Cantons les plus importants de la Confédération. Il s'agit donc, à cette époque, d'apporter un peu de cohésion et de consolider cette fragile Confédération. Tous les Cantons confédérés, auxquels se joint Soleure alliée de Berne, forts des expériences passées, conviennent alors, le 10 juillet 1393, dans le Convent de Sempach, d'établir certaines règles qu'ils se devront d'appliquer non seulement dans le domaine de la guerre, mais aussi pour maintenir la sécurité interne⁶⁴.

Les règles de discipline que contient le Convent de Sempach et, que tous les Confédérés s'engagent à respecter, vont assurer le respect de la paix conclue avec les Habsbourg. En effet, la trêve signée avec l'Autriche en 1389 est renouvelée le 16 juillet 1394 pour une période de vingt ans. Par l'adoption de ce traité, les Habsbourg ne renoncent à aucune de leurs prétentions sur les Cantons; néanmoins cet accord implique de fait l'abandon des droits de la maison d'Autriche sur le territoire de la Confédération et finalement son éviction. En définitive les Habsbourg reconnaissent par cette paix la puissance territoriale et militaire des Confédérés⁶⁵.

⁶⁴ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, pp. 193.

BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, p. 203.

STETTLER, «Der Sempacher Brief von 1393...» *op.cit.*, pp. 5 et 18.

SCHOLLENBERGER, Jakob, *Geschichte der schweizerischen Politik*. Frauenfeld (Huber) 1906, vol. 1, p. 182.

⁶⁵ [Ces accords conclus en 1394] *signifiaient une renonciation implicite aux droits qu'elle [l'Autriche] revendiquait encore en 1350 sur les trois Waldstaetten, à la suzeraineté, également, qu'elle affirmait détenir à Lucerne et que cette ville avait dû réserver lors de l'alliance de 1332. De tout cela, plus un mot n'est soufflé dans le texte des traités. Glaris et Zoug recouvraient leur entière autonomie et les conquêtes réalisées par les cantons lors de la dernière guerre étaient reconnues pour la durée des accords.* MORARD, Nicolas, «L'heure de la puissance. 1394–1536» in *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, *op.cit.*, p. 229.

BAUM, *Reichs- und Territorialgewalt*, *op.cit.*, p. 205.

MARCHAL, «Die Schweiz von den Anfängen bis 1499» *op.cit.*, p. 537.

STETTLER, «Der Sempacher Brief von 1393...» *op.cit.*, pp. 17–18.

MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 193.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, vol. 1, pp. 428–431.

3 Les institutions

3.1. Les paix publiques

L'étude des premières alliances confédérales nous renvoie au cadre général de l'institution germanique de la paix publique⁶⁶, dans lequel elles s'inscrivent et vont évoluer aux XIII^e et XIV^e siècles⁶⁷. Cette notion de paix publique se définit de façon générale comme un ensemble de règles de droit destinées à établir, puis à consolider l'ordre public au sein de la communauté, et à en réprimer toute atteinte⁶⁸.

Le délabrement de l'autorité publique conjugué à une justice inopérante, durant les X^e et XI^e siècles dans le Saint Empire, sont à l'origine d'une justice personnelle exercée pour défendre ses propres droits et expliquent également le recours aux guerres privées comme moyen de trancher les différends. C'est précisément pour remédier aux abus de ces guerres privées que s'instituent dans l'Empire les paix publiques. Alors que la monarchie est élective et que l'empereur est garant du maintien de la paix publique, le grand Interrègne (1254–1273) va contribuer à affaiblir le pouvoir impérial. En effet, dès la mort de Conrad IV de Hohenstaufen (1228–1254) et jusqu'à l'élection en 1273 de Rodolphe de Habsbourg (1218–1291), de nombreux empereurs rivaux se disputent le trône du Saint Empire, ce qui fait sombrer les Allemagnes dans l'anarchie⁶⁹. Aussi le maintien de la paix publique devient-il de plus

⁶⁶ Nous laisserons de côté les termes de *paix territoriales* et de *paix nationales* comme traduction de *Landfrieden* et utiliserons celui de *paix publique* employé par Ludwig QUIDDE dans son étude: «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age», *op.cit.*, p. 453.

⁶⁷ MEYER, *La Suisse dans l'histoire*, *op.cit.*, pp. 56–77.

MARCHAL, «Die schweizerische Geschichtsforschung und die österreichische Herrschaft: Ergebnisse und Fragen» *op.cit.*, pp. 20–22.

BLICKLE, «Friede und Verfassung» *op.cit.*, pp. 24–27.

MARCHAL, «Die Schweiz von den Anfängen bis 1499» *op.cit.*, pp. 535–537.

TRIBOLET, Maurice de «Traité d'alliance et avouerie: quelques aspects inédits des relations entre villes et seigneurs dans la région jurassienne au XIII^e siècle» in *Kommunale Bündnisse Oberitaliens und Oberdeutschlands im Vergleich*. Herausgegeben von Helmut Maurer. Sigmaringen (Jan Thorbecke Verlag) 1987, pp. 153–154.

PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, *op.cit.*, pp. 30–31.

QUIDDE, «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age» *op.cit.*, pp. 555–563.

⁶⁸ «Landfrieden I (Landfriedensgesetzgebung)» in *Handwoerterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin (Erich Schmidt) 1978, vol. 2, p. 1451. **Voir la définition donnée à la note 15.**

⁶⁹ «Landfrieden I (Landfriedensgesetzgebung)» in *Handwoerterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2 pp. 1457–1460.

en plus dépendant du seigneur féodal, lorsque celui-ci est suffisamment fort pour la défendre à lui seul. Quand ce n'est pas le cas, la paix publique se voit garantie par le biais d'alliances, de ligues, de confédérations. Outre les unions de princes, de seigneurs et de chevaliers, de bourgeois des villes, voire de paysans, il en existe également qui ont un caractère mixte et regroupent ces différentes catégories sociales. La grande période des paix publiques dans le Saint Empire, qui englobe la future Suisse, s'étend de la deuxième partie du XIII^e au début du XV^e siècle⁷⁰.

Les paix publiques comprennent presque toujours des dispositions sur l'assistance mutuelle et la sécurité collective, qui sont des mécanismes reposant sur la réciprocité d'engagements de soutien et de garanties de protection en cas d'agression. Elles prévoient également le recours à l'arbitrage pour régler les différends entre les parties et contiennent aussi des dispositions sur les procès, moyens de trancher les litiges entre les individus, en particulier dans le domaine de la saisie pour dettes, de même que des clauses de droit pénal s'appliquant à la répression des crimes⁷¹. Il n'est pas rare non plus de rencontrer dans ces paix publiques des mesures à caractère social et d'autres propres à assurer la sécurité des intérêts économiques et commerciaux des contractants⁷². La paix publique établie par ces ligues, ces confédérations, ces alliances, est le moyen de garantir la prospérité, ainsi que de protéger, de défendre l'autonomie et les libertés de leurs membres des dangers que leur font courir les guerres privées ou l'arbitraire seigneurial⁷³. Relevons le rôle impor-

PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, *op.cit.*, pp. 9–11.

QUIDDE, «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age» *op.cit.*, pp. 474–482; 486–507.

⁷⁰ PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, *op.cit.*, p. 21.

FORRER, Johanna, *Die wirtschaftlichen Bestimmungen in den Bündnissen der süddeutschen und eidgenössischen Städte*. Zurich (Schulthess) 1940, p. 4.

MEYER, Bruno, *Die Sorge für den Lanfrieden im Gebiet der werdenden Eidgenossenschaft, 1250–1350*. Affoltern a.A. (Buchdruckerei Dr. J. Weiss) 1935, pp. 20–21

QUIDDE, «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age» *op.cit.*, pp. 508–509; 551.

⁷¹ «Landfrieden I (Landfriedensgesetzgebung)» in *Handwoerterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, pp. 1460–1461.

PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, *op. cit.*, p. 22.

QUIDDE, «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age» *op.cit.*, pp. 551–552.

⁷² WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. Fünfte, revidierte Auflage, besorgt von Johannes Winckelmann. Tubingue (Mohr) 1985, p. 519.

FORRER, *Die wirtschaftlichen Bestimmungen in den Bündnissen der süddeutschen und eidgenössischen Städte*, *op.cit.*, p. 4.

QUIDDE, «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age» *op.cit.*, pp. 525–527.

⁷³ MARCHAL, «Die Schweiz von den Anfängen bis 1499» *op.cit.*, pp. 152–153

tant que vont jouer les villes dans l'organisation des paix publiques. A partir du XIII^e siècle, leur influence ne cesse de s'accroître, tant par le développement politique consécutif aux libertés communales que par celui de l'économie, grâce à l'essor du commerce et de l'artisanat. Elles tendent alors à s'affranchir de la tutelle de ceux dont elles dépendent: empereur, seigneurs laïques ou ecclésiastiques⁷⁴.

Du principe de l'assistance mutuelle, qui vise au maintien de l'ordre public et à la répression de ceux qui le violent, découle également, pour certaines entités, et spécialement pour les villes face à leurs souverains, celui de la défense de leurs franchises⁷⁵, de leurs libertés communales, de leurs droits et notamment du droit de justice. Ces statuts leur confèrent une véritable autonomie. L'arbitrage est le moyen salutaire de trancher les querelles entre les membres alliés, signataires de ces paix, et par là, de sauvegarder le statut de paix auquel ils ont tous ensemble souscrit. Ces règles ainsi que celles de procédure, de droit civil, de droit pénal visent toutes le maintien de l'ordre public. De plus, on remarque également l'existence de dispositions à caractère économique ou social, ayant des répercussions sur les conditions économiques des parties contractantes.

Avec toutes les précautions et la prudence qu'impose un tel exercice de comparaison avec une époque vieille de cinq siècles, il est néanmoins permis de constater que l'on retrouve dans les paix publiques des XIII^e et XIV^e siècles les prémices des objectifs généraux que poursuivra l'Etat moderne, à savoir dans une formulation contemporaine: la défense de son indépendance; le maintien de la paix intérieure; la protection de la liberté ainsi que l'accroissement de la prospérité de ses citoyens. Ce n'est, au fond, pas surprenant, car ce que ces paix publiques cherchent à obtenir – nous nous garderons bien de leur prêter l'intention d'établir une structure étatique – constituera, lors de l'apparition de l'Etat moderne, l'essentiel des buts ordinaires de ce dernier. Néanmoins, cette relation doit être relativisée s'agissant de la liberté et de la prospérité. En effet, il n'est pas nécessaire de rappeler que la liberté

PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, op.cit., p. 22.

QUIDDE, «Histoire de la paix publique en Allemagne au Moyen Age», p. 508.

⁷⁴ *En général, la pleine liberté est la récompense d'une prospérité matérielle qui, seule, permet à quelques villes le luxe d'assurer, en même temps que leur vie économique, leur défense extérieure. Ce sont les villes-Etats. Quelques-unes seulement ont atteint cette hauteur, mais toutes puisent dans le commerce et l'activité des corps de métiers le principe d'une certaine indépendance, d'un droit à des libertés particulières.* BRAUDEL, Fernand, *Grammaire des civilisations*. Paris (Arthaud-Flammarion) 1987, pp. 353–354.

⁷⁵ Lettres signées de l'Empereur, accordant des libertés et privilèges et notamment l'immédiateté impériale. Cette dernière dénomination confère un statut juridique qui les soustrait à tout pouvoir autre que celui de l'Empereur. Voir également les définitions note 6, et note 9.

médiévale⁷⁶ ne saurait être confondue avec le concept moderne de la liberté individuelle⁷⁷ énoncé dans les buts de l'Etat⁷⁸. Selon l'historien Fernand Braudel, l'utilisation au Moyen Age du terme *libertates* plutôt que *libertas* est très révélatrice. D'après lui, l'acception plurielle de libertés, qui ne diffère

⁷⁶ Pour l'homme médiéval, la liberté n'était pas un concept philosophique, mais une réalité juridique dont le contenu différerait d'un cas concret à l'autre. C'est pourquoi la liberté médiévale ne peut être définie par une formule générale. LIEBESKIND, Wolfgang-Amédée, «L'idée de la liberté dans le droit européen» in *Institutions politiques et traditions nationales*. Genève (Georg) 1973, p. 379.

A chaque statut particulier correspond une ou plusieurs libertés, c'est-à-dire la faculté de jouir de privilèges déterminés qui lui sont propres. C'est la somme de ces privilèges particuliers qui détermine la liberté, plus ou moins étendue, dont jouit l'individu à l'égard des divers pouvoirs auxquels il est subordonné. Le pouvoir n'étant pas concentré dans les mêmes mains ni conçu abstraitement, il est naturel que la liberté ne soit pas considérée pour elle-même, mais par rapport aux divers droits et pouvoirs qu'elle limite, donc de façon relative et concrète: celui qui appartient à tel groupe social est libre de faire telle chose, affranchi de telle charge ou de telle redevance.

Ces libertés ou privilèges sont à proprement parler des franchises, en ce sens qu'ils libèrent leurs bénéficiaires de certaines charges résultant du régime seigneurial ou apportent des limites au pouvoir. POUURET, Jean-François, *Libertés et Franchises dans les pays romands au Moyen Age*. Des libertés aux droits de l'homme in *Cahiers de la Renaissance vaudoise*, n°113, 1986, pp. 25–26.

Si l'on avait demandé à l'homme du moyen âge s'il était libre, sans doute aurait-il tout naturellement répondu: libre de quoi? Ne se payant pas de mots, ne se nourrissant pas d'idéologies, il lui importait avant tout d'obtenir des avantages précis, des libertés concrètes et des garanties effectives. Ibid. p. 115.

Dans les villes et les guildes, l'individu affirmait ses droits contre ceux du dehors par le simple fait de sa participation, qui lui donnait sa «liberté» et définissait sa position socio-économique. Dans ce contexte, il serait donc peu sensé de dire que l'individu avait des revendications contre la communauté: celle-ci soutenait ses revendications. Ainsi, «liberté eut le sens fondamental d'immunité territoriale tout au cours du haut Moyen Age»; ou, comme le disait Jean de Viterbe (vers 1250), «civitas signifie liberté des citoyens, immunité des habitants». BLACK, Antony, «L'individu et la société» in *Histoire de la pensée politique médiévale. 350–1450*. Edition originale en langue anglaise réalisée sous la direction de J. H. Burns. Edition en langue française réalisée par Jacques Ménard. Paris (P.U.F) 1993, p. 557

⁷⁷ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, pp. 144–145.

BLACK, Antony, *Political Thought in Europe 1250–1450*. Cambridge (University Press), 2^e éd., 1993, pp. 29–30.

MEYER, 1291– *L'Histoire*, *op.cit.*, pp. 221–226.

POURET, Jean-François, «Le concept de liberté au Moyen Age» in *Liberté et Libertés*. VIII^e centenaire de la Charte des franchises d'Aoste. Aoste (Amministrazione regionale della Valle d'Aosta) 1993, pp. 27–38.

⁷⁸ AUBERT, Jean-François, «Art. 2» in *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*. Bâle/Zurich/Berne (Helbing & Lichtenhahn) (Schulthess) (Staempfli), état avril 1986, pp. 3–4.

JELLINEK, Georg, *L'Etat moderne et son droit*. Traduction française par Georges Faridis. Avec la collaboration d'un groupe de juristes. Paris (V. Giard & E. Brière) vol. 1, 1911, pp. 397–409.

guère de *privilegia* ou de *jura*, recouvre des ensembles de franchises, de privilèges, à l'abri desquels des collectivités de personnes et d'intérêts cherchent protection⁷⁹. Quant à la prospérité, notion qui puise son origine dans le concept romain d'*utilitas publica*, elle s'exprime au Moyen Age par l'expression de commun profit, bien commun ou bien public, et de *Gemeinnutz* en allemand. Elle a trait à des biens collectifs dont bénéficie tout membre appartenant à la communauté, telle la paix, la sécurité, mais comprend également la recherche et la défense d'intérêts et d'avoires communs⁸⁰. A l'exemple des libertés, ce concept de prospérité ne saurait être appliqué, à cette époque, uniquement à l'individu.

Les premières alliances des Confédérés nous renvoient donc au cadre général de l'institution germanique des paix publiques. Nous venons de voir que celles-ci contiennent les germes de ce que seront plus tard les buts de l'Etat moderne. A ce stade, examinons ce que recèlent ces premières alliances confédérales des XIII^e et XIV^e siècles: y trouve-t-on les mêmes composantes que celles qui figurent dans les paix publiques? Y a-t-il dans ces textes des dispositions propres à favoriser une certaine autonomie des communautés confédérées? Qu'en est-il du maintien de la paix à l'intérieur de la Confédéra-

⁷⁹ BRAUDEL, *Grammaire des civilisations*, *op.cit.*, p. 350.

⁸⁰ *Le «bien commun» comprenait certainement le bien des individus. Mais il se rapportait aussi à des biens collectifs qui profiteraient à tous sans distinction, comme la paix interne et externe et la prospérité du royaume. Il comportait la promotion d'intérêts communs, l'intégrité du territoire et la conservation des avoires communs. On insistait beaucoup sur la subordination de l'individu aux besoins communs. (...) Le bien commun comportait aussi le maintien de procédures et de moyens, comme un droit commun et une monnaie solide, qui rendaient possibles des rapports normaux et des échanges ordonnés. C'étaient là les préoccupations dominantes du dirigeant: le critère du «bien commun» signifiait qu'il devait maintenir l'ordre social et utiliser les pouvoirs et les ressources publics pour la communauté, et non pour un profit personnel et partisan. (...) Dans les cités-Etats italiennes, le «bien commun» (bonum commune) était parfois identifié au «bien de la commune» (bonum Communis), qui désignait, encore une fois, les conditions politiques dans lesquelles des hommes pouvaient vivre amicalement (en particulier, l'impartialité légale et fiscale). Il pouvait donc se rapporter à des biens collectifs, sans toutefois indiquer que la société était réellement un tout en dehors de ses membres.* BLACK, «L'individu et la société» *op.cit.*, pp. 562–563.

HIBST, Peter, *Utilitas Publica – Gemeiner Nutz – Gemeinwohl. Untersuchungen zur Idee eines politischen Leitbegriffes von der Antike bis zum späten Mittelalter*. Francfort s. M./ Berne/ New York/ Paris (Peter Lang) 1991, pp. 7–121.

BLICKLE, «Friede und Verfassung» *op.cit.*, pp. 201–202.

MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*. Paris (P. U. F.) 1985, pp. 98–103.

MERK, Walther, «Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung» in *Festschrift Alfred Schultze zum 70. Geburtstage dargebracht von Schülern, Fachgenossen und Freunden*. Herausgegeben von Walther Merk. Weimar (Verlag von Hermann Böhlau Nachfolger), 1934, pp. 472–480; 499–502.

tion? Existe-t-il des mesures se rapportant à la protection des droits et des libertés ainsi qu'au développement du bien commun?

3.2. La défense des communautés confédérées

Toutes les alliances conclues entre les communautés confédérées contiennent à des degrés divers, mais toujours comme but principal, des dispositions visant à protéger les germes d'une certaine autonomie. Le moyen fondamental utilisé est l'affirmation du principe de secours mutuel qui recouvre celui de sécurité collective, figurant en première place dans tous les pactes scellés entre les Confédérés, de l'alliance des Waldstaetten de 1291 à celle de Berne de 1353⁸¹. C'est la preuve que le besoin de sécurité est la préoccupation.

⁸¹ Le Pacte du début d'août 1291

Au nom du Seigneur, amen.

1) *C'est accomplir une action honorable et profitable au bien public que de confirmer, selon les formes consacrées, les mesures prises en vue de la sécurité et la paix.*

2) *Que chacun sache donc que, considérant la malice des temps et pour être mieux à même de défendre et maintenir dans leur intégrité leurs vies et leurs biens, les gens de la vallée d'Uri, la landsgemeinde de la vallée de Schwytz et celle des gens de la vallée inférieure d'Unterwald se sont engagés, sous serment pris en toute bonne foi, à se prêter les uns aux autres n'importe quels secours, appui et assistance, de tout leur pouvoir et de tous leurs efforts, sans ménager ni leurs vies et leurs biens, dans leurs vallées et au dehors, contre celui et contre tous ceux qui, par n'importe quel acte hostile, attenteraient à leurs personnes ou à leurs biens (ou à un seul d'entre eux), les attaqueraient ou leur causeraient quelque dommage. Quoi qu'il arrive, chacune des communautés promet à l'autre d'accourir à son secours en cas de nécessité, à ses propres frais, et de l'aider autant qu'il le faudra pour résister à l'agression des méchants et imposer réparation du tort commis.* LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*. *op.cit.*, pp. 21–22.

Le Pacte de Brunnen du 9 décembre 1315

Au nom de Dieu, amen.

1) *Comme l'esprit des hommes est de peu de force et durée, de sorte que l'on oublie facilement et rapidement les faits qui devraient demeurer longtemps et à jamais présents, il est opportun et nécessaire que l'on publie et fasse connaître, grâce à l'écriture et aux chartes, les décisions prises en vue de la paix, de la sécurité, des intérêts et de l'honneur de tous.*

2) *C'est pourquoi nous, les gens d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald, annonçons et faisons savoir à tous ceux qui liront ou entendront lire cette charte que, pour assurer et garantir contre la dureté et la rigueur de l'époque, et pour que nous puissions mieux rester en paix et en grâce, et mieux protéger et conserver nos corps et nos biens, nous nous sommes engagés et liés ensemble pour toujours et à perpétuité par serments et promesses; c'est-à-dire que nous avons promis et juré, en vertu de nos serments et promesses, de nous porter aide et secours, de nos personnes et de nos biens, à nos frais, dans le pays comme au dehors, contre tous ceux et contre tout individu qui com-*

mettrait ou s'apprêterait à commettre envers nous ou envers l'un d'entre nous, une agression ou une injustice, que ce soit envers nos personnes ou envers nos biens. Et s'il survenait en outre à l'un de nous n'importe quel dommage, que ce soit dans sa personne ou dans ses biens, nous devons le secourir le mieux possible, de façon à ce qu'il obtienne réparation ou compensation, par arrangement à l'amiable ou selon le droit. LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*. op.cit., pp. 24–25.

Le Pacte de Lucerne du 7 novembre 1332

Au nom de Dieu, amen!

[1] *Comme la nature humaine est faible et éphémère, il arrive que ce qui devrait être durable et perpétuel est bientôt facilement livré à l'oubli. C'est pourquoi il est utile et nécessaire que les choses qui sont établies pour la paix, l'utilité, la commodité et l'honneur des hommes, soient mises par écrit et rendues publiques par des actes authentiques.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 53.

5) *S'il arrivait toutefois-que Dieu nous en préserve!-que quelqu'un se mette à opprimer ou à molester l'un d'entre nous, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur, ou à l'attaquer ou à lui causer un dommage, ceux envers qui ce dommage a été commis doivent déclarer sous serment si c'est contre le droit qu'on a agi envers eux; et si la majorité d'entre eux déclarent[sic] que le droit a été violé, ils peuvent requérir l'aide de l'autre partie: la ville de Lucerne celle de tous les Waldstetten et de chaque Waldstetten séparément; et, de même, les gens des Waldstetten susdits et chaque Waldstetten en particulier celle des bourgeois de Lucerne. Et alors nous devons nous porter secours les uns aux autres, de nos personnes et de nos biens, contre des seigneurs et contre qui que ce soit, nous les bourgeois de Lucerne aux paysans prénommés à nos frais, et nous aussi les paysans prénommés aux bourgeois de Lucerne à nos frais; en bonne et totale fidélité, sans aucune réserve.* LASSERRE, David, *Alliances confédérales 1291–1815*, op.cit., pp. 27–28.

Le Pacte de Zurich du 1^{er} mai 1351

Au nom de Dieu, amen!

[1] *Nous, bourgmestre, Conseils et bourgeois de la ville de Zurich, nous tous, Schultheiss, Conseils et bourgeois de la ville de Lucerne, nous tous ammann et habitants des pays d'Uri, de Schwyz et d'Unterwald, faisons savoir à tous ceux qui verront ou entendront la présente lettre, que de bonne foi et après mûre réflexion, pour une paix heureuse et la protection de notre corps et de nos biens, de nos villes, de nos pays et de nos gens, pour l'avantage et le profit de l'ensemble du pays, que nous avons convenu et que nous nous sommes promis une alliance et une amitié perpétuelles, sous la foi d'un serment juré à main levée et publiquement prononcé. (...) CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 61.*

2) *Et comme tout ce qui arrive tombe ensuite dans l'oubli, que le cours de ce monde s'efface et qu'au travers des années bien des choses se transforment, à cause de cela nous, les Villes et Pays susdits, nous donnons à cette loyale association et alliance perpétuelle une attestation patente sous forme de chartes écrites; à savoir que nous devons nous aider et soutenir fidèlement les uns les autres, autant que nos corps et nos biens le permettront, sans aucune réserve, envers et contre tous ceux qui porteront atteinte par violence ou injustement à nos personnes ou à nos biens, à notre honneur, à nos droits, les molesteraient, attaqueraient, offenseraient, leur causeraient un tort ou un dommage, qu'il s'agisse de nous ou de quelqu'un inclus dans cette alliance, maintenant ou dans la suite, à l'intérieur des frontières et limites que voici:*

3) *A partir de la source de l'Aar, ce qu'on nomme le Grimsel, puis tout le cours de l'Aar à travers le Hasli, Berne, et toujours en suivant l'Aar jusqu'à l'endroit où il se jette dans le Rhin, puis en remontant le Rhin jusqu'à l'embouchure de la Thur, puis*

celle-ci jusqu'à sa source, puis de là dans la direction des Grisons jusqu'à la forteresse de Trons, puis de celle-ci par dessus le Gothard jusqu'au Monte-Piottino, puis de là jusque sur le Deischberg, et du Deischberg de nouveau jusqu'au Grimsel, à la source de l'Aar. LASSERRE, David, *Alliances confédérales 1291–1815*, op.cit., pp. 31–32

[4] Wäre aber, dass in diesen vorbennanten Zielen und Kreisen jemand, so in diesem Bündnis ist, in irgend einer Weise je ohne Recht von jemand angegriffen oder geschädigt würde, an Leuten oder an Gut, darum so mag und soll der Rat oder die Gemeinde der Stadt oder Landes, so dann geschädiget ist, um den Schadens sich erkennen auf ihren Eid, und wessen sich dann derselbe Rat oder die Gemeinde oder der Mehrheit der Stadt oder des Landes, so dann geschädiget ist, auf den Eid erkennen, um Hilfe oder Angriff, um irgend welche Sache, so dann notwendig ist, darum soll und mag der Rat oder die Gemeinde derselben Stadt oder des Landes, so dann geschädiget ist, die andern Städte und Länder, so in diesem Bündnisse sind, mahnen. LARGIADÈR, Zürichs Bund mit den vier Waldstätten vom 1. Mai 1351. op.cit., pp. 18–24. Alors contre qui que ce soit que l'appel au secours ait été apporté par des missives ou des ambassadeurs officiels du Conseil ou de l'Assemblée de la Ville ou du Pays, aux conseillers et Assemblées de la Ville, ou aux «ammann», à la landsgemeinde ou aux paroisses des trois susdits Pays (en toute bonne foi): contre lui ou contre eux, les Villes et les Pays qui en sont requis doivent immédiatement, en vertu de leurs serments, porter aide et appui de tout leur effort et avec tout ce qui peut être utile à ceux qui ont appelé au secours et envoyé leur requête; en toute bonne foi; (...) et aucun de nous, les Villes et Pays susdits, ne doit se soustraire d'aucune manière à cet engagement, à cette requête et à cette assistance, ni les éluder, ou chercher et travailler par ses paroles ou ses actes à faire réduire ou détourner le secours requis; sans aucune réserve. Et chaque Ville et chaque Pays doit fournir cette aide à ses propres frais; sans aucune réserve.

5) Au cas où un dommage inopiné ou une brusque agression serait commis envers nous ou l'un de ceux inclus dans cette alliance, et qu'on ait besoin d'un secours précipité, alors nous devons, où que ce soit, nous y porter immédiatement et envoyer du secours, sans en être requis, jusqu'à ce que le dommage ait été vengé et réparé, sans aucun délai.

6) Mais si l'affaire est assez grave pour rendre nécessaire une expédition militaire ou un siège, et que l'une de nos Villes ou l'un de nos Pays en soit requis, par messagers ou par lettres, de la part d'un de ceux inclus dans cette alliance, nous devons sans délai en conférer à l'abbaye d'Einsiedeln et y délibérer sur la façon la plus efficace de secourir celui ou ceux qui ont demandé de l'aide; en toute bonne foi.

7) S'il faut faire un siège, la Ville ou le Pays que cela concerne et qui a adressé la requête supportera seul les frais des travaux et de la main-d'oeuvre nécessités par ce siège; en toute bonne foi.

8) Qui que ce soit qui, habitant hors limites et régions susdites, attaquerait quelqu'un inclus dans cette alliance, ou lui causerait un dommage injustifié, si jamais il tombe au pouvoir de nous, les susdits Confédérés, il faut l'attaquer, lui ou eux, leurs complices ou leurs serviteurs, et se saisir de leurs personnes et de leurs biens et les contraindre à cesser et réparer le dommage; sans aucune réserve. LASSERRE, David, *Alliances confédérales 1291–1815*, op.cit., pp. 32–33.

Le Pacte de Glaris du 4 juin 1352

Au nom de Dieu, amen!

1) Moi, Rodolphe Brun, chevalier, bourgmestre, et nous les conseillers et l'Assemblée des bourgeois de la ville de Zurich; moi Jean d'Attinghausen, chevalier, landamman, et la landsgemeinde d'Uri; et nous les «ammann» et les landsgemeindes de Schwytz et

d'Unterwald des deux côtés du Kernwald; et nous l' «ammann» et la landsgemeinde de Glaris: déclarons publiquement et faisons savoir à tous ceux qui verront ou entendront lire cette charte que, vu le grand besoin que nous avons les uns des autres et le bon accord qui règne entre toutes nos Villes et Pays, et pour la sécurité et la protection de nos vies et de nos biens, nous avons conclu une loyale amitié et une alliance éternelle et avons promis et juré les uns aux autres de nous soutenir et secourir mutuellement, aux termes des articles ci-dessous.

2) *Premièrement, nous, de Zurich, d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald, déclarons: Si quelqu'un, qui que ce soit, commet contre tout droit un dommage, un préjudice ou une agression envers les personnes ou les biens des gens de Glaris, de l'ensemble ou de l'un d'entre eux, à l'intérieur des frontières et bornes de leur pays, et que ceux-ci en établissent la réalité sous la foi du serment: ce qu'ils décideront dans le Conseil, à l'unanimité ou à la majorité, sous la foi du serment, au sujet du secours dont ils ont besoin, ils peuvent nous en requérir en s'adressant par missive ou ambassadeur de confiance aux Conseils de nos Villes et Pays. Et si nous sommes ainsi requis par eux de les secourir, nous devons immédiatement leur porter aide et appui dans leur pays, de nos personnes et de nos biens et à nos propres frais, jusqu'à ce que le dommage qui leur a été fait contre tout droit ait été entièrement effacé et réparé; en toute bonne foi.* LASSERRE, David, *Alliances confédérales 1291–1815, op.cit.*, pp. 36–37. *Si un dommage ou une attaque les atteint subitement, nous devons sans retard et sans avoir été requis leur envoyer un secours honorable, selon notre possibilité, les aider avec nos corps, nos biens, et les conseiller jusqu'à ce que le tort soit complètement réparé, sans réserve.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwytz, op.cit.*, p. 71.

4) *Mais au cas où nous, les susdits Confédérés de Zurich, d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald, l'ensemble ou la majorité d'entre nous estimerions et déclarerions sous serment que le préjudice ou l'affaire pour quoi nos susdits confédérés de Glaris ont fait la requête était sans fondement et inventée, ceux-ci devront alors nous obéir et se laisser détourner sans retard de cette affaire, afin que ni eux ni nous ne risquions d'être entraînés à de graves préjudices et guerres pour des affaires sans gravité et déloyales.*

5) *En retour, nous les susdits «ammann» et landsgemeinde de Glaris, déclarons et promettons tous ensemble, sur la foi des serments que nous avons prêtés à ce propos: si quelqu'un, qui que ce soit, commet, contre tout droit, un préjudice ou une agression envers nos susdits confédérés de Zurich, d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald, tous ensemble ou l'un d'eux en particulier, leurs personnes ou leurs biens; et que là-dessus nous soyons requis par ambassadeur ou missive de la Ville ou du Pays qui a subi l'attaque, après que les conseillers ou l'Assemblée de la Ville ou du Pays auront établi, sous la foi du serment, à l'unanimité ou à la majorité, qu'il y avait lieu de requérir, nous devons... LASSERRE, *Alliances confédérales*, p. 37. ... leur envoyer sans retard un secours honorable, les aider de nos corps et de nos biens, et les conseiller dans tous les lieux d'où ils nous ont requis, jusqu'à ce que cette attaque et ce dommage à cause desquels ils ont réclamé notre secours, aient été réparés, et ces services et ces secours nous devons les rendre à nos propres frais et sans réserve.*

[6] *Si une attaque subite devait arriver, et qu'un secours immédiat soit nécessaire, nous devons aussi sans retard et sans avoir été requis, selon le serment que nous avons juré, leur envoyer notre secours, les assister de nos corps et de nos biens, en toute diligence, jusqu'à ce que le dommage soit réparé et l'attaque éloignée.*

[9] *Si, nous précités Confédérés de Zurich, Uri, Schwytz et Unterwald, nous avons convenu unanimement de marcher pour assiéger une ville ou une forteresse, et que nous ayons requis nos Confédérés de Glaris, nous devons supporter notre part des*

dommages et des frais causés par cette entreprise et ses participants, sans réserve. CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz, op.cit.*, pp. 72–73.

Le Pacte de Zoug du 27 juin 1352

Voir le Pacte de Zurich de 1351, mentionné plus haut, dont le Pacte de Zoug est presque la copie littérale.

Le Pacte de Berne du 6 mars 1353

Au nom de Dieu, amen!

Nous, l'Avoyer, le Conseil des Deux-Cents et les bourgeois de la ville de Berne, située en Uechtland, agissant en commun; les Landammans et la Communauté des hommes des Pays d'Uri, de Schwyz et d'Unterwald, faisons savoir à tous ceux qui liront ou entendront lire cette Charte, que Nous, ayant pris conseil et après mûre délibération, et ayant en vue une bonne paix et la protection de nos corps et de nos biens, de nos villes, de nos pays et de nos gens, et considérant l'utilité générale et le salut commun du Pays, Nous avons conclu entre nous une perpétuelle alliance et amitié. Nous avons solennellement promis et juré ensemble en levant les doigts du serment et en prêtant publiquement serment devant les Saints, pour Nous et pour nos descendants, qui doivent être par cela liés à perpétuité, que nous aurions et que nous maintiendrions entre nous une alliance perpétuelle, laquelle, maintenant et plus tard, doit rester en toute fidélité immuable, inviolable et intangible, ferme et forte, et à perpétuité. Et attendu que les biens passagers tombent dans l'oubli et que le cours de ce monde s'efface, et que, dans l'écoulement du temps, beaucoup de choses se transforment, Nous, la ville et les Pays susmentionnés, nous nous remettons l'un à l'autre l'attestation concrète de cette association loyale et alliance perpétuelle sous la forme d'un document écrit:

1. *Que nous devons ainsi nous aider et nous conseiller loyalement les uns les autres, dans toute la mesure où nous le permettent nos corps et nos biens, en toute bonne foi, contre tous ceux et à l'encontre de tous ceux qui, par violence ou contrairement au droit, causeraient une injustice, un méfait, une attaque ou une offense, ou n'importe quel affront ou dommage, au préjudice de nos corps et de nos biens, de notre honneur et de nos libertés, qu'il s'agisse de nous ou de l'un d'entre nous qui est dans cette alliance, en ce moment et dans l'avenir, et en quelque lieu que ce soit.*

2. *S'il arrivait que, de quelque façon que ce soit et contrairement au droit, l'un de ceux qui sont dans cette alliance soit attaqué ou lésé par quelqu'un dans ses gens ou dans ses biens, par cette raison, le Conseil ou la Communauté de la Ville ou du Pays qui a subi un dommage doit se prononcer sous serment au sujet du dommage subi, et si ensuite le même Conseil ou la même Communauté, ou la majorité de la Ville ou du Pays qui ont subi le dommage ont reconnu sous serment qu'il était nécessaire qu'un secours fût requis ou qu'une attaque fût déclenchée, dans ce cas, quelle que soit la nature de l'affaire qui est en cause, ce même Conseil ou cette même Communauté de la Ville ou du Pays qui a subi le dommage peut et doit requérir les autres Villes et Pays qui sont dans l'alliance.*

3. *Aussitôt que la réquisition a été faite, tous ceux qui sont dans cette alliance doivent envoyer sur-le-champ leur honorable députation pour conférer au Kienholz et, là, délibérer en vertu du serment sur la manière dont ceux qui ont requis l'aide peuvent être secourus et conseillés avec tout notre sérieux et toutes nos ressources, et tout ce qui est nécessaire à ceux qui ont recouru le secours indispensable et qui l'ont requis, en toute bonne foi, de telle manière que le dommage ou l'attaque qui les a atteints et qui les oblige soudain à requérir le secours soit vengé, réparé et dédommagé, en toute bonne foi.*

4. Et nous avons aussi le pouvoir, Nous, les susnommés de Berne, de requérir à l'aide des susdits Waldstätten, nos Confédérés, contre tous ceux qui voudraient, en quelque lieu que ce soit, nous léser ou nous attaquer, nous-mêmes et tous nos combourgeois, nos fiefs et les territoires que nous détenons sur hypothèques, ainsi que nos serfs; mais non s'il s'agit de quelqu'un d'autre. Et contre ceux-là, on doit nous aider en toute manière, comme, il est écrit plus haut, en toute bonne foi.
5. Et quand aussi, Nous, les susmentionnés Waldstätten, tous les trois ou l'un d'entre nous en particulier, nous sommes ainsi appelés à l'aide par les susdits de Berne et que nous leur envoyons du secours au delà du Brünig, selon la décision prise sur cette affaire à la diète du Kienholz, où nos députés se seront rencontrés avec les leurs, nous devons porter le secours jusqu'à Unterseen à nos frais; mais après la première nuit à Unterseen, les susnommés de Berne doivent payer à chacun des nôtres que nous leur avons envoyés en armes et pour chaque jour qu'ils veulent les avoir à leur service, un gros turnez [un sou d'argent] à leurs frais, et nous devons aussi de notre côté nous en contenter; et ils doivent faire cela jusqu'à ce que les nôtres seront revenus de leur service à Unterseen, mais pas au delà; en toute bonne foi.
6. S'il arrivait que Nous, les susnommés de Berne, nous devions un jour porter secours aux susdits Waldstätten, à tous les trois ou à l'un d'entre eux suivant la réquisition et la décision, comme il a été écrit ci dessus, nous devons aussi leur apporter le même secours à nos frais jusqu'à Unterseen, et, à partir de la première nuit à Unterseen, les susmentionnés Waldstätten doivent payer à chacun des nôtres, que nous leur avons envoyés en armes et pour chaque jour qu'ils veulent les avoir à leur service, un gros turnez [un sou d'argent], et nous devons aussi de notre côté nous en contenter, et ils doivent faire cela jusqu'à ce que les nôtres seront revenus de leur service à Unterseen, mais pas au delà; en toute bonne foi.
7. S'il arrivait aussi que Nous, les susnommés Confédérés, nous éprouvions quelque préjudice ou dommage, ou que nous ayons à subir quelque offense de la part de quelqu'un et qui nous atteindrait en commun, et que nous ayons arrêté d'un commun accord et décidé de faire en commun une expédition ou un siège, pour cela, Nous, les susnommés de Berne et aussi les Waldstätten, nous devons faire cette expédition ou ce siège aux frais de chacun d'entre nous; en toute bonne foi.
8. Et s'il arrivait aussi que nous gagnions une guerre entreprise en commun, et qui nous concernerait collectivement, dans laquelle guerre, Nous, les susnommés de Berne et les Waldstätten, nous aurions marché contre l'ennemi et lui aurions causé des dommages, en quelque lieu que ce soit, pour cela aucun de ceux d'entre nous qui sommes dans cette alliance n'aura à payer à l'autre des frais quelconques ou à l'indemniser; en toute bonne foi.
9. S'il arrivait aussi que Nous, ceux de Berne, nous attaquions les ennemis ou leur causions beaucoup de dommages ici en haut autour de nous, si nous requérons alors les Waldstätten, ils doivent aussi là-bas autour d'eux attaquer tout de suite les ennemis et leur causer des dommages dans la mesure du possible. Et pour cette attaque, nous ne devons leur compter, payer ou restituer aucune dépense de guerre, et réciproquement.
10. Et de la même manière, si nous attaquons les ennemis de notre côté, Nous, les Waldstätten, ici en bas autour de nous, et que nous leur causions des dommages, si nous requérons les susnommés de Berne, nos Confédérés, ils doivent aussi, là-haut autour d'eux, attaquer utilement les ennemis et leur nuire dans la mesure du possible,

essentielle des Confédérés. La lecture des clauses de ces alliances révèle donc en premier lieu l'existence de ce principe, mais aussi son évolution au cours du XIV^e siècle. Dans la période des premiers pactes, qui va de 1291 à 1332, cette notion, exprimée de façon élémentaire, a une portée générale. Avec les Pactes de Zurich de 1351 et de Zoug de 1352, la rédaction en est plus élaborée. A ce propos, on distingue le secours à apporter à la requête de la victime d'une agression du dehors, de celui nécessité par une attaque inopinée contre un Confédéré, ou de la participation à une expédition militaire, à un siège entrepris par les Confédérés. Cette alliance définit aussi l'aire géographique

et pour cette même attaque, nous ne devons leur compter, payer ou restituer aucune dépense de guerre, et réciproquement; en toute bonne foi.

11. Aucun de ceux qui sont dans cette alliance ne doit restituer ou payer à un co-allié n'importe quel frais de guerre pour une expédition militaire dans l'Argovie, qu'il y soit requis ou non.

12. S'il arrivait aussi que l'on assiégeât quelqu'un, la Ville ou le Pays que cela concerne et qui a alors adressé la réquisition, doit supporter seul les frais occasionnés par les travaux et l'emploi des maîtres engeigneurs; en toute bonne foi.

13. Nous, les susnommés de Berne, nous avons arrêté en particulier ce qui suit: s'il arrivait que ceux de Zurich ou ceux de Lucerne, qui sont maintenant les Confédérés des Waldstätten, étaient l'objet d'une injustice, d'une attaque ou d'un dommage de la part d'un tiers et que pour cela ils requièrent le secours de ces mêmes Waldstätten, et que ceux-ci aient décidé de venir à leur aide, dans ce cas, là aussi, où les susnommés Waldstätten nous auront requis d'aller, nous devons envoyer là sur-le-champ nos loyaux secours avec ceux de ces mêmes susdits Confédérés, et nous marcherons avec ceux-ci vers l'endroit, quel qu'il soit, vers lequel ils marcheront eux-mêmes; et là nous leur aiderons à attaquer leurs ennemis et à leur causer du dommage en tous lieux, en marchant de concert avec eux ou autre part où nous pourrons leur être utiles, avec loyauté et en toute bonne foi; et cette aide, nous devons la leur prêter à nos frais.

14. Mais s'il arrivait que Nous, ceux de Berne, nous soyons attaqués ou lésés par quelqu'un et que nous requérions pour cela les susnommés Waldstätten, nos Confédérés, et que les mêmes Waldstätten requièrent ceux de Zurich ou ceux de Lucerne, leurs Confédérés, tous les deux ou l'un d'entre eux, et qu'ils marchent avec eux et leur aident à nuire à nos ennemis dans une expédition militaire faite en commun ou n'importe où, nous n'avons pas de frais à payer ou à rembourser, ni aux Zurichois ni aux Lucernois.

15. Mais avant toute chose, il a été stipulé d'une manière formelle: où, quand et quelle que soit l'époque où Nous, les susnommés de Berne, nous aurons été requis par les susnommés, nos Confédérés, les Waldstätten, par tous collectivement ou par l'un d'entre eux en particulier, là où alors les précités, nos Confédérés, marcheront, nous devons marcher avec eux et leur aider à causer du dommage à leurs ennemis, et aucun d'entre nous, les susmentionnés de Berne et des Waldstätten, ne doit chercher en aucune façon, ainsi qu'il est prescrit plus haut et au bas de la présente charte, à éluder cette alliance, cette réquisition ou cette assistance, ou chercher à s'y soustraire par la parole ou par l'action, ou bien encore rechercher ou exécuter aucune chose secrètement ou publiquement, par laquelle chose le secours, pour lequel un allié a été requis, pourrait être contesté, négligé ou empêché; en toute bonne foi. BESSIRE, Berne et la Suisse, op.cit., pp. 36-38.

dans laquelle doit s'exercer le principe de sécurité collective, aire qui correspond à une surface plus étendue que le territoire des cinq communautés et qui englobe leurs zones d'influence. A ce propos, signalons que dans les deux premiers pactes l'aide mutuelle ne subissait aucune limite géographique. De plus, le principe d'assistance dans le Pacte de Zurich vaut non seulement pour la défensive, mais aussi pour l'offensive. Le Pacte de Glaris de 1352, qui s'inspire du modèle zurichois, contient les mêmes distinctions en ce qui concerne l'aide à apporter. Cependant, il instaure un statut d'inégalité pour les Glaronnais, ceux-ci ne bénéficiant de la réciprocité complète des droits et des obligations, qui prévalait jusqu'ici, que dans le cas d'une attaque soudaine. En cas d'appel à l'aide, ils dépendent de la bonne volonté des Confédérés et sont en revanche obligés de participer à toute expédition militaire ou siège entrepris par ces derniers. Enfin, par rapport aux pactes précédents, celui de Berne de 1353 innove: il prévoit la rémunération par le requérant des hommes venus à son secours, passé la limite de la ville bernoise d'Unterseen, située près d'Interlaken⁸².

Les pactes que nous venons d'examiner ne marquent pas explicitement la différence entre l'état de guerre déclenché par une agression extérieure et celui résultant d'antagonismes intérieurs. Néanmoins, nous constatons de façon générale que la mise en oeuvre de ce principe dont nous avons rappelé les grandes lignes, découle de toute agression étrangère. Il en résulte que toute attaque de l'extérieur à l'encontre des huit membres de la Confédération entraîne une lutte à mort contre l'agresseur. Nous en concluons que cette notion de défense des communautés confédérées est bien présente dans les sept premiers pactes scellés entre les Suisses.

Quant à la Charte des prêtres de 1370, qui ne contient aucune disposition de sécurité collective contre un agresseur du dehors, l'historien William E. Rappard relève qu'elle participe de manière indirecte aux dispositions de secours mutuel par l'union qu'elle a créée contre l'étranger⁸³. Néanmoins, il est intéressant de constater que le premier article enjoint à tout étranger aux communautés confédérées d'avoir une attitude loyale et d'avertir les Cantons

⁸² Pour des développements sur la question de la sécurité collective de 1291 à 1353 voir RAPPARD, *Cinq siècles de sécurité collective (1291–1798)*, op.cit., pp. 11–35.

⁸³ *Indirectement, cependant, elle ne fut pas sans intéresser cette sécurité. En multipliant et en précisant les devoirs réciproques des parties contractantes, en effet, elle [la Charte des Prêtres] tendait de plus à en faire un bloc en face de l'étranger hostile à leur autonomie et à leur prospérité.* RAPPARD, *Cinq siècles de sécurité collective (1291–1798)*, op.cit., pp. 40–41. SCHÜRMAN, Josef, *Studien über den eidgenössischen Pfaffenbrief von 1370*. Fribourg (Paulusverlag) 1948, p. 92 et 95. DÜRR, Emile, «La politique des Confédérés au XIV^e et au XV^e siècle» in *Histoire militaire de la Suisse*. Berne (Commissariat central des guerres) 1935, 4^e c., p. 102.

dans lesquels ils sont établis des dangers qui pourraient les menacer⁸⁴. Par son aspect militaire déterminant, le Convent de Sempach de 1393, qui institue des règles communes de discipline dans la conduite de la guerre, fait des Cantons confédérés un bloc plus uni, susceptible de mieux défendre la Confédération⁸⁵. L'article 9⁸⁶, en interdisant d'entreprendre une expédition militaire sans

⁸⁴ 2) *Nous avons en premier lieu décidé ceci: Toute personne, prêtre ou laïque, noble ou non noble, qui veut s'établir et avoir une maison dans l'une de nos Villes ou l'un de nos Pays susdits, que ce soit pour y vivre personnellement ou y installer des gens à son service, et qui a promis et juré aux ducs d'Autriche ses services ou bons offices, doit aussi promettre et jurer de contribuer à l'honneur et à la prospérité des Villes et Pays susdits, et de signaler en toute loyauté tout ce qu'elle saurait pouvoir causer préjudice ou dommage, d'une façon quelconque, aux Villes et Pays susdits, à tous ou à l'un d'entre eux; et aucun serment ni antérieur ni ultérieur, envers qui que ce soit, ne peut la soustraire à cette obligation.* LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815) op.cit.*, pp. 49–50.

⁸⁵ 3) *Quand, à l'avenir, des troupes régulières feront une expédition contre des ennemis, que ce soit tous ensemble ou une des Villes ou un des Pays, tous les soldats de cette troupe doivent rester ensemble, loyalement, comme l'ont toujours fait nos pères, quel que danger qui se présente, que ce soit dans une bataille rangée ou dans quelque autre attaque.*

4) *A supposer qu'un soldat s'enfuit ou transgresse l'un des articles de cette charte, en particulier s'il commet quelque méfait dans une maison ou n'importe quoi qui lui attire l'accusation, vraie ou fausse, d'avoir fait ce que condamne cette charte, et au cas où, sur le témoignage de deux hommes honorables et intègres, il serait reconnu coupable par ceux dont il relève et qui ont à juger, sa personne et ses biens sont à la disposition de ceux-ci et de nul autre d'entre nous. Et ceux-ci doivent le punir immédiatement en vertu des serments prêtés par leurs Villes ou leurs Pays, selon la faute qu'ils auront reconnue et constatée, et de façon à ce que cela serve à chacun d'exemple des actes dont on doit se garder. Et les autres doivent se contenter, sans aucune récrimination, du châtement pratiqué à l'égard des siens par chaque Ville et chaque Pays.* LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815) op.cit.*, pp. 51–52.

[5] *Ainsi il est de notre opinion: Quiconque sera tombé, blessé ou tué, soit dans un combat ou une autre attaque, quoique ce soit qui lui advienne et qui le rende incapable de se défendre ou de défendre les autres, celui-là devra rester avec les autres jusqu'à ce que le péril prenne fin, et personne ne pourra le regarder comme fugitif ne pouvant s'aider lui-même ni aider les autres, et on devra le laisser tranquille et on ne pourra lui en vouloir ni à sa personne, ni à ses biens.*

[6] *Il est à noter, que dans la bataille ci-dessus dénommée [la bataille de Sempach du 9 juillet 1386] beaucoup d'ennemis se sont enfuis poursuivis par les nôtres, qui étaient restés dans les environs du champ de bataille et ne les ont pas pillés avant que la bataille soit gagnée par nous et complètement terminée. Ainsi il a été observé que, pendant que les combattants honorables tenaient le champ de bataille, que beaucoup d'autres trop sûrs de leur personne et de leurs biens, pillaient; les fugitifs, pendant ce temps, se ressaisissaient et s'emparaient de leur personne et de leurs biens et regagnaient la bataille. Pour ces motifs nous avons convenu à l'unanimité, que chaque fois qu'il nous arrivera de pareils malheurs à l'avenir, chacun devra en toute honnêteté conserver le champ de bataille et éviter de piller sans scrupule, que ce soit dans un château-fort, dans une ville ou dans le pays, et cela jusqu'à ce que la bataille soit gagnée et complètement terminée, et jusqu'à l'heure où les commandants auront donné à*

juste cause et sans l'autorisation des Confédérés, donne à ceux-ci le moyen d'empêcher les Cantons belliqueux de déclencher des opérations téméraires, opérations qui par le jeu des alliances engageraient toute la Confédération et pourraient la mettre en difficulté⁸⁷.

Il est encore des dispositions qui ont pour but de rendre les Confédérés plus unis dans toutes les affaires extérieures, fortifiant de cette manière leur cohésion. Ainsi, il n'est pas question, selon les clauses du Pacte de Brunnen de 1315, de s'inféoder à qui que ce soit sans le consentement des trois Confédérés⁸⁸, dont l'accord est également nécessaire pour s'allier avec l'étranger. Le Pacte de Lucerne de 1332 reprend également cette interdiction de toute alliance sans le consentement de tous⁸⁹, interdiction que l'on retrouve, vingt ans plus tard, dans le Pacte de Glaris de 1352⁹⁰.

chacun l'autorisation du pillage. A partir de ce moment, tous ceux qui seront présents pourront commencer le pillage, et chacun devra remettre le butin au commandant auquel il appartient, et ceux-ci devront partager le butin entre ceux présents et celà au prorata de leur nombre honnêtement et impartialement. De quelle façon que ce soit que le partage du butin soit fait, chacun devra s'en déclarer satisfait. Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit., pp. (35)-(36).

⁸⁶ 9) *Enfin c'est notre volonté tout à fait unanime qu'aucune de nos Villes ni aucun de nos Pays, ni ensemble ni séparément, n'entreprenne une guerre de son propre chef sans qu'une faute ou action hostile ait été constatée conformément à la procédure prévue par les chartes jurées, par lesquelles les Villes et Pays se sont individuellement liés envers tous les autres.* LASSERRE, *Alliances confédérales (1291-1815)*. op.cit., pp. 52-53.

⁸⁷ SABLONIER, Roger, «Etat et structures militaires dans la Confédération autour des années 1480» in *Cinq-centième anniversaire de la bataille de Nancy (1477)*. Actes du colloque organisé par l'Institut de recherche régionale en sciences sociales, humaines et économiques de l'Université de Nancy II. Nancy (Annales de l'Est) 1979, p. 433.

PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, op.cit., pp. 33-34.

HEUSLER, *Histoire des Constitutions suisses*, op.cit., pp. 148-149.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, vol. 1, op.cit., pp. 422-424.

⁸⁸ 3) *Par le même serment, nous nous sommes aussi engagés à ce qu'aucun de nos Pays, ni personne d'entre nous, ne s'inféode ou ne se soumette à un seigneur sans l'avis et le consentement des autres.*

5) *Nous sommes aussi convenus que ni un des Pays, ni un des Confédérés ne se liera à ceux du dehors sans prendre l'avis des autres Pays ou des autres Confédérés*

6) *De même, et aussi longtemps que les Pays ne relèvent d'aucun seigneur, aucun de nous, Confédérés, ne doit entrer en pourparlers avec ceux du dehors sans l'avis et l'autorisation des autres Confédérés.* LASSERRE, *Alliances confédérales*, p. 25.

⁸⁹ 8b) *et qu'aucun de nous, les Confédérés susdits, ne peut se lier à qui que ce soit, ni à l'extérieur ni à l'intérieur, par des serments et des engagements spéciaux, à l'insu et sans le consentement de tous les Confédérés.* LASSERRE, *Alliances confédérales*, p. 28.

⁹⁰ 7) *Il est aussi entendu que nous, les susdites gens de Glaris, ne devons aucunement chercher appui ou nous allier, ni maintenant ni à l'avenir, avec des seigneurs, villes ou «pays», sinon au su et avec l'assentiment et l'approbation de nos susdits confédérés de Zurich, d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald.* LASSERRE, *Alliances confédérales*, pp. 37-38.

3.3. Le maintien de la paix à l'intérieur des communautés confédérées

Le principe de sécurité collective que nous venons d'évoquer, s'il trouve son application lors d'une agression provenant de l'extérieur, s'exerce également à l'intérieur de la Confédération. En effet, les clauses d'assistance mutuelle qui figurent dans les pactes des Confédérés sont destinées aussi à prévenir tout acte de violence portant atteinte à la paix publique, perpétré au sein des pays confédérés⁹¹. A cet égard, le pacte de Zurich de 1351 est intéressant puisque, pour la première fois, c'est un régime expressément désigné, le régime corporatif de Rodolphe Brun, qui bénéficie du soutien unilatéral des quatre premiers Confédérés⁹². Outre l'utilisation du principe de sécurité collective, nous remarquons l'existence d'autres dispositions destinées également à assurer l'ordre public à l'intérieur de la Confédération. En effet, l'article 7 du Pacte de Brunnen de 1315 prévoit la répression des intrigues que seraient tentés d'ourdir certains membres des communautés *Waldstaetten*⁹³; l'article 7 de la Charte des prêtres de 1370 proscrit les guerres privées⁹⁴ et

⁹¹ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 158.

PEYER, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft» *op.cit.*, p. 181.

PEYER, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, *op.cit.*, p. 25; 30.

LARGIADER, «Zürichs ewiger Bund mit den Waldstätten vom 1. Mai 1351» *op.cit.*, p. 28.

SCHOLLENBERGER, *Geschichte der schweizerischen Politik*, *op.cit.*, vol. 1, p. 123.

⁹² 14) *Il est aussi expressément décidé que si quelqu'un voulait offenser le seigneur chevalier Rodolphe Brun, l'actuel bourgmestre de Zurich, ou tout autre bourgmestre alors en fonctions, les conseillers, les corporations et l'Assemblée des bourgeois de cette ville, ou voulait troubler les institutions, les organisations corporatives ou les lois qu'ils ont établies et qui sont impliquées dans cette alliance; et si nous, les susdits de Lucerne, d'Uri de Schwytz et d'Unterwald, en sommes requis par le bourgmestre ou par un conseiller de Zurich, porteur de lettres scellées du bourgmestre ou du Conseil de Zurich, nous sommes tenus par nos serments de lui porter immédiatement aide et appui, de façon que le bourgmestre, les conseillers et les corporations conservent les institutions et les lois que leur garantit ce pacte; en toute bonne foi.* LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*. *op.cit.*, pp. 33–34.

⁹³ Si quelqu'un trahit ou livre l'un des pays, ou s'il viole ou transgresse l'une des décisions susdites, il doit être tenu pour félon et parjure, et sa personne comme ses biens doivent être livrés aux Pays. *Ibid.*, p. 25.

⁹⁴ **La Charte des prêtres du 7 octobre 1370**

7) *Et comme il est arrivé que des gens des Villes ou des Pays aient fait parfois des coups de main et aient attaqué, rançonné et molesté autrui, et que cela peut avoir de graves conséquences, nous avons, pour empêcher ces ennuis, interdit d'un commun accord qu'un ressortissant des Villes et Pays susdits entreprenne un coup de main ou*

l'article 2 du *Convenant de Sempach* de 1393 réprime tout acte de violence commis par des ressortissants de communautés confédérées⁹⁵.

Pourtant, l'instrument essentiel destiné à assurer la tranquillité et l'ordre entre les Cantons confédérés, ainsi qu'à l'intérieur de ceux-ci, est l'arbitrage. Cette procédure, que l'on retrouve dans tous les pactes⁹⁶, permet aux parties

*moleste quelqu'un en le rançonnant ou autrement, à moins que ce ne soit au su et avec l'autorisation des autorités de la Ville ou du Pays où habitent ceux qui ont fait ou veulent faire ce coup: pour Zurich du bourgmestre et du Conseil, pour Lucerne de l'avoyer et du Conseil, pour Zoug de l'«ammann» et du Conseil, et pour les trois Pays d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald des «ammans» et des Conseils. Et si quelqu'un y contrevient et qu'il en résulte quelque dommage, la Ville ou le Pays doit se saisir immédiatement de sa personne et de ses biens pour qu'il expie cette attaque et dédommage entièrement la victime; en toute bonne foi. LASSERRE, *Alliances confédérales (1291–1815)*. op.cit., pp. 50–51.*

⁹⁵ **Le Convenant de Sempach du 10 juillet 1393**

2. Premièrement tout Etat ou toute Ville de la Confédération, ainsi que nous l'avons juré et promis, à l'unanimité par le présent mandement, ordonne qu'aucun Confédéré ne pourra attaquer un autre et les siens d'une manière criminelle, entrer par force dans les maisons et s'approprier des choses ne lui appartenant pas, soit en guerre ou en paix [= armistice] ou en expiation [= paix], mais qu'au contraire nous vivions en paix les uns avec les autres et que nous nous soutenions mutuellement dans la peine et le chagrin comme nous l'avons fait jusqu'ici et le ferons à l'avenir, en toute bonne foi.. Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit., p. (34).

⁹⁶ **Le Pacte du début d'août 1291**

5) Si d'autre part un conflit surgit entre quelques-uns, les plus sages des confédérés doivent intervenir en médiateurs pour apaiser le différend de la façon qui leur paraîtra efficace; et les autres confédérés doivent se tourner contre la partie qui repousserait leur sentence.

*11) Et surgisse une querelle ou une discorde entre quelques confédérés, si l'une des parties se refuse à tout arrangement par voie judiciaire ou par accommodement, les confédérés sont tenus de prendre fait et cause pour l'autre partie. LASSERRE, *Alliances confédérales 1291–1815*. op.cit., p. 22.*

Le Pacte de Brunnen du 9 décembre 1315

[9] S'il naît ou s'élève quelque différend ou guerre entre les Confédérés, les hommes les plus intègres et les plus prudents se réuniront pour pacifier ce différend ou terminer cette guerre soit à l'amiable, soit par justice; si l'une des parties s'y refuse, les Confédérés assisteront l'autre pour qu'à l'amiable, ou par justice, la dispute soit terminée aux dépens de celle qui aura refusé les moyens de conciliation.

*[10] Si entre deux Pays survient une querelle ou guerre, et que l'un d'eux ne veuille pas y mettre fin à l'amiable ou par justice, le troisième Pays soutiendra celui qui consentait à un arrangement et lui donnera secours pour que l'affaire se termine de gré ou de force. CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 46.*

Le Pacte de Lucerne du 7 novembre 1332

[6] Si une contestation ou une guerre s'élevait ou se produisait parmi nous, Confédérés précités, alors les plus sages et les meilleurs parmi nous devraient venir apaiser la querelle et les contestations, et les terminer à l'amiable ou selon le droit, si une partie s'y refuse, les Confédérés doivent aider l'autre partie, à l'amiable ou selon le droit, et

en défaveur de la partie qui a désobei. CASTELL, Les Chartes fédérales de Schwyz, op.cit., p. 55.

7) Si d'autre part un conflit se produit entre les trois Pays, et que deux Pays soient d'accord, c'est à ceux-ci que nous, les susdits bourgeois de Lucerne, devons nous joindre pour aider le troisième Pays à s'entendre avec les deux autres; à moins que nous, les susdits bourgeois de Lucerne, ne trouvions quelque chose qui paraisse aux deux Pays préférable et plus opportun. LASSERRE, Alliances confédérales 1291–1815, op. cit, p. 28.

Le Pacte de Zurich du 1^{er} mai 1351

9) Au cas où un conflit ou un différend se produirait entre nous, les prénommés de Zurich, avec l'ensemble de nos susdits confédérés de Lucerne, d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald, ou avec un seul d'entre eux, ce que Dieu veuille empêcher longtemps, nous devons aussi en conférer à la dite abbaye d'Einsiedeln. La ville de Lucerne ou les Pays qui ont, ensemble ou séparément, ce conflit avec nous de Zurich désigneront deux hommes de confiance pour s'en occuper et nous également deux. Ces quatre jureront sur les reliques de régler sans retard cette affaire et ces conflits, soit à l'amiable, soit par prononcé de droit; et ce qu'auront décidé les quatre ou la majorité, devra être observé à toujours par les deux parties; en toute bonne foi. Mais si les quatre délégués s'opposent deux à deux, ils désigneront et s'adjoindront, en vertu des serments qu'ils ont prêtés, un sur-arbitre pris au sein de la Confédération, leur paraissant compétent pour cette affaire et impartial; et les concitoyens de celui qu'ils ont choisi le prieront et l'obligeront de se charger de cette affaire avec les quatre et de s'engager par serment à la régler; sans aucune réserve. LASSERRE, Alliances confédérales 1291–1815, op.cit., p. 33.

Le Pacte de Glaris du 4 juin 1352

10) Au cas où nous, les susdits gens de Glaris, aurions un litige pour quelque affaire avec nos susdits confédérés tous ensemble nous devons venir en conférer au couvent d'Einsiedeln et régler l'affaire d'après les modes et la procédure que nos confédérés ont établis entre eux dans leurs anciens pactes pour des cas pareils.

11) Si en revanche c'est avec un seul de nos susdits confédérés que nous avons un litige, nous devons en conférer: à Pfäeffikon, sur le lac de Zurich, avec ceux de Zurich; sur le col [du Prugel], avec ceux de Schwytz; à Ennetmarch avec ceux d'Uri; à Brunnen avec ceux d'Unterwald. Et quel que soit celui d'entre eux avec lequel nous avons un litige, les autres Confédérés seront compétents pour trancher l'affaire. Et quelle que soit la sentence, soit de droit soit de conciliation, portée par eux à l'unanimité ou à la majorité, et au su des deux parties, nous, de Glaris, ainsi que l'autre partie, devons nous y soumettre entièrement et nous laisser ainsi détourner de la guerre. LASSERRE, Alliances confédérales 1291–1815, op. cit, p. 38.

Le Pacte de Zoug du 27 juin 1352

Voir le Pacte de Zurich de 1351, déjà mentionné, dont le Pacte de Zoug est presque la copie littérale

Le Pacte de Berne du 6 mars 1353

16. Il a été aussi convenu dans cette alliance que s'il arrivait que l'un des alliés ait quelque requête ou quelque plainte à formuler ou à présenter contre un co-allié, nous devons alors nous réunir en diète audit Kienholz. Si la réclamation ou la plainte émanait de ceux de Berne ou de l'un d'entre eux, celui qui a une réclamation ou une plainte à présenter, doit alors choisir un arbitre parmi seize hommes honorables que l'Ammann du Pays intéressé proposera immédiatement en les nommant par leurs noms, et sous serment; ou bien, s'il n'y avait pas en ce moment d'Ammann en fonction, les hommes de la communauté doivent nommer un homme honorable et l'engager sous

contractantes de faire trancher leurs différends à l'amiable, ou selon le droit, par des arbitres, prévenant ainsi l'éclatement de l'alliance. Chaque Canton a l'obligation de se soumettre au jugement rendu, d'en exécuter la sentence, de contraindre celui qui s'y refuse. Cette institution, qui se précise tout au long du XIV^e siècle, contribue de manière déterminante, avec la sécurité collective, au maintien de l'ordre public. A ce propos, l'historien David Lasserre constate l'action irénique de l'institution de l'arbitrage sur la vie de la Confédération et en fait dériver le principe d'égalité⁹⁷.

Ces pactes et chartes contiennent encore des règles de droit que l'on pourrait définir comme ressortissant plutôt au droit pénal⁹⁸, au droit civil⁹⁹ et à la

serment à s'occuper activement de l'affaire en homme impartial; et chacune des deux parties en cause doit adjoindre à celui-là deux autres arbitres, et ce que les cinq auront décidé à l'amiable par la volonté et le consentement des deux parties ou d'après le droit sous serment s'ils ne peuvent s'entendre à l'amiable, ce qu'ils auront décidé, les deux parties en cause doivent l'accepter et le respecter absolument et toujours; en toute bonne foi. En vertu de leur serment, ces cinq mêmes arbitres devront d'une manière active et rapide mener jusqu'au bout l'affaire dont ils ont été chargés, suivant les prescriptions écrites qui précèdent; en toute bonne foi. Mais s'il arrivait que Nous, les susnommés Waldstätten ou l'un d'entre nous, ayons à présenter une réclamation ou une plainte contre nos Confédérés précités de Berne ou contre l'un d'entre eux, celui qui forme la demande doit prendre un médiateur dans le Conseil de Berne, et ce même Conseil de la ville de Berne doit engager sous serment l'arbitre ainsi choisi à s'occuper de l'affaire sans délai en homme impartial; et chacune des deux parties en litige lui adjoindra de même deux autres arbitres, et ce que les cinq arbitres auront arrêté par un arrangement à l'amiable ou par le droit sous serment, les deux parties doivent s'y tenir de la même manière et comme il est écrit ci-dessus; en toute loyauté et bonne foi. BESSIRE, *Berne et la Suisse*, op.cit., p. 40.

⁹⁷ L'étroite dépendance qui s'avère ainsi entre l'institution arbitrale et la solidité du régime fédératif est toute naturelle. Ne découlent-ils pas tous deux d'une même notion politique qui constitue leur élément spécifique essentiel: l'égalité de droit reconnue aux divers membres d'une fédération comme aux deux parties en cause dans un arbitrage, quel que puisse être leur potentiel militaire ou économique respectif?

Certes cette conception égalitaire, purement théorique puisque toujours ou presque toujours contraire à la réalité, n'est nulle part formulée dans les pactes.(...) Néanmoins le postulat initial de «l'égalité des inégaux», si paradoxal non seulement qu'il paraisse mais qu'il soit effectivement, n'en sert pas moins de base sous-jacente à tout organisme fédératif comme à tout arbitrage. LASSERRE, David, *Etapas du fédéralisme. L'expérience suisse*. Préface de W.E. Rappard. Lausanne (Ed. Rencontre) 1954, pp. 35–36.

⁹⁸ **Le Pacte du début d'août 1291**

6) Outre tout cela ils ont établi un statut commun stipulant que celui qui, criminellement et sans provocation, commettra un meurtre, sera, si on a pu se saisir de lui, puni de mort comme son crime infâme l'exige; à moins qu'il ne puisse prouver qu'il est innocent; et s'il réussit à s'échapper, il lui est à jamais interdit de revenir au pays. Ceux qui accorderont abri ou protection au dit malfaiteur doivent être expulsés des vallées, aussi longtemps qu'ils n'auront pas été expressément rappelés par les confédérés.

7) *Si quelqu'un, de jour ou dans le silence de la nuit, met criminellement le feu aux biens d'un confédéré, on ne doit jamais le considérer comme membre d'une de nos communautés. Et celui qui, dans nos vallées, prendrait le parti du dit malfaiteur et le protégerait devra indemniser la victime.* LASSERRE, *Alliances confédérales 1291–1815*, op.cit., p. 22.

Le Pacte de Brunnen du 9 décembre 1315

[11] *Si un des Confédérés en tue un autre, il sera puni de mort, à moins qu'il ne puisse prouver et que les juges ne déclarent qu'il l'a fait par nécessité, pour défendre sa vie. Si le meurtrier s'enfuit, quiconque de notre pays le recevra, lui donnera refuge dans sa maison et le défendra, sera exilé et ne rentrera pas dans sa patrie s'il n'y est rappelé du consentement des Confédérés.*

[12] *Si un des Confédérés met ouvertement ou en secret et à dessein le feu à la maison d'un autre, il sera banni à perpétuité de notre territoire, et quiconque le recevra dans sa maison, lui donnera asile et protection, sera tenu de réparer le dommage causé par l'incendiaire.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., pp. 46–47.

Les Pacte de Lucerne du 7 novembre 1332; de Zurich du 1^{er} mai 1351; de Glaris du 4 juin 1352; de Zoug du 27 juin 1352 ne contiennent pas de clauses pénales.

⁹⁹ **Le Pacte du début d'août 1291**

8) *De plus, si l'un des confédérés [en] dépouille un autre de ses biens ou lui cause n'importe quel autre dommage, les biens du coupable que l'on pourra saisir dans les vallées doivent être mis sous séquestre pour dédommager les victimes conformément au droit.*

9) *En outre, nul n'a le droit de saisie envers un autre confédéré, à moins que celui-ci ne soit notoirement son débiteur ou ne se soit porté caution envers lui; et ne doit le faire qu'en vertu d'un prononcé spécial du juge.* LASSERRE, *Alliances confédérales 1291–1815*, op. cit, p. 23.

Le Pacte de Brunnen du 9 décembre 1315

[13] *Nul ne pourra prendre des gages que de son débiteur ou de sa caution, et il ne le fera point sans l'autorité du juge.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 47.

Le Pacte de Lucerne du 7 novembre 1332

[9] *Aucun Confédéré parmi nous ne doit en «saisir» un autre pourvu qu'il ne soit caution ou du moins qu'il le fasse après sentence ou jugement.*

[10] *Si un Confédéré, en résistant à la sentence ou en désobéissant, causait ainsi du tort à un autre par sa désobéissance, il devrait être forcé par les autres Confédérés à réparer le tort causé.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 56.

Pacte de Zurich du 1^{er} mai 1351

[11] *Aucun Confédéré ne doit rendre un autre responsable ni saisir son bien, excepté celui du débiteur ou de la caution qui s'est constituée telle. Nous sommes aussi unanimement tombés d'accord qu'aucun Confédéré lié par cette alliance ne se porte garant pour un autre, pour quoi que ce soit.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 65.

Le Pacte de Glaris du 4 juin 1352

12) *Et s'il arrivait que l'un des Glaronnais, riche ou pauvre, homme ou femme, quel que soit son nom, paysan ou artisan, de la campagne ou de la ville, soit mêlé à une affaire qui cause un préjudice ou un dommage à l'ensemble des Confédérés ou à l'un d'entre eux, et que cela soit prouvé et manifeste, c'est-à-dire que l'ensemble des Confédérés ou leur majorité l'estiment prouvé, il faut que sa personne et ses biens soient livrés intégralement à nous, tous les Confédérés; sa personne au tribunal et ses*

procédure¹⁰⁰, règles destinées à prévenir le recours à la justice privée, et ayant donc pour objectif le maintien de la paix publique entre les membres des

biens à nous; sans aucune réserve. LASSERRE, Alliances confédérales 1291–1815, op.cit., p. 38.

Le Pacte de Zoug du 27 juin 1352

Voir le Pacte de Zurich de 1351, mentionné plus haut, dont le Pacte de Zoug est presque la copie littérale.

Le Pacte de Berne du 6 mars 1353

19. Et aucun de ceux qui sont dans cette alliance ne doit arrêter un co-allié, le citer en justice ou se saisir de ses biens comme gage, exception faite de son créancier à bon droit ou de celui qui s'est porté garant pour lui; et encore ceux-ci ne doivent-ils le faire que conformément à la justice et au droit; en toute bonne foi.

19a. Nous avons aussi décidé à l'unanimité que pas un de nos Confédérés qui sont dans cette alliance ne peut, en aucun cas, servir de gage entre eux, en toute bonne foi.

20. Si l'un de ceux qui sont dans cette alliance a été en possession d'un bien et s'y trouve encore, personne ne doit le dépouiller de son droit, et on doit le protéger, lui-même et sa propriété, conformément au droit. BESSIRE, Berne et la Suisse, op.cit., pp. 40–41.

La Charte des prêtres du 7 octobre 1370

[4] Si quelqu'un domicilié dans les Villes ou Etats sus-dénommés venait à porter plainte contre un autre ou lui porter dommage, et cela sans droits, et qui par saisie ou autre, porte atteinte à la personne ou aux biens de celui chez qui il est domicilié, celui-ci devra forcer et contraindre le plaignant à l'indemniser et à réparer entièrement le dommage causé, comme il est indiqué dans notre lettre solennelle qu'aucun ne doit faire tort à un autre sans raison.

[5b] Personne, dans les Villes ou Etats sus-dénommés, ne doit inquiéter quelqu'un ou communiquer à quelqu'un, ses propres affaires, ce dont un autre pourrait être lésé, sous peine des punitions ci-devant ou ci-après indiquées, en toute bonne foi. Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit., pp. (28)-(29).

¹⁰⁰ **Le Pacte du début d'août 1291**

10) Outre cela, chacun est tenu d'obéir à son juge et doit, s'il est besoin, indiquer de quel juge il relève dans la vallée. Et si quelqu'un refuse de se soumettre au jugement rendu, et que l'un des confédérés subisse quelque dommage du fait de son obstination, tous les confédérés sont tenus de contraindre à réparation le récalcitrant. LASSERRE, Alliances confédérales 1291–1815, op.cit, p. 23.

Le Pacte de Brunnen du 9 décembre 1315

[14] Chacun obéira à son juge et indiquera le juge dans notre pays devant lequel il veut comparaître.

[15] Si quelqu'un refuse de se soumettre à la sentence et que sa désobéissance porte dommage à l'un des Confédérés, ceux-ci le contraindront à l'indemniser. CASTELL, Les Chartes fédérales de Schwyz, op.cit., p. 47.

Le Pacte de Lucerne du 7 novembre 1332

11) Au cas où l'un des Confédérés commettrait un forfait tel que le tribunal de son canton le condamnerait comme criminel, tout tribunal auquel cela est notifié par lettre officielle munie du sceau d'un Pays ou de la ville de Lucerne, doit prononcer contre lui la même sentence que le tribunal qui l'a condamné; et celui qui, après cela et en toute connaissance de cause, l'accueillera chez lui ou lui donnera à manger ou à boire, subira la même peine, sauf qu'on ne doit pas toucher à sa vie; sans réserve aucune. LASSERRE, Alliances confédérales 1291–1815, op. cit, p. 28.

Pacte de Zurich du 1^{er} mai 1351

10) *Aucun laïque ne doit pour une dette en citer un autre, inclus dans cette alliance, devant un tribunal ecclésiastique; car c'est dans la localité où habite le défendeur et devant le tribunal dont il relève que chacun doit poursuivre la partie adverse; mais on devra sans retard y juger cette affaire, sous serment et en toute bonne foi. Au cas où le plaignant n'obtiendrait pas justice et que cela soit patent, il pourra dès lors poursuivre son droit comme bon lui semblera; sans aucune réserve.* LASSERRE, David, *Alliances confédérales 1291–1815, op.cit.*, p. 33.

[12] *Si l'un des Confédérés a compromis sa vie de telle façon, il sera honni par ses juges qui feront connaître leur avis aux autres tribunaux par pli scellé de la ville ou du pays. Il doit être honni par ces juges comme il l'est par les siens, et cela sans réserve. Celui qui l'hébergerait ou l'abriterait sciemment malgré cela, celui qui lui donnerait à manger ou à boire, encourt la même peine, sauf qu'il a droit à la vie sauve, sans réserve.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz, op.cit.*, p. 65.

Le Pacte de Zoug du 27 juin 1352

Voir le Pacte de Zurich de 1351, déjà mentionné, dont le Pacte de Zoug est presque la copie littérale.

Le Pacte de Berne du 6 mars 1353

17. *Et aucun de ceux qui sont dans cette alliance ne doit en citer un autre devant un tribunal ecclésiastique et causer par cela des troubles, excepté pour causes matrimoniales et usure manifeste.*

18. *Et que si l'un d'entre ceux qui sont dans cette alliance avait à réclamer à bon droit le remboursement d'une dette ou avait une juste plainte à présenter contre un co-allié, il doit rechercher le droit dans la localité où l'inculpé a son domicile et devant le tribunal dont celui-ci relève, et le juge doit administrer promptement justice. Dans le cas où le demandeur n'obtiendrait pas justice et que cela soit connu, il pourra dès lors rechercher son droit ailleurs, selon les nécessités; en toute bonne foi.* BESSIRE, *Berne et la Suisse, op.cit.*, p. 40.

La Charte des prêtres du 7 octobre 1370

3. *Tout prêtre dans la Confédération, habitant les Villes ou Etats de la-dite, qui ne serait pas confédéré, bourgeois ou paysan, ne pourra se prémunir d'aucune juridiction étrangère, spirituelle ou temporelle contre quiconque des Etats ou Villes précitées, hormis pour des mariages ou des questions ecclésiastiques, en toute bonne foi. Tout prêtre qui agirait contre cette ordonnance, l'Etat ou la Ville, où il est domicilié, prendra les mesures nécessaires afin que personne ne lui donne à manger ou à boire, ne devra l'abriter et l'héberger, ne vendra ni achètera quoi que ce soit et n'aura rien de commun avec lui, en toute bonne foi, le dit prêtre ne pourra être protégé par aucun Etat ou Ville et cela tant qu'il n'aura pas retiré sa plainte de la juridiction étrangère et qu'il n'aura pas indemnisé le défendeur de tous les dommages occasionnés par la juridiction étrangère, en toute bonne foi.*

[5a] *De même, si un laïque, parmi nous, en poursuit un autre devant une juridiction étrangère, spirituelle ou temporelle pour des questions temporelles, le plaignant devra réparation pour tous les dommages causés à l'autre; car il est bien spécifié, par nos lettres et accords, qu'on ne peut réclamer ses droits qu'auprès du juge où l'on est domicilié.*

[5c] *Quiconque, renonçant à ses droits de citoyen ou bourgeois des Villes et Etats sus-nommés, viendrait après porter plainte devant une juridiction étrangère, spirituelle ou temporelle, contre un de nous, ne pourra revenir dans cette Ville ou Etat et cela tant qu'il n'aura pas réparé entièrement le dommage causé et résultant de cette juridiction*

communautés contractantes. Pour assurer l'ordre et la tranquillité à l'intérieur, certains textes prévoient même des dispositions plus précises, portant par exemple sur la sécurité des routes¹⁰¹, des marchands¹⁰², sans oublier certaines règles de discipline dans la conduite de la guerre¹⁰³.

A la lecture de ces diverses dispositions, nous pouvons conclure à l'existence d'une volonté de maintenir la paix publique poursuivie par les Confédérés à l'intérieur de la Confédération.

étrangère, en toute bonne foi. Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit., pp. (28)-(29).

¹⁰¹ **La Charte des prêtres du 7 octobre 1370**

6) *Nous sommes également convenus à l'unanimité d'assurer la sécurité de toutes les routes passant sur le territoire de notre Confédération, depuis le pont écumant (au haut des Schoellenen) jusqu'à Zurich. N'importe qui, étranger ou indigène, hôte ou citoyen d'une Ville ou d'un Pays, quel que soit son titre, doit pouvoir voyager dans tous nos districts et territoires, et aussi dans ceux des gens qui dépendent de nous, sans danger aucun pour sa personne et ses biens; et nul ne doit l'inquiéter, l'arrêter ou lui causer du dommage. Et si quelqu'un le fait, il nous faut nous aider et nous entendre mutuellement pour l'obliger à faire toutes réparations et payer tous dédommagements que sa situation ou sa fortune permettent; sans aucune réserve. LASSERRE, David, *Alliances confédérales 1291–1815, op.cit., p. 50.**

¹⁰² **Le Convent de Sempach du 10 juillet 1393**

[2] *Quiconque vient vers nous pour vendre, sa personne et ses biens nous seront sacrés. Pour cela nous ne devons pas être garants des autres en aucune façon*. Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit., p. (34).*

* *d. h. es darf keiner um der Schuld eines andern willen angegriffen oder verfolgt werden. BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, *Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ersten ewigen Bünden bis auf die Gegenwart. Zurich (Meyer & Zeller) 1846, p. 129.**

¹⁰³ **Le Convent de Sempach du 10 juillet 1393**

7) *Comme le Dieu tout puissant a dit de sa bouche divine que ses maisons doivent être appelées des maisons de prière, et comme c'est grâce à une femme que le salut a été apporté à nouveau et étendu à tous les hommes, nous interdisons, pour l'honneur de Dieu, à qui que ce soit des nôtres de faire irruption si c'est fermé, ou d'entrer si c'est ouvert, dans un couvent, une église ou une chapelle pour l'incendier, le dévaster ou y prendre ce qui s'y trouve et appartient à l'église, que ce soit en cachette ou ouvertement; à moins que l'on ne trouve des ennemis dans une église, ou quelque chose qui leur appartienne, auquel cas nous pouvons attaquer et faire des dégâts.*

8) *De même, en l'honneur de Notre-Dame (au pluriel dans le texte), et afin qu'elle répande sur nous sa grâce, et nous garde et protège contre tous nos ennemis, nous interdisons aussi à n'importe lequel d'entre nous portant des armes de tuer, frapper ou traiter brutalement une femme ou une jeune fille; à moins qu'elle ne pousse des cris qui pourraient rendre service aux ennemis à notre détriment, ou ne prenne des armes, ou n'attaque de près ou de loin un soldat: dans ce cas on a le droit de la châtier comme on le pourra; sans aucune réserve. LASSERRE, David, *Alliances confédérales 1291–1815, op.cit., p. 52.**

3.4. La protection des libertés et des droits des Confédérés

Tout en se prévalant de leurs franchises, les communautés confédérées développent leurs droits et leurs libertés, voire en acquièrent progressivement de nouveaux, qu'elles se garantissent mutuellement par le principe de sécurité collective¹⁰⁴. Cette extension empiète sur certaines compétences des suzerains des Confédérés.

Ainsi le Pacte de 1291 étend l'interdiction des juges étrangers, privilège accordé par Rodolphe de Habsbourg aux Uranais en 1274 et aux Schwytzois en février 1291¹⁰⁵, à la communauté d'Unterwald¹⁰⁶. Le Pacte de Brunnen de 1315 confirmera cette liberté à l'article 8¹⁰⁷. Si le Pacte de 1291 garantit encore les droits des seigneurs à son article 3¹⁰⁸, en revanche, le Pacte de Brunnen de 1315, à l'article 4¹⁰⁹, prévoit que les Confédérés ne leur paieront plus

¹⁰⁴ Cela ressort expressément de l'art. 2 du Pacte de Zurich de 1351, voir note 81, p.: *nous devons nous aider et soutenir fidèlement les uns les autres ... contre tous ceux qui porteront atteinte par violence ou injustement à nos personnes ou à nos biens, à notre honneur, à nos droits, les molesteraient, attaqueraient, offenseraient, leur causeraient un tort ou un dommage...*, du Pacte de Zoug de 1352 ... *also das wir enander getrulich behulffen und beraten sin suln, als verr uns lip und gut erlangen mag, ane alle geverd, gen allen dien und uff alle die, so uns an lip oder an gute, an eren, an fryheiten... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft, I Urkunden, op.cit., vol. 3/1, pp. 684, de l'article 1^{er} du Pacte de Berne de 1353, voir note 81, p. 34: *Que nous devons ainsi nous aider et nous conseiller loyalement les uns les autres,..., contre tous ceux ... qui,..., causeraient une injustice, un méfait, une attaque ou une offense, ou n'importe quel affront ou dommage, au préjudice de nos corps et de nos biens, de notre honneur et de nos libertés...**

¹⁰⁵ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, p. 158.

¹⁰⁶ 4) *De même, après commune délibération et d'un accord unanime, nous avons juré, statué et décidé que nous n'accepterons et ne reconnaitrons en aucun cas dans les dites vallées un juge qui aurait payé sa charge de quelque manière, soit en argent soit à quelque autre prix, ou qui ne serait pas de chez nous et membre de nos communautés* LASSERRE, *Alliances confédérales 1291–1815, op.cit.*, p. 22.

¹⁰⁷ [8] *Outre cela nous avons aussi convenu de ne recevoir et de ne admettre pour juge aucun homme qui aurait acheté sa charge à prix d'argent ou quelque autre manière, ou qui ne serait pas notre compatriote.* CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz, op.cit.*, p. 46.

¹⁰⁸ 3) *C'est ce que, par le geste consacré, ils ont juré d'observer en toute loyauté, renouvelant par le présent traité le texte de l'ancien pacte corroboré par un serment; sous réserve que chacun, selon sa condition personnelle, reste soumis, comme il convient, à son seigneur et lui rende les prestations auxquelles il est tenu.* LASSERRE, *Alliances confédérales 1291–1815, op.cit.*, p. 22.

¹⁰⁹ 4) *Toutefois, chacun, homme ou femme, doit s'acquitter des redevances normales auxquelles il est tenu envers le seigneur ou la seigneurie dont il dépend, à l'exception des ou du seigneur qui, avec leur armée, attaqueraient l'un des Pays ou voudraient lui imposer quelque chose d'injuste; envers ceux-ci ou celui-ci, toute redevance est sus-*

de redevances s'ils sont en guerre contre eux. Cette dernière disposition qui est, selon Guy P. Marchal, une défense contre les prétentions des féodaux et du souverain, indique la progression du mouvement d'affranchissement, observée dans les communautés alpestres depuis le XIII^e siècle. Cette évolution va faire basculer le statut de dépendance personnelle des *Waldstaetten*, provenant des droits seigneuriaux, vers un statut de liberté ne s'appliquant plus qu'à une seule classe paysanne, résultant d'une fusion progressive des diverses catégories juridiques d'individus¹¹⁰. Par les libertés et droits reconnus ou acquis, les communautés confédérées instaurent leur propre système juridique qui contribue à leur autonomie. Ces droits et libertés sont affirmés dans les règles de droit civil, de droit pénal et de procédure dont on a vu, ci-dessus, qu'elles concourent à la paix intérieure. Les prémices de ce système juridique autonome se trouvent déjà dans le Pacte de 1291, à l'article sur les juges¹¹¹.

Avec les Pactes de Zurich de 1351, de Zoug de 1352 et de Berne de 1353, le principe du for ecclésiastique subit d'importantes restrictions¹¹². La Charte des prêtres de 1370 prescrit que les ecclésiastiques ont l'obligation à l'échelon confédéral de se soumettre aux juridictions des Cantons confédérés. En outre, il leur est interdit de citer un Confédéré devant un tribunal étranger, sauf pour les questions matrimoniales ou spirituelles, lesquelles ressortissent à l'officialité de Constance¹¹³. En renforçant la compétence des juridictions indigènes, cette charte traduit la progression du principe de la territorialité du droit, qui bientôt supplantera celui de la personnalité du droit. En outre, ce texte prévoit à son article 5[a] la garantie du juge ordinaire, garantie judiciaire et de procédure destinée à préserver la liberté des communautés confédérées¹¹⁴ et, à son article 6, la liberté de circulation à l'intérieur de la Confédération¹¹⁵.

pendue aussi longtemps qu'ils n'ont pas repris avec les Pays des relations normales. LASSERRE, *Alliances confédérales 1291–1815, op.cit.*, p. 52

¹¹⁰ MARCHAL, «Les racines de l'indépendance (401–1394)» *op.cit.*, pp. 144–146.

MEYER, Bruno, «Freiheit und Unfreiheit in der alten Eidgenossenschaft» in *Das Problem der Freiheit in der deutschen und Schweizerischen Geschichte*. Sigmaringen (Jan Thorbecke) 1970, p. 137.

MEYER, Bruno, «Die Entstehung der Eidgenossenschaft. Der Stand der heutigen Anschauungen» in *Revue suisse d'histoire*, vol. 2, 1952 (2), p. 175.

¹¹¹ Voir n. 100.

¹¹² Voir n. 100.

¹¹³ Voir n. 100.

¹¹⁴ Voir n. 100; le texte allemand in OECHSLI, *Quellenbuch zur Schweizergeschichte, op.cit.*, vol 1, p. 100, n°6, est plus clair: *...denn jedermann soll von dem andern Recht nehmen vor dem Richter, da der Beklagte ansässig ist, wie unsere Landesbriefe weisen.*

POUDRET, *Libertés et Franchises dans les pays romands au Moyen Age, op.cit.*, p. 65.

¹¹⁵ Voir n. 101.

Ces diverses dispositions indiquent très clairement la volonté des premiers Confédérés de défendre les libertés et les droits qu'ils se sont vu reconnaître ou qu'ils ont conquis.

3.5. La promotion du bien commun

Les trois composantes des alliances et chartes des Confédérés, soit la défense de leurs communautés, le maintien de leur paix intérieure et la protection de leurs libertés, favorisent nécessairement le bien commun. Selon l'historien Peter Blickle, les origines de cette notion remontent pour la Suisse au mouvement des paix publiques ainsi qu'à la féodalité¹¹⁶. Elle correspond cependant à une volonté qui s'exprime soit de manière explicite, soit de manière intrinsèque¹¹⁷. Déjà, parmi les objectifs du Pacte de 1291, les termes latins d'*utilitas publica* et d'*utilitas communis*¹¹⁸ sont présents, termes que l'on traduira par la suite en vieil allemand par *nutz*¹¹⁹. On retrouve d'ailleurs cette

¹¹⁶ *In der Schweiz hingegen wird der Begriff Gemeinnutz sehr häufig gebraucht. Er besitzt zwei eindeutig freilegbare Wurzeln: Die eine kommt aus der Landfriedenbewegung, und insofern diese eine in Mitteleuropa generell verbreitete Bewegung war, erscheint der Gemeinnutz als Begründungsfigur der Landfrieden auch ausserhalb der Schweiz; die andere kommt aus der feudalen Welt, weil der Holde üblicherweise seinem Herren versprechen musste, dessen «nutz zu fördern und schaden zu warnen und zu wenden». Wo die Gemeinde in die positionen und Rechte des ehemaligen Herren eintritt, wird aus dem «Herrennutz» der «gemeine Nutz». Feudale Herrschaft hingegen legitimiert sich nicht dadurch, dass sie den gemeinen Nutzen fördert, sondern durch die Vogtei, den Schutz und Schirm, den sie militärisch und rechtlich ihren Untertanen angedeihen lässt.* BLICKLE, «Friede und Verfassung» *op.cit.*, p. 202.

¹¹⁷ «Stadtnutz», «Landnutz», «Talnutz» sind also gegen «Gemeinnutz» austauschbar. In Land, Stadt, und Tal haben alle gleiche Rechte und Pflichten; alle legislatorischen Massnahmen gewinnen ihren Sinn nur dadurch, dass sie den «Landleuten» wie den «Bürgern gemeinlich», der Allgemeinheit schlechthin dienen. Darauf beruht die Legitimität der gemeindlichen Verfassung. Nichts bringt das eindrücklicher und überzeugender zum Ausdruck als die Eide, als deren Kern der Stadt-, der Land-, bez. der Talnutz, kurz der Gemeinnutz gelten muss: alle Bürger und Bauern und alle Inhaber öffentlicher Aemter verpflichten sich, ihn zu wahren, zu sichern, zu mehren und zu fördern. *Ibid.*, p. 201.

¹¹⁸ Das Dingwort «utilitas» diente stets zur Bezeichnung des Nutzens im dinglichen und im geistigen Sinne; ganz besonders beliebt war bereits seit Ciceros Tagen die Wendung «utilitas publica» HOHLENSTEIN, Walther ab, *Urschweizer Bundesbrief 1291*. Untersuchungen zur immanenten Bestimmung seines Zeugnisses. Saint Gall (Franz Renggli) 1956, p. 415.

¹¹⁹ *Honestati consulitur et utili publice providetur ... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Urkunden, op.cit.*, vol. 1, p. 778.
Der Erberkeit wirt geraten und dem gemeinen nutz wirt versehen ... Ibid.

dernière expression dans le Pacte de Brunnen de 1315¹²⁰ et dans celui de Lucerne de 1332¹²¹. Elle figure également dans les pactes de Zurich de 1351¹²², de Zoug de 1352¹²³ et de Berne de 1353¹²⁴. Les traducteurs français ont donc

1) *C'est accomplir une action honorable et profitable au **bien public** que de confirmer, selon les formes consacrées, les mesures prises en vue de la sécurité et la paix...* LASSERRE, *Alliances confédérales*, op.cit., p. 21.

*Suprascriptis statuis pro **commun**i utilitate salubriter ordinatis, ... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Urkunden, op.cit., vol. 1, p. 783.*

*Disen obgeschribn(en) gesetzden umb ein **gemeinen nutz** heilklichen geordnet... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Urkunden, op.cit., vol. 1, p. 783.*

12) *Les décisions ci-dessus consignées, prises dans l'intérêt et au profit de tous, doivent, si Dieu y consent, durer à perpétuité; ... LASSERRE, *Alliances confédérales*, p. 23.*

120 *daz man die sachen, die dien lüten ze fride und ze gemache (und) ze **nutze** und ze eren uffgesetzt werdent, ... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft, I Urkunden, op.cit., vol 2, col. gauche, pp. 411–412.*

1) *... il est opportun et nécessaire que l'on publie et fasse connaître, grâce à l'écriture et aux chartes, les décisions prises en vue de la paix, de la sécurité, **des intérêts** et de l'honneur de tous. LASSERRE, *Alliances confédérales*, op.cit., p. 25.*

121 *daz man die sachen, die den lüten ze fride und ze **nutze**, ze gemache und ze eren uffgesetzt werdent ... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft, I Urkunden, op.cit., vol 2, col. gauche, p. 802.*

*C'est pourquoi il est utile et nécessaire que les choses qui sont établies pour la paix, l'utilité, la commodité et l'honneur des hommes, soient mises par écrit et rendues publiques par des actes authentiques. CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 53.*

122 *Wir, der Burgermeister, die Räte und die Burger gemeinlich ... tun kund allen, die diesen Brief sehen oder lesen hören, dass wir mit gutem Rat und mit sinniglicher Vorbetrachtung, um guten Friedens und Schirmung unseres Leibes und Gutes, unserer Städte, unserer Länder und Leute, um **Nutz** und Frommens willen insgemein des Landes eines ewigen Bündnisses und Freundschaft übereingekommen sind ... LARGIADÈR, *Zürichs Bund mit den vier Waldstätten vom 1. Mai 1351*, op.cit., p. 18.*

*[1]Nous, bourgmestre, Conseils et bourgeois, (...) faisons savoir à tous ceux qui verront ou entendront la présente lettre, que de bonne foi et après mûre réflexion, pour une paix heureuse et la protection de notre corps et de nos biens, de nos villes, de nos pays et de nos gens, pour l'**avantage** et le profit de l'ensemble du pays, que nous avons convenu et que nous nous sommes promis une alliance et une amitié perpétuelles,...* (...) CASTELL, *Les Chartes fédérales de Schwyz*, op.cit., p. 61.

123 *Wir der burgermeister, die rat und die burger gemeinlich ... thun kunt allen, die disen brief sehent oder hörent lesen, das wir mit gutem rat und mit sinneklicher vorbetrachtung, durch guten frid und schirmung unser lib und gutes, unser statt, unser lender und luten, durch **nutz** und fromung willen gemeinlich des landes einer ewigen buntnuss und fruntschaft ubereinkommen siien ... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft, I Urkunden, op.cit., vol 3, col. gauche, p. 684. Traduction française v. Pacte de Zurich de 1351, n. 118, [1].*

124 *Wir der schultheis, der rat, zweihundert und die burrger gemeinlich (...) tun kunt allen dien, die disen brief ansehent oder horent lesen, das wir mit gutem rat und mit sinneklicher vorbetrachtung, dur guten fride und schirmunge unser liben und gutes, unser stat, unser lender und luten, dur **nutz** und fromen willen gemeinlichen des landes*

utilisé pour ce vocable germanique les mots suivants: bien public, intérêt de tous, avantage, utilité, et utilité générale. Ces deux substantifs *nutz* et intérêts recèlent l'idée de ce qui importe, de ce qui est utile, de ce qui est avantageux¹²⁵. L'expression allemande de *Nutz und Fromung* du Pacte de 1351¹²⁶, que l'on traduit par *l'avantage et le profit*¹²⁷ et qui renforce le caractère de ce qui est avantageux et profitable, n'est pas sans présenter une parenté certaine avec la notion de prospérité. C'est cette dernière notion qui, dans la Charte des prêtres de 1370, s'ajoute à cette liste traduite de l'allemand¹²⁸. En effet, ce texte qui, dans son exorde, reprend à peu près la formule liminaire utilisée dans les précédents pactes¹²⁹, emploie également *Nutz*, à propos du serment que doivent prêter les étrangers voulant s'établir dans la Confédération¹³⁰. Il

einer ewigen buntnust und fruntschaft uberein komen sin ... Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft, I Urkunden, op.cit., vol 3, col. gauche, p. 745.

Nous, l'Avoyer, le Conseil des Deux-Cents et les bourgeois de la ville de Berne (...) faisons savoir à tous ceux qui liront ou entendront lire cette Charte, que Nous, ayant pris conseil et après mûre délibération, et ayant en vue une bonne paix et la protection de nos corps et de nos biens, de nos villes, de nos pays et de nos gens, et considérant l'utilité générale et le salut commun du Pays, Nous avons conclu entre nous une perpétuelle alliance et amitié. BESSIRE, *Berne et la Suisse, op.cit.*, pp. 36.

¹²⁵ GRIMM, Jacob, GRIMM, Wilhelm, *Deutsches Wörterbuch (1854–1971)*. Munich (Deutscher Taschenbuch Verlag) 1984, vol. 13, pp. 1025–1026

LITRE, Emile, *Dictionnaire de la langue française*. Paris (Hachette) 1874, vol. 3, pp. 130–131.

¹²⁶ LARGIADÈR, *Zürichs Bund mit den vier Waldstätten vom 1. Mai 1351, op.cit.*, p. 18. *Fromung*, terme en vieil allemand qui correspond à *Frommen*.

¹²⁷ MOZIN, Dominique Joseph, *et alii, Dictionnaire complet des langues française et allemande*. 3^e éd. revue et augmentée par A. Peschier. Stuttgart / Tubingue (Cotta), vol. 3, 1844, p. 644; vol. 4, 1846, p. 217.

GRIMM, *Deutsches Wörterbuch, op.cit.*, vol. 13, pp. 1025–1026.

¹²⁸ Voir: *Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit.*, p. (27) et (28); LASSERRE, *Alliances confédérales, op.cit.*, p. 49.

¹²⁹ *Wir der Burgermeister, die Rät, die Zunftmeister und all burger gemeinlich (...), Tuon kunt allen den (die) disen brief sechent oder hörent lesen: Dass wir mit gemeinem Ratt und mit guoter vorbetrachtung, durch nutz und nottdurft und guoten frides willen unser und dess landes uber ein komen syen, gemeinlich und einhelleklich, der Ordnung und gesetzten, als hienach geschrieven stat. Abschiede, op.cit.*, vol. 1, p. 301.

Nous, le Bourguemestre, les Conseillers, les chefs de confréries et les bourgeois en général (...) faisons savoir à tous ceux qui liront cette lettre ou qui en auront connaissance, que nous avons, après mûres réflexions, pour le bien, la prospérité et la paix du pays, convenus les ordonnances et lois stipulées ci-après. Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit., p. (27).

¹³⁰ *Des ersten haben wir gesetzett, Wer mit husrouchi, mit sin selbers lip oder mit sinem gesind sitzen und wonhaft sin wil in keinen disen vorgeantanten stetten und lendern, er sij pfaff oder ley, Edel oder unedel, die der herzogen von Oesterrich Rat oder dienst gelopt oder gesworen hant, die alle sulent ouch loben und sweren unser, der vorgeantanten stett oder lender, nutz und Ere ze fürdern, ... Abschiede, op.cit.*, vol. 1, p. 301.

est intéressant de constater que les traductions françaises de la Charte des prêtres, en employant le terme de prospérité, ne font que répercuter l'émergence, dès la fin du Moyen Age, d'une dimension matérielle du concept germanique de *Nutz*¹³¹.

La dimension matérielle du concept de *Nutz* se mesure aussi dans le rôle économique et commercial que jouent les alliances confédérées. Nous savons l'importance de celui-ci dans l'alliance de 1332 entre Lucerne et les trois premiers Cantons. C'est par le maintien de l'ordre et de la sécurité publics, en particulier sur la route du Gothard, qu'on peut s'en rendre compte. Les *Waldstaetten*, et spécialement les Uranais, se sont toujours préoccupés de faire du Saint-Gothard une voie de communication internationale, d'où l'absolue nécessité d'y faire régner la paix. L'alliance avec Lucerne en 1332 est le moyen de garantir la sécurité du trafic du côté septentrional des Alpes, alors que celle avec Côme, quelques mois auparavant (12 août 1331), l'assurait sur le versant méridional¹³². Le Pacte de Zurich de 1351 répond également à cet impératif. L'itinéraire qui, de Zurich, s'achemine vers les Grisons par l'Argovie et le lac de Walenstadt, est désormais sous contrôle confédéral, ainsi que le trafic par les cols du Gothard, de l'Oberalp et de la Furka. La sécurité sur ces voies de passage, assurée par l'engagement conclu, a des effets bénéfiques sur le développement de la prospérité des Confédérés, puisqu'elle est de nature à favoriser les échanges entre le Nord et le Sud¹³³. Les alliances avec Glaris, Zoug en 1352 et Berne en 1353, ne sont pas sans conséquence sur la prospérité des parties signataires. En instaurant la paix, la sécurité, celles-ci participent indirectement au développement du bien-être des Confédérés. Enfin, c'est par l'adoption de la Charte des prêtres en 1370 que les Cantons de la Confédéra-

2) *Nous avons en premier lieu décidé ceci: Toute personne, prêtre ou laïque, noble ou non noble, qui veut s'établir et avoir une maison dans l'une de nos Villes ou l'un de nos Pays susdits, que ce soit pour y vivre personnellement ou y installer des gens à son service, et qui a promis et juré aux ducs d'Autriche ses services ou bons offices, doit aussi promettre et jurer de contribuer à l'honneur et à la prospérité des Villes et Pays susdits,...* LASSERRE, *Alliances confédérales*, op.cit., p. 49.

¹³¹ SCHMID, Regula, *Reden, rufen, Zeichen setzen*. Politisches Handeln während des Berner Twingherrenstreits 1469–1471. Zurich (Chronos Verlag) 1995, pp. 120–125.

HIBST, Peter, *Utilitas Publica – Gemeiner Nutz – Gemeinwohl*, op.cit., p. 31 et p. 119.

SCHULZE, Winfried, «Vom Gemeinnutz zum Eigennutz. Ueber den Normenwandel in der ständischen Gesellschaft der frühen Neuzeit» in *Historische Zeitschrift*, vol. 243, c. 3, 1986, p. 597.

¹³² MARTIN, William, *Histoire de la Suisse*. Lausanne (Payot) 1974, 7^e éd., p. 43. *Abschiede*, op.cit., vol. 1, p. 16.

¹³³ SCHULTE, Aloys, *Geschichte des mittelalterlichen Handels und Verkehrs zwischen Westdeutschland und Italien mit Ausschluss von Venedig*. Berlin (Duncker & Humblot) 1966, vol. 1, p. 400.

DIERAUER, *Histoire de la Confédération suisse*, op.cit., vol. 1, p. 232.

HEUSLER, *Histoire des Constitutions suisses*, op.cit., p. 116.

tion s'engagent ensemble à protéger entre le Gothard et Zurich tout voyageur étranger ou confédéré, ainsi que ses biens¹³⁴. Ce souci de la sécurité publique a des conséquences économiques: d'une part, il tend à protéger les biens des Confédérés et, d'autre part, en maintenant la paix publique dans les Cantons et sur leurs routes, elle encourage le développement du commerce et de l'artisanat. En effet, en veillant à la sécurité de la voie du Gothard, les Confédérés assurent par ce col le trafic commercial européen, trafic qui est pour eux une source de revenus certaine¹³⁵. En outre, par le principe de la liberté des relations commerciales énoncé par la Charte des prêtres, la Confédération, se donne un moyen supplémentaire d'accroître sa prospérité¹³⁶.

Ajoutons que le Convent de Sempach de 1393, dont une disposition protège les marchands¹³⁷, fait des Cantons confédérés, par son aspect militaire résolu, un bloc plus uni et susceptible de mieux défendre la Confédération, ses droits et ses libertés, sa sécurité intérieure, ainsi que le développement de ses conditions matérielles. Ce texte évoque de surcroît le *Nutz*¹³⁸, traduit cette fois en français par «bien»¹³⁹.

¹³⁴ Voir n. 101.

¹³⁵ BERGIER, Jean-François, *Histoire économique de la Suisse*. Lausanne (Payot) 1984, pp. 12, 268–270.

CARONI, Pio, «Zur Bedeutung des Warentransportes für die Bevölkerung der Passgebiete» in *Revue suisse d'histoire*, vol. 29, 1979 (1), pp. 86–88, 97–99.

WALEY, Daniel, *Later Medieval Europe*. Londres/NewYork (Longman), 3^e éd. 1978, p. 86.

CARONI, Pio, «Soma et alpis et vicanale. Einleitende Bemerkungen zu einer Rechtsgeschichte der Säumergenossenschaften», in *Festschrift für Ferdinand Elsener. Zum 65. Geburtstag. Herausgegeben von Louis Carlen und Friedrich Ebel*. Sigmaringen (Jan Thorbecke) 1977, pp. 97–98, 108–109.

BERGIER, Jean-François, «Le trafic à travers les Alpes et les liaisons transalpines du haut Moyen Age au XVII^e siècle» in *Le Alpi e l'Europa*. Bari (Laterza) 1975, vol. 3, p. 61.

FORRER, *Die wirtschaftlichen Bestimmungen in den Bündnissen der süddeutschen und eidgenössischen Städte, op.cit.*, p. 28.

¹³⁶ Voir n. 101.

¹³⁷ Voir n. 102.

¹³⁸ *Als wir in einem offenn tötlichen kriege sint gewesen mit der Herschaft von Oesterrich und den Jren von manigfaltiger redlicher vordrungen und ansprache wegen, die wider die selb Herschaft fürgezogen ist vor ziten, dar umb ouch angriffen und gefochten ist vor Sempach, har Jnne wir einhellenklich durch unser aller Nutz und Notdurft, frid und gemach bestimmt und besorget hant etliche Stukclin gegen einander vestenklich ze haltende, nu und hie nach, als si an disem brief stand gelüttert, für künftig Jnselle und umbergriffe unsern gelupten, Bünden, Eiden und Briefen, als wir ze samen ewenklich sin verbunden nu und hie nach unschedlich und gantzlich unvergriffenlich. Abschiede*, vol. 1, pp. 327–328.

¹³⁹ *Ensuite de la bataille mortelle résultant de prétentions et demandes diverses et loyales adressées à la domination d'Autriche et présentées à cette puissance en son temps et que pour ces motifs nous avons été attaqués et avons dû combattre devant Sempach*,

4. Conclusion

Nous avons vu, de façon très générale, comment les Confédérés, partant du statut reconnu de l'autonomie relative dont ils avaient bénéficié au cours du XIII^e siècle, ont mis tout en oeuvre au XIV^e, pour le maintenir et surtout le développer. Notre analyse juridique a tenté de mettre en exergue les fondements institutionnels sur lesquels s'est construite la prime Confédération, confédération à laquelle David Lasserre donnait l'épithète de *pays de pactes*¹⁴⁰. Nous avons, en effet, constaté l'existence de principes qui vont concourir à former et à consolider l'union des Confédérés. Pour préserver cette autonomie et pouvoir jouir des droits et libertés reçus mais aussi conquis, il fallait que les Confédérés soient forts et capables d'assurer la défense de leurs communautés. Pour ce faire, il était indispensable de maintenir la paix entre eux et d'éliminer tout facteur de désunion. En outre, il importait que leurs pactes leur soient profitables tant dans le domaine politique qu'économique, ces deux facteurs représentant des composantes indispensables de l'état d'autonomie.

Si ces alliances ont perduré, raison pour laquelle nous les avons étudiées, c'est qu'elles reposaient sur une solide volonté politique. Cette détermination des premiers Suisses à maintenir en une communauté de destin des sociétés aussi différentes que l'étaient les milieux urbains et campagnards, a sans nul doute été fortifiée par l'influence contraignante exercée par l'Autriche habsbourgeoise. Toutefois, cette association d'entités distinctes s'explique également par la convergence d'intérêts commerciaux et économiques, qui a fait naître le sentiment d'un sort commun. Cette volonté politique générale de vivre ensemble s'est traduite par le fait qu'à la différence de toutes les autres alliances qui se scellent à cette période, et qui n'ont d'ailleurs point subsisté, les pactes et traités de la Confédération sont conclus à perpétuité. Enfin, nous constatons que les prémices des buts ordinaires de l'Etat moderne figurent déjà dans ces alliances et l'évolution de celles-ci renforcera toujours davantage ce phénomène.

nous avons convenu et ordonné unanimement, pour notre bien et nos besoins, ainsi que pour nos libertés sic [la paix] et notre commodité, de délibérer sur quelques articles concernant les invasions et empiètements qui pourraient se produire maintenant et à l'avenir sur nos conventions, promesses, serments et alliances pour lesquels nous avons juré de les respecter et faire respecter à tout jamais sans pouvoir les attaquer et les violer. Chartes, pactes et traités de la Suisse, op.cit., pp. (33)-(34).

¹⁴⁰ LASSERRE, *Alliances confédérales, op.cit.*, p. 11.

Till Hanisch

DIE RICHTERLICHE GEWALT

La puissance de juger bei Montesquieu

Einleitung

Die von Montesquieu dargelegte Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt wurde zwar häufig gepriesen, ist aber bisher kaum grundlegend untersucht worden. Meist wird sie – nicht zu Unrecht, aber zu Unrecht ausschliesslich – im Rahmen der Gewaltenteilungslehre¹ Montesquieus besprochen. Vor allem Verfassungsrechtler, Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen verweisen in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit dem Problem des rechtsschöpfenden Charakters des Richterspruchs, vornehmlich auf verfassungsrechtlicher Ebene, regelmässig auf die richterliche Gewalt und Gewaltenteilung bei Montesquieu. Dabei wird diese allerdings meist apodiktisch und die historische Forschung weitgehend ignorierend in die heutige Diskussion um das Richterrecht einbezogen.² Der vorliegende Artikel will daher darstellen, wie die Problema-

¹ Im Sinne von *distribution* oder *division des pouvoirs*.

² Dazu Ogorek, Regina, Gewaltenteilung heute, In Böhlke, E./François, E. (Hrsg.), *Montesquieu. Franzose – Europäer – Weltbürger*, Akademie Verlag: Berlin 2005, S. 57–69; eine provokante, aber auch problematische Interpretation von Montesquieus Gedanken über die richterliche Gewalt ist Claus, Laurence, Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, N° 3, 2005, S. 419–451. Hier kann nicht auf die heutigen Debatten und die extensive Forschungsliteratur über den interpretierenden und gesetzgebenden Richter sowie über die demokratische Legitimation und Kontrolle der richterlichen Gewalt eingegangen werden. Verwiesen sei hier lediglich auf einige im Rahmen dieser Debatten erschienene, anregende Beiträge: Ponthoreau, Marie-Claire, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica: Paris 1994; Viala, Alexandre, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Paris 1999; Lafay, Fabien, *La modulation du droit par le juge – Etude de droit privé et sciences criminelles*, 2 tomes, Presses Universitaires d'Aix-Marseille: Aix-en-Provence 2006 sowie Canivet, Guy/Joly-Hurard Julie, La responsabilité des juges, ici et ailleurs, *Revue internationale de droit comparé*, N° 4, octobre-décembre 2006, S. 1049–1093. Siehe auch Pasquino, Pasquale, Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy, *Ratio Juris*, Vol. 11, N° 1, March 1998, S. 38–50. Für die USA z.B. Rakove, Jack N., The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts, *Stanford Law Review*, Vol. 49, N° 5, May 1997, S. 1031–1064;

tik der richterlichen Gewalt durchgehend Montesquieus Hauptwerk *Vom Geist der Gesetze*³ durchzieht, wobei zum Teil eine Neudeutung der Schlüsselaussagen, die die bisherigen Interpretationen bestimmt haben, vorgenommen wird. Montesquieu behandelt die Judikative sowohl historisch, räumlich und in ihren Rechtsgebieten verschieden. Wenn sich bei Montesquieu Geschichte, geografische Lage, Sitten und Regierungsform in einer prägenden Wechselwirkung mit den Gesetzen eines Landes befinden, dann ist dies auch für die Anwendung dieser Gesetze gültig. Die besondere Schwierigkeit, die richterliche Gewalt bei Montesquieu zu verstehen, liegt darin festzustellen in welchem Rahmen der Ausübung dieser Gewalt er sie behandelt. Das Herzstück der Idee der Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt liegt zweifelsohne in Buch XI, Kapitel 6, 'Von der Verfassung Englands', und muss auch in engem Zusammenhang mit der Verteilung der Gewalten gelesen werden. Allerdings legt Montesquieu schon in Buch VI das Fundament für seine Auffassung der richterlichen Gewalt. Zudem muss sie in einen breiteren innerwie aussertextlichen Zusammenhang eingefügt werden. Dieser Zusammenhang soll hier, wenn auch nur skizziert, dargestellt werden. Ziel ist es hier demnach, textnah das gedankliche Bezugsgeflecht aufzuzeigen, vor dessen Hintergrund Montesquieu argumentiert, um daraus auf seine Vorstellung der richterlichen Gewalt zu schliessen.

Die richterliche Gewalt des Souveräns

Montesquieu reiht sich in die Gruppe der Denker ein, die wie Grotius und Spinoza, aber auch Leibniz, die Lösung des von Bodin bzw. später von Hob-

Post, Robert C./Siegel, Reva B., Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act, *The Yale Law Journal*, Vol. 112, N° 8, June 2003, S. 1943–2059; Vermeule, Adrian, The Cycles of Statutory Interpretation, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 68, N° 1, Winter 2001, S. 149–192. Auch heute noch grundlegend ist die Debatte zwischen Kelsen und Schmitt: Kelsen, Hans, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, W. Rothschild: Berlin 1931; Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, 4. Aufl., Duncker & Humblot: Berlin [1931] 1996.

³ Trotz verlässlicher deutscher Übersetzungen von Montesquieus Hauptwerk wird hier aus dem französischen Text zitiert. Da der Deutung einiger Schlüsselbegriffe hier eine besondere Bedeutung zukommt, soll diese nicht zusätzlich durch die Übersetzung erschwert werden. Zitiert wird daher aus Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, In *Œuvres Complètes II*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard: Paris 1951. Im Weiteren EdL.

bes gestellten Problems der Absolutheit und Unteilbarkeit der Souveränität⁴ in der Ausübung der von ihr abgeleiteten Gewalten suchen. Die Funktion des Begriffes *magistratus* bei Grotius, die hauptsächliche Verwendung des Begriffes *summa potestas* anstelle von *maiestas* oder *summum imperium* sind deutlicher Ausdruck der Abgrenzung gegenüber Bodin.⁵ Bei Leibniz wird die Reichsidee zur Verkörperung seiner Harmonielehre. Das Ineinanderwirken der Vielheit in der Einheit⁶ äussert sich u.a. in der von Leibniz unangetasteten Souveränität der Fürsten innerhalb der «alles überwölbende[n] Würde des Kaisertums».⁷ Für Spinoza, der im *Tractatus politicus* in stetigem gedanklichen Bezug auf Hobbes die Fragen der Souveränität und der Gefahr der Tyrannei behandelt, sind die Antworten auf die Problematik des wohlgeordneten Staates gegenüber der Tyrannei nicht so sehr im Problemfeld der *summa potestas*, sondern in dem des *imperium* angesiedelt. Für Spinoza ist *summa potestas* Souveränität als die höchste Autorität des Gemeinwesens. *Imperium* hingegen bezieht sich auf den Vollzug der Gewalten, die aus dieser Autorität hervorgehen, d.h. zum einen die Regierungsform, zum anderen, wenn im Kontext der Delegation (oder Usurpierung) gebraucht, die Herrschaft oder die Amtsgewalt.⁸

⁴ Zur Absolutheit und Unteilbarkeit bei Bodin, Jean, *Les Six Livres de la République*, Mairet, G. (éd.), Hachette. Le Livre de Poche: Paris 1993, Buch I, Kapitel 8 resp. Buch VI, Kapitel 4. Bei Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Tuck, Richard (ed.), Cambridge University Press: Cambridge/New York/etc. 1991, Kapitel 18 und 19.

⁵ Siehe Gelderen, Martin van, Aristotelians, Monarchomachs and Republicans: Sovereignty and *respublica mixta* in Dutch and German Political Thought, 1580–1650, In Gelderen, M. van/Skinner, Q. (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*. Cambridge University Press: Cambridge 2002, S. 203f. Grotius umgeht das Problem der Unteilbarkeit der Souveränität an sich durch die Aufteilung und Verteilung der der Souveränität innewohnenden Merkmale oder Rechte (*actus summae potestatis*). Besonders deutlich in Grotius, Hugo, «*Commentarius in Theses XI*». *An Early Treatise on Sovereignty, the Just War, and the Legitimacy of the Dutch Revolt*, Borschberg, Peter (Hrsg.), Peter Lang: Bern u.a. 1994. Bodin bezeichnet die Souveränität als *maiestas* bzw. als *la plus grande puissance de commander*, also als *summum imperium*. Siehe Bodin, FN 4, Buch I, Kapitel 8, S. 111. In *La méthode de l'histoire* benennt Bodin die Souveränität als *summum imperium*: Bodin, Jean, *La méthode de l'histoire*, Mesnard, Pierre (trad. et prés.), Les Belles Lettres: Paris 1941, S. 158.

⁶ Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Monadologie*, Glockner, Hermann (Übers.), Reclam: Stuttgart 1979, § 13. Vgl. Montesquieus Rezeption im EdL, FN 3, Buch I, Kapitel 1, S. 233.

⁷ Schatz, Jürgen, *Imperium, Pax et Iustitia. Das Reich – Friedensstiftung zwischen Ordo, Regnum und Staatlichkeit*, Duncker & Humblot: Berlin 2000, S. 284 sowie 283–288.

⁸ Spinoza, Baruch de, *Politischer Traktat/Tractatus politicus*, Bartuschat, Wolfgang (Hrsg./Übers.), Felix Meiner Verlag: Hamburg 1994. Siehe z.B. IV, 3, S. 54.

Im Gegensatz zu seinen Vordenkern geht Montesquieu jedoch nicht oder nur kaum auf die Souveränität ein.⁹ Der Begriff selbst oder verwandte Begriffe sind im *Vom Geist der Gesetze* selten. Das bedeutet jedoch nicht, dass Montesquieu ihm keine besondere Bedeutung beimäße, oder dass er dem störenden Problem aus dem Weg ginge¹⁰; im Gegenteil. Montesquieu behandelt das Problem der Souveränität durchaus, allerdings willentlich meist implizit. Catherine Larrère sieht darin zutreffend eine Entmystifizierung des Begriffes. Doch es soll hier noch weiter gegangen werden. Bei Montesquieu wird das Problem der Souveränität gewissermaßen neutralisiert. Ausschlaggebend für den Staat ist nicht, wer Träger der Souveränität ist, sondern seine Verfasstheit, seine *constitution*.¹¹ Ausschlaggebend ist demnach wie die Gewalten verteilt werden.¹² Kapitel 5, Buch VI, des *Vom Geist der Gesetze* macht das deutlich. Das Kapitel mit der Überschrift «Dans quel gouvernement le souverain peut être juge», ist eine der wenigen Stellen, in der der Souverän explizit angesprochen wird. Bezeichnenderweise geschieht dies in Zusammenhang mit der richterlichen Gewalt. Montesquieu geht hier von reinen Regierungsformen (republikanisch-demokratisch bzw. republikanisch-aristokratisch, monarchisch und despotisch) aus. Er gleitet jedoch in diesem Kapitel progressiv von einer dreiteiligen zu einer zweiteiligen Unterscheidung der Regierungsformen.¹³ Die Regierungsformen werden entweder *modérées*, – das heisst in ihnen ist politische Freiheit möglich –, oder *despoti-*

⁹ Dazu die unterschiedlichen Positionen von Ehrhard, Jean, *L'esprit des mots. Montesquieu en lui-même et parmi les siens*, Droz: Genève 1998, S. 146–160, und Larrère, Catherine, Montesquieu: l'éclipse de la souveraineté, In Cazzaniga, G. M./Zarka, Y. Ch., *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Edizioni ETS und Librairie Philosophique J. Vrin: Pisa/Paris 2001, S. 199–214.

¹⁰ Der Begriff Souveränität sei, so Ehrhard, für Montesquieu gefährlich und es müsse behutsam damit umgegangen werden: Ehrhard, FN 9, S. 153.

¹¹ Die Idee der *constitution* bei Montesquieu wurde wenig untersucht. Grundlegend: Beaud, Olivier, *La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme*, In Murswiek, D./Storost, O./Wolff, H.A. (Hrsg.), *Staat – Souveränität – Verfassung, Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot: Berlin 2000, S. 407–448.

¹² Die Idee der *constitution* geht allerdings bei Montesquieu darüber hinaus. In diesem Zusammenhang gewinnt die Definition Bolingbokes, mit dem sich Montesquieu stark auseinandersetzt, besondere Relevanz: «By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed», Bolingbroke, Henry St. John, Lord Viscount, *A Dissertation upon Parties (1733–34)*, In *The Works of Lord Bolingbroke*, Vol. II, Carey and Hart: Philadelphia 1841, S. 88.

¹³ Siehe Larrère, Catherine, *Les typologies des gouvernements chez Montesquieu, Etudes sur le 18^{ème} siècle*, Textes et Documents, Publications de la Faculté des Lettres et Science Humaines de Clermont-Ferrand, 1979, S. 88–103.

ques. Das Unterscheidungsmerkmal ist dabei die Ausübung der richterlichen Gewalt. Nur wenn der Souverän nicht selber richten kann, bleibt die Regierungsform gemässigt. Andernfalls verfällt der Staat in die Despotie. Im Falle der Monarchie würden dadurch die mässigenden Zwischengewalten ausgeschaltet, die *constitution* zerstört und mit ihr die Monarchie selbst.¹⁴ Montesquieu blendet daher das Problem der unteilbaren, absoluten Souveränität nicht aus, er rückt es in ein anderes Licht. Die Lösung liegt für Montesquieu nicht in der Mischverfassung im klassischen, ‘römisch-republikanischen’ Sinne, auch wenn die Verfasstheit Englands – die die grösstmögliche Freiheit ermöglicht, weil die Gewalten in ihr am besten verteilt sind – als eine ‘moderne’ Form der Mischverfassung¹⁵ betrachtet werden kann. Gleich wer der Souverän ist, das Volk, eine Aristokratie oder der Monarch, er darf, so Montesquieu, die richterliche Gewalt nicht ausüben, soll die Herrschaft nicht willkürlich bzw. despotisch werden. Dabei wendet er sich gegen die Tradition, die im souveränen Fürsten die Verkörperung der Gerechtigkeit und daher den Inhaber der höchsten Gerichtsbarkeit sieht. Genauer gesagt wendet er sich gegen den Vater des modernen Souveränitätsbegriffs, Jean Bodin und seine Rezeption in Frankreich und England. Bodin schreibt im 16. Jahrhundert vor dem Hintergrund einer besonders auch in den Provinzen durch sehr machtvolle Schichten der *noblesse d’épée* und der *noblesse de robe* geschwächten königlichen Herrschaftsgewalt. Das 6. Kapitel im vierten Buch der Republik von Jean Bodin beginnt wie folgt: «Les Rois [sont] établis pour juger les sujets.»¹⁶ Der Ursprung der königlichen bzw. souveränen Gewalt liegt für Bodin nach wie vor in dessen Funktion Recht zu sprechen, obwohl durch Bodin der *gesetzgebenden* Funktion des Souveräns eine neue Bedeutung zukommt. Bodin führt im Weiteren aus, welche Vorteile daraus entstünden, dass der Herrscher in Person richten könne:

si le Prince jugeait, lui qui est la loi vive, et par dessus toutes les lois civiles, étant accompagné de son conseil, il ferait bonne et brève justice, ayant égard au fond, sans beaucoup s’arrêter aux formalités. Aussi par ce moyen les oppositions, appellations, requêtes civiles, évocations, infinités d’arrêts les uns sur les autres, qui rendent les procès immortels, cesseraient, et la justice prendrait son cours sans aucun empêchement.¹⁷

¹⁴ «Dans les Etats despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution seroit détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis: on verroit cesser toutes les formalités des jugemens; la crainte s’emparerait de tous les esprits; on verroit la pâleur sur tous les visages; plus de confiance, plus d’honneur, plus d’amour, plus de sûreté, plus de monarchie.» (EdL VI, 5, FN 3, S. 314).

¹⁵ Die sich im englischen Parlament (House of Commons, House of Lords und King in Parliament) äussert.

¹⁶ Bodin, FN 4, S. 376.

¹⁷ Ebd., S. 378.

Montesquieu seinerseits setzt alles daran, dem Anspruch des Souveräns, insbesondere des Fürsten, Recht zu sprechen, entgegenzutreten. Er vollzieht dies auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichen Argumentationssträngen. In Buch VI könnte er – auch in Hinblick auf das obige Zitat von Bodin – kaum deutlicher sein. Montesquieu behandelt die Problematik des Richterspruches in ihrem Zusammenhang mit dem Ruf nach der Einfachheit der Gesetze und mit den Prozeduren und Formalitäten der Justiz. Er unterscheidet zunächst zwischen *lois civiles* und *lois criminelles* (Kapitel 1 und 2). Die Unterscheidung erscheint jedoch im Kern kaum als wesentlich. Es geht in beiden Kapiteln um das Eigentum, das Leben und um die Ehre der Bürger. Montesquieu stellt erneut Despotie und *Etats modérés* gegenüber, wobei die Unterscheidung zwischen Republik und Monarchie nahezu nebensächlich wird, da sie sich im Zusammenhang mit den Formalitäten der Justiz qualitativ nicht unterscheiden¹⁸:

Si vous les [les formalités de la justice] regardez dans le rapport qu’elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté. En Turquie, où l’on fait très peu d’attention à la fortune, à la vie, à l’honneur des sujets, on termine promptement, d’une façon ou d’une autre, toutes les disputes. La manière de les finir est indifférente, pourvu qu’on finisse. [...] Mais dans les Etats modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur et ses biens qu’après un long examen: on ne le prive de la vie que lorsque la Patrie elle-même l’attaque; et elle ne l’attaque qu’en lui laissant tous les moyens possibles de la défendre. Aussi, lorsqu’un homme se rend plus absolu¹⁹, songe-t-il d’abord à simplifier les lois.²⁰

Montesquieu nimmt hier fast zwei Jahrhunderte später in Bezug auf die *formalités* der Justiz eine entgegen gesetzte Position zu Bodin ein. Montesquieu war sich zwar der Langwierigkeiten, Probleme und Fehlleistungen der Justiz bewusst und hat sie auch in Bezug auf Frankreich angeprangert.²¹ Als Argu-

¹⁸ «On voit que dans les républiques il faut pour le moins autant de formalités que dans les monarchies. Dans l’un et dans l’autre gouvernement, elles augmentent en raison du cas que l’on y fait de l’honneur, de la fortune, de la vie, de la liberté des citoyens» (EdL VI, 2, FN 3, S. 310f).

¹⁹ Montesquieu fügt hier an: «César, Cromwell, et tant d’autres».

²⁰ EdL, VI, 2, FN 3, S. 310.

²¹ Siehe Montesquieus Rede vor dem Parlement de Bordeaux 1725, OC I, FN 3, S. 44–52. Dazu auch Desgraves, Louis, Montesquieu et la justice de son temps, In *Montesquieu and the spirit of modernity*, Carrithers, D./Coleman, P. (eds.), Studies on Voltaire and the Eighteenth Century, Voltaire Foundation: Oxford 2002, S. 205–211. Für Montesquieu muss die Justiz aufgeklärt, prompt, nicht zu streng (*austère*) und allumfassend sein.

ment für eine königliche Gerichtsbarkeit, wie von Bodin vorgetragen, konnte er diese allerdings nicht gelten lassen. Die Formalitäten und Prozeduren der Justiz, und die damit verbundenen Längen der Verfahren, sind für Montesquieu ein nötiges Übel, der Preis der Freiheit. Das gilt nicht nur für das Strafrecht, sondern auch für das Zivilrecht.²² Die Komplexität und die grosse Zahl der Gesetze unterscheidet die Monarchie von der Despotie. Im Gegensatz zur despotischen Regierungsform bieten sie dem Bürger Schutz, wobei die Gerichte und ihre Rechtsprechung diesen Schutz gewährleisten. Die Wahrung der Gesetze obliegt den *parlements* auch zum Zwecke der Begrenzung der königlichen Gewalt. So sagt Montesquieu für die Monarchie in Buch II, 4:

Il ne suffit pas qu'il y ait, dans une monarchie, des rangs intermédiaires; il faut encore un dépôt des lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie.

Sowie in Buch V, 10:

Le gouvernement monarchique a un grand avantage sur le républicain: les affaires étant menées par un seul, il y a plus de promptitude dans l'exécution. Mais, cette promptitude pourrait dégénérer en rapidité, les lois y mettront une certaine lenteur. Elles ne doivent pas seulement favoriser la nature de chaque constitution, mais encore remédier aux abus qui pourraient résulter de cette même nature. [...] Les corps qui ont le dépôt des lois n'obéissent jamais mieux que quand ils vont à pas tardifs, et qu'ils apportent, dans les affaires du prince, cette réflexion qu'on ne peut guère attendre du défaut de lumières de la cour sur les lois de l'Etat, ni de la précipitation de ses Conseils.²³

Auch hier verdeutlicht Montesquieu noch einmal seine Abgrenzung zu Bodins Argument für eine Ausübung der richterlichen Gewalt durch den Herrscher, indem er zum einen die Gefahr überhasteter Entscheidungen anspricht, zum anderen dem Hof und dem königlichen Rat die richterliche Kompetenz abstreitet. Wesentlich ist dabei vor allem, dass Montesquieu das königliche Handeln durch die Macht der Gesetze einzuschränken trachtet. Zunächst bringt Montesquieu hier zurückhaltend die wohltuende Wirkung der bremsenden Eigenschaft der Gesetze angesichts einer möglicherweise übereilten Entscheidungsfreudigkeit des Monarchen vor. Doch er macht gleich darauf sein wesentliches Anliegen deutlich: die Gesetze begegnen der Gefahr des Missbrauchs der Herrschaft, die wiederum in der Natur der Monarchie selbst liegt.

Montesquieu verweigert demnach dem Herrscher in gemässigten Staatsformen nicht nur jegliche direkt ausgeübte Gerichtsbarkeit, er stellt ihn auch

²² EdL, FN 3, VI, 1, S. 307.

²³ EdL, FN 3, S. 249 sowie 291f.

unter das Gesetz. Der häufige Verweis auf die Türkei, als eines seiner bevorzugten Abschreckungsbeispiele der Despotie, ist auch rhetorisch zu verstehen. Indem Montesquieu meist Monarchie und Despotie gegenüberstellt, verdeutlicht er die inhärente Gefahr königlicher Absolutheitsansprüche.²⁴ Der oben angeführte Verweis auf diejenigen, die wie Cäsar oder Cromwell danach trachten, die Gesetze zu vereinfachen, um 'sich absoluter zu machen' ist ein eindeutiges Zeugnis dafür. Montesquieu fügt als weiteres Beispiel die Verurteilung zum Tode (in Abwesenheit) des Herzogs de la Valette an, bei der Ludwig XIII. in Person den Vorsitz des Gerichts hatte und zitiert dabei die Auffassung des Präsidenten des *parlement de Paris* Bellièvre, dass es bis zu diesem Zeitpunkt so etwas nicht gegeben habe.²⁵ Montesquieu verweist hier auf die häufigen Anklagen wegen des *crime de lèse majesté* unter Richelieu, über die in Umgehung der ordentlichen Gerichte von *commissions extraordinaires* geurteilt wurde.²⁶ Wenn Montesquieu sich hier nicht direkt äussert und lediglich zitiert, um das Argument zu untermauern, dass es unsinnig sei, dass derjenige, dessen Attribut es sei zu begnadigen, auch selber richte, so wird er im Folgenden expliziter: Am Beispiel einiger römischer Kaiser drückt er aus, dass Urteile des Herrschers ein unversiegbare Quell von Unrecht und Missbrauch wären: «Quelques empereurs romains eurent la fureur de juger; nuls règnes n'étonnèrent plus l'univers par leurs injustices».²⁷ Insbesondere verweist er auf die Herrschaft Justinians, unter der Richter keine Freiheit hatten Recht zu sprechen, die Gerichte verwaist und Urteile, sogar Gesetze zu kaufen waren.²⁸

²⁴ Der Ausdruck wird hier in Hinblick auf Montesquieus oben zitierten Gebrauch von *absolu* verwendet. Das Problem des 'Mythos Absolutismus' ist hier nicht relevant. Zur reichhaltigen Literatur im Rahmen dieser Debatte siehe z.B. Asch, Ronald G./Duchhardt, Heinz (Hrsg.), *Der Absolutismus – ein Mythos?: Strukturwandel monarchischer Herrschaft in West- und Mitteleuropa (ca. 1550–1700)*, Böhlau: Köln u.a. 1996.

²⁵ EdL, FN 3, VI, 5, S. 314f. Wobei Voltaire an dieser Stelle anmerkt, es sei ursprünglich ein anerkanntes Privileg gewesen, dass ein Herzog durch den König, den *primus inter pares*, gerichtet wurde: Siehe ebd., Note 1, S. 1501.

²⁶ Siehe dazu Gisey, Ralph E./Haldy, Lanny/Millhorn, James, Cardin Le Bret and Lese Majesty, *Law and History Review*, vol. 4, n° 1, Spring 1986, S. 46–54, sowie Kitchens, James H., Judicial Commissaires and the Parlement of Paris: The Case of the Chambre de l' Arsenal, *French Historical Studies*, Vol. 12, N° 3, Spring 1982, S. 323–350. Siehe auch das Kapitel über *lèse majesté* von Cardin le Bret, der im Prozess von La Valette selber Richter war: Les Œuvres de Messire Cardin le Bret, Contenant Son Traité de la Souveraineté du Roy, etc. Nouvelle édition, Revue et augmentée de plusieurs choses notables, et corrigée très exactement. Charles Osmont: Rouen 1689, Buch IV, Kap. 5, S. 140–146.

²⁷ Ebd., S. 315.

²⁸ Ebd.

Die enge Verbindung zwischen Buch VI und Buch XI, insbesondere Kapitel 6, kommt nun deutlich zutage. Montesquieu schlägt eindeutig zwischen beiden Büchern eine Brücke, indem er damit beginnt, die in Buch VI aufgestellten Thesen zu wiederholen. Er verbindet diese nun mit der politischen Freiheit mehr oder weniger förderlichen Verteilung der Gewalten, die die Verfasstheit eines Staates darstellen. In den meisten europäischen Königreichen, so Montesquieu noch einmal, ist die Regierungsform gemässigt, da der Fürst die zwei ersten Gewalten innehat, die dritte aber, die richterliche Gewalt den Untertanen überlässt. Bei den Türken, wo der Sultan alle drei Gewalten ausübt, herrscht Despotismus. In den Republiken Italiens wiederum herrscht weniger Freiheit als in den Monarchien, da auch hier die drei Gewalten in einer gebündelt sind. Zudem verweist Montesquieu noch einmal auf die Gefahr königlicher Absolutheitsansprüche: «Aussi les princes qui ont voulu se rendre despotiques ont-ils toujours commencé par réunir en leur personne toutes les magistratures; et plusieurs rois d'Europe toutes les grandes charges de l'Etat».²⁹ In beiden Büchern macht Montesquieu somit deutlich, dass der Herrscher weder natürlicherweise als Verkörperung der Gerechtigkeit über den Gesetzen steht noch sich über diese stellen kann, soll er nicht despotisch werden. Der Herrscher ist nicht «*la loi vive*» (Bodin), und – in Hinblick auf Justinian – nicht die «*lex animata*» (Corpus Juris Civilis, Nov 105).

Das Problem der Gesetzesauslegung

Im Rahmen der Debatten um den *Titre préliminaire* des *Code Civil* stützt der Tribun Maillat-Garat sich vornehmlich auf Montesquieu. Er entwickelt dabei eine eindrucksvolle Argumentation gegen den späteren Artikel 4 des *Titre préliminaire*, der besagt: «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».³⁰ Maillat-Garats Standpunkt geht weit über eine Kritik des direkten Gegenstands des Artikels 4 hinaus. Er wendet sich gegen die Möglichkeit der Gesetzesinterpretation an sich:

²⁹ Ebd., S. 397f.

³⁰ *Code civil des français*. Ed. originale et seule officielle, Imp. de la République: Paris an XII-1804, S. 2. Für die Rede von Maillat-Garat: Fenet, P. Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, Videcoq: Paris 1836, S. 143–170. Siehe auch den Ausschnitt in *Naissance du Code Civil. La raison du législateur*, Ewald, François (dir.), Flammarion: Paris 1989, S. 120–128.

Dans une république, tribuns, dans la république française surtout, la simplicité et l'uniformité des lois sont une conséquence nécessaire de l'égalité absolue qui fait la base de la constitution [...] l'interprétation des lois, le droit de suppléer à leur insuffisance ou à leur silence, ne pourraient que troubler les déterminations de la loi, et ébranler ses garanties».

Und weiter unten:

«L'usage d'une mauvaise loi est funeste sans doute; mais l'interprétation peut faire un usage désastreux de la meilleure loi; et quel abus peut se comparer à ce seul effet de l'interprétation des lois, qui est de faire vivre au milieu de la société, comme si elle était sans loi [...] c'est l'arbitraire sous les formes de la loi, et l'anarchie sous les apparences de l'ordre.»³¹

Für Maillat-Garat ist *l'arbitre* des Richters gleichbedeutend mit *arbitraire*. In diesem Zusammenhang kommt er, Montesquieu zitierend, zu folgendem Schluss: Der Richter ist lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes ausspricht. Schönfeld sieht in Maillat-Garats Interpretation von Montesquieus Formulierung ein folgenschweres Missverständnis, das aber von der französischen Literatur übernommen wurde.³² Portalis widersprach in der Debatte der Interpretation von Maillat-Garat. Er verwies teilweise zu Recht darauf, dass Montesquieu sich lediglich auf Strafsachen bezog. Strafrechtliche Verfolgung, so argumentierte Portalis, sei für Montesquieu nur bei Vergehen zulässig, die das Gesetz vorsieht. Gleichermassen seien lediglich die vom Gesetz vorgesehenen Strafen anwendbar.³³ Eine Kritik der Auslegungsfreiheit des Richters habe Montesquieu aber, gemäss Portalis, nicht im Sinn gehabt. Maillat-Garats Interpretation Montesquieus sollte sich dennoch einprägen. Es war, so Schönfeld, die Geburtsstunde eines Allgemeinplatzes: der des Montesquieuschen Richters als Automat bzw. als *bouche de la loi*.³⁴ Die gesamte Debatte bezieht sich auf Buch XI, Kapitel 6 des *Vom Geist der Gesetze*, in dem Montesquieu schreibt: «Mais les juges de la nation ne sont, comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inani-

³¹ Fenet, FN 30, S. 157 und 166.

³² Schönfeld, Karl Menzo, *Montesquieu en «la bouche de la loi»*, New Rhine Publishers: Leiden 1979, S. 85.

³³ Ebd., S. 268.

³⁴ Schönfeld, FN 32, S. 85. Der Interpretation von Schönfeld wird hier in weiten Teilen, seinen Schlussfolgerungen allerdings nur bedingt gefolgt. Sein Text stellt im Grunde den Ausgangspunkt der vorliegenden Fragestellung dar. Seine Interpretation, die sich hauptsächlich auf den Schlüsselsatz der *bouche de la loi* stützt, wird hier zu Teilen erweitert und ergänzt. Siehe auch: Schönfeld, Karl Menzo, Retour sur l'expression la «Bouche de la loi» chez Montesquieu. La fortune d'Aristote et de Cicéron, In *Actes du Colloque international tenu à Bordeaux*, du 3 au 6 décembre 1998 pour commémorer le 250^{ème} anniversaire de la parution de l'Esprit des lois, Académie de Bordeaux: Bordeaux 1999, S. 187–192.

més qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur».³⁵ Hat Maillat-Garat Montesquieu wirklich falsch ausgelegt? Seine Argumentation zumindest erscheint durch viele Zitate gut untermauert. Dabei darf aber nicht übersehen werden, aus welchem Blickwinkel Maillat-Garat argumentiert. Er macht klar, dass er sich gegen das Gerichtswesen in der Monarchie wendet. Das Schreckgespenst der Willkür liegt für ihn in der Monarchie. Für Montesquieu allerdings ist das nicht der Fall. Die Willkür, die durch die richterliche Gewalt entsteht, ist bei Montesquieu das Merkmal der Despotie, in der es für Montesquieu keine Gesetze gibt und daher der Richter seine eigene Regel ist. Sie kann aber genauso gut in der Republik oder Monarchie auftreten, in denen es Gesetze gibt, dann nämlich, wenn die richterliche Gewalt nicht unabhängig ist. Maillat-Garat untermauert seinerseits seine republikanische Argumentation, indem er einen Abschnitt aus Buch VI, Kapitel 3 des *Vom Geist der Gesetze* zitiert. Der Abschnitt lautet wie folgt:

dans les Etats monarchiques, il y a une loi: et là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui ont puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie.³⁶

Vieles weist darauf hin, dass, wie Portalis zu Recht bemerkt, Montesquieu sich hier auf strafrechtliche Verfahren bezieht, zumal Montesquieu im unmittelbaren Anschluss an den soeben zitierten Abschnitt Beispiele des römischen und englischen Strafrechts anfügt. Allerdings bezieht sich Montesquieu auch im Kapitel über das Zivilrecht auf Entscheidungen über Hab und Gut, Leben und Ehre. Maillat-Garat fügt dem obigen Zitat aber eine Dimension bei, die bei Montesquieu nicht vorhanden ist: Er stellt einen qualitativen Unterschied zwischen Republik und Monarchie her. Maillat-Garat gliedert sich dabei gedanklich in die nach der französischen Revolution begonnene Reform ein, die es sich zur Herausforderung machte, die nicht zuletzt durch die Standesunterschiede als arbiträr empfundene Gerichtsordnung des *Ancien Regime* zu ersetzen.³⁷ Maillat-Garats Auslegung folgend herrschen in der Republik die Gesetze, die so präzise sind, dass der Richter, um zu richten, lediglich ihrem Wortlaut folgen muss. Der Richter ist hier der eigentliche Diener des Gesetzes. In der Monarchie hingegen sind die Gesetze der Willkür des interpretie-

³⁵ EdL, FN 3, S. 404.

³⁶ Ebd., S. 311.

³⁷ Verwiesen sei hier zur Illustrierung auf die Rede von Jacques Guillaume Thouret, die schillernd die Missbräuche der Gerichtsordnung des *Ancien Regime* als Folge von Privilegien aufzeigt: *Discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire*, 24. März 1790, In *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Mavidal, M. J. u.a. (dir.), Première série, Tome XII, Paul Dupont: Paris 1881, S. 344–348. Die Rede Maillat-Garats fügt sich geistig nahtlos in die Thourets ein.

renden Richters unterworfen. Doch Montesquieu rechtfertigt eine solche Auslegung in keiner Weise. Da in der Republik die Bürgerschaft an der Gesetzgebung Teil hat, liegt es für Montesquieu in der Natur der republikanischen Verfasstheit, dass die Gesetze so genau sind, dass sie nicht gegen die Bürger interpretiert werden können. Aus diesem Grund wird nach ihrem Wortlaut gerichtet. Denn eine Interpretation gegen den Bürger würde ja dem Geist des Gesetzes, der von der Bürgerschaft ausgeht, widersprechen. In der Monarchie verhält es sich anders. Montesquieu stellt für die Monarchie fest, dass der Richter dem Gesetz folgt, wo immer es genau ist, das heisst wenn der Wortlaut auch den Geist des Gesetzes wiedergibt. In gegebenem Falle muss er den Geist des Gesetzes ergründen. Montesquieu äussert hier keinen völlig neuen Gedanken, sondern gliedert sich in eine bestehende Tradition des französischen Rechtsverständnisses ein. Allerdings drückt seine Wortwahl eine wesentliche Nuance aus. Für Bodin z.B. muss in strafrechtlichen Sachen der Wortlaut des Gesetzes genau sein. In zivilrechtlichen Sachen allerdings kann der Richter gegebenenfalls nach der *équité* richten. So sagt er folgendes: «Il n'y a que deux sources du droit universel, la loi et l'équité, et c'est d'elles que dépendent l'application de la loi et l'office du magistrat».³⁸ Montesquieu seinerseits vermeidet den Gebrauch des Konzepts *équité*. Die *équité* liegt für Montesquieu nicht ausserhalb des Gesetzes, auch wenn sie dem Gesetz vorausgeht.³⁹ Sie soll im Gesellschaftsrahmen keine vom Gesetz unabhängige Rechtsnorm darstellen. Sie sollte im Recht ihren Ausdruck finden und gehört eben zum Geist des Gesetzes. Durch seine Wortwahl ist der konzeptuelle Bezug auf Jean Domat (1625–1696) kaum zu verkennen.⁴⁰ Auch ihm zufolge

³⁸ Bodin, *Méthode de l'histoire*, FN 5, S. 160. Siehe auch hier FN 63.

³⁹ Die Prärogative der Parlamente in zivilrechtlichen Fällen en *équité* zu richten, wurde von der Krone unterstützt, stiess aber im Volk auf Misstrauen. Die Begründungen der Richter waren geheim und in den Provinzen wurden diese Entscheide nicht selten als Angriff auf ihre gewohnheitsrechtliche Rechtsprechung betrachtet: Boyer, G., *La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements*, In *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz et Sirey: Paris 1960, tome 2, S. 257f sowie Palmer, V.V., *From Embrace to Banishment: A study of Judicial Equity in France*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, N° 2, Spring 1999, S. 283–287. Daher die bekannte Maxime: «Que Dieu nous garde de l'équité des parlements», Roland, Henri/Boyer, Laurent, *Adages du droit français*, Litec: Paris 1992, S. 166f.

⁴⁰ Auch wenn der Titel von Montesquieus Hauptwerk auf den Stellenwert und den häufigen Gebrauch des Ausdrucks *esprit des lois* bei Domat zurückgeführt werden kann, darf die gedankliche Nähe Montesquieus zu diesem deshalb nicht überbewertet werden. Zum einen ist in Domats Denken das christliche Erbe grundlegend und bestimmend. Zum anderen wird der Staat Domats in der absoluten Monarchie von Gottes Gnaden verkörpert, auch wenn Domats Denken sich, so David Gilles, nicht in das Staatsmodell des ausgehenden 17. Jhdts einfügt. Siehe dazu Gilles, David, *La pensée juridique de Jean Domat*, thèse de doctorat présentée et soutenue le 4.12.2004, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2004, insb. S. 292. Für die Fälle, in denen der Souverän bzw. König gemäss Domat selber richtet: Domat, Jean, *Les quatre livres du*

gilt es im Rahmen der Gesetzesanwendung dem Wortlaut der Gesetze dort zu folgen, wo es möglich ist, gegebenenfalls diese aber ihrem Geist folgend zu interpretieren. Im Kapitel 12 des *Traité des lois* bespricht Domat ausgiebig die Regeln und Anwendungen der Gesetzesinterpretation. So sagt er: «lorsque les expressions des lois sont défectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit».⁴¹ Für Domat ist die richterliche Interpretation Regeln unterworfen, ein systematisches Unterfangen, das dem Richter einen gewissen, wenn auch begrenzten Freiraum gewährt. Das gilt zum Beispiel für den Anwendungsbereich der Gesetze:

On doit prendre garde à ne pas appliquer une règle hors de son étendue, et à des matières où elle n'a point de rapport. Ainsi, on doit reconnaître les exceptions qui bornent les règles. Ainsi on doit se tenir à la lettre de la loi, ou l'interpréter selon les règles.⁴²

Domat nimmt eine Mittelposition ein zwischen dem zeitgenössischen Streben der königlichen Macht, den richterlichen Anspruch der Normenauslegung aufzuheben und dem Bemühen der *magistrats*, eben diesen beizubehalten.⁴³ Dennoch gehörte es für Domat wie für das gesamte Selbstverständnis der *Robe* in Frankreich zum natürlichen Bereich und war es vornehmliche Aufgabe der *magistrats* die Gesetze in Bezug auf ihre Anwendungsfälle zu interpretieren. Der Richter hatte die Aufgabe, die sich eben aus seiner *jurisdictio* ergab, Recht zu sprechen; er war *bouche de la loi*.⁴⁴ Montesquiens Auffassung scheint dem nicht zu widersprechen. Die Rechtsprechung ist für ihn durchaus Grundlage von Entscheidungen und trägt zur Rechtssicherheit bei:

Le gouvernement monarchique ne comporte pas de lois aussi simples que le despotique. Il y faut des tribunaux. Ces tribunaux donnent des décisions; elles doivent être conservées; elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier, et que la propriété et la vie des citoyens y soient assurées et fixes comme la constitution même de l'Etat. [...] La délicatesse du juge augmente à mesure qu'il a un plus grand dépôt, et qu'il prononce sur des plus grands intérêts. Il ne faut donc pas être étonné de trouver dans les lois de ces Etats tant de règles, de res-

droit public [1697], Goyard-Fabre, S. (publ.), Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen: Caen 1989, Liv. 1, Tit. 2, Sect. 3, S. 42.

⁴¹ Domat, Jean, *Traité des lois*, Goyard-Fabre, S. (publ.), Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen: Caen 1989, S. 61.

⁴² Domat, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, revue corrigée et augmentée des troisièmes et quatrièmes livres du Droit public, par M. de Héricourt...; des notes de feu M. de Bouchevret... sur le Legum delectus; et de celles de MM. Berroyer et Chevalier, Durand: Paris 1756, Liv. préł., Tit. 1, Sect. 2, S. 10.

⁴³ Gilles, Domat, FN 40, S. 147ff.

⁴⁴ Ebd., S. 146.

trictions, d'extensions, qui multiplient les cas particuliers, et semblent faire un art de la raison même.⁴⁵

Délicatesse und *art de la raison* nennt Domat *justesse du sens* und *connaissance parfaite des principes et du détail des règles*.⁴⁶ Diese Dimension der Gesetzesauslegung gehörte weder für Domat noch für Montesquieu in den Bereich des Arbiträren. Montesquieu hebt zwar auch die Probleme hervor, die aus einer nachhaltigen Rechtsprechung entstehen, insbesondere, dass sich Entscheidungen manchmal widersprechen, weil Richter unterschiedlich denken, weil die Qualität der Verteidigung variere, oder auch weil Missbräuche nie auszuschliessen seien. Er betrachtet es aber als ein notwendiges Übel, dass der Gesetzgeber von Zeit zu Zeit korrigiert. Die Rechtsprechung wird für Montesquieu dadurch nicht *an sich* willkürlich.⁴⁷ Wie oben schon erwähnt, deutet dabei nichts darauf hin, dass Montesquieu einen qualitativen Unterschied zwischen Monarchie und Republik sieht, im Gegenteil: Wenn Montesquieu die Republik in Kapitel 1 des VI. Buches nicht erwähnt, dann gerade weil sich, was die Einfachheit der Gesetze betrifft, Monarchie und Republik in gleicher Weise von der Despotie unterscheiden. Im darauf folgenden Kapitel, in dem es um das Strafrecht geht, wird die Republik analog zur Monarchie genannt.⁴⁸ Natürlich unterscheidet sich die Monarchie von der Republik, zuvorderst durch ihre Betonung der Standesunterschiede. Zudem sind in der Monarchie die regionalen Rechte verschieden und auch die Quellen des Rechts sind nicht einförmig: «Le monarque, qui connaît chacune de ses provinces, peut établir diverses lois, ou souffrir différentes coutumes».⁴⁹ In Be-

⁴⁵ EdL, FN 3, VI, 1, S. 307.

⁴⁶ «Mais il y a une infinité de difficultés, qui naissent tous les jours dans l'application des lois sur les différends entre particuliers, où il n'est ni nécessaire, ni possible d'établir des règles précises; et les décisions de ces sortes de difficultés dépendent de ceux qui ont à les juger; ce qui demande d'une part la justesse du sens; et de l'autre une connaissance parfaite des principes et du détail des règles [...]». Domat, *Traité*, FN 41, Kapitel XI, S. 48.

⁴⁷ «A mesure que les jugements des tribunaux se multiplient dans les monarchies, la jurisprudence se charge de décisions qui quelquefois se contredisent: ou parce que les juges qui se succèdent pensent différemment; ou par ce que les mêmes affaires sont tantôt bien, tantôt mal défendues; ou enfin par une infinité d'abus qui se glissent dans tout ce qui passe par la main des hommes. C'est un mal nécessaire, que le législateur corrige de temps en temps, comme contraire même à l'esprit des gouvernements modérés. Car quand on est obligé de recourir aux tribunaux, il faut que cela vienne de la nature de la constitution, et non pas des contradictions et de l'incertitude des lois». EdL, FN 3, VI, 2, S. 308.

⁴⁸ Siehe hier FN 18.

⁴⁹ EdL, FN 3, VI, 1, S. 308. Nach Etienne Pasquier (1529–1615) beruht das französische gemeine Recht auf den königlichen *ordonnances*, den *coutumes* der Provinzen, den *arrêts généraux des cours souveraines*, und den *propositions morales*, die nach langem Brauch aus dem Römischen kommen: nach Cosandey, Fanny/Descimon, Robert,

zug auf die Rechtsprechung gibt Montesquieu aber keinen Hinweis darauf, dass diese in der einen Staatsform als willkürlich bewertet werden müsse, in der anderen jedoch nicht. Die Unterschiedlichkeit der Quellen des Rechts verursacht keine Willkürlichkeit desselben.

Sicherlich besteht in Montesquieus Auffassung der Gesetzesinterpretation in Beziehung zum Wortlaut des Gesetzes eine gewisse Spannung. Diese entsteht vornehmlich daraus, dass die Problematik für Montesquieu zwar relevant ist, es ihm vordergründig allerdings in den Passagen, aus denen auf diese Problematik geschlossen werden kann, um etwas anderes geht. Wesentlich ist für Montesquieu vor allem, deutlich zu machen, dass der Richter dem Gesetz untergeordnet ist, da er nur in Bezug auf das Gesetz entscheiden kann. Für Montesquieu ist die notwendige Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt nicht gleichbedeutend mit Unabhängigkeit vom Gesetz.⁵⁰ Andererseits bedeutet das aber nicht, dass der Richter wie ein seelenloser Automat, ohne Möglichkeit der Gesetzesauslegung, den Wortlaut des Gesetzes nachspricht. Gesetzesinterpretation war für die französische *magistrature*, wie auch für Montesquieu, mit dem eigenen Selbstverständnis, unter dem Gesetz zu stehen, vereinbar. Der eminente *Président à mortier des parlement de Paris* und

L'absolutisme en France, Seuil: Paris 2002, S. 52. Siehe auch ebd., S. 52–55 über den der alten französischen Monarchie innewohnenden Rechtspluralismus.

⁵⁰ Ulrike Seifs Versuch, ein rechtsstaatliches Votum für die Unabhängigkeit der Justiz als Fehlinterpretation des 6. Kapitels des XI. Buches zu bezeichnen, ist nicht nachvollziehbar: Siehe Seif, Ulrike, Die Garantie des gesetzlichen Richters, *Der Staat*, 42. Band, 2003, S. 115f. Gewiss betrachtet Montesquieu ordentliche Justizbeamte als mässige Zwischengewalt gegenüber Kommissaren des Herrschers oder dem Herrscher selbst. Und auch die ständische Verteilung der Richterämter trägt zu dieser Mässigung bei. Dennoch ist Montesquieus gesamte Auffassung der Judikative, auch als *invisible* und *nulle*, durchaus als wesentlicher Bestandteil seiner Forderung nach der Vorherrschaft des Gesetzes zu verstehen. Seif verkennt in ihrer bemerkenswerten historischen und kritischen Ausführung, dass Montesquieu keine einheitliche Ordnung der Judikative beschreibt. Auch Montesquieus Ausführungen über die Ständigkeit der Gerichte die, so Seif, «ein essentielles Charakteristikum der rechtsstaatlich verstandenen Unabhängigkeit der Justiz» ist – die Ständigkeit, die Montesquieus Beschreibung den Gerichten, so Seif, versage – müssen im Kontext der englischen Justizordnung, des Strafverfahrens und des Geschworenen-Systems gelesen werden. Montesquieus Verständnis der Unabhängigkeit der englischen Justiz basiert auf dem Act of Settlement (1701), durch den festgelegt wurde, dass die Richter ihres Amtes nicht enthoben werden können *quamdiu se bene gesserint*. Siehe dazu z.B. Currie, David P., Separating Judicial Power, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 61, N° 3, Judicial Independence and Accountability, Summer 1998, S. 7–14. Unter den Stuarts wurden Richter häufig aus politischen Gründen ihres Amtes enthoben, so Sir Edward Coke. Ebd. S. 8. Das Prinzip wird in Form von «during good behaviour» durch Alexander Hamilton im *Federalist* N° 78 übernommen. Deutsche Ausgabe: Hamilton, A./ Madison, J./Jay, J., *Die Federalist Papers*, Vollständige Ausgabe, Zehnpfennig, B. (Hrsg u. Übers.), Beck'sche Reihe: München 2007.

Staatsmann, Jacques-Auguste de Thou (1553–1617) schreibt so in einer Epistel an den König:

Rendez l'autorité aux Loix et à vos Cours de Parlement, comme avez commencé, tenant pour certain que les Villes et Citez n'ont ame, vie et mouvements que par les loix: et ne peuvent non plus que nos corps qui n'auraient point d'ame, user de leurs membres, de leurs forces, et de leur sang, si elles n'obéissent aux loix. Or les Magistrats et les Juges sont les Ministres et interprètes des loix, desquelles enfin nous devons tous estre serfs, pour pouvoir estre tous libres.⁵¹

Dieser Ausschnitt wird in *Zeiten der Fronde, der révolte des juges*, fast wörtlich in einem Pamphlet übernommen.⁵² Es wird deutlich, dass das Verständnis der Richterrolle bei Montesquieu vergleichbar ist, wenn der besondere Kontext der Textpassage berücksichtigt wird, in der der Richter als der 'Mund' bezeichnet wird, der den Wortlaut des Gesetzes wiedergibt, das Kapitel über die *constitution d'Angleterre*. Um darüber hinaus die wirkliche Tragweite der Textpassage im Zusammenhang mit *la bouche de la loi* zu verstehen, ist es nötig, Montesquieus Hauptanliegen zu rekonstruieren.

Der Richter als Mund des Gesetzes, ein unbeseeltes Wesen

Im Abschnitt, in dem Montesquieu den Richter als Mund des Gesetzes, als ein unbeseeltes Wesen charakterisiert, war das Problem der Gesetzesauslegung nicht die Hauptfrage, die Montesquieu behandelte. Sehen wir uns den besagten Abschnitt genauer an:

⁵¹ Thou, Jacques-Auguste de, Epistre de Monsieur le President de Thou, au Roy, trad. par Nicolas Rapin, Pierre Chevalier: Paris 1614, S. 33. Vgl. dazu Cicero: «Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus» (Oratio pro Cluentio, 53,146). Siehe auch Vonglis, Bernard, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Sirey: Paris 1968. Sowie zu Recht und Billigkeit im Gesetz und der berühmten Maxime *Summum ius summa iniuria* (Cicero: De off., 1, 10, 33): Stroux, Johannes, '*Summum ius summa iniuria*': ein Kapitel aus der Geschichte der '*interpretatio iuris*', Teubner: Leipzig/Berlin 1926.

⁵² Observations véritables et désintéressées sur un écrit imprimé au Louvre, intitulé: «Les Sentiments d'un fidèle sujet du roi contre l'arret du Parlement du 29 décembre 1651», In Moreau, Célestin Bibliographie des Mazarinades, 3 vol., Paris 1850–51, pièce 2574. Zitiert in Schönfeld, FN 32, S. 80.

Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, seroit, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.⁵³

Der Ausdruck *comme nous avons dit* bezieht sich auf die vorausgehende Aussage

Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.⁵⁴

Montesquieu bespricht hier die wenigen Ausnahmefälle, in denen ein Teil des Legislativkörpers richterliche Aufgaben übernehmen soll. Die Textpassage muss demnach im Kontext der Gewaltenverteilung gelesen werden. Montesquieu macht deutlich, dass es sich hier um drei Ausnahmen handelt, die durch das besondere Interesse des zu Richtenden begründet sind. In keinem Fall kann die richterliche Gewalt mit der Exekutivgewalt verbunden sein: «Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur».⁵⁵ Über die Art der Fälle, in denen das Gesetz zu unerbittlich sein könnte, bleibt Montesquieu vage. Er bezieht sich wohl aber vornehmlich auf die Appellationsgerichtsbarkeit des *House of Lords* in Strafsachen⁵⁶ Diese waren im Kontext der politischen Freiheit, des übergeordneten Themas von Buch XI und XII, für Montesquieu wesentlich. So sagt er in Bezug auf das Strafrecht selbst:

La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion qu'on a de sa sûreté. Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen.⁵⁷

⁵³ EdL, FN 3, XI, 6, S. 404.

⁵⁴ Ebd., S. 399.

⁵⁵ Ebd., S. 397.

⁵⁶ Wie das auch in den überwiegenden Fällen in Buch XI gilt, sicherlich aber für das System der Geschworenen, die Montesquieu hier auch *juges* nennt. In Buch VI, 3, spricht er von *jurés*. Claus ist sogar der Meinung, Montesquieu habe die privatrechtliche Appellationsgerichtsbarkeit der Lords nicht gesehen: Claus, Montesquieu's Mistakes, FN 2, S. 426. Allerdings ist diese Ansicht nicht begründet.

⁵⁷ EdL, FN 3, XII, 2, S. 431.

Dennoch schliesst dies nicht aus, dass Montesquieu privatrechtliche *equity trials* durch das *Court of Chancery* mit einbezog.⁵⁸ Im dritten Ausnahmefall jedoch, in dem Montesquieu dem *House of Lords* eine Zuständigkeit einräumt, deutet vieles darauf hin, dass das *crimen laesae maiestatis* im Vordergrund *Montesquieus Interesses* steht, ein Thema, mit dem er sich nachdrücklich und ausgiebig in Buch XII befasst⁵⁹ und mit eben dem das oben besprochene Kapitel 5, Buch VI beginnt.⁶⁰ Es handelt sich dabei um Fälle von *impeachment* und *bill of attainder*⁶¹, die Hochverrat, aber auch Treubruch oder Betrug einschlossen.⁶²

Im Abschnitt über den Mund des Gesetzes ist erneut der begriffliche und gedankliche Bezug auf Bodin auffällig.⁶³ Besitzt für Bodin jedoch der Richter

⁵⁸ Seit der Auflösung der *Star Chamber* 1641 gab es kein Gericht, das nach *criminal equity* richtete: Maitland, F.W., *Equity, also the forms of action at common law: two courses of lectures*, Chaytor, A.H./Whittaker, W.J., Cambridge University Press: Cambridge 1932, S. 19. Die Gerichtsbarkeit der *Star Chamber* ging auf den *King's Bench* über, der unbeschränkte Gerichtsbarkeit besass, aber vor allem Fälle von Hochverrat und Aufruhr anhörte: Beattie, J.M., *Crime and the Courts in England, 1660–1800*, Clarendon Press: Oxford 1986, S. 18f; siehe auch Baker, J.H., *Criminal Courts and Procedure at Common Law 1550–1800*, In Cockburn, J.S. (ed.), *Crime in England 1550–1800*, Methuen and Company: London 1977, S. 26f.

⁵⁹ Die Thematik taucht, wenn auch mit unterschiedlicher Gewichtung, in den Kapiteln 7–10, 11–13, 16, 18 auf. In Kapitel 7 und 8 beschwört Montesquieu in diesem Zusammenhang noch einmal die Gefahr des Despotismus und zeigt die Tyrannei auf, die von römischen Kaisern unter diesem Vorwand ausgeübt wurde. S. 438–40.

⁶⁰ Sich auf Machiavelli beziehend, bekräftigt er einleuchtend und dabei geschickt die Monarchie vermeidend, dass es in einer demokratischen Republik gefährlich sei, sollte das Volk selbst als Souverän im Falle des *crimen laesae maiestatis* das gegen sich selbst begangene Verbrechen richten.

⁶¹ Montesquieu beschreibt diese in *Pensée* N° 1665 nach Informationen des Sohnes des Kanzlers Yorke: Montesquieu, *Pensées*. Le Spicilège, Desgraves, Louis (ed.), Robert Lafont: Paris 1991, S. 527.

⁶² Turley, Jonathan, *Senate Trials and Factional disputes: Impeachment as a Madisonian Device*, *Dike Law Journal*, vol. 49, n° 1, Oct. 1999, p. 11–21.

⁶³ «Il n'y a que deux sources du droit universel, la loi et l'équité, et c'est d'elles que dépendent l'application de la loi et l'office du magistrat [...] C'est ainsi, pour suivre l'exemple proposé par Papinien, que les préteurs et les juges en matière criminelle ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs ni corriger dans leurs sentences quoi que ce soit de la rigueur ou de la bénignité de la loi: il leur suffisait donc pour rendre leur sentence, d'un seul mot, voire d'une seule lettre: A, j'acquitte – B, je condamne – N.L. non lieu. Ainsi la réputation, la vie, les biens des citoyens ne dépendent que de la loi, et non de l'arbitraire individuel. Mais les causes civiles, beaucoup moins graves, et qui ne pourraient pas, vu leur nombre infini, être entièrement comprises dans la loi, sont laissées à l'appréciation du préteur urbain [...]». Bodin, *Méthode de l'histoire*, FN 5, S. 160. Montesquieu führt in Buch VI, 4 dasselbe Beispiel an (edL, FN 3, S. 312), nachdem er

in einem strafrechtlichen Urteil keinen Spielraum in Bezug auf die Strenge oder Güte des Gesetzes, sieht Montesquieu in Ausnahmefällen vor, dass aufgrund seiner Appellationsgerichtsbarkeit das Oberhaus die Strenge des Gesetzes mildern kann.⁶⁴ Im Wesentlichen wendet sich Montesquieu aber gegen eine Tradition, die in den französischen und englischen Verfassungsdebatten des 16. und 17. Jahrhunderts um das Verhältnis der Judikative zur Exekutive eine neue Qualität einnahm: das Verständnis des Richters als *lex animata*. Montesquieu verbindet zwei klassische Maximen des Rechtsdenkens. Zunächst bezieht er sich auf den Ciceronischen Ausdruck *magistratus est lex loquens*.⁶⁵ Diesen verbindet er mit dem Aristotelischen Ausdruck des Richters als *dikaion empsychon* oder *iustum animatum*, das beseelte Rechte.⁶⁶

Betrachten wir zunächst den Ciceronischen Ausdruck *magistratus est lex loquens*. Für Cicero stellt die dem Magistraten zugeteilte Funktion, Recht zu sprechen, diesen nicht über das Gesetz. Das Gesetz ist jedoch kein Selbstzweck. Es sollte in sich Träger und Ausdruck der *aequitas* sein. Die Gesetzesauslegung durch den Richter wird demnach durch den Ausdruck *magistratus est lex loquens* nicht ausgeschlossen.⁶⁷ Allerdings kommt bei Cicero durch den Verweis auf das Volk ebenfalls zum Ausdruck, dass eben den unter dem Gesetz stehenden *Magistraten* die Funktion zukommt, Sprachrohr des Gesetzes zu sein. Dieser Umstand führt im Rahmen eines berühmten Falles der englischen Verfassungsgeschichte – die Montesquieu gut kannte und vor Augen hatte –, des Falles Robert Calvin⁶⁸, zu einer Kompetenzdebatte zwischen König, dem House of Commons und den obersten Gerichtsorganen. In einer Rede von 1607 sagt James I. in Bezug auf die Frage der *post nati*⁶⁹: «you have often heard me say, that the Kings will and intention being the speaking

dies zuvor allgemeiner gefasst mit der englischen Praxis gleichstellt (Ebd., VI, 3, S. 311).

⁶⁴ Montesquieu, so Claus, verkennt, dass die Entscheidungen der Lords das *common law* verändern konnte. Claus, Montesquieu's Mistakes, FN 2, S. 426. Dieser Einschätzung kann hier nicht gefolgt werden. Siehe unten.

⁶⁵ «Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus vereque dici potest, magistratum esse legem loquentem, legem autem mutum magistratum» (De legibus, 3, 1, 2). «Die Gesetze stehen nämlich über den Magistraten so wie die Magistraten über dem Volk, und es kann tatsächlich gesagt werden, dass der Magistrat das sprechende Gesetz ist, allerdings das Gesetz der Stumme Magistrat.»

⁶⁶ «Ὁ γάρ δικαστής βούλεται εἶναι οἷον δίκαιον ἔμψυχον» Nikomachische Ethik, 1132a. «Denn der Richter versteht sich sozusagen als das belebte [bzw. beseelte] Rechte».

⁶⁷ «Nemo enim leges legum causa salva esse vult» (De Inventione. 1,38). «Denn niemand will, dass die Gesetze der Gesetze einziger Grund sind». Vgl. auch hier FN 51.

⁶⁸ Es ging um den Status der schottischen Untertanen nach der Thronbesteigung von James I. 1603.

⁶⁹ Nach dem Tod von Elizabeth I. geboren.

Law». Und weiter unten: «[...] in such a question wherein no positive Law is resolute, Rex est Iudex, for he is Lex loquens».⁷⁰ Chief Justice Sir Edward Coke bekräftigt seinerseits die Besonderheit des Falles Calvin in seinem report: «This case, such a one as the eye of the law (our books and bookcases) never saw, as the ears of the law (our reporters) never heard of nor the mouth of the law (for judex est lex loquens) the judges our forefathers of the law never tasted [...]».⁷¹ Harvey Wheeler fasst in seiner Analyse des Falles die jeweiligen Positionen treffend zusammen. Calvins Fall, so Wheeler, ist ein Fallbeispiel einer Verfassung in der Krise. Die Argumentation der *Commons* wurde ausdrücklich im Sinne der Unterordnung des königlichen Prärogativs gegenüber dem *common law* in Sachen der Naturalisierung formuliert. Die Entscheidung über Einbürgerung ging demnach aus dem Gesetz hervor, nicht aus der Person des Königs. Francis Bacon sowie Lord Chancellor Ellesmere argumentierten im Sinne der Krone. Sir Edward Coke seinerseits verband beide Seiten, indem er sich bemühte, das königliche Einbürgerungsvorrecht anzuerkennen, ohne aber die unabhängige Autorität des *common law* zu beschädigen. Die Fallentscheidung fiel so zugunsten des Königs, aber in der Substanz bestätigte seine Auffassung den Standpunkt der *Commons*.⁷² Unabhängig vom spezifischen Gegenstand des Falles war dieser aber vor allem Ausdruck der Auseinandersetzung um den Anspruch des Königs *supra legem* zu sein.⁷³

Kommen wir nun zur zweiten, in Montesquieus Auffassung noch wesentlicheren *Maxime*, die aus dem Aristotelischen Ausdruck des Richters als *dikaion empsychon* abgeleitet ist. Im *corpus iuris civilis* äussert sich der Ausdruck als kaiserliches Attribut (*Imperator est lex animata in terris*. Nov. 105.2.4) und lässt sich mit weiteren *Maximen* verbinden, die die imperiale Gesetzgebungs- bzw. Rechtssprechungsfunktion bekräftigen (*Princeps legibus solutus est*. Dig. 1.3.31 sowie *Quod principi placuit, legis habet vigorem, cum populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit*. Inst. 1.2.6/Dig 1.4.1). Im Zuge der Wiederentdeckung des *corpus iuris civilis* im 11. Jahrhundert werden diese römisch-rechtlichen Herrschaftskonzepte⁷⁴ in

⁷⁰ Zitiert nach: The political works of James I., McIlwain (éd.), Charles H., Harvard University Press: Cambridge 1918, S. 291 sowie 299. Schreibweise vom Verf. modernisiert.

⁷¹ The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, Sheppard, Steve (ed.), Liberty Fund: Indianapolis 2003, Vol. 1, Part Seven, S. 174. Siehe auch Schönfeld, FN 32, S. 78.

⁷² Wheeler, Harvey, Calvin's Case (1608) and the McIlwain-Schuyler Debate, *The American Historical Review*, Vol. 61, N° 3, April 1956, S. 588–591.

⁷³ Zu Cokes Auseinandersetzung mit James I. über das königliche Recht zu richten, siehe unten FN 83.

⁷⁴ Natürlich verbunden mit dem Selbstverständnis von Gottes Gnaden Stellvertreter von Gottes Gerechtigkeit auf Erden zu sein.

den kaiserlich-päpstlichen Vorherrschaftskonflikt im Hoch- und Spätmittelalter eingegliedert⁷⁵ und in der Folgezeit durch den königlichen Anspruch, Kaiser in seinem Reiche zu sein, auf die rechtliche Herrschaftslegitimierung des Königs übertragen.⁷⁶

Thomas von Aquin greift Aristoteles' Ausdruck auf und gibt ihm eine neue Dimension, die uns auf direktem Wege wieder in die englische Verfassungsdebatte des 17. Jahrhunderts führt: «Wie der Philosoph in Ethik 5 sagt, kommen die Menschen auf den Richter zu wie auf das lebende Rechte. Doch die lebende Gerechtigkeit ist besser als die unbeseelte wie sie in den Gesetzen beinhaltet ist. Daher wäre es besser gewesen, die Ausübung der Gerechtigkeit den Entscheidungen der Richter anzuvertrauen, als darüber Gesetze zu erlassen».⁷⁷ Aegidius Romanus überträgt diese Logik auf den Herrscher bzw. den König: «Denn der König oder Fürst ist in gewisser Weise Gesetz, und das Gesetz ist in gewisser Weise König oder Fürst. [...] Insoweit das Beseelte das Unbeseelte übertrifft, muss der König oder Fürst dem Gesetz übergeordnet sein».⁷⁸ Diese Definition von Aegidius Romanus fand weite Verbreitung.⁷⁹ James I. ordnet sich in dieses Denken ein und sieht sich als Vertreter göttli-

⁷⁵ Z.B. Wilhelm von Ockham: «Unde etiam principes ministri sunt legis et imperator lex animata vocatur [...]. Ergo quod unus sit rector et princeps mundi qui super omnes mortales habeat potestatem orbi expedit universo», *Dialogus*, part. 3, tract. 2, lib. 1, cap. 1. «Also sind die Fürsten die Diener des Gesetzes und der Kaiser wird das beseelte Gesetz genannt [...] Es ist daher nützlich für den gesamten Erdball, dass es einen Herrscher und Fürst der Erde gebe, der Gewalt über alle sterblichen habe». Heinrich VII., 1310: «et quamquam (rex) possit ex plenitudine potestatis hec facere, cum sit lex animata in terris», *MGH const.* 4/1 N° 471. «Doch der König kann durch seine Fülle der Gewalt so handeln, da er das beseelte Gesetz auf Erden ist». Innozenz III. «secundum plenitudinem potestatis de jure possumus supra jus dispensare», nach Benson, R. L., *Plenitudo potestatis*, Studia Gratiana, Bologna 1967, S. 197. «Durch unsere Fülle der Gewalt können wir rechtens über dem Recht dispensieren». Formen dieser Ausdrücke auch bei Aegidius Romanus, Dante, Nikolaus von Kues, Antonio de Rosellis, Aeneas Silvius.

⁷⁶ «Rex in regno suo est imperator». Eine der ältesten Quellen bei Baldus de Ubaldis (1320–1400).

⁷⁷ Thomas von Aquin, *Summa theologica*, über das Gesetz, Ia-IIae, Q. 95, a. 1: «Praetera, sicut dicit philosophus, in V Ethic., ad iudicem confugiunt homines sicut ad justum animatum. Sed justitia animata est melior quam inanimata, quae legibus continetur. Ergo melius fuisset ut executio justitiae committeretur arbitrio iudicum, quam quod super hoc lex aliqua ederetur.» Aquinas zitiert den Ausschnitt von Aristoteles mehrmals, z.B. *Summa theologica*, über die Gerechtigkeit, IIa-IIae, Q. 60, a 1 und Q. 67, a 3.

⁷⁸ Nach Kantorowicz, Ernst, *The Kings Two Bodies*, Princeton University Press: Princeton [1957] 1997, S. 134. Für eine detaillierte Studie des kaiserlichen bzw. königlichen Selbstverständnisses als *lex animata* Vertreter göttlicher Gerechtigkeit auf Erden zu sein, ebd., S. 97–143.

⁷⁹ Ebd., S. 135.

cher Gerechtigkeit auf Erden über dem Gesetz stehend, wie durch seine Devise *a Deo rex, a rege lex*⁸⁰ deutlich wird. James I. geht noch weiter:

For Kings are not only Gods Lieutenants upon earth, and sit upon Gods throne, but even by God himself they are called Gods. [...] Kings are justly called Gods, fort that they exercise a manner or resemblance of Divine power upon earth [...] And the like power have Kings: they make and unmake their subjects: they have power of raising, and casting downe: of life, and of death: Judges over all their subjects, and in all causes, and yet accomptable to none but God only.⁸¹

Er widerspricht damit offenkundig Sir Edward Coke, der bei einer Konferenz vor dem König Henry Bracton (1210–1268) zitierend den Herrscher unter das Gesetz stellt.⁸² Vor dem König erklärt Coke, dass der König nicht das Recht habe, Rechtsfälle persönlich zu richten, was er wie folgt begründete:

but his Majesty was not learned in the Laws of his Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by natural reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience [...] With which the King was greatly offended, and said, that then he should be under the Law, which was Treason to affirm, as he said; To which I said, that Bracton saith, Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege.⁸³

⁸⁰ Ebd., S. 415, FN 335. Gemäss Michael Zuckert war die *Divine Right Theory* im England des 17. Jhdts, zwar stark gefestigt, an sich dort aber relativ neu. Zuckert bespricht ausgiebig James I. und zeigt wie dieser seine Theorie durch eine Synthese zwischen biblischen Themen und aristotelischer Tradition des politischen Denkens begründet: Zuckert, Michael P., *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton University Press: Princeton 1994, insb. Kapitel 1, *Aristotelian Royalism and Reformation Absolutism: Divine Right Theory*, S. 29–48, für James I. besonders S. 30–40.

⁸¹ James I., *Political Works*, True Law of Free Monarchies FN 70, S. 307f.

⁸² «The king must not be under man but under God and under the law, because law makes the king». Bracton, Henry of, *On the Laws and Customs of England*, Thorne, Samuel E. (éd.), Harvard University Press: Cambridge 1968, Vol. II., S. 33.

⁸³ Prohibitions del Roy (1607), In conference before the King, In Coke, *Selected Writings*, FN 71, Part Twelve, S. 481. Ähnlich auch die richterliche Auslegungskompetenz betonend in ebd., Part Seven, S. 210. Siehe auch dazu Usher, R. G., James I and Sir Edward Coke, *The English Historical Review*, Vol. 18, N° 72, Oct. 1903, S. 664. Montesquieu formuliert einen vergleichbaren Gedanken das *parlement* betreffend: «J'entends toujours dire que le Roi n'a qu'à supprimer, changer, ôter, casser le Parlement. [...] Mais je jette les yeux, non sur le Parlement de Paris, mais sur la magistrature du royaume, et je la trouve dans les principes du Parlement. Pourquoi cela? C'est que, depuis quatre siècles, [tous] les livres sont pleins des principes du Parlement; que c'est là-dessus que l'on a étudié, qu'on s'est formé l'esprit». *Pensée N° 1226*, Montesquieu, *Pensées*, FN 61, S. 412.

In James I. Vorstellung des Königtums durch Gottes Gnaden steht der König dagegen über dem Gesetz, auch wenn er als *lex loquens* nach dem Gesetz regiert⁸⁴:

And so it followes of necessity, that the kings were the authors and makers of the laws and not the Laws of the kings [...] Not that I deny the old definition of a King and of a law; which makes the *King to be a speaking law* and the Law a dumb King: for certainly a King that governs not by his law, can neither be countable to God for his administration nor have a happy and established raigne: For albeit it be trew, that I have at length proved, that *the King is above the law* [...] And where he [the king] sees the law *doubtful or rigorous*, hee may *interpret or mitigate* the same, lest otherwise *Summum ius bee summa iniuria*: And therefore generall laws, made publikely in Parliament, may *upon known respects to the King by his authority be mitigated, and suspended upon causes onely known to him*.⁸⁵

James I. vereint hier die Elemente des Gegenstandes, den Montesquieu in XI, 6 anspricht. Der Herrscher ist zwar *lex loquens* und regiert nach seinem eigenen Gesetz, steht aber, so macht James I. deutlich, als *maker of the laws* über dem Gesetz. Daher fällt es ihm zu, sollte das Gesetz nicht eindeutig, oder aber zu streng sein, dieses zu interpretieren bzw. zu mässigen. Die Maximen des Herrschers als *lex loquens* und *lex animata* gliedern sich so im Kontext des englischen Verfassungskonflikts unter den Stuarts in das Ringen zwischen König, Parlament und Richtern ein und verbinden Gesetzgebungs- und Rechtssprechungsansprüche. Francis Bacon (1561–1626) bekräftigt in diesem Zusammenhang zugunsten der Ansprüche James I. und gegen Sir Edward Coke, dass es nicht die Funktion des Richters sei, Gesetze zu *machen* oder zu *geben*, sondern nur sie zu *interpretieren*: *ius dicere* und nicht *ius dare*. *Ius dicere* und das Gesetz interpretieren schliesst sich somit für Francis Bacon nicht aus, sondern ist im Gegenteil dasselbe: «Judges ought to remember, that their office is *ius dicere*, and not *ius dare*; to interpret law, and not to make law, or give law».⁸⁶

⁸⁴ Für die Idee des *double power of the King* bzw. die Unterscheidung zwischen *absolute power/merum imperium* (über dem Gesetz), und *ordinary power* (darunter), z.B. Sir John Davies (1569–1626): Davies, Sir John (1659), *Jus Imponendi Vectigana, or, The Learning Touching Customs, Tonnage, Poundage, and Impositions on Merchandizes, Asserted As Well from the Rules of the Common and Civil Law, As of Generall Reason and Policy of State*, Printed for Henry Twyford: London 1984. Für das französische Pendant, z.B. Bodin, FN 4, S. 123. Zur Entwicklung des Denkens um die Idee des *merum imperium*, besonders in Frankreich im 16. Jhd ist der immer noch massgebliche *locus classicus*: Gilmore, M.P., *Argument from Roman Law in Political Thought*, Harvard University Press: Cambridge 1941.

⁸⁵ James I., *Political Works*, *True Law of Free Monarchies*, FN 70, S. 63. Herv. D. Verf.

⁸⁶ Bacon, Francis, *Essays, Civil an Moral*, C. Eliot (éd.), *Harvard Classics* 3, Harvard University Press: Cambridge 1909, S. 13. Zudem Gooch, G.P., *Political Thought in*

Die hier am Beispiel des englischen Verfassungskonfliktes besprochenen herrschaftslegitimierenden Begriffe bzw. die ideologische Rechtfertigung königlicher Rechts- und Justizhoheit waren auch Teil des französischen Verfassungsdenkens des 16. und 17. Jahrhunderts. So sei hier beispielhaft noch einmal auf Bodin verwiesen. Wie oben schon zitiert, bezeichnet Bodin den König als *la loi vive*. Doch indem der Souverän dem Magistraten *l'autorité, la force et la puissance de commander* vermittelt⁸⁷, wird, im Sinne Bodins, der Magistrat selber zur *loi vive*: «Car la loi qui dit que la force des lois gît à commander, défendre, permettre et punir, est plus propre aux magistrats qu'à la loi, qui est muette. Et le magistrat est la vive loi qui fait tout cela, vu que la loi ne porte que les commandements ou défenses».⁸⁸ Das Bild des Königs als *lex animata* bzw. als Richter war im französischen Verfassungsdenken etabliert.⁸⁹ Im Zuge des 16. und 17. Jahrhunderts dienten die Maximen der Legitimierung des königlichen Anspruches, über dem Gesetz zu stehen, das heisst der Legitimierung seiner Gesetzgebungs- und Rechtssprechungsgewalt. Nicht nur, dass durch diese die richterliche Funktion des Königs bestätigt wurde. Die Maximen dienten progressiv immer mehr dazu, den höchsten Gerichten jegliches Recht in die richterliche Tätigkeit des Königs einzugreifen, streitig zu machen.⁹⁰

Vor diesem Hintergrund schreibt Montesquieu und bezeichnet die Richter als *que la bouche de la loi, des êtres inanimés*. Montesquieus Textpassage verdichtet sich so zu einer vielschichtigen Aussage. Zum einen sind es die Richter, die *lex loquens* sind, nicht der König.⁹¹ Zum anderen aber sind die Richter der Mund *des Gesetzes* und haben nicht die Befugnis, eine *opinion particulière* auszudrücken, die den Richterspruch, das heisst ihre Funktion als Richter übersteigt. Schliesslich sind die Richter zwar *lex loquens*, aber nicht *lex animata*. Sie werden in ihrer Eigenschaft als Richter nur durch das Gesetz beseelt. Sie sind daher nicht *legibus solutus* oder anders ausgedrückt *supra legem*. All diese Eigenschaften, die Montesquieu dem Richter zuweist bzw.

England: from Bacon to Halifax, New York 1977, S. 13–22. Siehe auch für den englischen Verfassungskonflikt unter den Stuarts: Allen, J.W., *English political Thought, 1603–1660*, Methuen and Company: London 1938, 2 Vol., sowie Condren, Conal, *The Language of Politics in Seventeenth Century England*, Macmillan: New York 1994. Montesquieu besass die gesammelten Werke von Francis Bacon in einer Ausgabe von 1665.

⁸⁷ Bodin, FN 4, S. 280.

⁸⁸ Ebd., S. 293.

⁸⁹ Der Ausdruck findet sich z.B. auch bei Du Moulin (1500–1566). Nach Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge University Press: Cambridge 1978, Vol. 2, S. 265. Siehe Du Moulin, Charles, *Prima Pars commentariorum in consuetudiniens Parisiensis*, In *Opera Omnia*, Paris 1681, Vol. 1, S. 247, Col. 1.

⁹⁰ Vgl. auch Skinner, FN 89, S. 264–267.

⁹¹ Siehe auch Schönfeld, FN 32 und 34.

verwehrt, sind auch als Positionierung gegenüber dem königlichen Anspruch, selbst zu richten, zu verstehen. Dem Richter wollte und konnte Montesquieu daher die Eigenschaft, *lex animata* zu sein, nicht zusprechen. Denn Montesquieu ging es in erster Hinsicht darum, jeglicher rechtlich-ideologischer Begründung der richterlichen Gewalt seitens des Herrschers entgegenzutreten.⁹² Gerade in dieser Beziehung ist es daher nur folgerichtig, dass Montesquieu sich auf die Verfasstheit Englands stützt, um geltend zu machen, dass es in denjenigen Ausnahmefällen, in denen ordentliche Gerichte nicht geeignet sind, ein Teil der Legislative ist, der richterlich tätig wird. In erster Linie geht es Montesquieu also darum, die richterliche Gewalt, *si terrible parmi les hommes*⁹³, im Wechselspiel der Gewalten in eine Stellung zu rücken, in der sie *nulle* wird. Bildlich gesprochen, nimmt er sie aus dem Konzert der Gewalten nicht heraus, er will sie auch keineswegs ausschalten in dem Sinne, dass er sie ihrer Kraft beraubt. Er rückt sie in gewisser Weise in die Mitte der Waage, in der sie das Gleichgewicht der Gewalten stützt, aber nicht selber ins Gewicht fällt.⁹⁴

Montesquieu wurde vorgeworfen, er habe das System des *common law*, in dem der Richter selbst eine Quelle des Rechts ist, nicht erfasst. Insbesondere habe Montesquieu nicht die Natur des *common law* und die Mechanismen, die die Doktrin des Präzedenzfalles begründete, verstanden. Daher habe er den *lawmaking character* der Rechtssprechung verkannt.⁹⁵ Dies ist aber nicht der Fall. Zunächst musste Montesquieu Hobbes' Besprechung der richterli-

⁹² Auch die häufige Kritik Montesquieus an der Gesetzgebungs- und Rechtssprechungspraxis Justinians (EdL, FN 3, V, 5; XXVI, 9; XXVII, 1; XXIX, 16, 17) fügt sich darin ein. Ebenso Montesquieus Erörterung der *justices seigneuriales* bzw. dass sie ihren Ursprung nicht in einer Usurpierung königlicher Vorrechte hatten (Ebd., XXX, 20). Sowie die Kritik an der These des Abbé Dubos, dass die französische Monarchie Erbin des *Imperium Romanum* sei (XXX, 24): «La seconde preuve que M. l'abbé Dubos allègue, c'est la cession faite par l'empereur Justinien aux enfants de Clovis, de tous les droits de l'empire sur les Gaules. J'aurois bien des choses à dire sur cette cession». Zum historiographisch-ideologischen Streit um den Ursprung der französischen Monarchie siehe Cheminade, Christian, Histoire et politique dans *L'esprit des lois*: Montesquieu, Dubos et Saint Rémi, In Porret, M./Volpilhac-Auger, C. (dir.), *Le temps de Montesquieu*, Droz: Genève 2002, S. 345–361.

⁹³ EdL, FN 3, XI, 6, S. 398.

⁹⁴ Dabei sei angemerkt, dass die Verteilung der Gewalten bei Montesquieu vielschichtig ist, sich in verschiedener Form widerspiegelt und nicht auf die rein institutionellen Gewalten beschränkt ist. Vgl. Beaud, Constitution, FN 11, S. 445. Es wird häufig nicht deutlich genug gemacht, dass Montesquieu seine Theorie der Gewaltenverteilung nicht auf Buch XI, Kapitel 6 begrenzt. Wenn England als modernes Musterbeispiel der rechten Verfasstheit, nicht nur im institutionellen Sinne, gilt, so ist das römische Modell der Mischverfassung das Musterbeispiel, an dem er historisch in den Kapiteln 12–19 die Verteilung der Gewalten in ihrer Vielfalt und Entwicklung verdeutlicht. Siehe insbesondere in Kapitel 18 die Entwicklung der richterlichen Gewalt in Rom.

⁹⁵ Jüngst zum Beispiel Claus, Montesquieu's Mistakes, FN 2, S. 420.

chen Interpretation kennen⁹⁶, die für Hobbes darin bestand, das Gesetz in Bezug auf den jeweiligen Fall anzuwenden. Er kannte also Hobbes' damit verbundene Kritik an Sir Edward Coke betreffend eine strenge Auslegung der Doktrin des Präzedenzfalles. Zudem hatte Montesquieu während seines Londonaufenthaltes durchaus Gelegenheit, das englische Justizsystem zu besprechen. So gibt Montesquieu in seinen *Pensées* ein Gespräch wieder, das er mit Charles Yorke, «avocat très célèbre en Angleterre» dem Sohn des *Lord Chancellor Philip Yorke* führte⁹⁷:

Il y a quatre cours de justice en Angleterre [...] Remarquez que, dans ces cours, on juge, primo par la loi féodale; par la loi romaine; et par les coutumes ou usages d'Angleterre formés sur les jugements qui ont précédé. Il est inutile de dire que l'on se règle aussi sur les actes des Parlements; mais cette source n'est pas considérable.⁹⁸

Sicherlich erschlossen sich Montesquieu einige Aspekte des englischen Justizsystems nicht völlig.⁹⁹ Dass er aber wesentliche Grundlagen des *common law* nicht wahrgenommen habe, ist haltlos.¹⁰⁰

Wesentlich zum Verständnis der Beschreibung richterlicher Gewalt in Buch XI, Kapitel 6, ist der Umstand, dass die Rechtsfindung durch die Vielfalt der Quellen des Rechts für Montesquieu nie willkürlich wird, auch nicht durch die Doktrin der Präzedenz, nicht einmal durch 'Richterrecht'. Mit ande-

⁹⁶ Hobbes, *Leviathan*, FN 4, Kapitel 26.

⁹⁷ *Pensées*, N° 1645, FN 61, S. 519–521. Nach 1749 geschrieben. Yorke schickt Montesquieu 1750 und 1751 mehrere Werke. Ebd., S. 1032.

⁹⁸ Coke äussert sich ähnlich: «That for want of an express Text of Law in terminis terminantibus [Ed: in terms to be determined] and of examples and precedents in like cases (as was objected by some) we are driven to determine the question by natural reason». Dagegen wendet sich Coke und sagt im Gegenteil: «the true rule of the Civile Law is, Lex scripta sic esset, id custodiri oportet quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc defecerit, tunc id quod proximum et consequens ei est, et si id non appareat, tunc jus quo urbs Romana utitur, servari oportet». [Ed: if a written law ceases [to be in force], it is necessary to observe that which has been brought in by usage and customs; and if that is lacking, then that which is nearest and consequent upon it; and, if that is not apparent, then it behoves to observe the rule used by roman law.]. Coke, *Selected Writings*, FN 71, Part Seven, S. 210.

⁹⁹ Das wird auch deutlich, wenn Montesquieu an einigen Stellen durch («je crois») Zweifel oder Erinnerungslücken anfügt. *Pensées*, N° 1645, FN 61, S. 519–521.

¹⁰⁰ Zeugnis dafür ist z.B. Hamiltons Darlegung der Judikative, in der er ausgiebig aus dem *Vom Geist der Gesetze* XI, 6 zitiert: *Federalist Papers*, FN 50, N° 78. Siehe auch zum Supreme Court in Abgrenzung zu England ebd., N° 81. Zudem macht die Vielfalt der hier zitierten Äusserungen von französischen und englischen Rechtsgelehrten deutlich, dass das Rechtsdenken bzw. das verfassungsrechtliche Denken vom 16. bis 18. Jhd. in Frankreich und England nicht in völlig getrennten Bahnen verlief. Die strikte Trennung zwischen den zwei Traditionen des *common law* und des *droit civil* konnte nicht als vollzogen betrachtet werden.

ren Worten, die Quelle des Rechts ist für Montesquieu nicht ausschlaggebend, solange sie dem Gegenstand entspricht und solange der Richter nach dem Recht richtet bzw. sich nicht über das Recht stellt. Eine richterliche Entscheidung darf nicht auf einer *opinion particulière* des Richters beruhen.¹⁰¹ Die Verschiedenartigkeit der Rechtsquellen ist für Montesquieu eine Gegebenheit, die je nach Ort und Zeit auf unterschiedlichen und vielfältigen Faktoren beruht. So sagt er in Bezug auf die *coutumes*: «Faire une coutume générale de toutes les coutumes particulières, seroit une chose inconsidérée, même dans ce temps-ci, où les princes ne trouvent partout que de l'obéissance».¹⁰² Montesquieu lehnt eine Vereinheitlichung des Rechts nicht schlichtweg ab, doch sie ist ihm, ebenso wie die Vereinfachung der Gesetze, verdächtig:

Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne), mais qui frappent infailliblement les petits [...] les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'Etat, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos sans exception? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même?¹⁰³

Vereinfachung und Vereinheitlichung der Gesetze bergen für Montesquieu die Gefahr, Zwischengewalten auszuschalten, oder aber das Recht in der Person eines unbeschränkten Herrschers zu bündeln, kurz gesagt, der rechten Verfasstheit eines Staates, der Voraussetzung für politische Freiheit, zuwiderzulaufen.

Zusammenfassung

Die richterliche Gewalt stellt sich bei Montesquieu als ein wesentliches Verbindungsstück heraus, das Montesquieus Gedanken über willkürliche Herrschaft lenkt. In diesem Aufsatz wurde der Zusammenhang von richterlicher Gewalt und rechter bzw. gerechter Verfasstheit¹⁰⁴ eines Staates besonders betont. Nur wenn die richterliche Gewalt nicht vom Souverän ausgeübt wird,

¹⁰¹ Vgl. Cokes vergleichbare Ansicht, FN 98.

¹⁰² EdL, FN 3, XXVIII, 37, S. 851.

¹⁰³ Ebd., XXIX, 18, S. 882.

¹⁰⁴ Siehe auch in diesem Zusammenhang: MacDonald, Sara, Problems with Principles: Montesquieu's Theory of Natural Justice, *History of Political Thought*, Vol. XXIV, N° 1, Spring 2003, S. 109–130 sowie Pangle, Thomas, *Montesquieu's Philosophy of Liberalism: A Commentary on the Spirit of Laws*, Chicago 1973, insb. S. 9.

ist politische Freiheit möglich. Indem Montesquieu politische Freiheit als Sicherheit¹⁰⁵ vor fremder Willkür definiert, erhält sie eine normative Dimension. Als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Massstäben zivilen Handelns, wird sie gar zum praktischen Ausdruck von Gerechtigkeit.¹⁰⁶ Die rechte Verfasstheit eines Staates ist aber für Montesquieu zwar wesentliche Voraussetzung für die Realisierung politischer Freiheit bzw. Gerechtigkeit, aber keine ausreichende. Die Mässigung der Gesetze, das heisst der *rappont de convenance*, das rechte Verhältnis zwischen Vergehen und Strafe¹⁰⁷, das soziale Gefüge, der Handel, die Religion, seien hier als weitere Komponenten genannt. Die richterliche Gewalt bei Montesquieu muss auch in diesen Zusammenhang eingefügt werden. Sie kann, so Montesquieu, unter gewissen Bedingungen der schrecklichste Ausdruck von Willkürherrschaft sein. Sie kann aber auch die Herrschaft der Gesetze verwirklichen. In diesem Sinne soll sie möglichst unmerklich ein Bindeglied zwischen Staatsgewalten, Recht und Gesellschaft bilden. Wie die Gesetze, denen sie Ausdruck verleiht, ist die richterliche Gewalt bei Montesquieu vielgestaltig und dem Wandel unterworfen. Für Montesquieu jedoch liegt ihre Beständigkeit darin, dass sie der Herrschaft des Rechts Diener sein soll: «chaque diversité est uniformité, chaque changement constance».¹⁰⁸

¹⁰⁵ Dabei ist es wichtig zu bemerken, dass es sich dabei um das Gefühl der Sicherheit handelt. Die Sicherheit ist nicht nur materieller Natur, sondern ist auch mit der Freiheit der Seele verbunden. Siehe dazu: Krause, Sharon R., History and the Human Soul in Montesquieu, *History of Political Thought*, Vol. XXIV, N° 2, Summer 2003, S. 243.

¹⁰⁶ «Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir». EdL, FN 3, XI, 4, S. 395. Als Sicherheit vor willkürlicher Herrschaft, d.h. als 'non domination' muss politische Freiheit bei Montesquieu als 'republikanische Freiheit' im Sinne von Quentin Skinner und Philip Pettit verstanden werden. Die zahllosen Beiträge zu diesem Thema können hier nicht aufgeführt werden. Siehe daher z.B. in Pettit, Philip, Keeping Republican Freedom Simple, On a Difference with Quentin Skinner, *Political Theory*, Vol XXX, N° 3, June 2002, FN 1–3, 6 sowie in Shaw, Carl K.Y., Quentin Skinner on the Proper Meaning of Republican Liberty, *Politics*, Vol. XXIII, Issue 1, February 2003, S. 55f.

¹⁰⁷ Siehe auch Carrithers, David, W., Montesquieu's Philosophy of Punishment, *History of Political Thought*, Vol. 19, N° 2, Summer 1998, S. 213–240 sowie Larrère, Catherine, Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria, In Porret, Michel (éd.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz: Genève 1997, S. 89–108.

¹⁰⁸ EdL, FN 3, I, 1, S. 233.

Olivier Beaud

LA DIÈTE SUISSE DE 1815 A 1848.

Contribution à l'étude du système de la Diète fédérale

En mémoire d'Alfred Kölz,

Dans un ouvrage sur la Fédération que nous venons d'achever, nous avons essayé de décrire une sorte de type idéal de la Diète fédérale considérée comme l'organe politique typique d'une Fédération¹. Plus exactement, nous avons convenu d'appeler «*système de la Diète fédérale*» le modèle constitutionnel décrivant les Fédérations émergentes ou naissantes gouvernées par une Diète, assemblée composée de représentants des Etats-membres et exerçant les fonctions d'instance de décision. Parce qu'elle est issue d'un groupement d'Etats, la fédération est dotée d'une structure institutionnelle qui reflète cette origine en ce qu'elle est contrainte de faire droit à la représentation des Etats. Cette assemblée fédérale, ici appelée Diète, est, comme le note à juste titre Sergio Ortino, l'organe central de «l'Etat à base fédérative»² qui équivaut à ce que nous appelons Fédération, qui est le genre fédératif, sans référence à la distinction canonique entre Confédération d'Etats et Etat fédéral³. L'article 8 de l'Acte final de Vienne modifiant l'organisation de la Confédération germanique, illustre ce type institutionnel à la perfection en énonçant la description suivante: «La Diète fédérale, formée des représentants de tous les membres de la Fédération, représente la Fédération dans sa totalité, et elle est l'organe constitutionnel permanent qui veut et agit pour elle»⁴. La doctrine juridique a l'habitude de considérer qu'un tel organe politique est typique des Confédérations que Charles Durand décrit ainsi: «A l'exception

¹ Voir notre ouvrage, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, chap. 11, p. 351.

² Il considère cet «Etat à base fédérative» comme institutionnellement fondé «sur un organe central représentatif de l'entité communautaire, composé de délégués des membres singuliers de la Fédération, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Turin, Giappichelli, 1993, p. 293.

³ Le chapitre second de notre livre sur la Fédération est consacré à une réfutation de cette distinction canonique.

⁴ Je donne le texte en allemand car ma traduction est délibérément non littérale: «*Die Bundesversammlung, aus den Bevollmächtigten sämtlicher Bundesglieder gebildet, stellt den Bund in seiner Gesamtheit vor, und dans beständige verfassumsässige Organ seines Willens und Handlelns*». Le terme de «*Bevollmächtigten*», littéralement «plénipotentiaires», indique la coloration diplomatique de cette assemblée.

de la confédération sudiste de 1860, les confédérations du passé ne possédèrent qu'une organisation juridique incomplète. Leur organe suprême – et souvent unique – consistait en une assemblée, ou Diète, que formaient les représentants des divers Etats, nommés par les organes supérieurs des Etats (gouvernements ou législatures) – qui votaient par l'intermédiaire de délégués au sein de la Diète. Celle-ci ne devenait pas de ce fait une simple conférence diplomatique car ses décisions s'imposaient en droit à chacun des Etats sans avoir besoin d'être ratifiées par leurs gouvernements respectifs.⁵ Selon le même auteur, la Diète fédérale prend, en général, ses décisions soit à la majorité, soit à l'unanimité selon les cas, et ceci contrairement à une idée aussi répandue que fautive, qui la décrit comme fonctionnant à l'unanimité⁶.

Une telle description de la Diète fédérale n'est pas fautive, mais elle est empreinte du préjugé courant qui consiste à mesurer le pouvoir fédéral par rapport au pouvoir d'un Etat. Sous prétexte que la Diète est une institution unique dans le cadre fédératif, elle est discréditée par le qualificatif d'«*organisation juridique incomplète*», étant sous-entendu que la complétude est représentée par le modèle de l'Etat moderne, constitutionnel et parlementaire. Mais, bien qu'elle soit de forme rudimentaire, la Diète doit surtout être comprise et décrite comme une institution *proprement fédérative*: elle n'est ni inter-étatique, ni étatique. En effet, elle diffère non seulement de la conférence diplomatique, mais aussi d'une chambre normale d'un Parlement classique dans la mesure où elle est organisée essentiellement de manière à représenter les Etats-membres. Elle se distingue notamment du Parlement moderne par trois traits. Le premier tient au mode de désignation des membres de la Diète; ceux-ci sont, à l'origine, nommés par les instances fédérées compétentes, et ils ne sont pas élus par le peuple. La différence avec un Parlement moderne est éclatante, et on peut l'illustrer par la formule célèbre de Burke: «le Parlement n'est pas un congrès d'ambassadeurs»⁷. Un autre trait particulier réside dans le principe d'égalité de la représentation pour chaque Etat. En effet, la Diète se singularise par sa composition déterminée par le mode de *représentation égale par Etats*. Il faut entendre par là que «chaque Etat disposait d'une voix, quelles que fussent les différences quant à la population, à la richesse, à la part prise dans les dépenses d'intérêt général, dans les efforts et sacrifices exigés par la défense commune»⁸. Enfin, le dernier trait

⁵ Ch. Durand, *Confédération d'Etats et l'Etat fédéral. Réalisation acquises et perspectives d'avenir*, Paris, M. Rivière, 1955, p. 68.

⁶ Charles Durand a raison d'ajouter à ce propos: «en dépit de descriptions sommaires visant ce type d'union fédérative». *Ibid.*

⁷ Cité par H. Ptikin, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 171.

⁸ Ch. Durand, *op.cit.*, p. 68. L'exception de taille était constituée par la Diète de la Confédération germanique où il y avait une pondération des voix selon les Etats en raison de la très grande inégalité des territoires.

caractéristique de la Diète n'est pas moins étonnant pour des esprits modernes: elle est, le plus souvent, l'organe *unique* du pouvoir fédéral⁹. Ainsi, elle concentre, dans presque tous les cas, les fonctions, étant amenée à exercer l'équivalent non seulement du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, mais aussi du pouvoir judiciaire, faisant fonction de pouvoir d'arbitrage entre les Etats-membres¹⁰.

Bref, l'impression qui résulte de cette description de la Diète fédérale peut être résumée d'une seule phrase: c'est un pouvoir d'un type particulier auquel on ne peut pas appliquer la grille de la typologie des formes de gouvernement. Cela n'aurait guère de sens de prétendre que la Confédération helvétique de 1815 ou la première Fédération des Etats-Unis (1776–1787) ait eu une forme de gouvernement aristocratique ou républicaine; en effet, l'idée même de forme de gouvernement suppose un «gouvernement», c'est-à-dire une certaine sophistication dans la technique d'habilitation des compétences des pouvoirs et d'investiture des gouvernants que le système de la Diète fédérale est loin d'avoir. Il semble, de ce point de vue, qu'un esprit perspicace comme André Siegfried a eu l'intuition de la spécificité du pouvoir fédéral en notant à propos des autorités suisses fédérales: «*la Confédération administre, les cantons gouvernent*»¹¹. Une telle remarque est notable en ce qu'elle suggère, sans y toucher – la marque du bon essayiste – une différence portant sur la manière dont chacune des deux sphères de la Fédération est «gouvernée». Même si elle ne doit pas être généralisée en raison des particularités de la Suisse¹², elle confirme l'hypothèse d'une spécificité du pouvoir fédéral qu'il est impossible de décrire à l'aide de la catégorie de la forme de gouvernement¹³.

Bien que ce modèle de la Diète soit stigmatisé par la plupart des auteurs contemporains qui soulignent son imperfection et sa faiblesse, nous considérons néanmoins qu'il constitue le véritable prototype de la structuration d'un pouvoir fédéral. Il mérite donc, contrairement à ce qu'on lit trop souvent,

⁹ Il existe néanmoins une exception de taille qui est celle des Provinces Unies des Pays-Bas où les Etats Généraux étaient flanqués d'une seconde institution collégiale, le Conseil d'Etat.

¹⁰ Sur le point précis du lien entre contrôle de constitutionnalité moderne et arbitrage des conflits entre Etats-membres dans une Fédération, v. notre article, «De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral» in Grewe (C.), Jouanjan (O.) Maulin (E.), Wachsmann, (P.) (dir.), *La justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005 pp. 49–72

¹¹ *La Suisse, démocratie témoin*, Neuchâtel, La Baconnière, 1948, p. 141.

¹² Dans un tel pays, note Siegfried, «la politique se réduit à une administration bien entendue.» *Ibid.*, p. 133.

¹³ C'est donc pour cette raison que l'on a voulu parler d'une «asymétrie» entre la forme fédérale et la forme fédérée du pouvoir dans ce type de Fédération. *Théorie de la Fédération*, p. 351.

d'être pris au sérieux. Cela suppose de rompre avec la démarche habituelle qui calque sur le pouvoir fédéral l'analyse institutionnelle de l'Etat et qui le décrit à travers la triple fonction juridique (législatif, exécutif et judiciaire)¹⁴ et à partir des principes du constitutionnalisme moderne (séparation des pouvoirs et garantie des droits), tout comme on devrait lui attribuer un certain type de forme de gouvernement propre aux Etats (république, monarchie). Or, la réalité fédérale est rebelle à de telles catégories.

Afin d'illustrer par un cas concret cette idée du système de la Diète, on voudrait ici prendre pour exemple le cas de la Suisse d'après le Congrès de Vienne: celle du pacte fédéral de 1815. Certes, cette période est un peu décriée de nos jours en raison de la nature réactionnaire de la forme politique de l'époque, mais l'importance constitutionnelle de ce moment historique n'a pas manqué d'échapper à des observateurs avisés, et notamment au regretté Alfred Kölz qui y a consacré une large partie de son premier tome de l'histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, renouvelant considérablement la connaissance de ladite période¹⁵. Si la période est assez mal vue, la Diète de la même époque est encore plus mal perçue, comme on le verra plus loin. Pourtant, il apparaît nécessaire de la réexaminer.

Une précision s'impose néanmoins quant à la portée du présent travail. Pour ne pas être inutilement redondant avec d'autres travaux, nous ne référons ici ni l'histoire de la Diète fédérale de 1815, ni celle de sa naissance et de son évolution¹⁶. L'objectif de cet article est de présenter l'esquisse de ce que pourrait être une monographie plus ambitieuse sur la Diète. En effet, ce tra-

¹⁴ V. ici aussi l'ouvrage de C. R. Bowie, C. Friedrich (eds), *Studies on Federalism*, Boston, Little Brown, 1954, p. 3–172, qui commence par une synthèse sur les Fédérations centrées autour de la tripartition des pouvoirs: «le pouvoir législatif fédéral», «le pouvoir exécutif fédéral», «le pouvoir judiciaire fédéral». V. dans la traduction française, *Etudes sur le fédéralisme*, tome I, Paris, LGDJ, 1960, p. 16–294. Une telle classification n'est pas même justifiée tant elle paraît évidente.

¹⁵ A. Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, (1992) trad. fr. Perrinjacquet, Colbois, tome I. Berne Stämpfli, 2006, pp. 169 à 596. Ayant rencontré Alfred Kölz à Paris en 1994, à la Bibliothèque Nationale, et ayant reçu ses encouragements pour poursuivre mes recherches sur le fédéralisme, j'entends ainsi lui rendre hommage de façon posthume en lui dédiant cet article.

¹⁶ A l'ouvrage précité d'Alfred Kölz, on peut ajouter la synthèse très claire de W. Rappard sur «le pacte de 1815» dans *La Constitution fédérale de la Suisse. 1848*, Neuchâtel, La Baconnière, 1948, pp. 28–40, sur le contexte international, E. Bonjour, *Geschichte der schweizerischen Neutralität*, Bd 1, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1970, pp. 211 et s, et bien entendu, le rapport de Pellegrino Rossi de 1832, qui explique remarquablement les raisons pour lesquelles le Pacte fédéral de 1815 doit être modifié, *Per la Patria Commune (Rapporto d'ella commissione della Dieta ai ventidue Cantoni sul progetto d'Atto federale da essa deliberato a Lucerna, il 15 dicembre 1832)*, édition bilingue (franco-italienne), édition scientifique par Luigi Lacchè, Bari, Piero Lacchà, 1997.

vail ne prétend pas du tout à l'exhaustivité et il est largement de nature exploratoire. Il faudrait un dépouillement plus systématique des actes de la Diète et de ses délibérations, ainsi que des actes officiels des cantons, pour vérifier si les pistes de recherches ici proposées sont valides ou non¹⁷. En outre, la présente étude devrait être utilement prolongée par celle des deux expériences parallèles que constituent deux autres Diètes fédérales: le Congrès continental de la première Fédération des Etats-Unis (*Articles of Confederation* de 1781)¹⁸ et la Diète fédérale allemande de Francfort (1815–1866)¹⁹. Les lectures que nous avons faites à propos de ces deux autres expériences confirment l'hypothèse ici soulevée d'une sous-estimation dans la littérature d'histoire constitutionnelle de cette institution typiquement fédérale, corollaire logique de la dévalorisation structurelle de la notion de Confédération à laquelle la notion de Diète est associée.

Le lecteur pourrait toutefois s'étonner de notre intérêt pour la Diète fédérale suisse de 1815. Ne sait-on pas qu'elle a très mauvaise réputation? On lui reproche en effet sa «faiblesse»²⁰; de ce point de vue, le portrait sévère dressé par Jean-François Aubert apparaît comme très représentatif de l'opinion dominante: «Ses pouvoirs, lus dans le texte, ne sont donc pas médiocres. Mais elle n'a, pour les soutenir, que les contingents militaires des cantons. Pour les financer, elle n'a, en plus du produit d'une douane extérieure, que les contri-

¹⁷ A notre connaissance, il n'y a pas de monographie juridique, récente du moins, sur la Diète fédérale suisse de 1815. De ce point de vue, malgré son immense intérêt, la somme d'Alfred Kölz n'apporte pas les réponses aux questions que nous soulevons ici. La raison en est simple: Alfred Kölz a voulu étudier l'histoire suisse, tandis que nous traitons d'un objet qui la recoupe, mais un peu différent: l'histoire comparée des structures fédérales. Pour la présente étude, la somme antérieure à celle de Kölz, celle d'Eduard His (sur laquelle Christoph Schönberer a attiré notre attention), Eduard His, *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts*, tome II: *Die Zeit der Restauration und der Regeneration (1814 bis 1818)*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1929, nous a été plus utile pour des raisons que le lecteur comprendra en lisant la seconde partie de cet article.

¹⁸ Il semble bien, après examen, qu'il n'y ait aucune monographie juridique consacrée au premier Congrès fédéral américain (1781–1787), même s'il existe de bonnes études historiques sur cette période (du livre classique de Merrill Jensen à celui de Jack Rakove, plus récent) et des monographies toujours historiques sur le Congrès en question.

¹⁹ Nous avons principalement étudié la Diète allemande, lors d'un séjour à l'Institut Max Planck de droit européen, en 1995, et découvert une institution bien plus active que ne le prétend la vulgate habituelle. La lecture des premiers tomes d'Ernst Rudolf Huber sur l'histoire constitutionnelle allemande suffit à prouver l'importance de cette Diète.

²⁰ Celle d'avant 1798 dont J. F. Aubert écrit la chose suivante pour la décrire: «Elle délibérait de la politique étrangère et de l'ordre intérieur des membres. Les décisions s'y prenaient lentement, les députés n'acceptant d'engagements que dans les limites de leurs instructions. Du reste, les mesures une fois arrêtées n'étaient jamais imposées aux cantons qui n'en voulaient pas.» J. F. Aubert, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Berne, Francke, 2^{ème} éd. 1975, p. 8.

butions pécuniaires des cantons. Il n'y a pas de force nationale, il n'y a que la force des cantons. Et cette dépendance est si visible que les cantons feront ce qu'il leur plaira des délibérations de la Diète²¹. Si la faiblesse de cette institution²² provenait de son incapacité à imposer ses décisions aux Etats-membres, un tel jugement serait conforme au réquisitoire habituellement dressé contre les autres Diètes fédérales, qu'il s'agisse du Congrès continental des Etats-Unis (1777–1787) ou de la Diète de Francfort²³ et contre les Confédérations en général dont on dit qu'elles sont soumises à la souveraineté des Etats-membres. Mais il faut noter qu'on évoque cette «impuissance de la Diète»²⁴ au regard des attentes d'une partie de la population, dont la conscience nationale s'éveille et qui voudrait avoir un pouvoir politique moderne (un Etat) davantage adapté à une société moderne.

Notre perspective est différente, et c'est peut-être grâce à cela qu'on peut apporter – du moins espérons-le – un regard nouveau sur la Diète suisse et sur son action. Il ne s'agit pas de la jauger par rapport aux institutions qui lui succéderont (le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale de 1848), mais de la mesurer par rapport à son temps et son époque. Vue sous cet angle, elle perd une grande partie de ses oripeaux négatifs et revêt une couleur plus attrayante: elle a accompli son devoir et son office dans une période difficile dans la mesure où elle a permis d'enraciner la Fédération moderne en Suisse. En d'autres termes, en essayant de montrer ce qu'elle était, en vérité, et ce qu'elle a réellement fait entre 1815 et 1848, on voudrait nuancer le tableau qu'on en dresse d'ordinaire²⁵. Si l'on se permet cette tentative de réévaluation, c'est aussi pour une raison de méthode. Il nous semble que l'opinion

²¹ J.F. Aubert, *op.cit.* p. 18.

²² On observera d'abord, la contradiction qui consiste à affirmer, d'un côté la faiblesse de la Diète fédérale, due à l'inexistence de la force exécutoire de ses décisions, et, d'un autre côté, l'atteinte portée à son image par la recommandation adressée aux cantons de contrôler plus strictement l'établissement des étrangers et les journaux et livres. J. F. Aubert, *Petite histoire*. p. 19. Si elle était une institution si faible, ses mesures n'auraient pas pu porter atteinte aux individus résidant en Suisse, les cantons devant faire obstacle aux mauvaises actions de la Diète. Sauf à admettre justement que, dans certains cas, au moins, ses décisions étaient suivies d'effets...

²³ Le réquisitoire est la face inverse du plaidoyer en faveur des institutions plus efficaces de l'Etat fédéral ainsi loué par sa capacité de commander les Etats-membres et de leur imposer des décisions, y compris contre leur consentement.

²⁴ P. Dubois, *La guerre du Sonderbund (La Suisse de 1847)*, Paris, Alvik, 2002, p. 25. C'est lui qui évoque à travers maints exemples pratiques (les tirs fédéraux, les sociétés savantes suisses, les unions industrielles), l'éveil de «la conscience et de l'idée de la Nation suisse»

²⁵ Une source précieuse est le *Recueil des pièces officielles de droit public* (3 vol.), dans la traduction française (Lausanne, Blanchard, 1838). Mais la source la plus précise est le *Repertorium* qui reflète fidèlement les travaux de la Diète et qu'Eduard His utilise constamment.

dominante a tendance à juger le droit fédératif de la période suisse 1815–1848 sur la seule base de la lecture des textes fondateurs. Mais, comme tout juriste le sait, la pratique institutionnelle, c'est-à-dire la manière dont les textes «organiques» sont interprétés, confère son véritable sens à un régime constitutionnel. Or, l'examen du cas particulier suisse révèle un écart saisissant entre l'image de la Fédération, telle qu'elle ressort des documents fondateurs (pactes fédératifs ou constitutions fédérales) (I) et la représentation qu'en donne l'examen de sa pratique institutionnelle (II).

I La Diète suisse selon le droit fédéral écrit

L'analyse de la Diète nécessite d'évoquer, fût-ce brièvement, sa devancière, la Diète de l'ancienne Confédération d'avant 1798, car, comme on l'a noté²⁶, il est difficile de séparer artificiellement les deux moments de l'histoire constitutionnelle suisse en raison de l'importance de la continuité de la forme fédérale qui les lie entre eux. Aux premiers temps de la vieille Confédération helvétique, non pas tous les cantons membres, mais seulement ceux qui étaient intéressés par les sujets mis en discussion se réunissaient dans ce qu'on peut appeler de simples conférences intercantionales. Puis avec la multiplication des réunions des délégués de cantons et l'extension des objets communs, ces conférences s'institutionnalisèrent en une Diète fédérale (*Tagsatzung*). Celle-ci se dota d'un règlement intérieur de plus en plus rigide, nous dit-on, et comme toute assemblée permanente, elle connut la distinction entre une session annuelle, session qu'on peut qualifier d'ordinaire, et des sessions extraordinaires. A l'origine, le lieu de la réunion de la Diète était mobile, mais progressivement, il se fixa et le siège de la Diète, pour l'ancienne confédération suisse fut établi à partir de 1712 à Frauenfeld (Thurgovie)²⁷. La Diète se réunissait chaque été, sous la présidence du canton de Zurich. Lorsqu'elle ne se réunissait pas, c'était le canton directeur (Zurich) qui exécutait les affaires courantes.

²⁶ André Siegfried écrit notamment ce propos général: «il subsiste en Suisse une tradition médiévale et d'ancien régime qu'aucune révolution d'envergure n'est jamais venue rompre.» *La Suisse, démocratie-témoin*, p. 165. Sergio Ortino est du même avis.

²⁷ On tire ces renseignements d'un article fort éclairant de W.A Liebeskind, «La République des Pays Bas et le Corps Helvétique» in *Recueil des travaux publiés à l'occasion de l'Assemblée de la société suisse des juristes*, à Genève, de 4–6.XI.1938, Genève, Kundig, 1938, p. 237.

C'est d'ailleurs un des points communs entre cette ancienne Diète et la nouvelle Diète de 1815²⁸ prévue par le pacte fédéral de 1815. Le huitième paragraphe de ce dernier définit l'objet d'une telle assemblée fédérale: «La Diète dirige, d'après les dispositions du Pacte fédéral, les affaires de la Confédération, qui lui ont été transférées par les Etats souverains»²⁹ (§ 8 al. 1). Elle constitue donc l'organe dirigeant de la Fédération, mais elle n'est pas un organe législatif au sens où ce terme est retenu aujourd'hui. En effet, elle n'a pas vocation principale à édicter des normes générales et impératives pour tous les sujets de la politique qu'elle régit. Comme on le verra d'ailleurs, elle est tenue de délibérer sur des objets restreints prévus par le pacte fédératif.

Comme l'assemblée de l'ancienne Confédération, la Diète de 1815 n'est pas une assemblée permanente; en effet, elle se rassemble une seule fois par an; la session ordinaire est annuelle, et débute chaque premier lundi du mois de juillet. Il peut y avoir néanmoins une convocation de session extraordinaire «lorsque le directoire la convoque ou sur la demande de cinq cantons» (§ 8 al. 1). Elle se réunit à un endroit qui est celui du canton directeur (*Vorort*), et qui est, en outre, un endroit mobile en raison de la rotation des cantons directeurs (v. *infra*). Le président de la Diète n'est pas élu, comme est élu le président d'une assemblée parlementaire, mais il est désigné d'office en raison de sa qualité de Bourgmestre ou d'Avoyer du canton directeur.

Parce que cette assemblée n'est pas permanente, elle doit donc se faire aider par une instance de type exécutif qui est le canton directeur (*Vorort*) qu'on appelle quelquefois aussi, le directoire cantonal. Cet Exécutif a la singularité d'être tournant, incombant tous les deux ans à l'un des trois cantons directeurs (Zurich, Lucerne et Berne)³⁰. Le pacte de 1815 ne connaît plus l'unité du pouvoir exécutif, incarnée par le *Landammann*, qui existait dans l'Acte de Médiation. Cet Exécutif tournant, innovation du pacte fédéral, constitue aussi son talent d'Achille car il privilégie, par cette rotation (*Turnus*),

²⁸ Le point est relevé par J. Westerkamp, *Staatenbund und Bundesstaat*, Leipzig, 1892, p. 220.

²⁹ Le texte allemand est traduit dans le recueil de Kölz par la formule lapidaire: «les affaires générales de la Confédération». Mais l'adjectif «générales» rend mal l'idée contenue dans l'expression allemande «*die ihr von den souveränen Ständen übertragenen Angelegenheiten des Bundes*» (voir le texte allemand in Alfred Kölz, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte*, Bâle, Stämpfli, t. I; Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, p. 198). S. Ortino traduit lui aussi, de la même manière que nous le faisons ici.

³⁰ La raison est politique. Zurich, ancien canton directeur, était jugé politiquement trop radical, et on lui a adjoint deux autres cantons Berne et Lucerne, «bien rassis» écrit J.-F. Aubert, *Petite histoire*. p. 18.

l'égalité des cantons³¹ par rapport à l'efficacité du pouvoir exécutif. Ce dernier est conçu comme une sorte de pouvoir subsidiaire qui peut exercer ses compétences seulement lorsque la Diète ne siège pas (§ 10 al. 1) ou bien lorsque celle-ci a décidé de lui conférer, dans des circonstances exceptionnelles, des «pouvoirs particuliers». Ce directoire peut aussi se voir aidé le cas échéant, par un groupe de six «représentants» des cantons, chargé par la Diète de gérer des affaires fédérales importantes» (§ 9 al. 1). Un autre germe du pouvoir exécutif réside dans la Chancellerie fédérale (*Bundeskanzlei*) qui, placée auprès du canton directeur, est composée d'un Chancelier et du Secrétaire d'Etat, nommés par la Diète (art. 10 al. 3). C'est la Chancellerie qui s'occupe de tenir le protocole des séances de la Diète et de la correspondance avec les cantons s'y référant et des archives fédérales.

Il n'est donc pas interdit de penser que la Diète exerce, d'une certaine manière, la fonction exécutive, bien que celle-ci connaisse un début d'autonomisation.

La Diète est composée de plusieurs «députés», mais il faut entendre ce mot non pas au sens moderne de parlementaires, mais au sens ancien du terme, sortes d'ambassadeurs des cantons³² ou de députations. Un indice qui va dans ce sens est le fait que le président de la Diète vérifie s'ils ont bien été accrédités par leurs Gouvernements respectifs selon une procédure qui fait penser à la présentation des lettres de créance des ambassadeurs³³ et non pas à la vérification des élections par une assemblée parlementaire. Tout aussi inusuel pour une assemblée politique est le fait que les ambassadeurs des puissances étrangères, accrédités par la Confédération, sont invités à assister à la séance inaugurale de la Diète³⁴. Il existe un quorum pour qu'une séance de la Diète soit ouverte, et il est fixé au chiffre de quinze (sur vingt-deux) (§ 9). Enfin, comme à la Diète de Francfort, les séances sont secrètes de sorte que la Diète présente plusieurs traits qui la font ressembler à une conférence diplomatique. Mais comme on le verra, le point le plus important est l'existence d'un vote par instruction (v. *infra*, procédure).

La Diète est composée de députés des cantons, vingt-deux cantons dans cette Confédération. Le mode de représentation choisi correspond au type idéal de la représentation par Etats puisque «chaque canton a une voix» (§ 8

³¹ D. Schindler insiste longuement sur les mérites de ce *Turnus* (rotation) dans un article remarquable: «Die Gleichheit der Kantone» (1923) in D. Schindler, *Recht, Staat, Völkergemeinschaft*, Zurich, Schulthess, 1948, p. 147.

³² Le mot allemand employé dans le pacte fédéral est *Gesandten*, que l'on pourrait aussi traduire par «envoyés».

³³ «La veille du jour de l'ouverture solennelle de la Diète, les lettres de créance des députés devront être remises au président» (§ 7, Régl. Int. 1818, p. 212.).

³⁴ «Arrêté sur la forme et le cérémonial de l'ouverture des Diètes fédérales ordinaires» du 25 juillet 1817, *Rec. Officiel*, tome I, § 3, p. 208.

al. 1), indépendamment de sa taille géographique et de sa force démographique. C'est une rupture importante par rapport à l'Acte de Médiation de 1803 qui prévoyait une pondération des voix selon la population des cantons³⁵. Si chaque canton a une voix, il faut néanmoins se demander s'il n'a qu'un seul député; si c'était le cas, la Diète serait une bien maigre assemblée puisqu'elle comporterait seulement vingt-deux députés. Mais comme on peut s'en douter, ce ne fut pas le cas, le droit fédéral organique ayant prescrit que les cantons pourraient envoyer entre deux ou trois députés à la Diète. Il faut en déduire que ces députés ne votent pas individuellement puisque le canton a une seule voix et qu'il faut justement voter par canton. Donc, au sein du groupe cantonal de députés, il y a une sorte de porte-parole, le *Wortführer*³⁶ – littéralement le «conducteur de voix» – qui exprime un vote collectif au nom du canton lui-même³⁷. C'est d'ailleurs ce système de vote par contingent que connaît encore aujourd'hui le *Bundesrat* allemand (v. *infra*).

Comme la Confédération suisse avait pour singularité de connaître l'existence de demi-cantons – quatre en 1815 et six à partir de 1833³⁸ – un problème spécifique se posa pour leur droit de vote. En effet, comme le texte du pacte fédératif prescrivait que «chaque canton (avait) une voix», les autorités durent régler le problème résultant de ce que la voix d'un demi-canton (une demi-voix) ne comptait pas aux yeux du droit fédéral. Elle considèrent fictivement que les deux demi-cantons formaient un seul canton au regard du droit fédéral. La solution n'était pas sans inconvénient pour les demi-cantons qui, s'ils n'arrivaient pas à s'entendre, perdaient, *de facto*, leur droit de vote au sein de la Diète³⁹. Pour échapper à un tel inconvénient, les demi-cantons bâlois signèrent une convention sur l'exercice du droit de vote dans la Diète, ce qui rappelle les dispositions un peu de même type que signent les partis politiques allemands dans les Länder dirigés par des coalitions et qui sont représentés au Bundesrat.

³⁵ Selon l'article 28, les cantons dont la population dépassait cent mille habitants avaient deux voix à la Diète, et les autres une voix chacun. Source: A. Kölz, *Quellenbuch*, tome I, p. 180.

³⁶ Eduard His, *op.cit.*, tome II, p. 168. C'est le règlement intérieur de la Diète fédérale de 1818 qui est ici la source juridique, § 13.

³⁷ Cette prégnance du canton dans l'organisation intérieure de la Diète suisse se laisse apercevoir à travers des détails de vocabulaire. Les voix des députés sont, dans certains paragraphes du pacte, désignées sous le terme de «voix des cantons» et non pas de voix des députés.

³⁸ Les quatre demi-cantons étaient ceux d'Unterwald (Obwald et Nidwald) et d'Appenzell (d'Appenzell Rhodes Intérieures et Rhodes Extérieures). La division de Bâle en deux donna naissance à Bâle-Ville et Bâle-Campagne.

³⁹ «Les demi-cantons ne se font entendre que s'ils se mettent d'accord». J.F. Aubert, *Petite histoire*, p. 18.

Les députés sont désignés par les cantons et selon des règles qui varient suivant chaque canton puisque ces règles sont du ressort fédéré. Le plus souvent, ces députés étaient choisis dans les Grands conseils (*Großen Räte*)⁴⁰ qui, même s'ils n'étaient pas l'équivalent d'une chambre haute, étaient de nature aristocratique par leur composition. A Genève, en 1814, c'est le Conseil représentatif, et non le Conseil d'Etat qui est compétent pour désigner les députés de la Diète⁴¹. La portée de ce type de disposition pour la théorie générale de la Fédération ne doit pas être sous-estimée car on est ici en présence classique de renvoi du droit fédéral au droit fédéré, comme c'est le cas par exemple pour la réglementation de la nationalité et de la citoyenneté⁴²: les règles de désignation des membres de la Diète fédérale relèvent de la compétence des autorités fédérées (en particulier, des dispositions des constitutions cantonales). Par conséquent, toute modification du droit constitutionnel fédéré peut affecter la composition politique de la Diète et donc la vie politique fédérale. A l'époque de la Restauration suisse, ces cantons étaient en majorité de nature aristocratique et leurs «grands conseils» étaient dominés par des notables, ou dans les villes par les familles patriciennes, véritables leaders de ces villes. Lors de la Régénération, ce mouvement démocratique provoqué par l'onde de choc de la Révolution de juillet 1830 suscita la démocratisation cantonale qui provoqua, par ricochet, celle de la Diète fédérale.

Si l'on analyse maintenant le fonctionnement de la Diète fédérale, son originalité saute aux yeux. Il est largement déterminé par le fait que les députés

⁴⁰ L'article 9 de la constitution du canton d'Argovie du 4 juillet 1814 prescrit la composition du Grand Conseil (151 membres), indique ses dates de session et énumère ses quatre titres de compétence. Le dernier d'entre eux se rapporte justement à la fédération: «Il nomme les députés à la Diète, leur fournit des instructions et délibère sur la convocation de sessions extraordinaires de la Diète» (trad. personnelle de l'original allemand, reproduit in A. Kölz, *Quellenbuch*, tome I, p. 231). V. à titre d'autres exemples: la Constitution de Lucerne du 1^{er} mai 1841, § 52 al. 4, in A. Kölz, *Quellenbuch*, tome I, p. 389, l'article 31 de la Constitution de septembre 1844: «La députation à la diète se compose de deux députés. Le grand conseil les nomme à chaque session et se fait rendre compte de leur mission» (Kölz, *Quellenbuch*, tome I, p. 397).

⁴¹ Selon le § 8 de la Constitution pour la Ville et République de Genève du 24 août 1814: «Sur un préavis du Conseil d'Etat, il [le Conseil représentatif] statuera sur toutes les matières relatives aux diètes ordinaires et extraordinaires, il donnera sa sanction aux instructions et aux mandats. Il nommera les Députés à la diète, mais le chef de la députation devra être pris dans le Conseil d'Etat; il pourra cependant laisser au Conseil d'Etat, le choix des députés.» in A. Kölz, *Quellenbuch*, tome I, p. 218. Le Conseil représentatif est composé de 250 membres (§ 9) ordinaires auxquels il faut ajouter les 25 membres du Conseil d'Etat (qui incluent les quatre Syndics).

⁴² Voir sur ce point, C. Schönberger, qui écrit notamment: «*Gliedstaatsangehörigkeit und Bundesangehörigkeit sind notwendigerweise miteinander verknüpft*», *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr, 2005, p. 194.

«votent d'après les instructions de leurs Gouvernements»⁴³. Ce type de mandat impératif est – on le sait – totalement contraire à l'esprit d'un Parlement moderne où le parlementaire est censé voter librement (mandat dit représentatif) selon sa propre opinion, sans être tenu par de quelconques instructions de ses mandants. Il ressort d'ailleurs de la pratique que cette règle est d'interprétation stricte si l'on en juge par certaines déclarations du Président de la Diète⁴⁴. Mais surtout l'exigence d'instructions émanant des Etats fédérés est lourde et contraignante car elle implique d'organiser la procédure *en amont*, bien avant la session de juillet. Voyons en effet, comment concrètement, une résolution ou décision (*Beschluß*) de la Diète advient à l'existence. A l'origine, soit un canton ou plusieurs cantons, désireux de voir une affaire fédérale examinée par la Diète, font des «propositions» ou «ouvertures» qu'ils transmettent à la présidence de la Diète, c'est-à-dire le canton directeur, soit celui-ci souhaite voir traiter une affaire par la Diète. Ensuite, ce dernier est tenu de communiquer à tous les autres cantons la liste des objets à examiner lors de la prochaine séance de la Diète, afin que les cantons puissent donner à leurs députés les instructions nécessaires. Cette liste est qualifiée par le règlement intérieur, de la Diète⁴⁵, de «circulaire instructionnelle» (*Tractanden-Circular*). Il y a cependant un tempérament à cette règle très stricte grâce auquel les cantons peuvent, au tout dernier moment, c'est-à-dire pendant la session de la Diète, déposer des propositions, mais uniquement pour les «cas importants et urgents» et à condition que les cantons puissent obtenir, «durant la Diète, les instructions nécessaires»⁴⁶.

Le Président de la Diète a une certaine marge de manœuvre dans l'inscription à l'ordre du jour puisqu'il peut mettre de préférence en délibération «les objets d'une grande importance et d'un intérêt général»⁴⁷. Mais il ressort de cette brève description que la procédure ici adoptée quant à l'initiative des textes et à leur inscription à l'ordre du jour est aux antipodes d'une procédure parlementaire. Puisque l'objet des délibérations doit avoir été instruit préalablement, les initiatives spontanées des députés sont presque impossibles et la discussion relative à des textes, qui ont déjà été examinés en amont par les gouvernements cantonaux, s'avère réduite. Un tel système nie

⁴³ Cette règle qui est fixée par le § 8, al. 1 du pacte fédéral est repris au § 4 du Règlement de la Diète de 1818.

⁴⁴ Dans la séance du 8 août 1816, le Président de la Diète a déclaré que tout vote qui exprimerait l'opinion personnelle d'un député, et qui ne se référerait pas à une instruction de son gouvernement, serait nul. E. His, *op.cit.*, tome II, p. 175, note 61.

⁴⁵ Règlement de la Diète fédérale du 7 juillet 1818 (in *Rec. Officiel*, tome I, p. 210 et s.), modifié par le Règlement pour la Diète de la Confédération suisse du 14 juillet 1835 (*Rec. Officiel*, tome II, pp. 492 et s.).

⁴⁶ Règlement de la Diète fédérale de 1818, § 4 (p. 211) et Règlement pour la Diète de la Confédération suisse de 1835, art. 28, 29.

⁴⁷ § 3 du Règlement de la Diète fédérale du 7 juillet 1818, *Rec. Officiel*, tome I, p. 211.

l'idée même d'une représentation politique en vertu de laquelle l'unification ou l'agrégation des intérêts doit se faire au niveau des représentants, et non des représentés⁴⁸.

La forme des délibérations dans la Diète confirme cette lourdeur et apparaît très solennelle. L'objet des textes organiques n'est pas, en 1815, d'organiser les débats, mais plutôt la façon de recueillir les votes des députés. On apprend que les cantons sont appelés nominativement, par le président de la Diète, à donner leur avis sur la proposition, puis à voter selon un ordre de préséance entre les cantons, avec une exception dans la mesure où les cantons intéressés par la résolution en jeu peuvent revendiquer le droit de voter en premier⁴⁹. Le Président fait circuler un questionnaire général (*Umfrage*) dans lequel chaque canton doit, suivant le rang officiel, indiquer son vote. Il est possible d'organiser un second tour d'opinion sur un même objet. Une fois la délibération terminée, le Président de la Diète «en établit les principaux points, et il établit la question sur laquelle on doit voter»⁵⁰. La procédure de la mise aux voix encadre aussi de façon stricte la manière dont les députés peuvent manifester leur opinion. Le Président de la Diète met aux voix deux opinions contraires sur lesquelles les députés doivent se prononcer à main levée. Le formalisme est important puisque même si une majorité a été obtenue, l'opinion contraire doit quand même être mise aux voix. Les cantons pouvaient justifier oralement leur vote, car leur avis était demandé. Par ailleurs, tout canton avait le droit de demander qu'on fasse circuler un second questionnaire.

Enfin, pour ce qui concerne la majorité requise pour les scrutins, le Règlement intérieur de la Diète concrétise la règle prévue par le pacte selon laquelle la majorité absolue est nécessaire pour la plupart des décisions. Son article 23 dispose: «Pour prendre un arrêté valable dans les affaires soumises aux délibérations de la Diète, il faut toujours une majorité de douze voix, sauf les objets pour lesquels le pacte fédéral requiert expressément une majorité plus forte.»⁵¹ Le cas délicat était celui qui se produisait lorsque les cantons n'arrivaient pas à dégager une majorité. Soit la Diète se bornait à enregistrer ce fait dans le recès, c'est-à-dire le recueil officiel de ses délibérations, soit on

⁴⁸ A. Greber, *Les notions de représentation et de participation*, Mémoire IUE Florence, 1997, p. 55.

⁴⁹ Pour certaines «affaires qui intéressent particulièrement un ou plusieurs Cantons»; dans ce cas, «l'opinion de ceux-ci doit être entendue avant les autres» (§ 16 Régl. Int. 1818).

⁵⁰ E. Henke, *Droit public de la Suisse*, trad. fr. p. 119

⁵¹ Rappelons qu'il y a 22 cantons représentés à la Diète. Le pacte de 1815 prévoyait d'une part, une majorité qualifiée des trois quarts (15 cantons) pour les décisions jugées «importantes» par le pacte – la déclaration de paix ou de guerre, la conclusion d'alliances avec des puissances étrangères (§ 8 al. 3) – et d'autre part, une majorité qualifiée des deux-tiers pour la délégation de pouvoir au canton directeur (§ 9 al. 1).

demandait «durant la session, de nouvelles instructions pour obtenir une majorité constitutionnelle» (§ 24, Régl. Int.). Mais étant donné la lourdeur de la procédure, cette dernière hypothèse devait être peu fréquente. Comme on le verra plus loin, une pratique «*praeter legem*» semble avoir vu le jour qui permettait aux députés de voter sur certaines affaires, mais en réservant aux cantons eux-mêmes le droit de ratifier *ex post* cette décision.

II Une autre image de la Diète de 1815 ressort de la pratique institutionnelle

Si l'on veut vraiment connaître ce que furent les fédérations naissantes des Etats-Unis et de la Suisse, il faut étudier non seulement leur fondement juridique (le pacte fédératif), mais aussi les usages, les coutumes et également le droit organique, ces sources secondaires du droit fédéral – qu'on aurait même envie de décrire comme du «droit dérivé»⁵². C'est cette vieille leçon qu'illustre l'histoire de la Diète fédérale de 1815 qui, si on la juge aussi d'après sa pratique, revêt une image fort différente de l'image habituelle. Sans tordre le bâton dans l'autre sens, le présent article vise à montrer qu'on a eu le tort de sous-estimer cette Diète qui, si on la juge à l'aune de ce qu'est une Fédération, a rempli une fonction constitutionnelle importante dans la Suisse de la Restauration et de la Médiation. Vue ainsi, la Diète apparaît sous un jour nouveau: d'une part, elle s'est renforcée au fil du temps, ce qui contredit l'idée d'une institution faible et, d'autre part, le bilan de son action ne fut pas aussi insignifiant que l'on dit.

A/ Le renforcement institutionnel de la Diète

Le renforcement de la Diète est attesté par diverses réformes qui sont issues de la pratique politique qui n'est pas toujours reflétée par les analyses doctrinales. La plus importante de ces évolutions coutumières concerne la manière dont la Diète a fonctionné. Au départ, conçue un peu comme une assemblée

⁵² Par sources secondaires, il ne suffit pas de songer aux lois ou traités fédéraux, mais encore au droit constitutionnel organique représenté par le règlement intérieur de la Diète fédérale. Pour celui qui connaît un peu le droit parlementaire, cette remarque relève de l'évidence tant le règlement intérieur des assemblées joue un rôle crucial. V. l'ouvrage classique de P. Avril, J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1996, pp. V–VI.

d'Etats, elle s'est transformée, petit à petit, en une assemblée quasi-parlementaire. En effet, on avait vu que le système des instructions rendait presque impossible la discussion de type parlementaire au sein de l'Assemblée. Mais la modification du règlement intérieur de 1835 enregistre un changement allant dans le sens d'une véritable délibération des affaires fédérales, d'ailleurs prônée par le projet de révision du pacte de 1832⁵³. Les changements opérés dans la procédure permettent d'évoquer même une ébauche de parlementarisation. Le premier d'entre eux est la publicité des débats qui est introduite dès 1833⁵⁴: les rédacteurs de journaux purent pénétrer dans la tribune et une place fut réservée pour le public extérieur⁵⁵. La presse, qui exigeait depuis longtemps cette mesure, relaya les débats et participa ainsi activement à la restructuration de l'espace public⁵⁶. Ceci ne manqua pas de modifier le comportement des députés qui, par-delà le public de la salle, visait indirectement l'opinion publique. Les discours se firent plus enflammés et l'aptitude au compromis, rendue possible par les négociations secrètes, diminua⁵⁷. La plus nette confirmation de ce changement, par lequel la Diète devint un forum public, est l'introduction de pétitions et d'adresses que les simples citoyens adressent à son président. Non seulement, une députation peut être

⁵³ Quand on lit le projet de révision établi par Pellegrino Rossi, on comprend mieux pourquoi un tel système était insatisfaisant. Rossi, qui plaide en faveur d'un droit d'initiative personnelle des députés, estime que tout le monde s'accorde pour «déplorer la forme actuelle des délibérations fédérales»: «Ces instructions discutées séparément, souvent un peu au hasard, dans vingt-deux législatures, dont les unes ne connaissaient pas les motifs qui peuvent agir sur les autres, ces disparates qui rendent souvent impossible toute décision, ou qui du moins, impriment aux affaires fédérales une marche si lente et embarrassée, ces députés obligés quelquefois de résister aux vérités les mieux démontrées; ou de ne pas terminer une affaire, quelque minime et insignifiante qu'elle puisse être». *Per la Patria commune*, p. 144.

⁵⁴ Par un arrêté de la Diète «ayant acquis force de loi» du 22 décembre 1833, Art. 1: «Les séances de l'autorité fédérale suprême seront publiques», *Rec. Officiel*, tome II, p. 387. La Diète invite le Directoire fédéral à faire des propositions relatives aux cantons sur les séances qui pourront être tenues à huis clos. Le règlement relatif à la publicité des délibérations de la Diète en date du 8 juillet 1834 est pris en exécution du précédent arrêté. *Rec. Officiel*, tome II, pp. 387 et s.

⁵⁵ Toutefois, la Diète pouvait décider à la majorité des cantons présents de renoncer à la publicité et exiger la sortie du public. Règlement du 8 juillet 1834, art. 3, *Rec. Officiel*, tome II, pp. 388–389. Les journalistes devaient s'engager auprès du président de la Diète à publier les délibérations de la Diète «conformément à la vérité» (art. 2). La règle est codifiée dans le règlement intérieur de la Diète de 1835: «les séances de la Diète sont publiques, selon qu'il en est ou sera statué par les arrêtés concernant la publicité.» (Art. 17), *Rec. Officiel*, tome II, p. 496.

⁵⁶ V. par exemple, Th. Maisen, *Vom Sonderbund zum Bundesstaat (Krise und Erneuerung 1798–1848 im Spiegel der NZZ)*, Zürich, Verlag Neue Zürcher Zeitung, 1998 pp. 48–49. Le livre contient de très intéressantes caricatures de la vie politique suisse du début du XIX^e siècle.

⁵⁷ C'est ce que relate en tout cas Eduard His, *Geschichte, op.cit.*, tome II, p. 169–170.

habilité à demander à ce qu'on informe l'instance collégiale du contenu de ces pièces lorsque celles-ci se rapportent à l'objet pendant de délibération, mais même s'il s'agit d'une affaire différente, les pétitions et adresses pourront être mises à l'ordre du jour de la Diète et délibérées ensuite (art 57). Quand on connaît l'importance historique du droit de pétition dans l'élaboration du droit parlementaire, on comprend donc à quel point la réforme de 1835 marque une rupture dans l'évolution de la Diète.

La procédure d'adoption d'un texte est modifiée par le Règlement intérieur de 1835 afin d'accorder davantage d'importance aux débats entre députés. La faculté pour un canton de fournir un exposé des motifs de sa proposition est désormais officiellement prévue (ar. 32 Rég. Int.), et ceci avant qu'elle ne soit «discutée». Bien que la procédure un peu lourde d'ouverture des instructions et de communication des instructions faite par les cantons demeure (art. 33), la liberté de parole est désormais reconnue aux députés pour discuter véritablement la proposition en jeu (art. 35). Tout aussi novatrice est l'introduction, dans cette phase de discussion, de la faculté pour les députés de remettre au président de séance des amendements et des sous-amendements avant qu'on ne passe à la phase de votation (art. 38), lesdits amendements devant être ensuite mis aux voix avant la proposition principale (art. 39). Dans le même sens d'une rationalisation de la procédure d'adoption des textes, figure la faculté désormais officielle, accordée à la Diète, de faire examiner certains objets par des commissions créées *ad hoc* (art. 53), celles-ci ressemblant beaucoup aux commissions parlementaires classiques: les membres en sont élus par les partis, doivent faire un rapport, ont un président, etc...

En outre et surtout, tout semble indiquer que la règle, si paralysante, du vote sur instructions, se soit progressivement assouplie. C'est en tout cas ce que semble attester le développement coutumier d'une procédure en vertu de laquelle les députés acceptaient l'adoption des textes, mais sous réserve de leur approbation ultérieure par les Gouvernements de cantons. Ces votes sont de ce fait «incomplets» et la procédure devient parfaite seulement après la prise de position du canton alors sollicité. Il était ensuite indiqué dans le recès (*Abschied*) que la résolution avait été prise «*ad ratificandum*», et qu'elle deviendrait définitive, une fois l'approbation cantonale obtenue, lors de la Diète suivante⁵⁸, sauf si un terme spécial n'était pas fixé. Le recours à un tel expédient semble s'expliquer par le caractère peu opératoire des instructions qui pouvaient s'avérer insuffisantes lors de la délibération⁵⁹. Cette pratique est en

⁵⁸ Il y avait des cas plus compliqués. Les cantons dissidents pouvaient faire inscrire au procès-verbal leurs instructions et leurs votes. Comme on s'en doute, des instances de conciliation furent créées pour tenter d'arriver à un accord, le Président de la Diète ayant la faculté de nommer une commission.

⁵⁹ V. en ce sens E. Henke, *Droit public de la Suisse*, p. 112.

quelque sorte codifiée par l'arrêté réglementaire de la Diète du 6 juillet 1819 «sur la manière de procéder à l'égard des ratifications qui ont été réservées»⁶⁰. On y apprend donc que certaines décisions prises par la Diète sont adoptées provisoirement et que le Canton directeur doit organiser la procédure par laquelle les cantons doivent informer précisément la Diète du sort qu'ils entendent réserver à ces votations prises selon la procédure *ad ratificandum*⁶¹. Le silence du canton, c'est-à-dire l'absence de la réponse à la directive du canton directeur, vaut comme adoption implicite de la décision soumise à ratification⁶².

L'existence de ces votes «incomplets» est très instructive. Elle montre la souplesse de l'institution, c'est-à-dire le fait qu'on a toléré une initiative non prévue par les textes qui dérogeait au vote «selon les instructions», tout en ménageant l'essentiel, à savoir le principe du consentement des cantons, des mandants. Le règlement intérieur de 1835 codifiera cette pratique en abrogeant l'arrêté de 1819 et en reprenant son contenu (Art. 47). Mais cette pratique révèle incontestablement une volonté d'émancipation des députés par rapport à leurs mandants, rendue nécessaire par l'extension des compétences de la Diète.

En effet, une modification substantielle qui affecta le fonctionnement de la Diète fut l'extension de ses propres compétences au-delà de ce que prévoyait le pacte fédéral. En l'absence de juge constitutionnel, elle était juge et partie, et elle pouvait, du moins tant que les cantons ne s'y opposèrent pas, se saisir de questions politiquement importantes. Ainsi dans le domaine international, alors que le pacte fédéral lui attribuait la compétence de conclure des traités uniquement dans le domaine du commerce et de la guerre (alliance), l'étude de sa pratique montre qu'elle a pris l'initiative de renouer avec l'état du droit antérieur (celui de la Médiation) en concluant des traités sur des objets importants non prévus par le pacte: le libre établissement des étrangers, la liberté de

⁶⁰ *Rec. Officiel*, tome II, p. 218 et s. William Rappard fait allusion à des votes de la Diète pris à la majorité, mais dans lesquels certaines voix de représentants étaient comptées favorablement «sous réserve de ratification» (à propos de la résolution du 26 juillet 1831 relative à la liberté de commerce intérieur), *op. cit.* p. 46.

⁶¹ «Comme la déclaration des ratifications qui ont été réservées est censée dans la règle devoir se faire à la Diète ordinaire de l'année suivante, sauf le cas où un autre terme aurait été fixé, et comme il importe d'obtenir toujours autant que possible des votes complets sur les conclusions fédérales, le Canton directeur doit, à l'avenir, en adressant aux Cantons, les *tractanda* de la Diète, indiquer sur chaque objet les ratifications qui n'ont pas encore été déclarées et les rappeler à ceux dont les députés se sont réservés cette ratification, pour qu'ils donnent leurs instructions à cet égard.» *Ibid.* p. 218.

⁶² «(...) Si avant, ou durant la session de la Diète, le Canton ne s'expliquait point à cet égard, son silence sera considéré comme un acquiescement au vote de son député, et on en inférera la ratification de l'arrêté dont il s'agit.» Arrêté du 6 juillet 1819, *Rec. Officiel*, tome II, pp. 218–219.

circulation ou sur l'extradition des criminels, etc.⁶³. Il suffit d'ailleurs de parcourir les trois volumes du *Recueil officiel des pièces du droit public de la Confédération suisse* pour se rendre compte de la diversité des domaines dans lesquels la Diète fédérale est intervenue, diversité qui pourrait donner lieu à un inventaire à la Prévert. Non seulement, elle conclut des traités, mais elle régleme des aspects très importants de la vie politique suisse, notamment en ce qui concerne le domaine militaire, les poids et mesures. Il lui est même arrivé d'intervenir de manière très détaillée dans l'organisation d'entreprise de grands travaux publics comme la construction du canal de la Linth⁶⁴.

B/ L'action politique de la Diète

Si l'on passe de l'action normative à l'action politique, il faut aussi reconnaître que la Diète, ne fut pas inactive, même si cette activité consista, dans la première partie de cette période, à mener une politique conservatrice visant à réprimer les désordres et les mouvements démo-libéraux. La période de 1815 à 1830 fut scandée par de multiples interventions fédérales par lesquelles la Diète, s'appuyant sur la compétence attribuée à elle par le pacte fédéral (§ 4), envoya des commissaires fédéraux rétablir l'ordre dans tel ou tel canton. Mais surtout, là où la Diète s'illustra le plus en matière de défense de l'ordre, ce fut dans le domaine de la presse à une époque où il faut le rappeler, la liberté de la presse avait disparu et où régnait le système de l'autorisation préalable tant pour les livres que pour les journaux. Dès 1814, certaines autorités fédérales suisses se plaignent que certains journaux dans divers cantons publient des informations sur l'armée. La Diète prend une première mesure le 8 mai 1815 pour inciter les cantons à restreindre certaines publications. En 1816, le vicaire général du pape en Suisse se plaint de certaines critiques adressées à l'un de ses discours. La Diète fédérale prend un premier recès «contre l'abus de la publicité relativement aux objets religieux et politique»⁶⁵ dans lequel elle «recommande à tous les hauts Etats» – c'est-à-dire aux cantons – de veiller au

⁶³ Le fait est relevé par Eduard His, *Geschichte*, tome II, p. 171 qui renvoie au *Repertorium* II, 33 et s.

⁶⁴ *Rec. Officiel*, I, p. 371. Le texte indique bien que la source originale, allemande, contient près de trente pages sur cette «entreprise fédérale de la Linth».

⁶⁵ Voir sur ce point *Rec. Officiel*, II, p. 368–370, qui contient les deux textes du 20 août 1816 et du 3 septembre 1819. Ces derniers textes sont aisément accessibles dans la version originale (allemande) du recueil de Johan Kaspar Bluntschli, *Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ewigen Bünden bis auf die Gegenwart*, Bd II *Urkundenbuch*, 2^{ème} éd., Stuttgart, Meyer, réédité en 1977, chez Topos, Vaduz (Liechtenstein), document n° 83, pp. 403–404.

respect de la religion, ce qui implique d'interdire les écrits licencieux, ceux qui dépassent les «bornes de la discrétion» en matière religieuse et politique. En 1819, c'est à nouveau à la suite d'une plainte d'un canton catholique, le canton d'Uri, mécontent de certains écrits dirigés contre la papauté et l'Eglise⁶⁶, que la Diète prend un arrêté au terme duquel elle veut «inviter de la manière la plus pressante tous les Etats confédérés à prendre, en exécution de *l'arrêté de la Diète du 20 août 1816*, les mesures les plus convenables pour empêcher qu'on n'imprime ou qu'on ne répande dans des imprimés, brochures ou journaux, des articles injurieux ou offensans contre l'une ou l'autre des deux confessions chrétiennes»⁶⁷.

Mais la lutte contre la presse va prendre un tour encore plus politique et dangereux pour la Confédération suisse quand les pays étrangers de la Sainte Alliance vont faire peser une lourde pression sur un pays qui accueille de nombreux réfugiés politiques, spécialement des Allemands. A la suite du Congrès de Vérone (octobre 1822), où les grandes puissances ont décidé d'agir contre les factions révolutionnaires, les autorités de la Diète et les autorités cantonales sont l'objet de pressions de plus en plus fortes, des puissances de la Sainte Alliance et notamment du représentant de l'Autriche en Suisse. Certains ministres étrangers envoient des listes de réfugiés en demandant à la Confédération de procéder à leur extradition. La Diète désigne alors en juillet 1823 une commission qui devait rédiger un rapport sur cette question. Le 14 juillet 1823, après avoir écouté ce rapport et discuté ces conclusions, la Diète prend un arrêté dont l'intitulé ne laisse pas de doute sur son contenu répressif car il concerne «des mesures relatives aux abus de la presse et à la police sur les étrangers»⁶⁸. Le ton adopté par la Diète est solennel; dans le préambule de cet texte, la Diète souligne la nécessité pour la Suisse de conserver les meilleures relations amicales avec les Etats européens qui ont conclu l'Acte final de Vienne, et d'assurer «la sûreté de la Confédération», et elle arrête «à l'unanimité» la chose suivante: «tous les hauts Etats (*Stände*) sont invités très instamment à prendre, de la manière qui sera jugée convenable, des mesures énergiques en vue de ce qui suit»⁶⁹, c'est-à-dire la presse et la situation des

⁶⁶ E. His, *Geschichte*, tome II, p. 382.

⁶⁷ Arrêté de 1819, *Rec. Officiel*, tome II, p. 370.

⁶⁸ En allemand «*Tagungsbeschluß in Hinsicht auf den Mißbrauch der Druckerpresse und auf die Fremdpolizei*» vom 14 juillet 1823», confirmé le 6 juillet 1824, in Bluntschli, *Geschichte*, tome II, pp. 412 et s..

⁶⁹ *Rec. Officiel*, tome II, p. 90. Le texte allemand est encore plus radical puisque les mesures sont «*erforderlichen, ernsten und genügenden* (mesures exigées, sérieuses et suffisantes)». La suite de l'arrêté (*conclusum*) est le suivant: «A/ Relativement aux abus de la presse: 1/ Qu'en traitant des relations extérieures, dans les journaux, brochures, ou écrits périodiques, on évite avec soin tout ce qui blesse les égards dus à des puissances qui sont en relation amicale avec la Suisse, ou leur fournirait des motifs à de

étrangers réfugiés. Elle décide que les cantons doivent non seulement prendre des mesures répressives contre ceux qui violent les textes en vigueur, mais se doter de moyens préventifs (police administrative) capables de remédier aux abus constatés. Cette mesure est considérée comme exceptionnelle car elle complète l'arsenal juridique forgé en 1816 et 1819 et surtout parce qu'elle est estimée être renouvelable chaque année⁷⁰. La portée de cette mesure exceptionnelle de police administrative est considérable: elle conduit la Fédération à s'immiscer largement dans les affaires internes aux Etats-membres, pour un motif équivalent à la raison d'Etat: la défense de la sûreté fédérative. Alors qu'on prétend que la Diète n'a jamais été efficace, les historiens notent toutefois que ce système répressif, imposé par les puissances étrangères «eut, pendant un certain temps, son efficacité. (...) Les journaux furent intimidés. Plusieurs cantons édictèrent des dispositions visant à contrôler et à censurer la presse»⁷¹.

Mais, en 1829, la Diète décide d'abroger cet arrêté car les cantons ont fait des déclarations qui sont interprétées comme étant des «gages de sécurité pour toute la Confédération». Il en résulte que les «arrêts (*konklusa*) extraordinaires» de 1823 ne doivent plus être confirmés, ce qui signifie l'abrogation des mesures antérieures. Les cantons pouvaient de nouveau «oser se comporter de manière plus libre vis-à-vis de l'étranger»⁷²: telle est la leçon politique de cette mesure d'abrogation. Mais ledit arrêté contient cependant une intéressante notation à portée juridique. En effet, la Diète y indique que les cantons récupèrent leur compétence intégrale de police administrative sur la surveillance des journaux et des étrangers⁷³. Cela veut donc dire que, en réglemant ainsi sur tout le territoire les matières de presse et des étrangers, la Diète a usé d'une compétence qu'elle ne possédait pas en temps normal et qu'elle la rétrocédait aux cantons, une fois terminées les circonstances exceptionnelles. Ce qui l'a autorisé à agir ainsi, ce ne sont pas seulement les circonstances, mais aussi son statut de gardien de la Fédération. La Diète n'hésite pas à endosser le rôle de l'institution fédérale qui protège les intérêts

justes plaintes. 2° Qu'en prenant ces mesures, on ait pour but, non seulement de punir, mais surtout de prévenir les contraventions». *Rec. Officiel*, tome II, p. 98.

⁷⁰ Dans la note qui suit la publication de l'arrêté de 1823, Bluntschli écrit que cet arrêté a été confirmé le 5 juillet 1825, le 4 juillet 1826, le 3 juillet 1827 et le 11 juillet 1828, *Geschichte*, tome II, p. 414.

⁷¹ E. His, *op. cit.*, tome II, p. 386. Pour la liste des diverses mesures cantonales, voir sa note 67 p. 386.

⁷² E. His, *op. cit.*, tome II, p. 387.

⁷³ «La surveillance et l'action nécessaires (...) rentrent désormais complètement dans les attributions des hauts Etats [«demnach fallen von nun an die nöthige Aufsicht und Einwirkung (...) wieder vollständig den H. H. Ständen selbst anheim», in Bluntschli, *Geschichte*, t. II, p. 414.

des cantons au nom de la défense de la «commune patrie»⁷⁴. Elle ne respecte donc pas la répartition (implicite) des compétences prévue par le Pacte et empiète sur la souveraineté cantonale au nom de la défense de la Fédération, au nom justement d'un principe innommé de protection de la constitution fédérale, du pacte fédératif.

Il est frappant de constater le parallèle ici existant entre l'action de la Diète suisse entre 1815 et 1830 avec l'action de la Diète allemande de Francfort. On les taxe toutes deux de faiblesse et d'inefficience, mais en même temps, on est obligé de constater qu'elles ont eu une politique répressive plutôt efficace. On est en droit peut-être de soupçonner les Etats-membres, qui ont pris la plupart de ses dispositions à l'unanimité, de ne pas avoir été mécontents de reporter sur la Diète la responsabilité de ces mesures d'ordre public, nécessairement impopulaires auprès de leurs populations. Mais peu importent les motifs d'une telle tolérance, car l'important est de relever que la Diète a agi ici sans beaucoup de faiblesse. On ajoutera, si l'on veut être un peu plus complet, que cette même Diète, prétendument faible, va résoudre la crise de 1847–1848. En effet, elle a vigoureusement prohibé le *Sonderbund*, cette «alliance séparée» et a tout fait pour s'opposer aux cantons dissidents. Procédant exactement, comme le fera plus tard le Président des États-Unis (Abraham Lincoln) vis-à-vis des États du Sud sécessionnistes, elle a qualifié cette menace sécessionniste de «rébellion» et a recouru à l'exécution fédérale, c'est-à-dire l'emploi de la force armée pour contraindre les cantons minoritaires à l'obéissance⁷⁵.

⁷⁴ «En même temps, la Diète leur recommande, à tous, avec une égale confiance, de ne jamais perdre de vue, à l'occasion des lois et règlements qu'ils rendent en cette matière, les intérêts supérieurs de la commune patrie (*des gemeinsamen Vaterlandes*) et de tenir soigneusement compte de ses rapports les plus importants vis-à-vis de l'étranger», *Rec. Officiel* tome II, p. 288 (allemand, in Bluntschli, *Geschichte*, t. II, p. 414). Traduction légèrement modifiée: nous avons rendu «höhern Interesse» par «intérêts supérieurs» alors que la traduction officielle a choisi «intérêts relevés».

⁷⁵ Dans un premier temps, la Diète fédérale déclare, par un arrêté du 20 juillet 1847 la dissolution de «l'alliance séparée (*Sonderbund*)» conclue entre les sept cantons dissidents, et confie à ces cantons la responsabilité de l'observation de cet arrêté, tout en se réservant le soin «de prendre les mesures ultérieures pour en procurer l'exécution». *Recueil des pièces officielles de la Diète fédérale (concernant la dissolution de l'alliance séparée conclue entre les Cantons de Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Fribourg, et Valais)*, Berne, Imprimerie Stämpfli, 1847. Elle enjoint le 11 août 1847 aux cantons dissidents de cesser de faire des préparatifs militaires, et devant l'échec de toutes les tentatives de conciliation et de médiation, décide de faire exécuter par la force l'arrêté du 20 juillet par un arrêté du 4 novembre 1847, intitulé: «arrêté d'exécution» dans lequel, après avoir relevé que les sept cantons du *Sonderbund* ont refusé d'obéir aux injonctions de la Diète et ont continué la préparation de la guerre, et après avoir noté qu'il est «du devoir de la Diète de faire respecter les arrêtés que l'assemblée a rendus conformément aux prescriptions du droit fédéral» (*Ibid.*, p. 14), la Diète décide la chose suivante: «L'arrêté de la Diète du 20 juillet de la présente année

En outre, pour être en mesure de mener une telle politique extérieure, il a fallu que la Diète s'en donnât les *moyens*. Elle le fit justement par l'intermédiaire des *commissions*. On connaît le rôle déterminant joué par la Commission des affaires diplomatiques dans la question de l'admission des nouveaux cantons en 1814–1815, et de la négociation avec la Sainte-Alliance de la neutralité suisse. Ainsi, comme dans tout régime d'assemblée, le pouvoir glisse de l'assemblée vers celle des commissions, qui exercent le pouvoir réel⁷⁶. La réforme du règlement intérieur de 1835 entérine le rôle des commissions *ad hoc* qui aident l'assemblée plénière à prendre des décisions importantes en préparant un rapport sur lequel se fonde la Diète pour adopter une position.

De même, afin de régler des problèmes de politique intérieure, la Diète a instauré les germes d'une *administration fédérale*, renforçant ainsi ses prérogatives de manière coutumière. Il existait, certes, une amorce d'administration avec la Chancellerie fédérale déjà évoquée. Mais il fallait également des fonctionnaires fédéraux pour s'occuper des finances fédérales (de la caisse centrale) et pour gérer la coordination des contingents militaires des cantons. Devant l'ampleur de la tâche à assumer, la Diète et les autres autorités fédérales ont inventé des solutions originales pour faire tourner la machine bureaucratique. Elles se sont appuyées sur deux types d'administrateurs fédéraux: les représentants et les commissaires. L'existence des «représentants» était certes prévue par le pacte fédéral (§ 9); ils étaient chargés «de la gestion fédérale» dans des affaires «importantes», en tout cas appréciées comme telles par la Diète qui devait prendre une décision spéciale (à la majorité des 2/3) pour les instituer. Ils étaient nommés par les cantons selon une procédure compliquée⁷⁷. La doctrine suisse les considère comme des fonctionnaires de la Confédération car ils étaient payés sur le budget fédéral («indemnisés par la caisse centrale» § 9, al. 5 du pacte).

Jusqu'à ce point, il n'y a rien de coutumier, mais la pratique a considérablement modifié l'esprit du texte en pérennisant l'institution de ces «représen-

[...] doit être exécuté par la force des armes» (article 1) (*Ibid.* p. 14.) Dans sa Proclamation à l'armée suisse du 4 novembre 1847, la Diète fédérale considère que «l'alliance séparée est un acte de rébellion d'une minorité factieuse contre les décrets rendus par l'autorité compétente». *Ibid.* p. 17.

⁷⁶ Nous n'avons pas, sauf erreur de notre part, trouvé d'étude approfondie sur les commissions de la Diète.

⁷⁷ Car, dans la réalité, les cantons étaient, à cet effet, spécialement répartis en six classes dont chacune d'elles nommait un représentant. D. Schindler a attiré l'attention sur la nature de cette répartition: les cantons sont ici groupés selon des critères historico-politiques. Il y a un groupe de cantons historiques, un groupe de cantons-directeurs, une classe de cantons politiquement radicaux, un groupe d'anciens pays sujets (Vaud, Thurgovie et Tessin) etc. «Die Gleichheit der Kantone» (1923) in D. Schindler, *Recht, Staat, Völkergemeinschaft*, Zürich, Schulthess, 1948, p. 153.

tants». D'après le texte du pacte, la durée de leurs fonctions devait être temporaire, car fixée par la Diète, et de telles fonctions devaient expirer «à une nouvelle réunion de la Diète» (§ 9 al. 4). Mais au lieu d'être en fonction seulement quand la Diète ne siégeait pas, ces «représentants de la Confédération» ont continué à exercer leurs fonctions, y compris pendant la durée des sessions de la Diète⁷⁸. Encore plus frappante est la naissance d'une institution particulière qui est celle des «commissaires de la Confédération», inventée par la pratique pour résoudre concrètement le problème de l'intervention fédérale dans les cantons. Leur rôle était ici fondamental car ils étaient chargés par la Confédération helvétique de ramener la paix et l'ordre public dans un canton troublé. La pratique a inventé cette distinction entre représentant et commissaire lors de la période troublée de la Régénération où il fallut envoyer des troupes fédérales dans les cantons pour rétablir l'ordre et donner des pouvoirs spéciaux et extraordinaires à ces envoyés qui usaient de la puissance publique fédérale en commandant les troupes fédérales.

De ce bref examen de la pratique de la Diète fédérale de 1815, diverses leçons peuvent être tirées. La première, c'est la relative incertitude du droit en vigueur. Cette Fédération naissante est obligée de tâtonner et d'expérimenter en matière juridique. C'est particulièrement net pour les actes que la Diète est compétente pour édicter. Ce facteur d'incertitude tient à la relative porosité des compétences. Comme le pacte fédératif ne contient pas de répartition expresse des compétences et qu'il n'y a pas, de surcroît, de juge fédéral pour trancher les conflits de compétence, les acteurs politiques doivent se débrouiller tout seuls. Il ne faudrait pas en déduire que l'idée d'une limitation des compétences n'existe pas, sinon comment expliquer que le règlement intérieur de la Diète, en 1835, prend la peine de définir les «affaires fédérales» sur lesquelles doit délibérer l'assemblée: ce sont les «objets qui, aux termes du pacte fédéral, rentrent dans la compétence de la Diète»⁷⁹. Pour les affaires qui ne sont pas fédérales par leur objet, mais sur lesquelles la Diète a quand même délibéré, les cantons n'ont pas à se sentir liés par la décision de la majorité, et pourront suivre leur propre volonté; dans ce cas, la formule consacrée dans les textes indique qu'ils «se réservent leur convenance»⁸⁰. Mais d'une façon générale, il est admis que ce genre d'affaires doit être traité non pas par la Diète, mais par les cantons au terme de conventions multilatérales que sont les concordats, alors même qu'il y aurait un consensus entre tous les cantons pour traiter ensemble de la question au sein de la Fédération⁸¹. La distinction entre la forme contractuelle du concordat (convention intercantonale) et l'acte unilatéral de la Diète épouse donc la distinction entre la compé-

⁷⁸ V. sur ce point, Eduar His, *op.cit.*, tome II, p. 179.

⁷⁹ Art. 49, Rég. Int. 1835, *Rec. Officiel*, tome II, p. 504.

⁸⁰ E. Henke, *Droit public de la Suisse*, note 1, p. 121.

⁸¹ E. Henke, *Droit public de la Suisse*, p. 121.

tence des unités fédérées et celle de l'unité fédérale de sorte que l'on peut supposer qu'il y avait décision de la Diète fédérale lorsqu'il y avait compétence de la Fédération et concordat intercantonal lorsque les cantons étaient compétents. Toutefois, le développement de la pratique extra-légale – *praeter legem* – n'a pas seulement avantage les cantons, car la Fédération en a profité aussi, comme le montrent les exemples cités plus haut. Si l'on compare les dispositions du pacte fédéral avec la pratique, il faut de préférence conclure, nous semble-t-il – que la Diète a plutôt étendu le domaine de ses compétences pendant cette période, ce qui va au rebours de la présentation usuelle de la «souveraineté cantonale» qui aurait fait obstacle à toute réforme.

La seconde leçon tient à la confirmation de l'hypothèse principale selon laquelle une théorie de la Fédération est difficilement pensable si l'on reste prisonnier des catégories étatiques du droit public. En effet, le but essentiel de l'exposé précédent était de confirmer cette hypothèse du «ni-ni»: la Diète fédérale n'était ni un Parlement, ni une conférence diplomatique. Cette hésitation à la définir se reflète dans la difficulté que rencontrent les contemporains pour nommer de façon précise les actes juridiques qu'elle prenait. Comme le pacte fédéral n'évoque pas la question de la dénomination, il faut se tourner vers la pratique fédérale pour y trouver la solution. Or, il faut bien constater que la *praxis* se borna à créer des «désignations différenciées et obscures»⁸². On rencontre aussi bien l'expression de «*Bundesgesetze*» – littéralement – loi fédérale ou de «*Verordnung*» – décret ou ordonnance – ou encore de règlement. Lorsque la Diète voulut attribuer une signification impérative à ces résolutions, elle usa du mot latin «*conclusum*» pour désigner des actes qu'elle jugeait importants. Ainsi désigna-t-elle l'acte par lequel elle limita, en juillet 1823, la liberté de la presse et d'expression dans toute la Confédération. Mais, le terme employé fut aussi le plus le vague et c'est celui de *Bundesbeschlüsse*, qu'on peut traduire aussi bien par «décisions» que par «résolutions» fédérales. Bref, une chose est sûre, la terminologie utilisée dans la pratique fut fluctuante de sorte qu'il est difficile de déterminer la nature juridique des actes au seul vu de leur intitulé. Cela s'explique aussi par le fait que les autorités ne pouvaient pas encore distinguer, au sein du droit fédéral, entre les actes d'édition de la règle (ou de la loi) et les actes d'exécution de la même règle. Pour notre part, on verra dans ces difficultés à qualifier tant la nature de ses actes que la Diète elle-même un signe que cette institution de la Diète échappe aux catégories usuelles et qu'elle constitue une institution proprement fédérative, une institution de l'entre-deux, indécidable à l'aide des catégories étatiques.

⁸² E. His, *op.cit.*, tome II, p. 170.

MISCELLANEA

Le texte qui suit est celui d'un exposé présenté à la dernière réunion des historiens du droit et romanistes suisses à Neuchâtel le 25 mai 2002. Antérieur à la mise en application du «modèle de Bologne» dans les Facultés de droit suisses et retraçant les différentes réformes de l'enseignement des disciplines historiques dans l'une d'entre elles, ce texte revêt un double intérêt historique; c'est ce qui nous a déterminés à le publier dans les *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*. Pour une approche plus générale de la problématique de l'utilité des disciplines historiques, on se reportera avec profit à l'étude critique consacrée à deux *Festschriften** portant sur ce sujet par Pio Caroni, «Nutzlos, nützlich, notwendig», in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2007, No 1–2, pp. 131–140 (Note de la rédaction).

Alfred Dufour

UN DROIT SANS HISTOIRE?

Sous ce titre *énigmatique*, je voudrais tenter de répondre à la demande des organisateurs de cette réunion de traiter sous l'angle historique d'une situation particulière de tentative de démantèlement des acquis historiques, soit des disciplines historiques en Faculté de Droit. Je veux parler de celle que nous avons vécu depuis un demi-siècle dans ma Faculté d'origine, la Faculté de droit de Genève.

Le sous-titre de ce bref exposé pourrait être ainsi: «Un demi-siècle d'expériences genevoises». Il s'en faut de beaucoup cependant que je m'en tienne à la micrologie d'une histoire locale comme si les expériences genevoises étaient exemplaires. Je pense simplement que ces expériences locales sont significatives de processus et de tendances plus générales qu'il vaut la peine de chercher à situer dans l'histoire générale de la pensée et de la science juridique occidentale. Ce sera l'objet de la I^{ère} Partie de ce bref exposé.

* Il s'agit de la *Festschrift für Hans Hermann Seiler zum 24.12.1999, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, hrsg.v.R.Zimmermann, R.Knütel u.J.P. Meincke, 1999, et de la *Festschrift für Hans Hattenhauer zum 8.9.2001, Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, hrsg.v.J.Eckert, 2003

I.

Comme l'a finement suggéré en 1914 déjà un Hermann Kantorowicz dans son étude magistrale «Die Epochen der Rechtswissenschaft»¹, c'est périodiquement que se fait jour dans l'histoire de la pensée et de la science juridique occidentale ce que j'appellerai le *mirage* d'un *Droit sans histoire*.

Car l'alternance ou l'opposition que décrit Kantorowicz d'une orientation *formaliste* et d'une orientation *finaliste*, qui serait caractéristique de l'histoire de la science juridique occidentale et que l'on pourrait suivre de l'École de Bologne, aux XII^e et XIII^e siècles, au «modèle de Bologne» du début du XXI^e siècle, correspond bien à l'insistance ou à l'impasse faite sur l'*histoire* dans la formation et la méthode de travail des juristes au cours des siècles.

Du courant des *consiliateurs* au XIV^e siècle à celui du *rationalisme juridique* du XVII^e siècle et jusqu'aux divers *positivismes* contemporains, les époques et les Écoles ne manquent donc pas où la formation des juristes comme leur méthodologie font tout simplement l'impasse sur l'histoire, cultivant ainsi précisément un *Droit sans histoire*.

Mais, selon l'alternance et le mouvement de retour du balancier observé et décrit par Kantorowicz, les mouvements de réaction à cette impasse faite sur l'histoire, voire à cette ignorance de l'histoire, ne manquent pas non plus. C'est ainsi que le pragmatisme utilitaire et la méconnaissance croissante des sources romaines par les *consiliateurs* vont déterminer la réaction des *humanistes*. Ce sera l'essor de l'*humanisme juridique*, avec son *retour aux sources* et sa *critique* philologique et historique, qui est à l'origine, sinon de ce qu'on a pu appeler une première *École historique*, en tout cas d'une singulière revalorisation de l'histoire dans la formation et la méthode des juristes. Il en résultera, d'une part, toute une série d'éditions critiques, tout à la fois des sources romaines et des sources germaniques, les fameuses *Leges Barbarorum*, d'autre part, une incontestable relativisation du droit romain au profit des droits coutumiers nationaux.

Mais l'*humanisme juridique* n'est pas seulement gros de tout un courant de *critique* philologique et historique, qui se prolongera dans l'*Elegante Jurisprudenz*. Il est également riche de tout un courant *systématique*, tendant à réaliser le projet cicéronien de réduire le Droit en système (*jus in artem redigere*). C'est ce courant *systématique* – notamment illustré par Hugues Doneau et François Le Douaren – qui s'épanouira par l'intermédiaire de Grotius dans l'*École du Droit naturel moderne*. A cet égard, si les Fondateurs de l'*École*

¹ Cf. H.U. KANTOROWICZ, «Die Epochen der Rechtswissenschaft», in *Die Tat*, 1914, p. 345ss.

du *Droit naturel moderne*, de par leurs fonctions d'historiographe comme de par leur formation historique, ont encore une pensée juridique ouverte sur l'histoire, il n'en ira plus de même des systématiseurs du *rationalisme juridique* des Lumières, comme Wolff et ses disciples Darjes et Nettelblatt et de leurs émules en France, *Encyclopédistes* et *Philosophes*. Dans leur rigueur systématique et leur rationalisme abstrait, les uns et les autres vont également faire table rase de l'*histoire*. Ils prépareront ainsi, bon gré mal gré, la voie à un nouveau *Droit sans histoire* comme celui qu'illustreront les radicales innovations de la Révolution française en matière de législation civile et ses funestes exportations en matière constitutionnelle.

Mais à nouveau, selon la loi d'alternance ou le simple mouvement de retour du balancier décrit par Kantorowicz, les excès du *rationalisme jusnaturaliste* des Lumières comme du *législativisme* innovateur de la Révolution française vont déterminer la vaste et puissante réaction de l'*Ecole du Droit historique*. Car l'*Ecole du Droit historique* de Savigny se définit au premier chef comme un mouvement de pensée et de politique juridique en réaction tout à la fois contre le *rationalisme juridique* de l'*Ecole du droit naturel moderne* du XVIII^e siècle, ne reconnaissant pour fondement du Droit qu'une Raison universelle s'imposant à l'ensemble du genre humain, et contre le *législativisme révolutionnaire* inspiré de l'idéologie du mouvement de codification et porté à identifier le Droit à la Loi.

Si l'*Ecole du droit historique* de Savigny mérite tout de même quelque attention pour notre sujet, c'est pour deux raisons:

1. la première, c'est qu'il est peu de courants de pensée juridique qui aient pareillement insisté sur le caractère fondamentalement historique du Droit, tant à raison de son enracinement dans la conscience populaire de chaque nation qu'à raison de son développement organique au cours des siècles, soit par voie coutumière, soit par voie d'élaboration scientifique.
2. la deuxième raison de prêter quelque attention à l'*Ecole du Droit historique* de Savigny, c'est l'ampleur de son influence, d'une part, sur la pensée juridique helvétique dominante concernant les rapports entre Droit et Histoire, d'autre part sur les programmes d'études de nos Facultés de Droit.

Pour le premier point relatif à l'ampleur de l'influence de l'*Ecole du Droit historique* sur la pensée juridique helvétique dominante concernant les rapports entre Droit et Histoire, vous me permettrez de vous citer un peu longuement comme témoignage privilégié les considérations d'Eugen Huber, le rédacteur du Code Civil suisse, dont on va fêter le centenaire, sur l'utilité de connaissances historiques pour le droit. Ce sont celles qu'il expose au seuil du quatrième volume du *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts* de 1893. Pour le second point, relatif à l'ampleur de l'influence de l'*Ecole du Droit historique* sur les programmes d'études de nos Facultés de Droit

jusqu'aux années 70 du XXe siècle, je m'en tiendrai comme annoncé à l'exemple que je connais le mieux, à savoir l'exemple genevois. Et ce sera précisément le point de départ de la II^{ème} Partie de mon exposé sur les tentatives de démantèlement des acquis historiques du dernier tiers du XXe siècle.

Pour revenir au premier point et au témoignage d'Eugen Huber, voyons ce qu'écrit le rédacteur du Code Civil suisse:

«La connaissance de l'Histoire», commence-t-il par relever, «ressemble à l'expérience personnelle. Toutes deux n'ont de valeur pour nous que celle que notre conscience est à même de leur donner (*Die Kenntnis der Geschichte gleicht der persönlichen Erfahrung. Sie beide besitzen für uns nur den Wert, den ihnen unser Bewusstsein zu geben imstande ist.*). Des connaissances mortes sont des connaissances qui n'ont subjectivement ou objectivement aucune signification. N'est vivant que le savoir qui est en mesure de rattacher le passé à notre présent et de conférer forme et contenu à notre conscience. (*Tote Kenntnisse sind subjektiv oder objektiv bedeutungslose Kenntnisse. Lebendig ist nur das Wissen, das die Vergangenheit mit unserer Gegenwart zu verknüpfen und unserem Bewusstsein Gestalt und Inhalt zu verleihen vermag.*)»².

Fort de quoi, Eugen Huber pose en ces termes la question même de l'utilité de l'*histoire du droit*:

«Quant à la question de l'utilité des connaissances d'histoire du droit, il y a trois réponses possibles, dont seule la troisième touche à l'essentiel. On peut dire, en effet, tout d'abord que l'histoire du droit sert à l'explication du droit en vigueur là où celui-ci n'est pas clair par lui-même. Ce service, l'histoire du droit est à même de le rendre au mieux en rapport étroit avec l'étude du droit positif, de telle sorte qu'il suffit alors dans l'exposé du droit positif de donner chaque fois qu'il le faut les explications historiques nécessaires. Telle est la réponse du praticien du droit»³.

Mais il est une autre perspective, une autre réponse à la question de l'utilité des *connaissances historico-juridiques*:

«On peut aussi trouver que la connaissance du droit national dans son développement spécifique renforce le sentiment national et parfait en tout cas notre culture. En ce sens des connaissances d'histoire du droit forment le pendant des rudiments de littérature, de l'histoire de l'art ou d'autres éléments de la culture générale. Telle est la réponse de l'amateur d'histoire et du lettré parmi les juristes à la question de l'utilité de l'histoire du droit»⁴.

² Cf. E.HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, Bd. 4, Bâle, 1893, § 106, p. 1.

³ *Op.cit., loc.cit.*

⁴ *Op.cit.,loc.cit.*

Ces deux réponses-type ont chacune leur bien-fondé pour notre auteur. Ce n'est cependant pour Eugen Huber que d'un autre point de vue que les connaissances d'histoire juridique s'élèvent au-dessus des querelles d'interprétation et des antiquités juridiques des siècles passés.

Qu'est-ce à dire? Eh bien, pour citer une dernière fois notre législateur civil, c'est que seule cette troisième réponse assigne à l'histoire du droit pour fonction:

«...la saisie de l'évolution historique dans son réseau incommensurable de causes et d'effets comme un tout et comme un plan qui sert à la compréhension de notre conception du droit et de notre conscience juridique. Cela implique d'abord, par rapport à notre conscience, que nous postulions dans notre façon de considérer l'histoire l'idée d'un perfectionnement et d'un progrès dont le droit soit susceptible, progrès qui se réalise, quoique différemment selon les temps, les lieux et les modalités, cependant également partout et en dépit de toutes les forces contraires. Cela implique ensuite par ailleurs, par rapport à la recherche scientifique, que nous recherchions dans le plan du développement historique les principes qui commandent l'essor du droit, depuis les origines de toute connaissance historique au temps présent. Et notre objectif n'est dès lors pas seulement de montrer comment se présente le droit des époques primitives, mais surtout de mettre en relief pour quelle raison il en était ainsi du droit des époques primitives et quelles causes ont déterminé les changements et les mutations qui se sont opérées depuis lors et jusqu'au temps présent»⁵.

Beau témoignage assurément quant à l'ampleur et à l'influence de la pensée juridique de l'*Ecole du droit historique* ! A défaut d'être un modèle aujourd'hui encore, même dans sa remarquable ouverture philosophique qui se prolongera, on le sait, dans son *Recht und Rechtsverwirklichung*⁶, Eugen Huber demeure un témoin de valeur inestimable pour l'approche des rapports entre *Droit et Histoire*.

Mais, nous le relevions à l'instant, l'ampleur de l'influence de l'*Ecole du droit historique* est surtout perceptible dans l'aménagement des programmes d'études des Facultés de Droit helvétiques jusqu'au dernier tiers du XXe siècle, à raison de la place faite aux disciplines historiques en général et à l'histoire du droit en particulier. C'est précisément le point de départ de la deuxième partie de ce bref exposé.

⁵ *Op.cit., loc.cit.* pp. 2-3.

⁶ Berne 1921.

II.

Concernant la place faite sous l'influence de l'*Ecole du droit historique* aux disciplines qualifiées d'historiques en général et à l'histoire du droit en particulier dans le programme d'études de la Faculté de Droit de Genève que j'ai choisi de prendre pour exemple, l'on constate, pour s'en tenir au dernier demi-siècle, que jusqu'à la fin des années 60, selon les règlements d'études de 1950 et de 1958, *Droit romain* et *Histoire du droit* faisaient l'objet à Genève:

1. de *cours obligatoires* de I^{ère} année;
2. de *cours* de 5 à 6 heures par semaine;
3. de *deux examens* chacun de I^{ère} et II^{ème} années.

C'est en m'en tenant à ces trois critères

1. du caractère obligatoire
2. du nombre d'heures hebdomadaires
3. du nombre d'examens

que je voudrais examiner maintenant l'entreprise de *démantèlement* des *disciplines historiques* en cours depuis un tiers de siècle à Genève.

Au départ donc:

1. *droit romain* et *histoire du droit et des institutions politiques* constituent d'abord tous deux des *disciplines obligatoires* de I^{ère} année;
2. le *droit romain* est donné à raison de 6 heures par semaine avec en plus une *conférence facultative* de 2 heures en été pour les débutants et un *séminaire d'une heure en été* pour les étudiants avancés.

Quant à l'*histoire du droit* c'est à raison de 7 heures par semaine en hiver et de 4 heures en été que le cours est donné, comprenant l'*histoire des institutions politiques suisses et genevoises* en été.

3. Quant au régime des examens, il implique *deux examens de droit romain* (soit théorie et interprétation de textes) en fin de II^e année et *deux examens d'histoire du droit*, d'abord, en I^{ère} année pour l'histoire du droit et II^{ème} année pour l'histoire des institutions politiques suisses et genevoises, puis dès 1958 les deux en I^{ère} année.

A relever enfin qu'en fait d'*examens obligatoires*, les *examens de droit romain* et d'*histoire du droit* représentent près du tiers des examens des deux premières années, soit 4 sur 14 examens.

C'est ce régime d'études et d'examens des disciplines historiques qui va faire l'objet dès 1970 d'une véritable *entreprise de démantèlement* au fur et à mesure des nouvelles réformes des études.

A trois reprises en effet, lors des réformes des études de 1969/70, de 1979/80 et de 1992/93, le régime des disciplines historiques va faire l'objet de remises en cause sérieuses, mais heureusement toujours moins substantielles.

I. D'abord, en un *premier temps*, c'est dans la foulée de mai 1968 que la réforme des études *décidée d'en haut*, en forme de récupération du mouvement étudiantin, va drastiquement réduire la place des *disciplines historiques* quant au *nombre d'heures de cours* et quant au *régime des examens*, mais non quant à leur *caractère obligatoire*.

C'est là en fait la seule grande réforme dans ce dernier demi-siècle concernant les études de droit, puisqu'elle substituera à une *première année de type général* ou *propédeutique* une *première année d'immersion dans les branches de droit positif* (droit civil, droit pénal et droit constitutionnel).

Le contrecoup en sera la *réduction*, sinon la *marginalisation*, des disciplines historiques, qui demeureront cependant obligatoires et en 1^{ère} année.

Cette réduction se traduira quant au *nombre d'heures de cours* par la *diminution* de *6 heures par semaine* à *4 et 3 heures par semaine* pour le *droit romain* et par celle de *7 et 4 heures* à *3 et 4 heures par semaine* pour l'*histoire du droit et des institutions politiques*.

Quant au *régime des examens*, il n'y aura plus que *deux examens* en fin de 1^{ère} année, soit un pour le *droit romain* et un pour l'*histoire du droit et des institutions politiques* et ces deux examens ne représenteront plus qu'un *cinquième* des examens de la 1^{ère} série de 10 examens.

II. C'est ce nouveau régime d'études, focalisé sur les disciplines de droit positif en 1^{ère} année et arrêté par un Règlement de 1970, qui va être remis en cause en un 2^{ème} temps à la fin des années 1970 par une grande commission de réforme, préoccupée notamment par l'importance à donner en 1^{ère} année aux *sciences sociales*, à la *logique* et à la *théorie juridique*.

Le contrecoup en sera une nouvelle tentative de *marginalisation des disciplines historiques*. Celle-ci se traduira, d'une part, par une tentative de *mutilation* du droit romain réduit à *2 heures par semaine* en 1^{ère} année, d'autre part, par un essai de *mise à option obligatoire* de l'*histoire du droit*, les étudiants devant choisir entre *histoire du droit privé* et *histoire des institutions politiques* en 1^{ère} année. Enfin, ce projet tendra à l'*élimination* pure et simple du cours d'*histoire des institutions politiques de la Suisse* intégré dans le cours de *droit constitutionnel suisse*.

C'est dire qu'avec la réalisation de ce projet de réforme, c'est un *Droit sans histoire* auquel auraient été formées des volées d'étudiants soit en *droit privé*, soit en *droit public* selon leur choix d'option obligatoire.

Fort heureusement, grâce à la vigoureuse réaction du tout nouveau département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques et de son premier directeur Ivo Rens, ce projet de réforme radical va céder la place à un projet plus modéré, maintenant en substance les acquis historiques.

C'est ainsi qu'à partir de 1983 un nouveau règlement d'études maintiendra à 4 et 3 heures par semaine en I^{ère} année l'enseignement du *droit romain* et fixera à 3 heures par semaine en I^{ère} année celui de l'*histoire du droit et des institutions politiques générales et suisses*, ajoutant même une option semestrielle de deux heures et pour le *droit romain* et pour l'*histoire du droit*.

III. Il n'empêche que ce régime d'études pour les *disciplines historiques* n'en sera pas moins une nouvelle fois partiellement remis en cause lors de la dernière réforme du début des années 1990 instituant formellement à Genève la licence en quatre ans.

C'est ainsi qu'après de nombreuses péripéties, si l'enseignement et l'examen obligatoires de *droit romain* seront maintenus en I^{ère} année à raison de 3 heures par semaine avec un séminaire dans les années ultérieures, l'enseignement d'*histoire du droit privé* passera, à raison de 2 heures par semaine, en 3^{ème} semestre et l'examen d'*histoire du droit et des institutions politiques* passera en II^{ème} année comme examen anticipé à la session de mars. En plus, une option et un séminaire bisannuel seront prévus en alternance.

Voilà pour les expériences genevoises de ce dernier demi-siècle, voire de ce dernier tiers de siècle concernant les régimes d'études et d'examens des disciplines historiques au fur et à mesure des différentes réformes des études.

Ces réformes, quant à elles, me paraissent illustrer une *entreprise de démantèlement* des acquis centenaires de l'*Ecole du droit historique*.

Si les *conditions* et les *circonstances* en sont assez évidentes, de mai 68 à la poussée et à la mode des sciences sociales en passant par l'abolition de l'exigence du latin, les raisons alléguées sont moins claires.

Et ces raisons, comme elles émergent des différents rapports de réforme des études, vont du sentiment de *superfluité* et d'*inutilité* des branches historiques des étudiants de I^{ère} année, mentionné dans le Rapport de 1979, à l'argument de l'extension du champ des disciplines à étudier.

Face à cette entreprise de démantèlement périodiquement réactivée et qui nécessite une vigilance constante des historiens du droit et des romanistes, notamment à chaque nouvelle vacance de poste historique, on peut être tenté par le découragement. Et en ce début de XXI^e siècle, on peut se demander ce qui demeure de convaincant des considérations d'Eugen Huber sur l'utilité des connaissances d'histoire du droit. A l'heure de la mondialisation et de l'intégration européenne, à quoi bon s'attacher à connaître la spécificité de

droits nationaux appelés à s'*eurocompatibiliser*, sinon à disparaître? Pareillement avec l'universalisation de la démocratie et de la religion des Droits de l'Homme, pour ne rien dire de la perspective d'une *fin de l'histoire*, quel sens peut encore bien revêtir l'idée de perfectionnement et de progrès dont le droit serait susceptible? Alors finalement ne serait-ce pas tout simplement à l'explication du droit en vigueur que serait ordonnée l'histoire du droit en rapport étroit avec le droit positif selon la perspective dite du praticien du droit? L'historien du droit ne devrait-il pas se résigner ainsi à ne plus être que le *Figaro des praticiens*?

En fait, je crois qu'il y a une autre attitude que celle du découragement face aux tentatives de *démantèlement* des disciplines historiques. Et c'est celle de la *patience* dans l'attente du retour du balancier décrit par Kantorowicz dans son évocation des époques de la science du droit. C'est aussi celle de l'*imagination* dans la conception de la place des disciplines historiques dans le processus de *mondialisation du droit* face à la réaffirmation concomitante des *identités nationales*. Mais c'est surtout celle de la *sérénité* face aux revendications récurrentes des praticiens du droit à l'égard des Facultés de droit. C'est l'attitude à laquelle incite la lecture de ce brouillon de lettre du Doyen Hornung au Recteur Carl Vogt du 8 juin 1875:

«Dans notre démocratie la science est souvent méconnue. Ainsi parmi nos avocats, il y en a beaucoup qui ne comprennent pas ce que doit être une Faculté de droit à notre époque: la Commission, nommée pour la réorganisation de nos études de droit, propose de diminuer tout ce qui est théorique et historique, et par exemple tout ce qui tient à la science de l'Etat. Est-ce à vous, Monsieur, qui savez ce que c'est que la grande et libre science, de décourager ceux qui tâchent d'en maintenir la tradition dans notre Université?».

⁷ Citée in Chs. BERGEAUD, *Histoire de l'Université de Genève – L'Académie et l'Université au XIX^e siècle 1814–1900*, Genève, 1934, p. 481.

RECENSIO LIBRI SELECTI

**Peter Brandt / Martin Kirsch / Arthur Schlegelmilch (Hrsg.),
Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert, Band 1: Um 1800, Bonn: Verlag J.H.W. Dietz Nachf.
2006, 1224 S.**

Der erste von vier geplanten Bänden zur europäischen Verfassungsgeschichte deckt die Zeit von 1770 bis 1815 ab. In ihm wird die Geschichte sämtlicher europäischer Staaten einschliesslich des Osmanischen Reiches, Russlands und der rumänischen Fürstentümer behandelt, nicht aber die der nordamerikanischen Freistaaten. Es ist für diese synoptische Darstellung entscheidend, dass die einzelnen «Verfassungsgeschichten» nach einem einheitlichen Schema behandelt werden. Damit wird sichergestellt, dass Vergleiche sinnvoll möglich sind. Für die Autoren der einzelnen Länderstudien stellt das eine besondere Herausforderung dar, weil das einheitliche Raster Fragen aufwirft, die in der bisherigen Tradition der einzelstaatlichen Geschichtsschreibung zum Teil noch gar nicht so gestellt, geschweige denn beantwortet worden sind. Der in der Einführung und in allen Länderberichten durchgehaltene Raster behandelt 1. internationale Beziehungen, 2. Verfassungsstruktur der zentralen staatlichen Ebene, 3. Wahlrecht und Wahlen, 4. Grundrechte, 5. Verwaltung, 6. Justiz, 7. Militär, 8. Verfassungskultur, 9. Kirche, 10. Bildungswesen, 11. Finanzen und 12. Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung bzw. öffentliche Wohlfahrt. Es ist jeweils vom «zwölfdimensionalen» Verfassungsbegriff die Rede (z. B. S. 13).

Der Band steht «in enger Verbindung» (S. 35) mit der 2004 erschienenen Quellenedition derselben Herausgeber auf CD-ROM zur europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Hier werden zahlreiche Quellentexte zugänglich gemacht, auf die im Handbuch verwiesen wird. Es ist ein grosses Verdienst, dass sich die Herausgeber der Mühe unterzogen haben, eine so ausführliche und leicht zugängliche Quellenedition zu veröffentlichen.

Den Ländergeschichten stellen die Herausgeber eine umfangreiche Einleitung (S. 7–164) voran, in der sie aufgrund der Länderanalysen die institutionell-verfahrensmässige und inhaltliche Dimension der politischen Geschichte untersuchen. Die im Länderteil nicht berücksichtigten USA werden richtigerweise hier ausführlich behandelt (S. 23 ff.).

Die Einleitung wird mit der Erörterung des modernen Verfassungsbegriffs eröffnet. Schon aus dem vorgelegten Definitionsversuch erhellt, dass die Herausgeber als Historiker und nicht als juristisch ausgebildete Verfassungshisto-

riker arbeiten. Ihre Definition umschreibt die Verfassung als «eine durch besonderen Hoheitsakt zustande gekommene, vorrangige und juristisch einklagbare Grundordnung, welche den Umfang und die Grenzen der Staatsgewalt definiert, die Organisation und Zuständigkeit der Organe und Institutionen des Staates sowie die Rechte und Pflichten der Staatsbürger ... feststellt.» Hier wäre es besser gewesen, wenn sie sich an das historische Material des neuzeitlichen Verfassungsbegriffs gehalten hätten, wie etwa das Gebot der schriftlichen Verfassung, die normativen Anforderungen des Art. 16 der *Déclaration* von 1789 sowie die besonderen Verfahrensordnungen (z. B. der Beschluss des französischen Nationalkonvents vom 21. 9. 1792, wonach jede Verfassung vom Volk selbst angenommen sein müsse), die die Verfassung erschwert abänderbar machen. Die Verfassungsdefinition der Herausgeber ist einigermaßen hausbacken, denn die Verfassungen am Ende des 18. Jahrhunderts waren in keinem Fall eine «juristisch einklagbare Grundordnung», sondern vielmehr in ihren Freiheitsrechten und Staatsaufgaben ein politisches Programm, dessen Verwirklichung der gesetzgebenden Körperschaft anvertraut war. Es gab keine Verfassungsgerichtsbarkeit; diese entstand in Europa erst viel später. Dementsprechend folgt die Darstellung der Grundrechte (S. 56 ff.) textnaiv dem geschriebenen Recht. Hier hätte auf die Justizorganisation Bezug genommen werden sollen: Nur vor Gericht subjektiv durchsetzbare Grundrechte gelten heute als wirksame Grundrechte. Der Weg dahin hätte unbedingt hervorgehoben werden sollen. Stattdessen wird auf S. 57 die Marshall-These dargestellt, wonach die Entwicklung zum westlichen Wohlfahrtsstaat mit seinen Sozialrechten von den bürgerlichen Grundrechten des 18. Jahrhunderts über die politischen Rechte des 19. Jahrhunderts gelaufen sei. Diese These ist nicht nur erklärungs-schwach, sondern sogar erwiesenermaßen falsch, wenn man sich die radikale Phase der französischen Revolution mit ihren verfassungsmässigen Sozialrechten, die im 20. Jahrhundert verfassungsrechtlich *nicht* eingeräumt wurden, vor Augen führt. Diese wenig sachkundige These wäre nicht zu erwähnen gewesen. Das gelungene Justizkapitel macht diesen Mangel dadurch wett, dass es die im 19. Jahrhundert früheste Form von effektiver Gerichtskontrolle mit der «*commission du contentieux*» in Frankreich darstellt (S. 81). Leider scheint den Herausgebern der Zusammenhang zwischen Justizorganisation und subjektiven Grundrechten nicht ganz klar zu sein.

Die Mitwirkung eines juristisch ausgebildeten Verfassungshistorikers hätte einiges gebracht. So wären in der Einleitung vor allem auch das Regierungssystem (Verhältnis Parlament-Regierung) sowie die Regierung selbst und nicht nur die Verwaltung (S. 64 ff.) zu behandeln gewesen. Wo sie das Regierungssystem ansprechen, verwenden die Herausgeber fachwissenschaftlich ungebräuchliche Begriffe (z. B. «Verfassungsstaat ... bonapartistischer Prägung», S. 41 ff.).

Die Herausgeber suchen dann nach der Ideengeschichte des neuzeitlichen Ausdrucks Verfassung. Es ist dabei erstaunlich unhistorisch gedacht, wenn sie die Behauptung aufstellen, als die erste bedeutende Wegmarke habe die *Glorious Revolution* von 1688/89 zu gelten, weil hier erstmals die Kriterien der dauerhaften Bindung des Gemeinwesens an eine bestimmte Staatsform realisiert worden sei (s. auch S. 23 zum «ersten» Staat mit Verfassung). Dazu ist zu bemerken, dass es in der Verfassungsgeschichte ganz speziell kein «erstes» Mal gibt. Die Behauptung des ersten Males zeigt eigentlich nur, dass die Autoren einer Fortschrittstheorie der Geschichte verpflichtet sind. Und wenn es Fortschritt gibt, dann hat jemand zum ersten Mal einen bestimmten Fortschritt gedacht, geschrieben, verwirklicht. Es ist eigenartig, dass die Autoren dann nicht auch das *Instrument of Government* von Cromwell und den Verfassungsentwurf einer Republik in James Harringtons *Commonwealth of Oceana* erwähnen. Ferner wäre der italienische Republikanismus in der Renaissancezeit ausführlich zu behandeln gewesen; hier waren rechtliche Verfassungen vorhanden und auch umgesetzt. Es wird in der Einleitung rasch deutlich, dass die «Verfassung» als ein Allerweltsbegriff aufgefasst wird, z. B. auch als ein faktischer Begriff (S. 12), der dann unter Rückgriff auf Peter Häberle auch noch «kulturell» aufgewertet wird. Das entsprechende Kapitel ist zwar interessant (S. 88 ff.), da es auf die wichtigen Symbole von Herrschaft (und nicht unbedingt der Verfassung) aufmerksam macht. Inhaltlich bleibt der Gegenstand aber unbestimmt, und auf diese Weise entsteht eine allgemeine politische Geschichte im 19. Jahrhundert, die mit den konkreten Verfassungsnormen wenig zu tun hat. Es überrascht denn auch nicht, dass die einzelnen verfassungsrechtlichen Instrumente wie etwa das Widerstandsrecht (mit den unterschiedlichen Ausprägungen als natürliches Recht bzw. institutionelle Garantie), direkte Demokratie, konkretes Wahlsystem, die sog. *garantie sociale* der beiden französischen Verfassungen von 1793 (Gironde-Entwurf und Montagnard-Verfassung) in der Darstellung keine Rolle spielen.

Der an Normen orientierte, historische interessierte Verfassungsjurist kommt in dieser Einleitung nur teilweise auf seine Rechnung, da die Herausgeber den entscheidenden Begriff völlig offen lassen und im Grunde genommen eine politische Geschichte Europas vorlegen. Das Vorgehen zeigt die fast unüberwindbaren Gräben zwischen den zünftigen Historikern und den Historikern in den Fachwissenschaften. Bedauerlicherweise haben sich die Fachwissenschaften immer mehr vom historischen Zugang zu ihrem Stoff abgewendet und das Feld bleibt unbearbeitet oder wird von Historikern übernommen. Es ist dann wenig erstaunlich, wenn die nicht fachkundigen Historiker nur mit ihrem Allgemeinwissen und nicht mit Fachwissen an den Stoff herangehen und ihn deshalb nicht zu durchdringen vermögen.

Von den Länderdarstellungen sei bloss jene der Schweiz herausgegriffen, die der Historiker und Jurist Christoph Guggenbühl verfasst hat (S. 473 ff.).

Der einheitliche Darstellungsraster führt zu einer interessanten und teilweise neuen Sichtweise des an sich bekannten Stoffes (z. B. die Sozialgesetzgebung der Helvetik, S. 541 ff.). Gerade auch der Einbezug sozioökonomischer Grössen (die nicht immer datenmässig genau bekannt sind) erhellt die Lebensverhältnisse der damaligen Zeit (z. B. S. 476). Und gleichwohl orientiert sich der Autor an der älteren und reichhaltigen verfassungsgeschichtlichen Literatur, die von Juristen stammt. Auf diese Weise entsteht ein Bild, das sich sprachlich an den juristischen Termini und Konzepten orientiert und das für den Verfassungsrechtler sofort anschlussfähig ist. Vorbildlich ist etwa die Darstellung der Auseinandersetzungen um die Pressefreiheit (S. 507 ff.); das war kein Kampf um die Geltung von Grundrechten, sondern vielmehr das Ringen politischer Gruppen um Macht und Einfluss. Auf die Einzelheiten der Konzisen und dennoch immer detailgetreuen Darstellung von Rechtsnormen und sozialer Wirklichkeit ist hier, da allgemein bekannt, nicht einzugehen. Der Autor bietet unter der Herrschaft des allgemeinen Schemas eine gute Darlegung des komplexen Stoffes.

Der umfangreiche Band wird von einer Auswahlbibliographie und verschiedenen Sachregistern abgeschlossen. Deren Nutzen ist allerdings deshalb begrenzt, weil bei einzelnen Stichwörtern wie etwa «Gesellschaft» ohne weitere Präzisierung mehr als hundert Fundstellen nachgewiesen werden.

Trotz der hier vorgetragenen Kritik bildet der Band wegen seines vergleichenden Charakters und der einheitlichen Darstellungsweise ein wertvolles Nachschlagewerk der vergleichenden politischen und sozialen Geschichte der europäischen Staaten. Ist man sich bewusst, dass es weniger um Verfassungen in einem juristischen Sinn als vielmehr um Machtprozesse und Gegenstände des Machtstrebens in vergleichender Perspektive geht, nimmt man den Band mit grossem Gewinn zur Hand.

A. K.